

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Controvérsias
e desafios

3ª edição

*Revista, atualizada
e ampliada*

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

INTRODUÇÃO

Os espaços ou mecanismos de consenso no processo penal constituem o tema que mais desperta atenção e controvérsia no horizonte do Direito Processual Penal moderno. Se antes a discussão era limitada ao universo jurídico anglo-saxônico, atualmente está bem presente nos países de tradição jurídica europeia continental, uma vez que, por influência americana, a partir da década de 90 do século passado, eles incorporaram ou expandiram instrumentos de consenso em seus ordenamentos jurídico-penais.

As reformas em direção ao consenso foram motivadas pela sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados até então obtidos. Esses fatores levaram à busca de novos caminhos, representados pelos meios alternativos ou simplificados de resolução de conflitos penais.

A adoção de ferramentas consensuais por países de tradição romano-germânica, no que toca à pequena e média criminalidade, foi vista como meio para se recuperar ou aumentar a confiança e a credibilidade nos sistemas de justiça criminal. Vem prevalecendo a compreensão de que é necessário diversificar os mecanismos de resposta penal, abreviando ou reduzindo procedimentos pela via consensual ou pactuada.

O consenso na esfera criminal, pautado na diversão¹, na simplificação procedimental, na autonomia do indivíduo e no acordo

1. A diversão consiste num programa que busca alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional, seja por meio de mecanismos situados fora do sistema formal de aplicação da justiça (desjudicialização), seja por meio de uma abordagem menos radical, dentro dos aparelhos formais de controle,

de vontades, rompeu com o modelo clássico de processo, baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de confrontação inexorável entre as partes, permitindo a aplicação da lei penal de modo mais célere e satisfatório.

Assim, na primeira parte do trabalho, cuida-se da noção de consenso penal, paradigma fundado na ideia de acordo, negociação e concordância de pensamentos, que se contrapõe ao paradigma do conflito, caracterizado pelo confronto e pela disputa entre as partes. Busca-se demonstrar que era inevitável a criação de espaços ou mecanismos de consenso no campo processual, na medida em que propiciam a resolução célere e simplificada de casos pela via do diálogo. Defende-se que tais espaços devem coexistir com os procedimentos calcados na lógica conflitiva ou adversarial, sendo essenciais para garantir mais celeridade e eficiência no funcionamento dos sistemas de justiça criminal no mundo contemporâneo.

O passo seguinte, ainda dentro do capítulo atinente à consensualidade, é o estudo da concepção de Jürgen Habermas acerca da formação do consenso a partir da racionalidade comunicativa. Após uma exposição sobre as bases da teoria do agir comunicativo, concebida pelo filósofo alemão, busca-se evidenciar como tais ideias podem e devem orientar a formação de um consenso válido no contexto da justiça criminal. Essa reflexão epistêmica se faz necessária para bem balizar o emprego de mecanismos consensuais no âmbito do processo penal.

O capítulo 3 é destinado a explorar o assunto justiça penal consensual, cuidando-se de seu conceito, fatores de emergência, fundamentos legitimadores, instrumentos, controvérsias e críticas, estas dirigidas, sobretudo, aos mecanismos que se amparam na autoincriminação do acusado. Ao se tratar dos instrumentos próprios da justiça criminal pactuada, são apontadas suas modalidades, tendo se almejado explicitar a tendência mundial, especialmente na Europa Continental e na América Latina, de ampliação dos espaços de consenso mediante a adoção de ferramentas que envolvem admissão de culpa.

por intermédio de mero “desvio” ou diversificação (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 133-134).

Nessa parte da obra, são objeto de breves comentários alguns importantes institutos existentes na legislação estrangeira. Já a análise das controvérsias e críticas é focalizada nas seguintes principais alegações: a) violação aos princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, incluindo os direitos ao contraditório e à produção de provas; b) insuficiência de uma verdade consensual; c) ausência de igualdade entre as partes e inexistência de real voluntariedade nos acordos; d) diminuição dos poderes do juiz e deslocamento do eixo decisório para as mãos do Ministério Público; e e) mercantilização e privatização do processo penal. De forma pontual, enfrentando cada um desses aspectos, pretende-se mostrar que, em verdade, bem normatizados e adequadamente aplicados pelos operadores do direito, sem exagerada amplitude nos espaços de consenso e mediante controle judicial, os acordos criminais não desvirtuam as estruturas e os fins do processo, não ofendem as garantias constitucionais dos acusados, podendo propiciar mais eficiência e agilidade na resposta do Estado-Juiz.

