Número 4 – dezembro de 2005 - janeiro/fevereiro 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

# A REFORMA (DEFORMA?) DO JUDICIÁRIO E A ASSIM DESIGNADA "FEDERALIZAÇÃO" DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS: PROTEÇÃO OU VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS?[1]

**Prof. Ingo Wolfgang Sarlet**

*Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e na PUC/RS, na qual também leciona a disciplina "Direitos Fundamentais" no Mestrado em Direito*

**Prof. Leonardo Furian**

*Bacharel em Direito (PUC-RS), Advogado, Pesquisador do Núcleo de Pesquisas (CNPQ) "Constituição e Direitos Fundamentais" junto ao Programa de Pós-Graduação e m Direito da PUC/RS e do Grupo de Estudos de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (AJURIS).*

**Prof. Tiago Fensterseifer**

*Bacharel em Direito (PUC-RS), Mestrando em Direito pela PUC-RS, Bolsista CNPq, Pesquisador do Núcleo de Pesquisas (CNPQ) "Constituição e Direitos Fundamentais" junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS, do NEPAD – Núcleo de Estudos e Pesquisa "Ambiente e Direito" da PUC-RS (CNPQ) e do Grupo de Estudos de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (AJURIS).*

[1] O presente texto resultou da pesquisa e discussão realizada no âmbito do Grupo de Estudos de Direito Constitucional, promovido pela Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS) e coordenado pelo primeiro autor, Professor Doutor INGO WOLFGANG SARLET, a partir de outubro de 2004. Destaque-se que em virtude da data da conclusão do trabalho (maio de 2005), não foi mais possível inserir alguns dos mais recentes textos a respeito do tema, que serão objeto de consideração em eventual versão posterior. Outrossim, cabe agradecer aos integrantes do Instituto de Hermenêutica Jurídica e dos grupos de pesquisa "Constituição e Direitos Fundamentais" (PPGD da PUC/RS) e de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (AJURIS) pela discussão de diversos tópicos enfrentados no texto e as provocações daí oriundas, que contribuíram para o aprofundamento de algumas reflexões ora expostas.

**Sumário -** 1. Notas preliminares: contextualizando e problematizando o tema; 2. Sinopse das propostas da assim designada federalização da competência para o julgamento dos crimes contra os direitos humanos; 3. As principais razões em prol da federalização da competência para o julgamento de crimes contra os direitos humanos: mais uma vez seremos vítimas do sedutor canto das "sereias"?!; 4. Avaliação crítica do "se" e do "como" da "federalizaçâo: uma análise dos principais argumentos em prol da ilegitimidade constitucional do incidente de deslocamento de competência; 4.1. Refutando o "maquiavelismo constitucional" ou por que também aqui há de prevalecer a máxima ético-jurídica de que a nobreza dos fins não assegura a legitimidade de qualquer meio; 4.2. A federalização da competência para o julgamento de graves violações dos direitos humanos é, em si mesma, ofensiva a princípios fundamentais?; 4.3. O deslocamento de competência, também da forma como foi proposto, viola direitos e garantias fundamentais da pessoa humana?; 4.3.1. Observações preliminares; 4.3.2. Uma primeira barreira: o princípio da legalidade e o problema da definição das violações (crimes?) Contra os direitos humanos no contexto das restrições a princípios e direitos fundamentais; 4.3.3. O princípio do juiz natural como direito e garantia fundamental e elemento nuclear do estado democrático de direito; 5. Síntese conclusiva: resgatando a legimitidade constitucional e enfrentando a implantação gradativa e silenciosa de um "mal-estar constitucional"; 6. Referências bibliográficas

## 1. NOTAS PRELIMINARES: CONTEXTUALIZANDO E PROBLEMATIZANDO O TEMA

Considerando o elevado número de emendas efetuadas até o presente momento, a revelar o frenesi reformista que tomou conta da cena política-institucional brasileira nestes últimos 17 anos (mais de cinqüenta emendas, incluídas as emendas constitucionais de revisão) já é possível afirmar, sem que se possa ser acusado de leviandade, que no Brasil acabou por se verificar – pelo menos em boa parte – justamente o contrário do que lecionou, em outro cenário, Gomes Canotilho[2]: ao invés dos programas partidários e governamentais incorporarem os ideais da Constituição, todos possuem seus próprios programas e ideais, e, para a sua implementação, pretendem – ainda que por vezes violando a nossa Lei Fundamental – a sua alteração. Que com isso estamos a experimentar uma crise de legitimidade e, de resto, um comprometimento crescente da própria força normativa da Constituição (como bem demonstrou Hesse)[3], resulta evidente e, por ora, dispensa maiores comentários.

