

# O TRIBUNAL DO JÚRI: COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL, ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, CLÁUSULAS PÉTREAS E OS POSTULADOS DO ESTADO EVOLUTIVO<sup>†</sup>

Fabrcício Meira Macêdo

Sumário: Introdução. Capítulo I - O Tribunal do Júri no Brasil. 1.1. O Tribunal do Júri e sua Evolução na História Constitucional Brasileira. 1.2. A Competência Constitucional do Tribunal do Júri. Capítulo II - O Surgimento das Organizações Criminosas no Brasil. Capítulo III – O Julgamento dos Crimes Dolosos Contra a Vida Praticados por Organizações Criminosas no Brasil e o Princípio da Proibição do Déficit. 3.1. O Princípio da Proibição do Déficit. 3.1.1. A Proibição do Déficit e os Deveres de Proteção. 3.1.2. A Proibição do Déficit e o Direito Fundamental à Vida. Capítulo IV - A Alteração da Competência Constitucional do Tribunal do Júri e os Limites Materiais ao Poder Reformador do Constituinte Derivado. 4.1. A Proposta de Emenda à Constituição Número 486/2010. 4.2. Dos Direitos e Garantias Fundamentais e a Cláusula de Imutabilidade. 4.3. Direitos Formal e Materialmente Fundamentais, Direitos Materialmente Fundamentais e Direitos Formalmente Fundamentais. 4.4. Fundamentalidade Formal da Constituição de 1988. Capítulo V - Pré-Compromisso, a Competência do Tribunal do Júri e os Postulados do Estado Evolutivo. 5.1. Do Pré-Compromisso. 5.2. A Competência Constitucional do Júri à Luz do Princípio da Proibição do Déficit. 5.3. A Alteração da Competência do Júri e os Postulados do Estado Evolutivo. Capítulo VI - Conclusões. Referências. Sítios Eletrônicos

---

<sup>†</sup> Relatório da Disciplina de Direito Constitucional do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2012/2013, sob a regência do Professor Doutor Jorge Reis Novais.

## INTRODUÇÃO



exposição adiante constitui o relatório final da disciplina de Direito Constitucional, sob a regência do Senhor Professor Doutor Jorge Reis Novais, no Curso de Mestrado Científico em Direito Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola de Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, nos anos de 2012/2013.

O presente trabalho possui a finalidade precípua de analisar o tratamento constitucional do Tribunal do Júri no Brasil e, diante da atuação crescente das organizações criminosas nos últimos anos, investigar se a manutenção da sua competência enseja a proteção estatal deficiente ao direito à vida.

Serão demonstradas a origem do Tribunal do Júri, as razões do seu surgimento e a evolução do seu disciplinamento no Brasil, procedendo-se à análise do perfil dos jurados que integram os conselhos de sentença, com o objetivo de aferir se o escopo do surgimento do Tribunal do Júri, em vista da realidade hodierna, sobretudo em virtude da atuação da criminalidade altamente organizada, continua a fazer sentido.

É premissa do presente trabalho o dever de se organizar, o Poder Público, em órgãos, definindo, ainda, as suas competências, de modo a assegurar a máxima proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre eles o direito à vida.

O conteúdo do princípio da proibição do déficit será analisado, como corolário da necessária observância dos deveres de proteção do Estado, que decorrem de uma abordagem pós-positivista da Constituição Federal, da qual se infere que, para além da obrigatoriedade de o Poder Público respeitar um direito fundamental enunciado, abstendo-se de contra ele atentar, mister que o proteja dos ataques de terceiros.

Assim, surge, da inobservância dos deveres de proteção, a proteção insuficiente, razão de ser do princípio da proibição do déficit.

Constatada a proteção insuficiente no caso concreto em discepção, me deterei na aferição das teorias acerca dos direitos fundamentais, buscando verificar se além da existência de direitos materialmente e formalmente fundamentais, direitos apenas materialmente fundamentais, seria possível concluir pela existência de direitos apenas formalmente fundamentais.

Assim, em seguida, buscarei investigar se, em que pese geograficamente localizada no catálogo dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, a competência constitucional do Tribunal do Júri é direito materialmente fundamental ou apenas formalmente fundamental.

A seguir, passarei à análise do alcance dos limites materiais ao poder reformador do constituinte derivado, constante no §4º do artigo 60 da Constituição, as chamadas cláusulas pétreas, com o escopo de verificar se, em razão do pré-compromisso assumido pelo constituinte originário, estaria a competência do Tribunal do Júri à margem de toda e qualquer proposta de emenda à constituição.

Assim, reconhecida a competência constitucional do Tribunal do Júri como direito formalmente fundamental, tendo em vista o princípio democrático, e os postulados do estado evolutivo, visa o presente trabalho verificar os contornos dos limites materiais ao poder de reforma, se alcançariam toda e qualquer modificação, sendo permitida tão somente a sua ampliação, ou mesmo se eventuais alterações que signifiquem redução da sua competência seriam admissíveis.

Para tanto, serão investigados os principais argumentos doutrinários em favor da completa imutabilidade e cristalização das cláusulas pétreas, assim como os seus contrapontos, passando, ainda, pela análise de votos proferidos por alguns ministros nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, será apontada, em conformidade com o argumento que melhor justifica o entrenchamento de alguns dispositivos constitucionais, solução no sentido de se garantir a adequada proteção estatal ao direito à vida, atendendo, ainda, aos postulados do estado evolutivo.

## CAPÍTULO I - O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

### 1.1. O TRIBUNAL DO JÚRI E SUA EVOLUÇÃO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil através do ato de 18 de junho de 1822 do Príncipe Regente Dom Pedro de Alcântara, com competência para o julgamento dos crimes de imprensa, ganhando tratamento constitucional em 1824, quando passou, a Constituição, a prever a competência dos jurados para se manifestarem sobre os fatos, permanecendo os juízes togados com a atribuição de aplicação da lei<sup>1</sup>.

Na Constituição de 1824, possuía, o Júri, inclusive, competência para julgamento de causas cíveis, não havendo sido, contudo, efetivamente aplicado o dispositivo, tendo em vista ausência de regulamentação.

Com o advento do Código de Processo Criminal, em 1832, o Tribunal do Júri passou a ter competência para processar e julgar um extenso rol de crimes, sendo, todavia, subsidiária a sua competência, competindo-lhe os julgamentos dos delitos que não coubessem ao Senado, ao Supremo Tribunal de Justiça, às relações, Juízos Militares e Eclesiásticos e juízes de paz.

Na Constituição Republicana de 1891, pela primeira vez o Tribunal do Júri ganhou, no Brasil, uma feição de garantia, passando a ser tratado não mais como órgão do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica, 4º ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 59 e seguintes.

rio, mas antes no capítulo referente à declaração de direitos, com uma aparente autonomia, nos termos do artigo 72, §31, da mencionada Constituição, possuindo competência para julgamento dos crimes graves.

Considerando a expressão utilizada no texto constitucional, de que seria mantida a instituição do júri no Brasil, na época, surgiram teses divergentes, a primeira no sentido de que o Júri era mantido com os exatos contornos anteriores à Constituição, da qual era defensor Rui Barbosa, e outra de que o Júri, como essência, deveria permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, não devendo ser interpretado, o enunciado, contudo, como sendo a imposição da manutenção das feições assumidas no regime anterior<sup>2</sup>.

A Constituição de 1891, entretantes, não delimitou a competência do Tribunal do Juri, de modo que, no dizer de André Mauro Lacerda Azevedo, não se pode dar ao Tribunal do Júri de 1891 a mesma força e perfil democrático que se vê no cenário constitucional atual<sup>3</sup>.

A Constituição Federal de 1934 manteve os contornos delimitados para o Tribunal do Júri pela Constituição anterior, contudo voltou a incluí-lo no capítulo que tratava do Poder Judiciário, inobstante não o tenha incluído expressamente como órgão do Poder, apontando, parte da doutrina, tal modificação como um retrocesso, haja vista que, neste momento, o Tribunal do Júri teria deixado de ser uma garantia individual do cidadão.

Conferiu, ademais, a referida Constituição, ao legislador ordinário, a tarefa de modificar a instituição do Júri, suas atribuições e seus elementos essenciais o que, para parte da doutrina, significava a impossibilidade de sua eliminação e possibilidade de alteração da sua essência, princípios e elementos

---

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. A instituição do júri. São Paulo: Saraiva, 1963. pág. 22.

<sup>3</sup> AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do júri: aspectos constitucionais e procedimentais. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, pág. 36.

fundamentais.

A seguinte Constituição, de 1937, promulgada durante regime autoritário de governo, não trouxe qualquer previsão acerca do júri, o que, para Francisco Campos, Ministro da Justiça da época, não excluía a existência do Tribunal do Júri, posto que contava com previsão legislativa que não contrariava a Constituição, explícita ou implicitamente<sup>4</sup>.

Contudo, durante o mencionado regime ditatorial, somente através do Decreto n.º 167 de 1938 é que o Tribunal do Júri foi novamente regulamentado, havendo afronta à sua soberania, devido à inclusão da possibilidade de apelação, atacando as decisões que contrariavam a prova dos autos, devolvendo integralmente a matéria ao Tribunal de Apelação.

Com a Constituição de 1946, de caráter democrático, o Tribunal do Júri voltou a ser incluído novamente no rol de direitos e garantias individuais, avançando, contudo, a referida Constituição, em relação à de 1891, posto que previu expressamente a competência obrigatória para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Com a Constituição de 1967, foi mantida a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, havendo sido a instituição enfraquecida com a emenda constitucional de 1969, que instituiu um regime político autoritário e limitador dos direitos e garantia individuais, não havendo tratado do Júri.

Redemocratizado o País, com a Constituição Federal de 1988, o Tribunal do Júri foi novamente incluído no capítulo destinado aos direitos individuais e coletivos, ganhando, portanto, status de garantia individual.

Relegou, a Constituição, a organização do Júri para o legislador infraconstitucional, assegurando, contudo, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o

---

<sup>4</sup>

COSTA, M. O júri. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938, pág. 05.

juízo dos crimes dolosos contra a vida.

## 1.2. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

Consoante referido no tópico anterior, no Brasil, o Tribunal do Júri possui competência para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, precisamente aqueles tratados no Capítulo II, do Título I, da parte especial do Código Penal Brasileiro, sendo eles os crimes de homicídio, aborto, infanticídio e induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.

O Tribunal do Júri, não se pode olvidar, nasceu com o escopo de retirar das mãos do déspota o poder de decidir sobre a vida dos nobres, que passaram a possuir legitimidade para julgarem uns aos outros.

Possuía, desse modo, uma intenção democrática, vez que evitava o arbítrio do Príncipe, possibilitando que aqueles que ocupavam igual espaço na sociedade fossem julgados pelos seus semelhantes.

Analisando-se, contudo, a origem histórica do Júri, que se deu na Inglaterra, verifica-se que este nasceu a partir de acordo realizado entre o Rei e a nobreza, do qual o povo foi excluído, posto que dele não tomava parte. Assim, desde os primórdios, a fórmula de “iguais que julgam os iguais”, jamais foi uma premissa verdadeira, pois que, eram os nobres a julgar toda a qualquer pessoa<sup>5</sup>.