Depois, numa análise de direito comparado, aborda-se, no capítulo 4, o paradigmático modelo norte-americano de justiça penal negociada. Inicialmente são explicitadas as noções sobre o processo penal estadunidense, caracterizado como um processo de partes e marcado pela lógica adversarial. Em seguida, a abordagem é focada no instituto do *plea bargaining*, uma vez que por meio dele é que se resolve a grande maioria dos processos criminais nos EUA, tanto no nível federal como no estadual, de modo que tem inspirado, no âmbito global, a tendência de adoção ou ampliação dos espaços de consensualidade nos sistemas de justiça criminal. O estudo revela que efetivamente tal ferramenta possibilita uma rápida resolução dos casos e permite, com a redução da carga de trabalho, que as autoridades possam dedicar mais tempo a casos mais complexos. Todavia, conquanto torne mais eficiente e menos custoso o sistema judicial americano, nota-se que são sérias e preocupantes as críticas formuladas pelos que lá resistem a tal ferramenta de justiça criminal pactuada. A pesquisa mostra a fragilidade dos mecanismos de controle do *plea bargaining* e revela falhas na aplicação da lei penal, tendo ficado clara a necessidade de se limitar o imenso poder/liberdade de ação (e de inação) do Ministério Público norte-americano. Conclui-se que o

modelo estadunidense de justiça criminal negociada é extremamente amplo e confere poderes excessivos ao Ministério Público, estando estruturado para induzir ou forçar a declaração de culpa, daí porque precisa ser aprimorado para evitar abusos e arbitrariedades.

No capítulo 5, discorre-se sobre os mecanismos de solução consensual do processo penal em Portugal. Além de se tratar do instituto da suspensão provisória do processo, do procedimento sumaríssimo, da medição penal de adultos e da colaboração processual ou arrependimento, aborda-se a confissão integral e sem reservas, seus efeitos e a tentativa frustrada, por falta de previsão legal, de se adotar acordos sobre a sentença penal em solo lusitano.

No tocante aos acordos criminais no Brasil, tema examinado no capítulo final, opta-se por logo retomar, de maneira mais aprofundada, a abordagem acerca da renunciabilidade de direitos fundamentais no Estado Democrático e da admissibilidade da renúncia ao exercício desses pelo investigado/acusado a partir da celebração de acordos criminais, uma vez que esses aspectos costumam ser suscitados pelos que se opõe à entabulação de acordos no campo do processo penal. Depois, comenta-se cada um dos institutos brasileiros de consenso (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal – ANPP), trazendo-se seu delineamento normativo, indicando como se consolidou o entendimento pretoriano sobre alguns pontos controvertidos e abordando a disciplina legal, a compreensão doutrinária e os aspectos mais polêmicos do ANPP, nova ferramenta pátria de resolução de casos penais pela convergência de vontades, pelo diálogo.

A Lei nº 13.964/2019, que trouxe a figura do ANPP, concretizou a tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, de modo que um número muito significativo de casos pode ser resolvido a partir da celebração de acordos. O fenômeno da consensualização no âmbito criminal se faz presente, com vigor, na América Latina, tendo o Brasil, avançando mais nesse rumo, adotado um novel instrumento de solução pactuada que promete elevar substancialmente o percentual de casos resolvidos de maneira rápida e simplificada a partir do consenso. Daí a pertinência e a atualidade do assunto que é objeto desta obra.

O CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Consoante lição de Nereu José Giacomolli¹, “a origem da palavra consenso está em *consensus*, termo latino que significa ação ou efeito de consentir, de dar o consentimento”. O paradigma do consenso é fundado, assim, nas noções de conformidade, acordo, negociação e concordância de pensamentos. Contrapõe-se ao paradigma do conflito, marcado pelas ideias de antagonismo, confronto, disputa e enfrentamento.

No campo do direito processual, enquanto o conflito é caracterizado pelo exercício do contraditório, o consenso é justamente o contrário da oposição dialética, da confrontação entre as partes. O consenso é representado pela convergência de vontades, pois o processo penal não se resume a uma contraposição em todos os casos e a todo custo entre as partes. Nas palavras de Giacomolli², o consenso aperfeiçoa-se “quando ocorre uma manifestação volitiva com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais – acusação e defesa [...]”.