É justamente neste contexto que foi proposta, pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo, a reforma do Poder Judiciário, veiculada por meio da proposta de emenda constitucional n.º 96, que remonta ao ano de 1992 e cuja tramitação no Congresso Nacional findou com a sua aprovação pelo Senado

[2] Ensina o catedrático de Coimbra: "um *programa eleitoral partidário* ou um *acordo partidário-governamental-parlamentar* não são, rigorosamente, um *programa constitucional de governo*" (grifo do autor). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: *contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 468.

[3] Especialmente atual no caso brasileiro é a lição do eminente jurista alemão, para quem, "igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente". HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

Federal em 17 de novembro de 2004 e posterior promulgação da Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante EC 45/04). Sem que se vá aqui historiar todas as vicissitudes que cunharam também o processo desta reforma em especial, que, de resto, já vinha sendo discutida antes mesmo da vigência da nossa atual Constituição, bem como deixando consignado que não se trata de refutar a possibilidade de reformas (inclusive do Poder Judiciário) em si, visto que o mecanismo da reforma constitucional, usado com moderação e respeitados os limites materiais e formais impostos pelo Constituinte, atua como importante elemento de garantia da estabilidade constitucional, por assegurar a possibilidade de adequação do texto à realidade cambiante e, portanto, viabilizar a necessária sinergia com a constituição material, propõe-se a discussão de apenas um dos aspectos da Reforma do Judiciário – no caso, como já anunciado pelo título -, a questão da assim designada "federalização dos delitos contra os direitos humanos". A escolha deste tópico, aliás, já restaria justificada pela sua repercussão e tendo em conta os pelos diversos pontos correlatos passíveis de questionamento. Neste sentido, basta atentar para o acalentado debate promovido tanto na esfera política, quanto no âmbito das associações de classe da área jurídica (tais como OAB, AMB, AJUFE, etc) na mídia e na própria doutrina, que já há algum tempo despertou para o assunto.

Com efeito, como já sabido e de acordo com o sumário histórico a ser apresentado logo adiante, foi incorporada à reforma do Poder Judiciário a possibilidade de deslocamento da competência para o julgamento de graves violações de direitos humanos da Justiça Estadual para a Justiça Federal, o que, de acordo com a emenda, poderá ocorrer mesmo após o fato, portanto, antes ou durante o inquérito policial ou, ainda, durante a própria tramitação do processo. Que tal previsão, a despeito da nobreza das intenções de muitos que a defendem e da legitimidade do propósito em si mesmo (que é o de outorgar maior proteção a direitos humanos fundamentais) não se encontra como, de resto, se percebe com base em diversas manifestações no seio da doutrina, imune a críticas, visto que – segundo aqui será advogado – resultou na violação até mesmo de princípios e direitos fundamentais consagrados nacional e internacionalmente, é o que se pretende discutir neste texto.

Desde logo, todavia, impõe-se o registro de que **não (!!!)** é nosso propósito enveredar pela seara passional e muitas vezes excessivamente corporativa e até mesmo maniqueísta que – infelizmente – tem pautado, como sói acontecer entre nós, também este debate. Assim, evitar-se-á o uso de argumentos não necessariamente jurídicos e até mesmo ilegítimos (já que generalistas e resultantes de uma presunção de má-fé ou, no mínimo, da presunção de que se está apenas a defender interesses corporativos) como o de que se cuida de mais um golpe direcionado contra as instituições estaduais, com o intuito claro de fragilizá-las por conta de uma centralização do poder pela Justiça e pelo Ministério Público Federal, ou, pela perspectiva da Justiça Federal, de que qualquer resistência ao instituto do deslocamento de competência vindo da Justiça Estadual é movida meramente pelo interesse corporativo de não abrir mão de parcela de seu poder. Que a centralização ilegítima de poder, com a conseqüente ruptura do pacto federativo (tema, aliás,

recorrente desde que iniciaram as reformas constitucionais) é de fato um ponto a ser questionado, constituindo inclusive um argumento contra a instituição do deslocamento de competência, não significa que não se possa reconhecer a existência de argumentos razoáveis – assim como a nobreza de propósitos – por parte de muitos dos defensores de tal medida.