Igualmente no Brasil, na atualidade, os Conselhos de Sentença são integrados por pessoas pertencentes às classes dominantes, não obstante a fórmula do artigo 436 do Código de Processo Penal, pela qual devem integrar o Conselho de Sentença pessoas maiores de 18 anos e de notória idoneidade, pareça não querer dizer muito.

---

<sup>5</sup> RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica, 4<sup>o</sup> ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 42 e seguintes.

Todavia, quando se analisa o disposto no artigo 425, §2º, do Código de Processo Penal, que trata do alistamento de jurados, dispondo que o juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercerem a função de jurado, é inegável que o Código direciona o Magistrado para a captar cidadãos das classes mais privilegiadas.

Segundo Kant de Lima<sup>6</sup>, ao analisar os Tribunais do Júri da Cidade do Rio de Janeiro, observou-se que as profissões dos jurados variavam muito pouco. Bancários e professores, na maior parte de escolas e bancos públicos, eram maioria nos conselhos de sentença, além de profissionais liberais, muitos deles com instrução superior e alguns bacharéis em direito.

Os réus, por sua vez, são, em sua maior parte, pobres, alguns traficantes e, somente excepcionalmente, alguém pertencente à mesma classe social dos jurados.

Para Paulo Rangel, o Júri seria uma fábrica de condenações e encarceramento de pessoas, devido à formação do conselho de sentença, pois que os jurados, em seu mister, decidem exatamente aquilo que é bom para a classe social a que pertencem, sem qualquer preocupação, contudo, com o outro, excluído socialmente<sup>7</sup>.

Contudo, mister observar que, se por um lado, jurados pertencentes às classes mais altas da sociedade, diante de réus socialmente excluídos, não vacilam em repetir condenações, o mesmo não ocorre quando estão a julgar membros de organizações criminosas.

Aí, neste caso, cabível lembrar a crítica de Paulo Rangel, para quem algumas absolvições no Tribunal do Júri, que geram

---

<sup>6</sup> LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense 1995, pág. 151.

<sup>7</sup> RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*, 4º ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 90.



perplexidade no meio da sociedade, são explicadas pelo fato de que a sociedade clama por justiça, desde que não seja feita por ela<sup>8</sup>.

É que, nesse caso, considerando o poder intimidatório das organizações criminosas, inegável a fragilidade dos conselhos de sentença, sobretudo por serem integrados por cidadão que, apesar de, em sua maioria, serem pessoas com acesso à educação, de bom nível cultural e social, não possuem preparo para lidar com as pressões e riscos inerentes à magistratura criminal.

Os membros dos conselhos de sentença, assim, mostram-se de fácil intimidação por membros das organizações criminosas, o que enseja a impossibilidade de julgamentos livres de pressões, acarretando, muitas vezes, injustas absolvições.

## CAPÍTULO II - O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

O antecedente remoto das organizações criminosas no Brasil é o Cangaço, no final do século XIX e primeira metade do século XX. Contudo, a criminalidade passou a organizar-se de modo mais efetivo e estável a partir do ano de 1941, depois do advento da Lei das Contravenções Penais, na qual foi reputado ato típico e antijurídico o jogo do bicho<sup>9</sup>.

Não obstante, foi nos anos 80 do século passado que as organizações criminosas ligadas ao jogo do bicho ganharam maior notoriedade, inclusive com ampla divulgação do envolvimento dos agentes públicos incumbidos do combate à prática da contravenção.

Entre os anos de 1970 e 1980 surgiram, dentro do sistema

---

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica, 4ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 91.

<sup>9</sup> Crime Organizado – Aspectos processuais/ coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião e Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 29 e seguintes.

prisional do estado do Rio de Janeiro , organizações criminosas dedicadas à prática de roubos a bancos e tráfico de drogas, dentre eles a Falange Vermelha, Comando Vermelho e Terceiro Comando.

No Estado de São Paulo, por sua vez, surgiu, no ano de 1993, o Primeiro Comando da Capital (PCC), dedicado à prática de diversos crimes em vários locais do País<sup>10</sup>.

Somente no ano de 1995, editou, o Poder Legislativo Brasileiro, norma tratando de organizações criminosas.

Isso demonstra que, na época da edição da promulgação da atual Constituição Federal, no final de década de 80 do Século passado, a atuação das organizações criminosas existentes no Brasil ainda não incomodava a ponto de merecer tratamento diferenciado pelo Legislador, razão pela qual não se mostrou necessária qualquer ressalva à competência do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por essas organizações.

Hoje, contudo, diante da realidade verificada nos diversos rincões do País, evidencia-se a atuação de diversas organizações criminosas que se valem, dentre outras técnicas, com o escopo de garantia da impunidade e lucratividade das suas atividades criminosas, da intimidação de agentes públicos que laboram no seu combate, dentre policiais, membros do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário.

Assim, enquanto que, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por criminosos comuns, os jurados, agindo com medo da irradiação da violência aparentemente crescente, em esforço cerebrino, tendem a se colocar sempre no lugar da vítima, e, portanto, condenam os réus que, na maior parte das vezes são pertencentes às camadas menos privilegiadas da sociedade, ao participarem de julgamentos de membros de organizações criminosas, ao revés, temem pelas suas pró-

---

<sup>10</sup>

SIL VA, Eduardo Araújo. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo, Atlas, 2003, pág. 26.

prias vidas, haja vista o risco de retaliação e, portanto, os absolvem.

As tentativas de intimidação oriundas de membros das organizações criminosas e, mesmo, investidas contra autoridades constituídas, magistrados sobretudo, nos últimos anos no Brasil, constituem uma realidade que não tem passado despercebida pelo Poder Legislativo, tanto que, por essa razão, visando salvaguardar a vida e integridade física dos magistrados, foi editada a Lei 12.694/2012, permitindo que em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, possa, o Juiz, decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual.

O referido dispositivo, contudo, não se aplica ao Tribunal do Júri, haja vista decorrer a sua competência da própria Constituição Federal, não havendo qualquer referência, no texto da mencionada Lei, ao afastamento da competência do Júri.

Todavia, não há como se negar a grande influência do poder intimidatório do membros das referidas organizações sobre o comportamento dos jurados, quando se deparam com o ônus da participação nos seus julgamentos.

Forçoso observar que o Legislador optou por proteger os magistrados de primeiro grau, ao permitir a formação de colegiado para a prática de atos processuais no curso de processos em que se apurem crimes praticados por organizações criminosas.

Os magistrados, contudo, voluntariamente foram investidos no cargo e, por essa razão, desde o princípio, quando inscreveram-se em concurso público de provas e títulos, possuíam, ainda que de maneira vaga, a noção dos riscos e ônus decorrentes da investidura.

Os jurados no Brasil, ao revés, são escolhidos e exercem função gratuita e compulsória, razão pela qual, diante do poder intimidatório das organizações criminosas, assim como os juízes togados, de carreira, deveriam ser melhor protegidos, ex-

cluindo-se, inclusive, a sua competência para julgamento dos referidos delitos.

## CAPÍTULO III - O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICIT

### 3.1. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICIT

#### 3.1.1. A PROIBIÇÃO DO DÉFICIT E OS DEVERES DE PROTEÇÃO

O princípio da proibição da insuficiência é pouco explorado pela doutrina, com exceção do caso alemão, sendo escassos os autores de língua portuguesa a tratar do tema.

Consoante o entendimento de Ingo Sarlet<sup>11</sup>, seria o reverso do princípio da proibição do excesso, integrando, ambos, o princípio maior da proporcionalidade.

Também é tratado como princípio da proibição por defeito, dizendo respeito ao défice no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, haja vista caber ao Poder Público adotar medidas suficientes de natureza normativa e de natureza material, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Não se confunde, entretanto, com o dever de proteção do estado, não obstante a ele se refira.

Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exi-

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível [www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53), com acesso em 10 de outubro de 2013

<sup>12</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1999, 3ª ed. p. 267.

gida, não sendo possível descer abaixo desse liminar mínimo. O princípio da proibição do défice, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses contrapostos não sejam sobreavaliados<sup>13</sup>.

Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

É que, paralelamente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pela qual são considerados como direitos subjetivos pelo seu titular, a dimensão objetiva desses direitos impõe uma nova visão e reconhecimento de prestações aos poderes estatais, com o escopo de consagrar os valores nucleares da ordem jurídica democrática.

Quando enuncia, a Constituição, o direito à vida, por exemplo, deve o Estado se abster de atentar contra a vida dos particulares, bem como de não colocá-los em risco, de qualquer modo, fazendo com que sejam possivelmente tolhidos nesse direito.

Contudo, mister que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos particulares, de modo a evitar que tenham o direito à vida ceifado por ataques de terceiros.

Assim, consoante observado por José Carlos Vieira De Andrade, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está ligada à eficácia irradiante das normas constitucionais que os preveem<sup>14</sup>.

Existiria, desse modo, um efeito externo dos direitos fundamentais, do qual resultaria uma espécie de força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos, seja através de ações

---

<sup>13</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 138/139.

<sup>14</sup> ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 293 e ss.

estatais efetivas, por meio da Administração, seja por meio de espécies de comandos de normatização, ou imperativos de tutela, termo utilizado por Canaris<sup>15</sup>.

Enquanto os direitos fundamentais considerados em sua dimensão subjetiva alcançam exclusivamente as relações entre o Estado e os particulares, em sua dimensão objetiva atingem as relações entre particulares.

Assim, reconhece-se a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, haja vista que simultaneamente constituam fonte de direitos subjetivos, que poder vir a ser postulados pelos seus titulares em juízo, além das bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem por todo o ordenamento<sup>16</sup>.

Enquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais assegura aos particulares a liberdade perante o Estado, a dimensão objetiva tem o escopo maior de proporcionar a liberdade através do Estado, mediante ações concretas dos Poderes Públicos.

Nesse diapasão, verifica-se que não basta ao Estado se abster de violar os direitos dos particulares, mas antes protegê-los de ameaças de terceiros. Seriam os chamados deveres de proteção estatal.

Conforme Jorge Reis Novais, a dúplici dimensão, objetiva e subjetiva, impõe aos poderes públicos a necessidade de abstenção de intervenções restritivas no âmbito de liberdade assegurada pelos direitos fundamentais aos particulares, bem como a atuação positiva, no sentido de assegurar o exercício efetivo, além de estruturar o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos fundamentais<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: SAMPAIO, José Aécio (coordenador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64 e ss.

<sup>17</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Re-*

Desse modo, há o claro dever de o Estado organizar o seu arcabouço normativo no sentido de garantir a plena proteção aos direitos fundamentais dos particulares, tais como enunciados na Constituição.

Os deveres de proteção, contudo, ainda que vinculem todos os poderes do Estado, devem ser enunciados através de leis, reservando-se, ao Judiciário, portanto, um espaço subsidiário de aplicação.

Quando há, contudo, a violação ao princípio da proibição do déficit de proteção, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que houvesse condições de proporcionar, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, adverte Jorge Reis Novais que, mesmo quando estão em causa valores máximos como o direito à vida, a integridade física ou à segurança pessoal, situações nas quais a necessidade de proteção pode ser mais premente, a decisão sobre a melhor via de proteção não é neutra, nem tampouco independente da concepção que se perfilhe sobre as relações sociais, pré-compreensões disputadas no terreno da luta política e eleitoral democráticas, ou, no mínimo, para avaliações políticas muito diversas da mesma situação conjuntural que requer a proteção do Estado. Assim, o Poder Judiciário, apesar de estar obrigado a controlar a observância do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, não é a instância mais adequada, em Estado de Direito Democrático, para a referida discussão<sup>18</sup>.