Essa dicotomia entre consenso e conflito fez com que a doutrina passasse a distinguir, nos modelos judiciais criminais, os espaços de consenso dos espaços de conflito³. Aqueles consistem em mecanismos ou ferramentas que permitem a solução do caso por meio de um acordo firmado entre as partes. São exemplos, no cenário nacional, os

1. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.
2. GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 74.
3. ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. In: *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335.

institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Já os espaços de conflito são os procedimentos caracterizados pela contraditoriedade, pelo dissenso, pela lógica adversarial, exigindo atos impositivos do Estado para a resolução da questão posta em juízo.

A distinção entre espaços de consenso e espaços de conflito no âmbito do processo penal faz reacender a discussão sobre se existe nessa área a ideia de lide, definida, na acepção civilista de Francesco Carnelutti, como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A doutrina tradicional brasileira de processo penal, representada, por exemplo, por José Frederico Marques⁴ e Fernando da Costa Tourinho Filho⁵, defendeu que há uma lide ou litígio penal, compreendendo que, com a prática de um crime, nasce um conflito entre o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) e o direito de liberdade do acusado (*jus libertatis*). Tais autores sustentaram que se instala um conflito de interesses entre a acusação e a defesa: aquela almeja a punição do denunciado e este resiste a essa pretensão⁶. A doutrina mais moderna⁷, porém, considera descabida a transposição do conceito de lide do processo civil para o processo penal, por entender que não existe um efetivo conflito entre o interesse público estatal ligado à segurança pública e o interesse individual de preservação da liberdade. Ela defende que o interesse de manutenção da liberdade é também um interesse público, uma vez que ao Estado interessa não apenas a condenação do culpado, mas também a absolvição do inocente.

Nessa perspectiva de que o Estado busca, no processo penal, somente a correta aplicação da lei penal, pode-se mesmo entender como inadequada a visão de que há um conflito de interesses, uma lide, na esfera criminal. Entretanto, ainda que o propósito das partes

-
4. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. Campinas: Book-seller, 1997, p. 25-26.
 5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-31.
 6. Goldschmidt afirmava que, no sistema acusatório, quando as partes, na busca por verdade e justiça, perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes, o procedimento penal necessariamente se converte num litígio (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2016, p. 73).
 7. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99.

seja descobrir a verdade dos fatos para saber se o crime ocorreu e se o réu deve ser condenado ou absolvido, não há como afastar a noção de conflito, tensão ou disputa quando, no desdobramento da marcha processual, passam a sustentar posições antagônicas e buscam produzir provas tendentes a contrapor as alegações uma da outra. Nesse contexto, não há como negar a existência de interesses conflitantes.

Como anota Tourinho Filho⁸, “não é pelo fato de o Estado desejar um julgamento justo, imparcial, que deixa de existir a lide penal. O interesse do réu em não sofrer restrição na sua liberdade, tenha ou não razão, contrapõe-se ao interesse do Estado, que é o de puni-lo, se culpado for”. Gustavo Badaró⁹, de outro lado, aduz que, “embora não haja lide no processo penal, isso não quer dizer que se trate de um processo de jurisdição voluntária [...], o processo penal apresenta, em seu conteúdo, uma controvérsia a respeito da veracidade ou não da imputação [...]”.

Assim, mesmo que não se trabalhe com a noção de lide penal, persistem as concepções de espaços de consenso e de espaços de conflito na esfera processual criminal, pois, consoante a posição que cada parte venha a defender, haverá interesses em conflito, fruto da diversidade de opiniões¹⁰. Conforme a reação do réu frente à pretensão acusatória, a solução para o caso poderá ser formada segundo os espaços de consenso ou os espaços de conflito contidos nas legislações de cada país.

Pelo diálogo e pela negociação, a partir de instrumentos próprios, as partes podem construir uma solução consensual para o caso. Dependendo das ferramentas negociais de cada ordenamento jurídico-penal, se o titular do direito à liberdade não se opuser à pretensão acusatória, poderá ser encetado um acordo sobre medidas a serem cumpridas ou sobre a pena a que se submeterá o acusado.

8. TOURINHO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 31.

9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95-96.

10. A despeito de o conflito ou a tensão entre as partes não ser o elemento essencial da relação jurídica processual penal, consiste num elemento acidental do qual não se pode fugir quando inexistente consenso entre acusação e defesa quanto ao desfecho mais justo para o caso.