Feitas estas considerações e anunciado o objetivo, qual seja, o de demonstrar a substancial inconstitucionalidade da "federalização" dos delitos contra os direitos humanos introduzida no artigo 109 da Constituição Federal de 1988 (doravante CF) pela EC 45/04 (inciso V-A)[4], no mínimo pelo modo como foi prevista pelo reformador constitucional, iniciar-se-á com um resumo histórico, apresentando desde a proposta original até a versão aprovada no texto final; segue uma síntese das justificativas e argumentos em prol da federalização; após, avaliar-se-á cada argumento no contexto da discussão da constitucionalidade do "se" e do "como" da "federalização".

Por derradeiro, antes de enfrentar-se o roteiro proposto, uma última nota preliminar, que, a despeito de sua singeleza, não poderia faltar em homenagem às exigências de um mínimo de rigor científico. Embora o título do presente ensaio tenha feito referência deliberada – e deliberadamente entre aspas – à "federalização" dos crimes contra os direitos humanos, fórmula, de resto, habitualmente utilizada, resta claro que "federalizada" é apenas – e se for o caso – a competência para a sua investigação, processamento e julgamento. Além do mais, como o problema abrange não apenas (embora neste caso com particular agudeza, dadas as conseqüências) a esfera jurisdicional, até se compreende – para além da simplicidade terminológica – a utilização da expressão "federalização dos crimes contra os direitos humanos". Todavia, não apenas por razões de preciosismo terminológico e conceitual, mas também em virtude do enfoque precípuo deste estudo, consigna-se aqui que este versa, em primeira linha e como já anunciado, sobre a federalização da competência para o julgamento dos delitos contra os direitos humanos, sem que esteja a se desconsiderar a relevância de outras facetas relevantes da problemática. Além disso, tendo em vista a miríade de possibilidades argumentativas passíveis de serem consideradas (mesmo que por vezes manifestamente temerárias) também não se pretende mais do que avaliar criticamente alguns (possivelmente os principais) argumentos favoráveis e contrários apresentados até o momento, tudo com o singelo intuito de contribuir positivamente para o necessário debate e reflexão a respeito do tema. Assim, em caráter preliminar, segue uma sumária notícia a respeito da evolução da discussão no plano do processo político, até a promulgação da EC 45/04, que colocou em vigor a tão esperada e ao mesmo tempo tão controvertida reforma do Poder Judiciário.

[4] Há que registrar a existência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) perante o Supremo Tribunal Federal (protocolada em 05.05.05, ADI – 3486) e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), em 11.05.05 (ADI – 3493) questionando precisamente a constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência discutido neste estudo.

## 2. SINOPSE DAS PROPOSTAS DE FEDERALIZAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

A previsão para a Justiça Federal julgar crimes em geral previstos em tratados internacionais, remonta à Constituição Federal de 1967. A ditadura militar, que havia recriado a Justiça Federal pelo Ato Institucional n.º 2 de 1965, apresentou um projeto para uma nova Constituição, que resultou na aprovação pelo Congresso, mediante processo constituinte de questionável legitimidade, da Lei Fundamental de 1967, com o intuito (entre outros propósitos) de obstar as decisões judiciais que entendiam aplicável a Constituição de 1946 e, com isso, vinham exercendo um certo controle sobre os atos autoritários do governo. Como era intenção das forças políticas de então centralizar o poder no plano federal, para melhor controlar as atividades e os movimentos contrários ao regime, dispôs o art. 119 da Constituição que:

> Art 119 - Aos Juizes Federais compete processar e julgar, em primeira instância:
>
> (...)
>
> V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional e os cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada, a competência da Justiça Militar;

Convém destacar, nesta quadra, como demonstraremos no decorrer do texto, que a própria Constituição de 1967, produzida por um regime autoritário, não ousou_contrariar o princípio do juiz natural, mesmo por que a ditadura de qualquer modo não respeitava o que estava contido na Constituição, quando não lhe convinha.