Dessa maneira, os órgãos políticos têm, neste domínio, uma competência própria que lhes advém da legitimidade de escolha popular democrática, feita para a tomada de decisões políticas deste tipo. Trata-se, portanto, de um problema de separação de poderes.

---

publica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 297.

<sup>18</sup> NOVais, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 277.

O Estado, forçoso observar, tendo em vista as liberdades asseguradas aos cidadãos, não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais, nem tampouco, verificando conflito entre particulares, deixar de proteger adequadamente direito de cidadão atingido por terceiro.

Essa é a ideia da proibição da proteção insuficiente, princípio tratado originariamente por Canaris, em sua obra sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado<sup>19</sup>.

Por meio da proibição da insuficiência, estaria garantido o mínimo de proteção efetiva e adequada ao direito, quando este possui uma função protetiva, através da formula da proporcionalidade.

Em se tratando de uma das vertentes da proporcionalidade, por obvio, na análise da existência de proteção insuficiente, há que se ponderar os valores envolvidos, em colisão, com o escopo de verificar a existência ou inexistência de omissão inconstitucional do Estado, seja por meio da não observância de comandos de normatização, seja por meio da atividade administrativa insuficiente.

Para JORGE SILVA SAMPAIO, o que se pede no caso da realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é precisamente que se ofereça, no conjunto, uma proteção eficiente e, portanto, suficiente dos direitos fundamentais, não se podendo negar, contudo, que permaneça nas mãos do Estado diversas possibilidades de variação, quanto ao modo como o direito deve ser especificamente conformado<sup>20</sup>.

Desse modo, embora não possua, a Administração, discricionariedade tal que lhe permita a realização de qualquer finalidade arbitrária, não se pode negar ser bastante variável a sua margem de discricionariedade.

Há, contudo, exceção, diante da redução da discricionari-

---

<sup>19</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>20</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 145 e ss.



idade a zero, exemplo disso, no caso de comandos de normatização, a insuscetibilidade de graça ou anistia para as práticas dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por força do disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Nesse caso, a Constituição Federal já determina a edição de lei com o escopo de tornar insuscetíveis de graça ou anistia os crimes que indica, subtraindo do legislador ordinário a discricionariedade acerca da matéria, ou mesmo decisão política.

Igualmente há a redução da discricionariedade, quando determina, a Constituição Federal, a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais.

Ao poder público cabe, portanto, dentre as medidas a serem adotadas para a proteção ao direito, em não havendo redução da discricionariedade a zero, adotar uma delas, só havendo que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito é afetado, por atuação ilegal de terceiro, de maneira substancial.

É que, em geral, a Constituição, embora imponha deveres de proteção, não indica o modo através do qual a referida proteção deve ser concretizada, razão pela qual, havendo inúmeras formas pelas quais se mostraria possível a proteção, importa à Administração escolher qual das medidas será adotada, não se tornando obrigatória qualquer delas.

Dessa forma, a aferição da proibição da proteção insuficiente somente se dará diante da completa omissão estatal, deixando desprotegido o direito fundamental, sujeito a ameaças e ataques de terceiros, ou ainda se, havendo atuado, as medidas forem, a toda evidência, inadequadas, insuficientes para a proteção que se impõe.

A verificação da insuficiência mostra-se de mais fácil aferição diante da completa inércia do Estado, sendo todavia mais dificultosa a sua verificação quando, não obstante abaixo da proteção mínima, há atuação estatal com o escopo de prote-

ger o direito.

Como critério inicial ou mínimo de verificação da insuficiência, aponta JORGE SILVA SAMPAIO para princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

Assim, haveria proteção deficiente e, portanto, omissão inconstitucional do Estado, sempre que o titular do direito fundamental protegido viesse a ser atingido em sua dignidade.

Além do referido critério, indica, o mencionado autor, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É que, consoante já referido, só há que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito a ser protegido é, por atuação ilegal de terceiro, afetado em seu núcleo essencial.

Ademais, admite-se a existência de proteção insuficiente, ainda que não atingido o direito fundamental em seu núcleo essencial, nem tampouco o titular do direito em sua dignidade, sendo, contudo, de mais árida verificação.

Em que pese a suficiência dogmática apontada em relação ao princípio da proibição do excesso, a metodologia da ponderação de bens utilizada neste último, e, com as suas necessárias adaptações, podem guiar intérprete, com o escopo de aferir a existência, ou não, no caso concreto, de proteção insuficiente.

É que, no caso concreto, estarão em choque o direito de liberdade do terceiro, em tese agressor, e o direito fundamental a ser protegido.

Assim, para a verificação da efetiva violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, será indispensável submeter à ponderação a gravidade da desproteção em contraposição à efetivação total à importância dos bens que necessitam da proteção.

Quanto mais próximos estiverem, os direitos a serem pro-

---

<sup>21</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 151.

tegidos, da dignidade da pessoa humana, ou mesmo de núcleo essencial de direito fundamental, mormente se estiver relacionado à liberdade, maior será a gravidade da desproteção.

Tal ponderação há que se realizar em conjunto, não em fases estanques, com o escopo máximo de aferir, no caso concreto, a existência ou não de déficit vedado de proteção ao direito.

Contudo, há que se admitir que tais ponderações, sobretudo quando se está diante de comandos de normatização, devem ser efetivadas pelo Poder Legislativo, por ser este o órgão constitucionalmente responsável pela edição de leis.

A judicialização dos referidos conflitos mostra-se sobremaneira dificultosa, sobretudo quando há lei editada, devendo, pois, o Poder Judiciário, permanecer adstrito à vontade expressa pelo Parlamento por meio do comando normativo.

A atuação judicial, dessa forma, deverá se restringir às violações ao princípio da proibição insuficiência mais grosseiras, não obstante se reconheça que a objetivação dos direitos fundamentais impõe a sua proteção total e efetiva.

### 3.1.2. A PROIBIÇÃO DO DÉFICE E O DIREITO FUNDAMENTAL DIREITO À VIDA

Consoante referido no item anterior, quando um direito é enunciado pela Constituição, dele decorrem, para o Estado, seja o Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, os deveres de garantia, proteção e fomento.

Assim, ao enunciar, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, “caput”, a inviolabilidade do direito à vida, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, incumbe, ao Estado, garantir-lhes a observância do seu direito à vida, abstendo-se de atentar contra essas.

Incumbe, ainda, todavia, protegê-las de ataques oriundos de terceiros, e daí decorre o dever de zelar pela segurança pú-

blica, de um modo geral, assim como fomentar o direito à vida, proporcionando as condições indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos, mediante renda mínima, condições de saúde adequada, saneamento que as livre do acometimento de doenças e pestes em geral, por exemplo.

No âmbito penal, o que se espera do legislador, em seu dever de proteção, é que edite normas proibitivas com o escopo de impedir ataques de terceiros do direito à vida das pessoas, assim, por essa razão, em observância ao referido dever, tem-se o rol dos crimes contra a vida previstos no Código Penal.

Por sua vez, no âmbito do processo penal, o dever do legislador é estabelecer normas processuais e regras procedimentais aptas à apuração das condutas daqueles que, não se intimidando com as normas proibitivas inseridas nos tipos penais acima referidos, transgridam a lei, tudo em contexto de ampla de defesa e contraditório, cumprindo, assim, com o escopo de prevenção e repressão do crime.

O princípio da proporcionalidade, concebido tradicionalmente como instrumento de controle dos excessos estatais, do arbítrio dos governantes, em cenário contemporâneo, considerando as importantes funções positivas dos poderes públicos na garantia, proteção e fomento dos direitos, também pode ser utilizado no combate à inércia ou à atuação ineficiente do Estado em favor dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

É que, consoante já referido no item anterior, os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem, também, dimensão objetiva, tutelando bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos, ante aos riscos e ameaças oriundos de terceiros.

Assim, considerando a evolução histórica brasileira desde a Constituição Federal de 1988, com a crescente atuação de organizações criminosas nas últimas décadas, muitas ligadas ao tráfico de entorpecentes e que não hesitam em atentar contra as vidas de tantos quantos, de qualquer modo, frustram a sua fina-

lidade lucrativa, percebe-se que excepcionar a competência prevista pelo legislador constituinte para o Tribunal do Júri, excluindo o julgamento dos processos atribuídos às referidas organizações, é imperativo do dever de proteção estatal ao direito à vida.

Em primeiro plano, pela própria necessidade de proteção dos cidadãos integrantes dos conselhos de sentença, que por dever legal não podem se eximir de integrá-los e, muitas vezes, têm as suas vidas em risco em decorrência da participação dos referidos julgamentos.

Tal necessidade de proteção evidencia-se, inclusive, pela criação de colegiado de magistrados de primeiro grau, por força da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, para as decisões dos processos relacionados às organizações criminosas, inovação esta que possui o escopo de preservar os juízes togados de primeiro grau, além de, evidentemente, criar as condições necessárias para que possam proferir as suas decisões com uma menor carga de pressão, bem como pulverizar as tentativas de intimidação.

Assim, se os magistrados de primeiro grau necessitam de maior proteção, havendo editado, o parlamento, norma legal, possibilitando que deixem de decidir isoladamente, em sua atuação nos processos que tratam de delitos atribuídos a membros de organizações criminosas, é porque evidencia-se o risco daqueles que atuam nos referidos feitos, sendo necessário ressaltar, todavia, que os delitos mais graves são julgados pelos Tribunais do Júri.

Desse modo, igualmente necessário reconhecer que os jurados têm as suas vidas em risco ao participarem de julgamentos relativos à atuação direta de organizações criminosas, sendo imperiosa alteração na competência do Tribunal do Júri com o escopo de salvaguardar as suas vidas.

Por outro lado, se reconheceu o Parlamento a necessidade de implementar medidas com o escopo de preservar vida e in-

tegridade física dos magistrados que presidem feitos nos quais se apuram crimes atribuídos às organizações criminosas, possibilitando que decidam com a menor influência atos intimidatórios por elas praticados, forçoso reconhecer a inadequação de entregar o poder decisório de processos semelhantes nas mãos dos leigos.

É que, em decorrência da própria exposição dos integrantes dos conselhos de sentença e seus familiares, bem como da sua vulnerabilidade, vez que diferentemente dos juízes togados, que não obstante insuficiente, já contam com alguma proteção institucional, são recorrentes as absolvições dos membros das facções criminosas pela prática de crimes dolosos contra a vida, fundadas tão somente no medo dos jurados e capacidade intimidatória dos réus.

Fornecer segurança pessoal a cada um dos jurados que, em virtude da sua participação nos referidos julgamentos, venha a correr risco, por outro lado, esbarra na reserva do possível.

Para que se evidencie tal impossibilidade, como exemplo, mister analisar o caso do estado da Paraíba, no Brasil, considerado de pequeno porte.