Todavia, não havendo confluência de vontades, inegavelmente se instalará, como dito, uma disputa ou controvérsia entre as partes quanto à verdade dos fatos e quanto à solução mais justa e adequada (condenação ou absolvição). As partes, então, valer-se-ão dos espaços de conflito para chegar à resolução do caso ditada pelo Estado-Juiz. A partir da oposição dialética, em razão do contraste entre a tese e a antítese, caberá ao magistrado, observado o procedimento próprio estabelecido na lei, produzir a síntese, ou seja, a sentença que irá dirimir a questão, condenando ou absolvendo o acusado.

De acordo com Manuel da Costa Andrade, os espaços de consenso são voltados à pequena e à média criminalidade, primando por soluções construídas a partir da confluência de vontades, enquanto os espaços de conflito devem ficar reservados aos delitos mais graves, hipóteses em que, no geral, não são possíveis ou não são desejáveis as soluções consensuais¹¹.

Normalmente, nos ordenamentos jurídico-penais, a pequena criminalidade é definida como aquela de pequena potencialidade lesiva, que gera pequeno impacto social, e é reprimida mediante a imposição de sanções alternativas à prisão¹². São casos em que, ao cabo, os agentes são apenados com sanções pecuniárias ou com outras medidas diversas da privação de liberdade. A média criminalidade diz respeito a delitos intermediários, que se situam entre as infrações leves e as graves. Geralmente são punidos com penas de prisão de curta duração. São infrações de médio potencial ofensivo e que, conforme a legislação de cada país, também podem ensejar reprimendas alternativas ao cárcere¹³. A grave delinquência, por sua vez, consiste nos delitos de maior potencial lesivo, que afrontam bens jurídicos preciosos para a coletividade, como a vida e a liberdade. São infrações reprimidas com prisões de média ou longa duração.

11. ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 334-335.

12. No Brasil, a pequena criminalidade consiste nas infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima, cumulada ou não com multa, não supere a 2 (dois) anos de prisão (art. 61 da Lei nº 9.099/1995).

13. No ordenamento brasileiro, costuma-se asseverar que delitos de média gravidade são aqueles cuja pena mínima não supera 01 ano de prisão e que admitem o benefício da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995).

Como assinalado pelo referido professor português, as legislações modernas têm claramente preferido, para a pequena e a média criminalidade, as soluções processuais mais simples e expeditas. No que tange à grave delinquência, porém, os mecanismos consensuais podem oferecer riscos à parte mais frágil da relação processual e também aos fins do processo.

Em se tratando da imputação de um crime grave, punido com prisão de longa duração, há o risco de o acusado aceitar a solução pactuada apenas por medo ou receio de, num julgamento convencional, ser condenado à longa privação de liberdade, tornando-se viciada sua manifestação volitiva. Ao se estudar, no capítulo 4, o modelo norte-americano de justiça criminal negociada, compreender-se-á melhor porque não é desejável que sejam demasiadamente ampliados os espaços de consenso na esfera da justiça penal, sob pena de se desequilibrar a relação entre as partes e, paradoxalmente, tornar coercitivo o modelo consensual. Ainda, especialmente no capítulo 6, ver-se-á que os instrumentos consensuais oferecem desvantagens e perigos.

De todo modo, a polaridade entre conflito-consenso constitui, segundo Andrade, uma arrumação da qual não pode escapar a realidade processual penal moderna. A estruturação do processo penal não pode ignorar que, ante a heterogeneidade da fenomenologia criminal atual, os agentes de criminalidade pequena ou média podem se mostrar “dispostos a colaborar na procura da verdade (através, por exemplo, da confissão espontânea) e aceitar os caminhos que lhe são propostos como os mais adequados ao seu reencontro com os valores e modelos de ação do Estado de Direito”¹⁴. A solução pela via consensual favorece a ressocialização do autor do fato, na medida em que ele, pelo não exercício ou pelo exercício negativo de alguns direitos fundamentais, participa da construção da solução do caso.

Os espaços de consenso implicam, para respeitar os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação do indivíduo, a disposição ou o recuo voluntário de certos direitos e garantias fundamentais, como a presunção de inocência, o privilégio contra

14. ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 334.