Uma década depois a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, incluiu no texto (art. 125) as expressões: “quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”, delimitando a competência da Justiça Federal às hipóteses previstas posteriormente pela atual Constituição de 1988, até a aprovação da ora comentada reforma do Judiciário.

Retomando alguns pontos de relevo vinculados ao trâmite das propostas, vale relembrar que já no ano de 1996, por ocasião da edição do primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, foi encaminhada, pelo então Ministro da Justiça Nelson Jobim, a primeira proposta para a federalização dos crimes contra os direitos humanos por meio da PEC 368-A de 13.5.96, assim redigida:

> Art. 1º São acrescentados dois incisos no art. 109 da Constituição, de números XII e XIII, com a seguinte redação:
>
> Art. 109. [Aos juízes federais compete processar e julgar:]
>
> XII – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos;

> XIII – as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o procurador-geral da República manifeste interesse.

Tal sugestão foi apensada a PEC nº 96/92, de iniciativa do então Deputado Federal Hélio Bicudo, que originou a proposta de reforma do Poder Judiciário e que recentemente foi aprovada, não sem uma série de percalços e ajustes, inclusive no tocante ao tema ora versado. Com efeito, no ano de 2000, modificou-se o texto e a Câmara dos Deputados chegou a aprovar proposta de emenda de reforma do Judiciário, que, no concernente à federalização dos delitos contra os direitos humanos, ficou com a seguinte redação:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o parágrafo quinto deste artigo;
>
> § 5º - nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Remetida ao Senado Federal, em março de 2002, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou o seguinte acréscimo (inciso V-B) no rol de competências da Justiça Federal.

> Art. 109 (...)
>
> V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
>
> V-B – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos, nos termos da lei.
>
> *§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.*

A última redação, aprovada pelo Senado em primeiro turno no dia 07 de julho de 2004 e que resultou definitivamente aprovada pelo plenário em 17.11.2004, com posterior promulgação da Emenda Constitucional n° 45 em 08.12.2004 (justamente quando se comemorava – ou deveria poder se comemorar, diga-se de passagem – o dia da Justiça) estabeleceu o que segue:

> Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:
>
> (...)

> V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
>
> V – A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
>
> (...)
>
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Tendo em conta a evidente conexão com o problema da federalização da competência para o julgamento dos crimes contra os direitos humanos, cumpre recordar que em 08 de maio de 2002 foi sancionada a Lei 10.446, que dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional, em cumprimento do art. 144 da Constituição Federal, atribuindo à Polícia Federal, independentemente da responsabilidade dos órgãos de segurança dos Estados, proceder à investigação do seguinte modo:

> Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:
>
> (...)
>
> III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e (...)[5].

Com esta iniciativa da lei, que disciplina a investigação pela Polícia Federal, demonstra-se que a federalização da competência para julgamento dos crimes contra os direitos humanos, não constitui processo engendrado exclusivamente – como, aliás, não poderia deixar de ser – no âmbito da reforma do Poder Judiciário, e, sim, que tem sido acompanhado por outras ações (e não apenas estas que foram mencionadas), que já há algum tempo têm ocupado a agenda político-institucional. Ainda que existam exceções, verifica-se que também o deslocamento de competência ora examinado insere-se no contexto de um conjunto de medidas erosivas do sistema federal brasileiro por conta de uma crescente centralização do poder, bastando aqui

[5] Lei Federal nº 10.446, de 8 de maio de 2002. In. https://www.presidenciadarepublica.gov.br/. Acesso em 09.11.2004.

uma simples referência às reformas administrativa, tributária e outras tantas que marcaram a já referida trajetória reformista pós 1988.

## 3. AS PRINCIPAIS RAZÕES EM PROL DA FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA VEZ SEREMOS VÍTIMAS DO SEDUTOR CANTO DAS "SEREIAS"?!