Por força do artigo 42 da Lei Complementar Estadual número 96/2010, há, em cada sede de comarca, pelo menos um Tribunal do Júri, sendo que, ao todo, existem setenta e oito comarcas e, em duas delas, precisamente João Pessoa e Campina Grande, há dois Tribunais do Júri, totalizando, portanto, oitenta Tribunais do Júri no Estado da Paraíba<sup>22</sup>.

Por força do disposto no artigo 425 do Código de Processo Penal Brasileiro, que determina o alistamento anual de oitocentos a um mil e quinhentos jurados nas comarcas de mais de

---

<sup>22</sup> Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Paraíba. Constada no [sítio http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/legado/legislacao/1633\\_Loje\\_Janeiro\\_2011\\_Certificacao\\_Digital.pdf](http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/legado/legislacao/1633_Loje_Janeiro_2011_Certificacao_Digital.pdf), com acesso em 08 de novembro de 2013.

um milhão de habitantes, de trezentos a setecentos nas comarcas de mais de cem mil habitantes e de oitenta a quatrocentos nas comarcas de menor população, considerando que há apenas uma Comarca, a de João Pessoa, que possui mais de um milhão de habitantes e quatro com mais de cem mil habitantes, precisamente Bayeux, Santa Rita, Campina Grande e Patos, bem como que Campina Grande e João Pessoa possuem dois Tribunais do Júri, anualmente são alistados, no estado da Paraíba, entre oito mil novecentos e quarenta e trinta e cinco mil e setecentos jurados<sup>23</sup>.

É evidente que seria exagerada a afirmação de que todo e qualquer jurado recebe tentativa de intimidação, todavia não há como se negar que boa parte deles tem sido chamada à árdua tarefa de decidir sobre o destino de membros de organizações criminosas, não se podendo olvidar que o estado da Paraíba é considerado hoje o terceiro estado mais violento da Federação e possui a segunda capital mais violenta do País, com marcante presença e atuação de organizações criminosas<sup>24</sup>.

Desse modo, o Estado deixa de organizar o seu arcabouço normativo de modo a possibilitar o correto enfrentamento da crescente criminalidade, pois que, não excepcionando a competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento dos crimes praticados por membros de organizações criminosas, falha pela sua incapacidade de condenar adequadamente os membros das mencionadas organizações, falhando, por conseguinte, em sua tarefa de repressão e prevenção dos crimes contra a vida por eles praticados.

Desse modo, o entrincheiramento, a cristalização da

---

<sup>23</sup> Dados populacionais consultados no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - <http://www.ibge.gov.br/home/>, com base no recenseamento 2010, com acesso em 08 de novembro de 2013.

<sup>24</sup> WISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: homicídios e juventude. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013, disponível no sítio [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013\\_homicidios\\_juventude.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf), com acesso em 08 de novembro de 2013.

competência constitucional do Tribunal do Júri, sem exclusão dos crimes praticados por organizações criminosas, e, por conseguinte, o não atendimento do legislador ordinário, ou mesmo do constituinte derivado, aos postulados do Estado evolutivo, ensejam a proteção deficiente ao direito à vida.

## CAPÍTULO IV - A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E OS LIMITES MATERIAIS AO PODER REFORMADOR DO CONSTITUINTE DERIVADO.

### 4.1. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NÚMERO 486/2010.

Na Câmara Federal, no ano de 2010, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição de número 486, de autoria do então Deputado Vital do Rêgo Filho, com o escopo de alterar a redação da alínea “a”, do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição federal, para excetuar da competência do Tribunal do Júri os crimes praticados ou apoiados por organizações delituosas ou facções criminosas, que passariam à competência do juízo singular.

Tal proposta foi arquivada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, ao fundamento de que afrontaria cláusula pétrea, prevista no inciso IV, do 4º, do artigo 60, da Constituição Federal, vez que violaria direito e garantia individual.

Nos termos do voto do relator, apenas o constituinte originário poderia alterar cláusulas pétreas e, sendo o poder reformador, por deliberação do constituinte originário, o Congresso Nacional, este seria derivado, por decorrer do poder inicial, subordinado, pois que estaria sujeito a limitações de natureza material e condicionado, na medida em que se submeteria a condicionamentos formais.

Acrescentou, ainda, o relator do projeto, que a emenda



violaria a igualdade, posto que os mesmos delitos seriam julgados por pessoas diferentes, a depender do autor, bem como que haveria ofensa à proibição dos juizados de exceção, posto que, nos termos inciso LII, do artigo 5º, ninguém será processado senão pela autoridade competente.

Não bastaria, assim, para ferir cláusula pétreia, a expressa supressão de direito fundamental, mas antes e tão somente qualquer restrição desse direito, no caso, o direito ao membro de organização criminosa em ser julgamento pelo Tribunal do Júri.

Argumento contrário à aprovação da proposta da emenda seria no sentido de que a ampliação da competência do Tribunal do Júri, contudo, não alteraria o núcleo do direito fundamental e, portanto, seria admitida emenda constitucional nesse sentido, pois que a emenda constitucional tendente a ampliar a sua competência não estaria suprimindo cláusula pétreia, sendo admitida, anda, a ampliação da competência pelo próprio legislador infraconstitucional<sup>25</sup>.

Argumentou, ainda, o relator, que, caso os jurados se sintam ameaçados pelos membros das organizações criminosas, pode haver o desaforamento nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal<sup>26</sup>, que consiste na remessa do processo

---

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. Tribunal do Júri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34/37.

<sup>26</sup> *Art. 427.* Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§ 2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta

para que o julgamento seja realizado em outra comarca da mesma região.

Consoante se demonstrará nos tópicos adiante, os argumentos que ensejaram o arquivamento da proposta de emenda são vencíveis, tanto que foi novamente desarquivada em data de 19 de abril de 2011, encontrando-se hodiernamente, até a conclusão deste trabalho, em tramitação.

#### 4.2. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A CLÁUSULA DE IMUTABILIDADE

Para a maior parte dos doutrinadores, sobretudo os processualistas penais, a competência do Tribunal do Júri, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é mínima, sendo possível, contudo, a sua ampliação para a inclusão de outros tipos penais<sup>27</sup>.

Argumenta-se, sem maiores ilações, que, por ser a competência do Júri prevista na Constituição, acobertada pelo manto da cláusula pétreia, não poderia ser reduzida, por estar, o conteúdo da referida cláusula, à margem do poder reformador do constituinte derivado.

No dizer de Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, pode-se afirmar que o Tribunal do Júri é assistido por uma competência privativa, razão pela qual o legislador não pode suprimir da sua alçada a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Isto seria um restrição eivada de inconstitucionalidade<sup>28</sup>.

Tal entendimento assenta-se na premissa de que, constando a competência do Tribunal do Júri no Título II, que trata

---

última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. Tribunal do Júri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34/37.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Tribunal do Júri Popular da ordem jurídica constitucional, 3ª edição. Curitiba: Jorua, 2010. p. 97.

dos direitos e garantias fundamentais, seria direito fundamental e, portanto, entrincheirado, cláusula pétrea da constituição, razão pela qual não poderia ser objeto de alteração.

É que, para a teoria convencional, reverter uma decisão do constituinte originário, excluída do alcance do poder constituinte derivado através de uma cláusula pétrea, dependeria de uma ruptura com o regime atual, posto que somente seria admitida através de nova manifestação do poder constituinte originário.

A questão não é tão simples como se mostra, sendo imperiosa melhor investigação, inclusive, sobre quais direitos efetivamente estariam excluídos do poder reformador do constituinte derivado.

Consoante se vê através do §4º do artigo 60 da Constituição Federal Brasileira, é vedada a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e, por fim, os direitos e garantias individuais.

É precisamente quanto ao alcance da expressão “direitos e garantias individuais” que verifica-se ausência de consenso.

De acordo com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de forma literal, razão pela qual somente estariam à margem do poder reformador do constituinte derivado os direitos e garantias realmente individuais, a exemplo do que ocorre na Lei Fundamental de Bonn e na Constituição Portuguesa<sup>29</sup>.

Por tal entendimento, excluídos estariam da cláusula de eternidade os direitos equiparados aos direitos de liberdade, como as liberdades sociais, o direito de greve e à livre associação sindical, constantes nos artigos 8º e 9º da Constituição Brasileira.

---

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 2, out/dez. (1997), p.85/86.

Cristalizados estariam, portanto, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e, por fim, os direitos e garantias verdadeiramente individuais, não cabendo qualquer ampliação do referido rol.

A dificuldade da interpretação se dá, sobretudo, porque no inciso IV, do §4º, do artigo 60, da Constituição Federal, utilizou, o constituinte originário, expressão incorporada nas constituições anteriores, mas não na Constituição Federal de 1988.

É que o Título II da atual constituição trata “dos direitos e garantias fundamentais”, englobando os direitos e deveres individuais e coletivos, insertos no Capítulo I, os direitos sociais, constantes no Capítulo II, e os Capítulos III a V que tratam, respectivamente, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos. Contudo, o constituinte originário referiu, no inciso IV, do §4º, do artigo 60, da Constituição, para excluí-los do poder reformador, os “direitos e garantias individuais”.

Assim, a ser adotada a interpretação literal do dispositivo do inciso IV, do §4º, do artigo 60 da Constituição Federal Brasileira, apenas parte do Capítulo I do Título II seria alcançada pela cláusula pétreia, posto que o referido Capítulo trata não somente dos direitos e garantias fundamentais individuais, mas também coletivos.

Tal entendimento não parece o mais consentâneo com o espírito da Constituição Federal Brasileira, sobretudo porque no §2º do artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, o catálogo dos direitos fundamentais é expressamente aberto, sob a afirmativa de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, vê-se que a opção do constituinte originário foi ampliar ao máximo a abrangência dos direitos fundamentais

reconhecidos pelo Estado Brasileiro.

Para Ingo Sarlet, existe no Brasil um sistema constitucional único de proteção dos direitos fundamentais, sendo reforçada a eficácia em virtude da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como pela proteção decorrente do §4º, do artigo 60, que trata das cláusulas pétreas<sup>30</sup>.

Desse modo, necessária seria uma interpretação sistemática do mencionado dispositivo, com o escopo de abranger não apenas os direitos sociais, como também os direitos fundamentais de terceira geração, pois que não se poderia conceber qualquer hierarquia, estabelecida pelo constituinte originário, entre gerações de direitos fundamentais.

Desse modo, não apenas o rol de direitos fundamentais inserto no artigo 5º da Constituição Brasileira, mas também os direitos sociais, políticos, de nacionalidade e os direitos difusos e coletivos contariam com a proteção superconstitucional do §4º do artigo 60 do texto fundamental.

Para Rodrigo Brandão, a inclusão apenas dos direitos à liberdade no rol dos direitos e garantias individuais, ante à circunstância de eles se consubstanciarem em direitos a prestações negativas, enseja uma equívoca associação absoluta ente direitos de liberdade e direitos de defesa, assim como entre direitos sociais e direitos prestacionais, sendo que, não obstante os direitos de liberdade apresentarem preponderantemente, uma dimensão negativa, pois que impõem ao Estado um dever de abstenção, de tais direitos decorre dever estatal de implementação de prestações positivas, com o escopo de evitar que terceiros ou mesmo fenômenos naturais prejudiquem a sua futura fruição<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos direitos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>31</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e demo-

Dessa maneira, incluídos estariam na proteção superconstitucional do inciso IV do §4<sup>a</sup>, do artigo 60 da Constituição Federal Brasileira os direitos fundamentais em geral, dentre eles os direitos sociais e fundamentais de terceira geração, como os direitos difusos e coletivos, dentre eles o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao consumidor.