OS ACORDOS CRIMINAIS NO BRASIL

Na esteira do sistema continental europeu, o Brasil seguiu a tendência de introdução de espaços ou de instrumentos de consenso em seu ordenamento jurídico-penal com o propósito de desburocratizar e acelerar a atuação da justiça criminal no que tange à pequena e à média criminalidade. Deixou de insistir numa política criminal ineficiente, calcada na aplicação de penas privativas de liberdade, arriscando-se à experiência da consensualização mediante a aplicação de medidas alternativas ao cárcere.¹

Com amparo no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988², a Lei nº 9.099/1995 instituiu os Juizados Especiais e introduziu instrumentos de consenso no campo criminal, prevendo alternativas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que representou verdadeira revolução dentro do processo penal brasileiro.³

Para as infrações de menor⁴ potencial ofensivo, foram criados os institutos alternativos da composição civil e da transação penal

1. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.
2. “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.”
3. Scarance Fernandes defende o sucesso da Lei nº 9.099/1995, afirmando que libertou “a justiça para o consenso em matéria penal, sendo, em virtude disso, aplaudida pela grande maioria dos estudiosos e dos operadores do direito” (FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2012, p. 209).
4. Art. 61 da Lei nº 9.099/1995: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine

e, para os delitos classificados como de média⁵ ofensividade, foi trazida a possibilidade da suspensão condicional do processo. Esses novos institutos quebraram a inflexibilidade do modelo clássico de processo penal e, pautando-se pelo princípio da oportunidade regrada e pelos critérios da oralidade, simplicidade⁶, informalidade, economia processual e celeridade, centraram-se na resolução consensual do conflito, focando na aplicação de medidas substitutivas à prisão e na reparação dos danos causados à vítima.

Ao se cuidar dessas figuras, serão comentadas algumas críticas a elas dirigidas, especialmente no tocante à constitucionalidade e à forma de operacionalização da transação penal. Apesar dos avanços que propiciaram, são mecanismos que podem ser aprimorados no plano normativo, aproveitando a intenção do Parlamento brasileiro de que passem a ser disciplinados no novo Código de Processo Penal (arts. 254 e 284 a 291).

De outro lado, também a partir da década de 90, por meio da Lei nº 8.072/1990 e de outras várias leis penais especiais, o legislador nacional previu a possibilidade de se firmar acordo de colaboração premiada, na modalidade de delação premiada. O instituto, cuja disciplina processual foi delineada na nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), orienta-se pela lógica do consenso, representando um braço da denominada justiça penal consensual ou negociada.

E, mais recentemente, foi criado, em nosso sistema jurídico-penal, uma nova figura de solução pactuada dos casos penais: o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP (inserido pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime).

Porém, antes de analisar cada um dos mecanismos brasileiros de solução de casos criminais por acordo de vontades, cabe, por sua relevância, abordar mais detidamente o tema da renunciabilidade de

pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa". (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

5. Infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, conforme previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995.
6. A Lei nº 11.313/2018 incluiu de forma expressa o critério da simplicidade na redação do art. 62 da Lei nº 9.099/1995.

direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Como visto no tópico 3.5, esse é um assunto que gera controvérsias em torno das soluções pactuadas na esfera do processo penal.

6.1. A RENUNCIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A reflexão epistêmica sobre temas jurídicos relevantes, que envolvem bens ou interesses constitucionalmente tutelados, muitas vezes deságua na discussão quanto à (im)possibilidade de haver renúncia a direitos fundamentais. É o que acontece no estudo de institutos de solução abreviada/antecipada de casos penais, na medida em que encerram a renúncia de ao menos uma parcela dos direitos fundamentais do acusado.

A abordagem do assunto reclama que primeiro se busque o conceito de direitos fundamentais para depois se ingressar no debate quanto à possibilidade de sua renúncia.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink⁷ ensinam que os direitos fundamentais, a partir de sua evolução histórica, podem ser reconhecidos por duas vertentes. De um lado, como direitos humanos anteriores ao Estado, no sentido de “o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado”. De outro, como direitos do indivíduo “que não são anteriores ao Estado, mas que só são *outorgados pelo Estado*”, havendo necessidade de justificação jurídica para que sejam limitados. Foi nessa segunda vertente, entretanto, que se consolidou o conceito de direitos fundamentais⁸, vistos como direitos ou valores do homem que foram positivados na constituição de um país.

7. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

8. Embora se aproximem os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos, eles não se confundem. Aqueles, segundo Marcelo Schenk Duque, “encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas”. Por sua vez, os direitos humanos estão ligados à primeira linha de raciocínio acima referida, pois “encontram o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, sendo considerados direito ‘sobre-positivo’ [...], cuja característica essencial é a sua transnacionalidade.” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53). Enquanto os direitos humanos estão consagrados em tratados ou convenções internacionais, os direitos fundamentais estão