A reforma do Poder Judiciário – na esteira do que ocorreu com a reforma administrativa, com as duas reformas previdenciárias e com a reforma tributária, para citar apenas os exemplos mais expressivos – veio acompanhada de intensa divulgação em todos os meios de comunicação, veiculando a conhecida e recorrente mensagem de que seria (tal como proposta) indispensável para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Notadamente o objetivo era aproximá-lo da cidadania e torná-lo um instrumento efetivo de solução dos litígios e reclamos da sociedade, acabando com a sua falta de transparência e imunidade a qualquer controle externo (aqui a criação dos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público), bem como superando o problema da demora na prestação judicial (neste sentido, a instituição da súmula vinculante e do direito à razoável duração dos processos, entre outros). No caso específico ora examinado, pregou-se (e poderia haver argumento mais sedutor que esse, já que incensurável, em si mesmo?) a necessidade de assegurar a persecução e punição efetiva das violações de direitos humanos, pauta em torno da qual gravitam os demais argumentos esgrimidos pelo governo federal, por setores do Judiciário e do Ministério Público (compreensivelmente também, em termos gerais, centrados na esfera federal), por alguns segmentos expressivos da sociedade civil organizada, como é o caso de muitas organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos[6], e também – embora aí não sem acirrada controvérsia – no meio jurídico acadêmico e jurídico em geral, como dão conta os intensos debates promovidos pela Magistratura, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e pelas faculdades de Direito e demais cursos jurídicos em todo o País.

[6] Assume-se aqui posição no sentido de que substancialmente a defesa da "federalização dos crimes contra os direitos humanos" encontra-se restrita a esses setores, muito embora, haja quem entenda que tal temática, tenha ganho a adesão das ruas e das praças brasileiras que se manifestam de modo praticamente uníssono (como se esse, por si só, fosse um argumento decisivo) de forma favorável à novidade. Neste sentido, evidentemente exagerada – inclusive por que desacompanhada de documentação e/ou dados empíricos comprobatórios – a manifestação de SANTOS, Weliton Militão *Crimes contra os Direitos Humanos – Julgamento – Competência*, in: http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo6.htm. Acesso em 17.09.2004, ao proclamar que: "no âmbito do Direito pátrio, salvo idiossincrasias adiáforas de certos setores da Justiça Estadual, o povo clama, a um uníssono de voz, *nemo non videt*, que a Justiça Federal deva julgar os crimes contra os direitos humanos, bem, ainda, extravasando as fronteiras do País, sob o prisma do Direito comparado, mais precisamente sob o aspecto global, o clamor mundial, inconfundivelmente, como se viu, *in nemine discrepante*, é no sentido de que haja um Tribunal Internacional para julgar certos delitos de maior gravidade, cuja jurisdição não seria limitada pelo aspecto espacial ou geográfico, nem mesmo temporal").

Que o Brasil segue apresentando índices alarmantes, em alguns casos até mesmo ocupando as primeiras colocações neste lamentável *ranking* em nível global, no que diz com a violação de direitos humanos e fundamentais, já é do domínio comum e vai aqui desde logo apontado como inquestionável, de tal sorte que dispensáveis, para efeitos deste ensaio, referências estatísticas, bastando aqui lembrar o elevadíssimo número de homicídios registrado anualmente entre nós – incluindo as inúmeras chacinas e linchamentos – a ponto de nos compararmos a países em estado permanente de guerra civil ou mesmo de guerra externa. Em verdade, basta uma mínima vivência do nosso cotidiano urbano e rural para constatarmos que estamos a experimentar um estado de maior ou menor fascismo societal, como bem lembra Boaventura Santos.[7] Que tal modalidade, talvez mais sutil, mas não menos implacável de "fascismo" também – mas não só – decorre do fato de que as promessas da modernidade não se efetivaram para a maior parte da população brasileira e que com exceção de alguns para a grande maioria vale a dura realidade do atraso social, econômico e cultural (Lenio Luiz Streck[8]) igualmente é correto e merece destaque neste contexto.