#### 4.3. DIREITOS FORMAL E MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS, DIREITOS APENAS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS E DIREITOS APENAS FORMALMENTE FUNDAMENTAIS.

Consoante referido por Rodrigo Brandão, a maior parte da doutrina aponta para a imutabilidade, tendo em vista a cristalização, por meio limites materiais ao poder reformador do constituinte originário, dos direitos fundamentais em geral, que seriam todos aqueles constantes do catálogo de direitos fundamentais constante na Constituição Brasileira, precisamente no Título II, além de outros de natureza fundamental<sup>32</sup>.

Argumenta-se que inexisteriam direitos apenas formalmente fundamentais, ou seja, direitos que, não obstante inseridos no catálogo de direitos fundamentais insertos na Constituição, não tratariam de matéria constitucional, razão pela qual todos os direitos e garantias constantes no Título II da Constituição, precisamente os artigos 5º a 17, seriam alcançados pela cláusula da imutabilidade<sup>33</sup>.

Para melhor distinção, a fundamentalidade formal relaciona-se diretamente à positivação do direito constitucional, me-

---

cracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200 e ss.

<sup>32</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204 e ss.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73/74.

diante a inserção no catálogo de direitos fundamentais. Assim, o direito seria fundamental porque simplesmente constaria no rol destinado pelo constituinte originário aos direitos fundamentais.

Para Jorge Miranda, todos os direitos formalmente fundamentais, precisamente as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Federal, tão somente por estarem nela inscritas, também o seriam materialmente fundamentais, negando, portanto, a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, portanto<sup>34</sup>.

A fundamentalidade material, por sua vez, independeria de expressa inclusão do direito no rol destinado, pelo constituinte, aos direitos e garantias fundamentais, relacionando-se, contudo, à substância do direito tratado, à circunstância de determinado direito, independente da localização geográfica na carta constitucional, ser tratado como fundamental.

Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais abrangeriam todas as posições jurídicas relativas às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, devido ao seu conteúdo e importância, integradas ao texto da constituição e, dessa maneira, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como os que, devido ao conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados<sup>35</sup>.

Assim, na linha de raciocínio de doutrinadores como Paulo Bonavides<sup>36</sup>, José Afonso da Silva<sup>37</sup>, Ivo Dantas<sup>38</sup>, Ingo

---

<sup>34</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 09 e ss.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 425 e ss.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 560 e ss.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 187.

<sup>38</sup> DANTAS, Ivo. Constituição Federal: teoria e prática. Vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 147/148.

Sarlet<sup>39</sup>, dentre outros, até mesmo as normas organizatórias, estruturais, e também de natureza penal, dentre elas as que tratam da instituição do Tribunal do Júri e a sua competência, a impossibilidade de concessão de fiança, prescrição e a necessária cominação de pena de reclusão aos crimes de racismo, a insuscetibilidade de fiança, graça ou anistia para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, além dos definidos por lei como crimes hediondos, seriam direitos fundamentais, tendo em vista que estariam inseridos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal, precisamente no Título II.

Tal pensamento, contudo, parte da premissa de que efetivamente todos os direitos que foram inseridos no catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal o foram em virtude do seu conteúdo e importância.

Seria como deixar de admitir qualquer tipo de equívoco ou mesmo exagero do constituinte originário no momento da assembleia nacional constituinte.

Há, entretanto, na doutrina, embora de maneira minoritária, vozes que se levantam para defender que apenas os direitos materialmente fundamentais estariam protegidos pela cláusula de eternidade do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, dentre elas as de Rodrigo Brandão, Carlos Mário da Silva Velloso e Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>40</sup>, contrapondo-se à doutrina já analisada, no sentido de que os direitos formalmente fundamentais também necessariamente o são em sentido material, haja vista que admitir a existência de direitos apenas

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 425 e ss.

<sup>40</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204 e ss; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Reforma Constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In MELLO Celso Antônio Bandeira de (org.). Estudos e homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 162/178; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1998, RDA 203/1.



formalmente fundamentais, seria o mesmo que admitir que não seriam alcançados pela proteção do §4º do artigo 60 e, portanto, sujeitos ao poder reformador do constituinte derivado.

É bem verdade que admitir a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, significa sujeitar aos poderes constituídos a análise sobre a fundamentalidade ou não de direitos enunciados no catálogo trazido no texto originário da constituição, dentre eles o Poder Judiciário e o próprio Parlamento.

Adverte Rodrigo Brandão, que considerar objeto de proteção superconstitucional todos os direitos formalmente fundamentais, que, para a doutrina tradicional coincidiriam com as normas contidas no Título II da Constituição Federal, precisamente todo o texto entre os artigos 5º e 17, além dos direitos materialmente fundamentais previstos ao longo do texto, bem como em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, consistiria em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição.

Nesse hipótese, estar-se-ia admitindo, consoante o nuper citado doutrinador, um governo dos mortos sobre os vivos, pois que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa.

É precisamente este o pensamento defendido neste trabalho, no sentido de que somente os direitos materialmente fundamentais devam ser reputados cristalizados pela norma contida no inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição Federal Brasileira.

Na interpretação das cláusulas pétreas, há que se levar em conta o dado valorativo subjacente à Constituição, através da identificação dos valores superiores no ordenamento em que ele se apoia.

É que não faz sentido manter eternizados dispositivos

meramente estruturais, tão somente por terem sido arrolados no catálogo dos direitos fundamentais trazidos pelo constituinte originário.

Não como se negar, contudo, que a inclusão do direito no referido catálogo, gera uma presunção de fundamentalidade, que pode, contudo, sucumbir diante de forte argumentação em contrário.

#### 4.4. DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS E FORMALMENTE FUNDAMENTAIS

Ao limitar materialmente o constituinte derivado, a Constituição Federal, em seu artigo 60, §4º, vetou proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e, por fim, os direitos e garantias individuais.

Quanto ao rol dos direitos e garantias individuais, há que se ponderar se todos aqueles que nele estão listados efetivamente possuem natureza de direitos fundamentais, a fim de se elucidar os direitos que estão à margem de alteração pelo constituinte derivado.

Não obstante posições doutrinárias em contrário, consoante tratado no item anterior, predomina entendimento no sentido de que o fato de estar um direito geograficamente localizado fora do catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição, nem por isso deixa de ser fundamental e, por essa razão, acobertado pela imutabilidade das cláusulas pétreas, como é o caso da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, constante no artigo 93, IX, da Constituição Federal, por ser inerente ao Estado de Direito.

É que seria de excessivo formalismo negar proteção a um direito essencialmente fundamental, tão somente por haver sido este tratado fora do título da Constituição dedicado aos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, o direito ao am-

biente, tratado no artigo 225.

Mais controversa, contudo, é a tese de que o fato de constatar determinado direito no referido catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição, por si só, não o torna um direito materialmente fundamental.

É o caso do Tribunal do Júri. Este integra a cartilha de direitos e garantias fundamentais constante no Título II da Constituição, podendo ser reputada, sob uma análise perfunctória, a sua instituição, um direito materialmente fundamental, pois que possui, possuiria um viés democrático, de possibilitar o julgamento das pessoas do povo, pelo próprio povo, em que pese as ressalvas feitas anteriormente à composição dos conselhos de sentença.

A referida fundamentalidade, entretantes, se analisada à luz dos postulados do estado evolutivo, sobretudo se comparado o momento de sua instituição e inclusão no rol dos direitos e garantias individuais e o momento atual, possivelmente não se sustentará.

É que a Constituição Federal Brasileira de 1988 marcou a ruptura e transição no País de um regime ditatorial para um regime democrático.

Se a magistratura, no regime anterior, podia ser considerada alvo de toda a sorte de pressões e influências do poder executivo, centralizador e com histórico de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, hoje, no novo regime, se mostra como a última trincheira do cidadão, diante de eventuais abusos dos demais Poderes Constituídos.

Assim, verifica-se a desnecessidade da fórmula do Tribunal do Júri e a seu escopo maior de “retirar das mãos do déspota o julgamento dos crimes contra a vida”, ou mesmo para possibilitar “o julgamento dos iguais pelos iguais”.

Contudo, não há espaço, no presente trabalho, para maiores digressões acerca de todas essas questões, razão pela qual o foco será mantido na possibilidade e necessidade de alteração

da competência constitucional do Tribunal do Júri.

Desse modo, necessário aferir se eventual redução na competência do júri seria efetivamente vedada pelos limites materiais impostos pelo legislador constituinte.

## CAPÍTULO V - PRÉ-COMPROMISSO, A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E OS POSTULADOS DO ESTADO EVOLUTIVO.

### 5.1. DO PRÉ-COMPROMISSO

Há diversas teorias e argumentos sobre a imutabilidade dos direitos que foram salvaguardados pelos limites materiais ao poder de reforma, por decisão do constituinte originário.

O argumento mais tradicional é que as cláusulas pétreas decorrem de uma decisão do próprio povo, por ser o titular do poder constituinte, em momento de grande mobilização social e ativismo cívico, razão pela qual apenas o povo, o poder constituinte originário, poderia transpor os limites das barreiras impostas por ocasião da assembleia nacional constituinte, o que somente poderia ocorrer através de uma ruptura, havendo sido este o fundamento principal para o arquivamento da proposta de emenda à constituição já referida<sup>41</sup>.

Assim, para os adeptos de tal corrente, somente uma revolução poderia ensejar a superação das barreiras instituídas pelo constituinte originário no §4º do artigo 60 da Constituição Federal, não sendo possível, contudo, sob a égide da atual constituição, suprimir os direitos que nela foram entrincheirados.

Há, ainda, o argumento de que as cláusulas pétreas teriam o escopo maior de garantir a permanência da identidade da

---

<sup>41</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 294.

Constituição, permitindo que esta seja alterada sem, entretanto, deixar de ser a mesma constituição. Seria a chamada “decisão política fundamental”, tratada por Carl Schmitt<sup>42</sup>.

Por tal argumento, as emendas constitucionais não poderiam alterar aquilo que fosse efetivamente substancial na Constituição, de modo a desnaturá-la, alterando a sua substância, feição, atingindo, deste modo, o próprio espírito da Constituição, e os rumos que pretendeu, o constituinte originário, dar ao Estado.

Sustenta-se, também, que seriam, os limites materiais às emendas constitucionais, um pré-compromisso popular assumido por ocasião da assembleia nacional constituinte, tal como o pedido Ulisses, na Odisseia, de que, fosse amarrado ao mastro do navio e que os seus marinheiros não o desamarrassem, ainda que ele determinasse o contrário, possibilitando, dessa maneira, que passasse incólume pelas proximidades da ilha das sereias, cujo canto mortal a todos enfeitiçava, levando ao naufrágio<sup>43</sup>.

Assim, o povo teria se limitado, através de cláusulas pétreas, evitando que, em situações futuras de irracionalidade política, sejam destruídos os princípios fundamentais antes estabelecidos para a Constituição.

Vê-se que, este argumento, a exemplo dos demais, aponta para a necessidade de preservação dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição, o que não se confunde com regras meramente estruturais, como delimitação de competências.

Outro argumento, é o chamado procedimental, pelo qual as cláusulas pétreas assegurariam as condições que estruturam o funcionamento da democracia, sendo a proteção à democra-

---

<sup>42</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

<sup>43</sup> ELSTER, Jon. Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editara UNESP, 2009, p. 08 e ss.

cia a sua única função<sup>44</sup>.

Tal argumento possui a vantagem de possibilitar o autogoverno pelas gerações atual e futuras, não estabelecendo uma espécie de ditadura da geração constituinte, mas garantindo, contudo, que os vivos possam continuar se autogovernando.

O último dos argumentos a ser analisado remete às teorias do contrato social dos pensadores dos Séculos XVII e XVIII, como Hobbes, Lock e Rousseau. É no sentido de que as cláusulas pétreas seriam condições para a associação, protegendo garantias mínimas para que todos mantenham o interesse na permanência e estabilidade de comunidade política<sup>45</sup>.

O referido argumento encontra reforço na tese de John Rawls, do consenso sobreposto, pela qual haveria o assentimento de todos às doutrinas abrangentes razoáveis que têm lugar na sociedade contemporânea<sup>46</sup>.

As cláusulas pétreas limitariam o poder reformador, tornando intangíveis as normas sem as quais não haveria sentido em se fazer parte da comunidade política. Protegeriam, assim, não somente a democracia, como também os direitos básicos, que resultam no reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas.

Os argumentos são fortes, contudo, enfrentam críticas. Quanto à alegação de que a decisão do constituinte originário de entrincheirar determinados direitos, somente pelo povo poderia ser revista, pelo próprio constituinte originário, opõe-se o de que a maior parte dos cidadãos de hoje não participou da eleição dos constituintes de 1987/1988, por não serem vivos ou

---

<sup>44</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 298.

<sup>45</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 299.

<sup>46</sup> RAWLS *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 299.

serem apenas crianças na ocasião.

Assim, a cristalização de alguns dispositivos, significa não somente o estabelecimento de um governo dos mortos, precisamente a geração constituinte, sobre os vivos.

Com relação ao argumento de que as cláusulas pétreas possuiriam o escopo máximo de preservar a identidade da Constituição, mister observar que a compatibilidade entre democracia e constitucionalismo depende de a constituição não restringir excessivamente as possibilidades decisórias do legislador, mormente o constituinte derivado.

Ademais, é necessário lembrar que impor excessiva rigidez à reforma constitucional, pode antecipar uma ruptura com o sistema constitucional em vigor, haja vista a necessidade de efetiva identidade do povo com a sua carta política.

Quanto ao argumento do pré-compromisso, mister ressaltar o problema da falta de democracia intergeracional por ele causado, haja vista retirar das gerações presentes o direito de decidirem sobre os seus destinos, devido às limitações impostas por gerações passadas, mesmo em relação a normas estranhas à estrutura do estado de direito e daquelas que preservam a democracia.

Contrapondo-se à analogia de Ulisses e o canto das sereias, Jeremy Waldron idealizou uma moça, de nome Bridget, que converteu-se a uma determinada crença e, por tal razão, entregou a uma amiga a chave da sua biblioteca, que conteria livros que poderiam fazê-la se desviar dos caminhos da nova fé por ela professada. No futuro, Bridget, em crise de fé, pede a chave da biblioteca de volta à sua amiga. Qual a manifestação de Bridget a amiga deveria cumprir, a sua no passado, ou a do presente<sup>47</sup>?

O que dizer, por exemplo, da inclusão de mero disciplinamento de competência de órgão do Poder Judiciário no rol

---

<sup>47</sup> WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: Alexander, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, p. 271-296.

dos direitos e garantias fundamentais? Percebendo, a geração atual, que a decisão tomada pelo legislador constituinte não mais atende às necessidades que a realidade hodierna reclama, deve permanecer resignada, tão somente porque, em dado momento, resolveu, a geração constituinte, tal como Ulisses, “amarrar-se ao mastro da embarcação”?

O argumento de que os limites materiais protegeriam a democracia, por sua vez, mostra-se incompleto, haja vista que não fornece fundamento ao entrincheiramento de direitos que possibilitam a igual dignidade da pessoa.

Quanto ao argumento que se baseia no contrato social, este justifica a decisão que torna intangível a proteção às liberdades, assim como os direitos que garantem a igual dignidade das pessoas, bem como a intangibilidade das normas que preservam e garantem a democracia.

Não se trata de referência a um evento, de nome “contrato social”, que teria ocorrido no passado, mas antes um artifício de legitimação das instituições políticas, buscando estribá-las em razões imparciais, que possam ser racionalmente aceitas por todos os membros da comunidade<sup>48</sup>.

Não há como deixar de perceber, que a excessiva rigidez da constituição, com a cristalização de algumas matérias, sobretudo aquelas que não dizem respeito às base do Estado de Direito, como separação de poderes e respeito aos direitos fundamentais, pode antecipar a ruptura com o regime em que se vive, de forma desnecessária, que poderia ser evitada, a se adotar o entendimento defendido neste trabalho.

O grande dilema das cláusulas pétreas, portanto, é a sua contraposição à democracia intergeracional, não fazendo sentido o entrincheiramento de direitos que não possuam o escopo da garantia da igual dignidade de todas as pessoas, nem tam-

---

<sup>48</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 299.



pouco visem a preservação da democracia ou de instituições políticas que a assegurem e promovam, assim como aos direitos humanos.

## 5.2. A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICIT

Ao analisar a Constituição Federal Brasileira, vê-se que, dentre todos os órgãos do Poder Judiciário, apenas o Tribunal do Júri encontra-se incluído no catálogo de direitos e garantias fundamentais, precisamente no inciso XXXVIII, do artigo 5º, Capítulo I, do Título II.

Para além de instituir ou meramente manter a instituição do Tribunal do Júri, com as feições das constituições anteriores, o constituinte de 1988 avançou, definindo os exatos contornos da sua competência, consoante já referido, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida<sup>49</sup>.

Vê-se que os demais Órgãos do Poder Judiciário foram disciplinados no Capítulo III, do Título IV, que trata sobre o Poder Judiciário, dentre eles, inclusive, a corte maior brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o extenso rol de competências do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, foi tratado no artigo 102 da Constituição Federal, havendo sido, inclusive, modificado pela Emenda Constitucional número 3/1997, Emenda Constitucio-

---

<sup>49</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

nal número 22/1999, Emenda Constitucional número 23/1999 e Emenda Constitucional número 45/2009.

O não menos extenso rol de competências do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, encontra-se disposto no artigo 105 da Constituição Federal, devidamente alterado pelas Emendas Constitucionais de números 22/1999, 23/1999 e 45/2009.

Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar, os Tribunais de Justiça e Juízes de Direito, por sua vez, têm suas competências disciplinadas nos artigos 108 e 109, 114, 124 e 125 da Constituição Federal.

A Justiça Eleitoral, por força do artigo 121, tem a sua competência definida na Lei número 4.737/1965, precisamente o Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar pela Constituição Federal de 1988.

Vê-se, assim, que o único órgão do Poder Judiciário Brasileiro que possui a sua competência aparentemente cristalizada através de limite material ao poder reformador do constituinte derivado é o Tribunal do Júri.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional brasileiro, cabendo a ele a última palavra em relação aos direitos fundamentais, como guardião maior da Constituição Brasileira que é, possuindo, ainda, competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e reclamação constitucional, consoante se verifica através da redação das alíneas “a” e “1” do §1º do artigo 102 da Constituição Federal.

Não obstante a importância da corte maior brasileira, esta não possui a sua competência entrincheirada através de cláusula pétrea, tando que em quatro ocasiões distintas, consoante já restou demonstrado neste tópico, teve a sua competência alterada.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a última palavra em relação à interpretação da Lei Federal e possui competência para o julgamento, nos crimes comuns, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, por sua vez, consoante já demonstrado, teve a sua competência alterada em três ocasiões distintas.

Por quê, então, somente a competência do Tribunal do Júri poderia ser considerada direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988? Exclusivamente por se encontrar no Título II do Capítulo I da Constituição Federal Brasileira deve ser a competência constitucional do Tribunal do Júri se revestir de fundamentalidade? Há razões plausíveis para que ceda a presunção de fundamentalidade da referida competência constitucional?

É inegável que a regra que disciplina a competência do Tribunal do Júri, a exemplo do que ocorre com as competências dos demais órgãos do Poder Judiciário, é meramente estrutural, não possuindo natureza de direito fundamental.

É que eventual alteração de modo algum iria pôr em causa a democracia, nem tampouco a igual dignidade das pessoas.

Assim, não há como se sustentar a tese de que a competência do Tribunal do Júri seja um direito materialmente fundamental, razão pela qual, havendo necessidade de alteração, com o escopo de melhor adaptação da estruturação da sua competência, possibilitando, assim, julgamentos imparciais dos membros de organizações criminosas que pratiquem crimes dolosos contra a vida, possível se mostra a sua alteração através do poder reformador do constituinte derivado.

Não há que se falar em ofensa ao direito dos membros de organizações criminosas em serem julgados pelo Tribunal do Júri.

A própria Constituição Federal cria exceções às regras gerais de competência, permitindo o julgamento de determinadas pessoas, a depender de condições especiais que ostentem, como por exemplo, o exercício de algum cargo público, permitindo que sejam julgados por órgãos do Poder Judiciário diversos dos que julgariam os demais indivíduos.

É o caso, por exemplo, de Desembargador do Tribunal de Justiça. Caso um indivíduo qualquer cometa um crime de lesão corporal de natureza leve, cuja pena varia de três meses a um ano de detenção, será julgado pelo juizado especial criminal, por força do inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, cumulado com o artigo 61 da Lei 9.099/1995. Caso um Desembargador do Tribunal de Justiça pratique o mesmo delito, será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica através da alínea “a”, do inciso I, do artigo 105 da Constituição.

Assim, estaria havendo ofensa ao princípio da igualdade? De maneira alguma! É que o julgamento do Desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e não por meio de um órgão da primeira instância, ou mesmo pelo próprio Tribunal que integra, é justificado pela necessidade de garantia de um julgamento justo, isento de quaisquer influências, bem como em virtude do escopo de proteger o próprio cargo que é por ele ocupado.

Igualmente, o julgamento de um membro de organização criminosa pela prática de crime doloso contra a vida por órgão diverso do Tribunal do Júri, a quem caberia o julgamento dos demais indivíduos, teria o objetivo precípuo de possibilitar um julgamento livre de pressões, intimidações, inegavelmente mais fáceis de ocorrência diante de um colegiado de leigos.

Tal exceção não seria inovação brasileira, pois que a pró-

pria Constituição Portuguesa, no artigo 207º, ao estabelecer a competência do Júri para o julgamento dos crimes graves, a excepciona em relação aos de terrorismo e criminalidade altamente organizada<sup>50</sup>.

Na Constituição Portuguesa, ademais, eventual alteração na competência do referido órgão não se encontra impedida por limite material ao poder reformador do constituinte derivado<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> *Artigo 207.º*

Júri, participação popular e assessoria técnica

1. O júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeriam.

2. A lei poderá estabelecer a intervenção de juízes sociais no julgamento de questões de trabalho, de infracções contra a saúde pública, de pequenos delitos, de execução de penas ou outras em que se justifique uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos.

3. A lei poderá estabelecer ainda a participação de assessores tecnicamente qualificados para o julgamento de determinadas matérias

<sup>51</sup> *Artigo 288.º*

Limites materiais da revisão

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) A independência nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de governo;
- c) A separação das Igrejas do Estado;
- d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
- h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- m) A independência dos tribunais;
- n) A autonomia das autarquias locais;
- o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

Assim, vê-se que, em Portugal, a toda evidência a competência do Júri pode ser alterada por meio de emenda à constituição, pois que não é cláusula pétrea.

Não possuindo, consoante já analisado, a competência do Tribunal do Júri, natureza de direito fundamental, negar à atual geração o direito de alteração da sua competência tão somente pela sua localização geográfica no catálogo de direitos e garantias fundamentais não parece ser a solução mais adequada.

Não se está a defender, no presente trabalho, de modo algum, que declare, o Poder Judiciário, judicializada a questão, a inconstitucionalidade parcial do disposto na alínea “d” do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, tendo em vista que a manutenção da competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por membros de organizações criminosas importaria em proteção deficiente ao direito à vida e, portanto, haveria inconstitucionalidade.

É que, consoante demonstrado no item 3.1.2. deste trabalho cabe ao Poder Legislativo e, no caso agora ventilado, ao constituinte derivado, o disciplinamento dos deveres de proteção, bem como a plena observância desses na estruturação dos seus órgãos e definição de competências, com o escopo máximo de evitar incorrer em proteção deficiente, reservando-se ao Judiciário, entretantes, um espaço subsidiário de aplicação do princípio da proibição do déficit.

Consoante posição assumida no nuper citado item, a judicialização dos conflitos relativos aos deveres de proteção e princípio da proibição do déficit, mostra-se de tormentosa análise, sobretudo quando há lei editada, no caso da competência do Tribunal do Júri, inclusive, regramento constitucional, devendo, pois, o Poder Judiciário, permanecer adstrito à vontade expressa pelo Parlamento por meio do comando normativo, no caso ora em disceptação, à vontade do constituinte originário.

Nesse sentido a posição assumida por Luiz Fux, para

quem é necessária uma postura de autocontenção do Poder Judiciário, pois que o afastamento da constitucionalidade de uma determinada lei, ou mesmo dispositivo, é uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos subjacentes e, portanto, atividade que deve caber ao Parlamento, devendo ser prestigiado o Legislador, salvo em casos teratológicos<sup>52</sup>.

Também imperioso admitir que os limites materiais ao poder de reformador do constituinte derivado, expressos no artigo 60 §4º da Constituição Federal, não implicam na vedação de mudanças redacionais, com o escopo do aperfeiçoamento dos institutos protegidos, nem tampouco alterações de menor monta, ainda que importem em restrições ao instituto<sup>53</sup>.

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que as limitações materiais ao poder constituinte de reforma enumeradas pelo §4º do artigo 60 da Constituição Federal, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do seu núcleo essencial, dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege<sup>54</sup>.

Se o grande escopo do Tribunal do Júri é possibilitar o julgamento dos “iguais pelos iguais”, fórmula esta que, consoante explicitado no item 1.2., desde os primórdios já não funcionava, menos ainda funciona com o julgamento dos membros das organizações criminosas, pois que, neste caso, não pessoas integrantes de quadrilhas de criminosos com grande poder de

---

<sup>52</sup> FUX, Luiz. Voto proferido no julgamento conjunto da ADPF n. 19 e ADI n.º 4.424, disponível no site <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4424LF.pdf>, consultado em data de 10 de novembro de 2013.

<sup>53</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 241/330.

<sup>54</sup> ADI – MC n.º 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertene. Julg. 27.10.1999, disponível no site <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1767655>, consultado em 02 de novembro de 2013.

coação, inclusive física, a serem julgados por professores, estudantes e funcionários públicos.

Não se estaria, por meio da alteração proposta, suprimindo o Tribunal do Júri do rol dos direitos e garantias fundamentais, mas tão somente adequando a sua competência para permitir que sejam os membros das organizações criminosas julgados, pela prática de crimes dolosos contra a vida, por magistrados de carreira, que inegavelmente contam com maior aparato de segurança, além de maior preparo para lidar com as presões inerentes aos referidos julgamentos.

Assim, imperioso reconhecer que a realidade hodierna da atuação das organizações criminosas no Brasil, em que pese a recenticidade da Constituição vigente, em muito se distancia daquela constatada por ocasião da assembleia nacional constituinte.

Foi reconhecida, pelo parlamento, a força intimidatória dos membros das referidas organizações, tanto que, com o escopo de preservar as vidas dos magistrados de primeiro grau, visando propiciar-lhes, ainda, as condições adequadas ao exercício da jurisdição, foi editada norma, possibilitando a formação de colegiado, em primeiro grau, por juízes de carreira, para julgamento dos crimes por elas praticados.

Tal reforma à constituição não atingiria a democracia ou a igual dignidade das pessoas, não havendo que se falar em restrição vedada a direito de membro de organização criminosa em ser julgado por um colegiado de leigos, mais vulnerável e de fácil intimidação.

Não há, na reforma proposta, evidentemente, restrição a direito materialmente fundamental, mas antes a direito apenas formalmente fundamental, todavia mediante forte justificação, que passa, inclusive, pela vedação da proteção deficiente ao direito à vida, por parte do Estado.

Na esteira do pensamento do professor Jorge Reis Novais, no sentido de que, se uma restrição das liberdades de



alguns particulares que tinha em vista o incremento da segurança pública é inviabilizada por força de uma aplicação mecânica do princípio *in dubio pro libertate*, em última análise é a liberdade de todos que, em desconformidade ao princípio da unidade da Constituição, resulta inadequadamente afetada<sup>55</sup>, igualmente tenho que, se é inviabilizada a alteração proposta, com o escopo de salvaguardar direito de membro de organização criminosa em ser julgado pelo Tribunal do Júri, em última análise, como resultado, têm-se a afetação da proteção do direito à vida dos demais membros da sociedade.

### 5.3. A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JÚRI E OS POSTULADOS DO ESTADO EVOLUTIVO

Consoante já referido ao longo do trabalho, o constituinte originário limitou as matérias sujeitas ao poder reformador do constituinte derivado. São as chamadas cláusulas pétreas, ou limites materiais ao poder de reforma.

No Brasil, são elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e, por fim, os direitos e garantias individuais, havendo sido os últimos melhor analisados nos itens 4.2 e 4.3 do trabalho.

As diversas teorias que buscam definir o sentido das cláusulas pétreas foram explicitadas no item 5.1., contudo, em resumo, pode-se dizer que os limites impostos ao poder reformador visam preservar o cerne da constituição, a sua identidade, a democracia e o estado de direito, que tem por fundamento os direitos fundamentais, com vista a garantir a igual dignidade dos indivíduos, a dignidade da pessoa humana.

Almeja-se, assim, evitar que as maiorias parlamentares, em momento de comoção ou de forte apelo social, alterem a constituição, de modo a prejudicar as minorias, ou mesmo des-

---

<sup>55</sup>

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 54/55.

virtuar os rumos do Estado, afastando-o da democracia.

Nesse diapasão, contudo, forçoso indagar se o simples fato de haver sido a competência constitucional do Tribunal do Júri inserida geograficamente na Constituição Federal no título destinado aos direitos e garantias fundamentais justificaria a sua cristalização como cláusula pétrea.

Em que pese muitas vozes em sentido contrário, temos que a resposta deva ser necessariamente negativa.

A Constituição, como visto no item 5.2., não tratou nenhuma outra norma relativa a competência de órgão jurisdicional como cláusula pétrea.

De acordo com Cláudio Pereira de Sousa Neto, retirar do alcance do constituinte derivado uma ampla série de preceitos, apenas em virtude da sua localização geográfica no texto constitucional, não se justifica<sup>56</sup>.

Ou seja, o simples fato de uma regra ou princípio se encontrar enunciado no Título II da Constituição Federal Brasileira não torna a norma materialmente fundamental, mas apenas formalmente fundamental, razão pela qual, sendo apenas formalmente fundamental, não há que se falar em imutabilidade.

Tal cristalização significaria enxergar no limite de alteração um fim em si mesmo. Seria admitir que a geração constituinte estabeleceu um limite porque podia estabelecer e, ainda que se verifique que a norma impede que o Poder Público dê as devidas respostas que a atualidade reclama, se veja impedido, o constituinte derivado, de promover reformas constitucionais, tão somente porque a geração constituinte governou, governa e sempre governará do túmulo.

Segundo Rodrigo Brandão, considerar objeto de proteção superconstitucional, todos os direitos formalmente fundamentais, além dos direitos materialmente fundamentais previstos na

---

<sup>56</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 311.

Constituição, consiste em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do §4º do artigo 60 da Constituição. Desse modo, haveria o fundado risco de implantação do governo dos mortos sobre os vivos, pois que estaria, a geração atual, sujeita a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa<sup>57</sup>.

Acrescenta que a referida circunstância conferiria ao sistema constitucional brasileiro um nível elevadíssimo de rigidez constitucional, concedendo, dessa maneira, às gerações posteriores à da constituinte de 1988 um poder político muito inferior ao conferido ao da última, negando-se a elas o poder de condução dos próprios destinos, o que inegavelmente contrasta com o princípio democrático.

Haveria, desse modo, excessiva ampliação do rol de direitos e garantias individuais, contudo, paradoxalmente, grande restrição ao princípio democrático, estabelecendo-se uma espécie de ditadura da geração constituinte sobre as gerações atual e futuras.

Adverte, ainda, Rodrigo Brandão, que a retirada de tantas matérias do alcance das supermaiorias necessárias à aprovação de emendas constitucionais, muitas delas sem qualquer conexão com os pressupostos da democracia ou valores constitucionais essenciais da Constituição, não confere às gerações supervenientes à constituinte alternativas para a supressão de posições jurídicas fundamentais, senão a nova manifestação do poder constituinte originário.

Assim, diante da evidência de possuir, a regra que trata da competência do Tribunal do Júri, natureza meramente estrutural, não se constituindo em pressuposto da democracia ou valor essencial da Constituição, a sua alteração deve ser reconhecida como possível, mediante o atendimento das disposi-

---

<sup>57</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204 e ss.

ções do artigo 60 da Constituição Federal, mormente em seus incisos I a III e parágrafos 1º a 3º, que disciplinam os requisitos e a tramitação de emendas constitucionais, sob pena de se impedir que o constituinte derivado, atendendo aos postulados do estado evolutivo, efetive as alterações necessárias a fim de possibilitar o efetivo cumprimento, pelo Poder Público, dos deveres de proteção decorrentes da constituição.

Necessária, portanto, a interpretação do §4º do artigo 60 da Constituição sob o prisma do princípio democrático, evitando-se o superdimensionamento das cláusulas pétreas e, desse modo, uma maior abrangência da vinculação da geração atual às decisões tomadas pelo constituinte originário.

Para José Carlos Vieira de Andrade, a localização de um determinado assunto no título II da Constituição Federal Brasileira não gera a presunção absoluta, mas antes relativa, de que se está diante de um direito fundamental, cabendo, pois, à doutrina aferir se as normas são materialmente fundamentais, mediante a análise de três requisitos, a saber: a) a circunstância de as normas atribuírem posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais; b) função própria relativa à proteção de bens, posições ou relações das pessoas reputados essenciais ou primários; e c) intenção específica que justifica a prioridade valorativa no contexto da Constituição de 1988, por encampar a ideia de homem, em sua dignidade humana<sup>58</sup>.

Analisando os requisitos referidos, vê-se que a competência constitucional do Tribunal do Júri não atribui qualquer posição jurídica subjetiva considerada fundamental.

É evidente a impossibilidade de julgamento por juízo ou tribunal de exceção, consoante preconizado no inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, adequar as competências dos órgãos do Poder Judiciário não significa criar juízo ou tribunal de exceção, mas tão somente de buscar a oti-

---

<sup>58</sup>

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2001. p. 86.

mização do serviço judiciário, de modo a possibilitar o cumprimento do escopo máximo da jurisdição, precisamente a pacificação social.

Não há que se falar, ainda, que por meio da manutenção da competência constitucional do Tribunal do Júri se garanta proteção a bens, posições ou relações das pessoas reputados essenciais ou primários.

É que a garantia de julgamento, por meio de magistrados de carreira, vitalícios, imparciais, inamovíveis, que não se submetem aos humores daqueles que ocupam cargos políticos de forma transitória e eventual, nem tampouco às intempéries do poder, demonstra que o escopo primordial do Tribunal do Júri, de possibilitar o julgamento dos indivíduos pelos seus iguais, tirando o poder decisório das mãos do déspota, não mais faz sentido.

Por último, a regra de competência em comento não expressa qualquer aspecto valorativo indispensável à observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, afasta-se, de acordo com os requisitos referidos, a possibilidade de reconhecimento de fundamentalidade material na regra de competência do Tribunal do Júri, de modo que admissível se mostra a sua modificação, sobretudo diante da forte justificativa apresentada ao longo do presente trabalho.

Dessarte, o poder constituinte derivado poderia aprovar emendas que ensejassem a alteração de conteúdos constitucionais, como os direitos individuais, podendo, inclusive, restringi-los moderadamente, desde que, para tanto, tenha forte justificação.

## CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES

Demonstrada a evolução histórica do Tribunal do Júri no Brasil, desde a sua instituição por meio do ato de 18 de junho de 1822, do Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara, até a

feição que lhe foi impressa pela Constituição de 1988, vê-se que, além da última, apenas as constituições de 1891 e 1946 o trataram no rol dos direitos e garantias.

A Constituição de 1946 foi a primeira que estabeleceu a sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o que se repetiu na Constituição de 1967, até o ano de 1969, com a instituição de um regime autoritário no País, resgatada, contudo, a referida competência, na Constituição de 1988.

Mediante a análise da origem do Tribunal do Júri na Inglaterra, vê-se que a justificativa era a de evitar o arbítrio do Príncipe, possibilitando, assim, o julgamento dos indivíduos pelos seus semelhantes.

Tal premissa, contudo, não era verdadeira, posto que, em virtude da composição dos conselhos de sentença, eram apenas os nobres quem tomavam assento no colegiado.

Na atualidade, analisando-se a realidade brasileira, igualmente vê-se que os conselhos de sentença são integrados por pessoas pertencentes às classes dominantes, sendo os réus, na maior parte das vezes, pobres, traficantes e, apenas excepcionalmente pessoas, pertencentes à mesma classe social dos juízes de fato.

Diferentemente do que ocorreu na composição dos conselhos de sentença, que não sofreu modificações, desde a Constituição Federal de 1988, houve grande avanço da atuação das organizações criminosas no Brasil.

Ocorre que, enquanto os jurados, pertencentes em sua maioria às classes dominantes, fazem do Tribunal do Júri uma fábrica de condenações quando estão a julgar pessoas das classes mais baixas, quando se vêem no dever de fazer justiça aos membros de organizações criminosas pela prática de crimes dolosos contra a vida, é pela sua própria segurança e integridade física, bem como dos seus familiares, que velam.

Tal atuação diferenciada se dá em virtude do grande po-

der intimidatório dos membros das organizações criminosas, sobretudo diante da fragilidade dos conselhos de sentença, se comparados aos magistrados de carreira, posto que, diferentemente destes, em que pese serem em sua maioria pessoas com acesso à educação, de bom nível cultural e social, não possuem preparo para lidar com os riscos e pressões inerentes à magistratura criminal.

Tais riscos foram reconhecidos pelo legislador ordinário, tanto que, para proteger os magistrados de carreira, possibilitando, ainda, a imparcialidade e isenção nos julgamentos, por meio da Lei número 12.694/2012, permitiu a formação de colegiados para a prática de qualquer ato processual no curso que de processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas.

Reconhece, dessa forma, o legislador brasileiro, a necessidade premente de preservação daqueles que atuam diretamente nos julgamentos que envolvem organizações criminosas.

Não obstante, o referido dispositivo não se aplica ao Tribunal do Júri, haja vista decorrer a sua competência da própria Constituição Federal, não havendo qualquer referência, no texto da mencionada Lei, ao afastamento da competência do Júri.

Desse modo, a competência atual do Tribunal do Júri no Brasil, tendo em vista não excepcionar os julgamentos dos crimes relativos à criminalidade altamente organizada, gera a impunidade dos membros das organizações criminosas pela prática de crimes dolosos contra a vida.

Assim, conclui-se que o Estado não vem cumprindo o seu dever de se estruturar de modo a possibilitar a necessária e adequada proteção do direito à vida.

Os deveres do Estado decorrem de uma abordagem pós-positivista da Constituição Federal, através da qual, dos direitos fundamentais, incumbe ao Poder Público não somente prestações negativas, abstenções, respeito, mas também atuação positivas, vez que, a partir da dimensão objetiva dos direitos fun-

damentais, são consagrados os valores nucleares da ordem jurídica democrática, cabendo ao Estado envidar os esforços necessários a evitar que os indivíduos sofram ataques de terceiros em seus direitos.

Tais deveres impõem a atuação estatal de modo a proteger, da melhor maneira possível, os direitos fundamentais, devendo, para tanto, praticar atos, editar normas, organizar-se em órgãos, definindo, ainda, de maneira adequada, as suas competências.

Não envidando, o Poder Público, os esforços indispensáveis à proteção mencionada, incorre em proteção deficiente, omitindo-se de forma inconstitucional, atitude ofensiva ao princípio da proibição do déficit.

Por outro lado, a possibilidade de alteração da competência constitucional do Tribunal do Júri não é pacífica, pois que encontra-se enunciada no Título II da Constituição Federal e, de acordo com a doutrina tradicional, todos os direitos ali enunciados estariam à margem do poder reformador do constituinte derivado.

Não obstante, há vozes que se levantam em favor da melhor investigação dos direitos que devem ser efetivamente considerados cristalizados por força do inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição Federal.

A alteração da competência constitucional do Tribunal do Júri, consoante analisado ao longo do trabalho, não interfere em posição jurídica subjetiva reputada fundamental, não impede a proteção de bens, posições ou relações de pessoas considerados essenciais ou primários, nem tampouco fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não obstante geograficamente localizada no Título destinado aos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, possui fundamentalidade apenas formal, pois que trata-se de norma meramente adjetiva, não alcançando a dignidade normativa necessária a ser reputada cláusula pétrea.



Não faria sentido, pois, o superdimensionamento dos direitos fundamentais, mediante exegese no sentido de que todo e qualquer direito incluído no catálogo da Constituição, independente da sua natureza, estaria cristalizado por força do inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, em detrimento da democracia intergeracional.

É que, não se constatando, em determinado direito, especial dignidade normativa que justifique o seu entrenchement por decisão política fundamental do constituinte originário, admitir a sua cristalização seria o mesmo que retirar das mãos das gerações que sucederam a geração constituinte de 1988 a condução dos seus próprios destinos.

Não é razoável, pois, admitir que a geração constituinte governe do túmulo, ainda que não se demande maior esforço cerebrino para perceber que, naquela época, jamais poderiam ser previstos todos os problemas que viriam a ser enfrentados no futuro pelo Estado.

Assim, ao deixar de excepcionar da competência do Tribunal do Júri os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida praticados por organizações criminosas, certamente não imaginou, o constituinte originário, a marcante atuação dos referidos grupos que o País viria a enfrentar duas décadas após.

Se, na época da promulgação da Constituição, o Tribunal do Júri cumpria bem o seu papel, posto que as tentativas de intimidação aos membros dos conselhos de sentença não chegavam a gerar impunidade, posto que as referidas organizações criminosas ainda não atuavam de forma substancial, o mesmo não se pode dizer na atualidade.

Necessária, assim, a adequação do Poder Público e adaptação aos postulados do estado evolutivo, sem as quais deixará, inclusive, de cumprir adequadamente os seus deveres de proteção.

Forçoso reconhecer, destarte, não só a necessidade de alteração da competência constitucional do Tribunal do Júri, por

meio de emenda à Constituição, para a exclusão do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por membros de organizações criminosas, mas antes a sua premência.

Assim, propõe-se, desde logo, que passem os referidos julgamentos à competência dos magistrados de carreira, com a possibilidade, inclusive, de formação dos colegiados de que trata a Lei número 12.694/2012, tudo com o escopo de evitar proteção deficiente, possibilitando o correto cumprimento, pelo Estado, do seu dever de proteção do direito à vida.

A alteração, entretantes, deve se dar por meio de emenda à Constituição, pois que os órgãos políticos têm a legitimidade de escolha popular democrática, feita para a tomada de decisões políticas deste tipo, devendo o Poder Judiciário, em defesa do princípio da proibição do déficit, manter uma atuação contida, subsidiária, atuando somente em caso de manifesta teratologia, tudo com o escopo de preservar a separação de poderes.

Assim, ao alterar a competência do Tribunal do Júri para excluir os julgamentos dos crimes praticados por organizações criminosas, cumpre, o Estado, o seu dever de proteção adequada ao direito à vida.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- Antônio Bandeira de (org.). Estudos e homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do júri: aspectos

- constitucionais e procedimentais. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, M. O júri. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938.
- CRIME ORGANIZADO – Aspectos processuais/ coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião e Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ELSTER, Jon. Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1998, RDA 203/1
- LIMA, Roberto Kant de. A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.
- MARQUES, José Frederico. A instituição do júri. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 2, out/dez. (1997).
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. Tribunal do Júri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Tribunal do Júri

- Popular da ordem jurídica constitucional, 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica, 4º ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível [www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53), com acesso em em 10 de outubro de 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Aécio (coordenador). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SILVA, Eduardo Araújo. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo, Atlas, 2003
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Reforma Constitucional,

cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In MELLO Celso Antônio Bandeira de (org.). Estudos e homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: Alexander, Larry. Constitutionalism: Philosophical Foundations, p. 271-296.

WISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: homicídios e juventude. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013, disponível no sítio [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013\\_homicidios\\_juventude.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf) , com acesso em 08 de novembro de 2013.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)

[www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.tjpb.jus.br](http://www.tjpb.jus.br)

[www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)