Assim, considerando esta ambiência cunhada por uma crise de efetividade, identidade e confiança dos direitos humanos e fundamentais,[9] não é à toa que se difundiu a justa crença (considerados os propósitos apontados) de que a ora implementada proposta de "federalização" dos delitos contra os direitos humanos encontra eco em diversas entidades da sociedade civil que se dedicam à defesa desses direitos, demandas que se originam da percepção (igualmente correta em si mesma, importa frisar) de que os mecanismos atualmente existentes para a apuração e punição das violações de direitos

---

[7] Segundo o renomado sociólogo lusitano, o fascismo societal implica, dentre outras manifestações, uma espécie de *apartheid social,* no sentido "da segregação social dos excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas. As zonas selvagens são as zonas do estado de natureza hobbesiano. As zonas civilizadas são as zonas do contrato social e vivem sob a constante ameaça das zonas selvagens. Para se defenderem, transformam-se em castelos neufeudais, os enclaves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana (cidades privadas, condomínios fechados, *gated communitie*)" SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia*. Lisboa : Gradiva, 1998, p. 33-34.

[8] Expõe Lenio Luiz Streck: "Em países como o Brasil, onde, repita-se, o Estado Social foi um simulacro, *há ainda uma fase a ser percorrida*. Essa fase deve ser representada pela realização das promessas da modernidade, todas previstas no pacto constituinte de 1988". STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 86.

[9] Neste sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. "O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia". In. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p. 424. Na leitura de Ingo Sarlet, a crise do Estado Democrático e Social de Direito acaba por gerar uma crise dos direitos fundamentais, sendo que esta, "não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática... constata-se uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros 'privilégios' de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os 'sem-terra' e os 'com terra', os 'sem teto' e os 'com teto', bem como os 'com-saúde' e os 'com-educação' e os que aos mesmos não têm acesso)".

humanos no Brasil são ineficientes – desimportando neste momento as razões para tanto – e merecem ser aprimorados[10].

Ainda mais entusiasmada é a posição de Paulo Sérgio Pinheiro e Paulo de Mesquita Neto, que entendem que juntamente com as Leis federais n.º 9.140/95 (pela qual o Estado reconhece sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos de pessoas durante o regime ditatorial), n.º 9.299/96 (que estabelece o julgamento pela justiça comum dos crimes dolosos cometidos por policiais militares) e de n.º 9.455/97 (que define os crimes de tortura), se "puder ser sancionado o projeto de emenda constitucional proposto pelo governo federal para dar à Justiça Federal competência para julgar crimes contra os direitos humanos, o PNDH (*Plano Nacional de Direitos Humanos, inserção explicativa dos autores*) terá conseguido assegurar instrumentos jurídicos decisivos para debelar a impunidade".[11]

Na esteira destas considerações, o governo brasileiro, ao justificar, ainda na fase da propositura e tramitação da emenda constitucional, a tese da "federalização" dos crimes contra os direitos humanos, apresentou uma síntese dos principais argumentos favoráveis:

A federalização dos crimes contra os direitos humanos é o instrumento que permite ao Poder Judiciário Federal e ao Ministério Público Federal o processamento e julgamento de delitos que importem em violação de tratados, pelos quais a União responde na esfera internacional, no sentido de demonstrar interesse nacional na resolução destes casos. As graves violações aos direitos humanos são questões de interesse de todo o país, e sua repercussão, interna e externa, extrapola os limites territoriais dos Estados da Federação. Importa ressaltar que a proposta não transfere à competência da Justiça Federal, de maneira indiscriminada e generalizada, automaticamente todos os crimes contra direitos humanos. Apenas nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento da Justiça Comum para a Justiça Federal. Este incidente não é novidade no ordenamento jurídico, assemelhando-se ao desaforamento do Tribunal do Júri (CPP, art.424)[12].

Alega-se, portanto (tese em geral subjacente aos argumentos esgrimidos pelos defensores da reforma) que se estaria a dar uma resposta efetiva aos organismos internacionais em razão das violações freqüentes dos

---

[10] CASTRO, Flávio Dino de, SCHREIBER, Simone., *Federalização da Competência para Julgamento de Crimes Contra os Direitos Humanos.* In. http://www.ajufe.org.br/. Acesso em 27.09.2004.

[11] PINHEIRO, Paulo Sérgio, MESQUITA NETO, Paulo de. "Direitos Humanos no Brasil: perspectivas no final do século". In: *Cinqüenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999, p. 66.

[12] In. http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm. Acesso em 10.11.2004. Com relação a pretensa semelhança com o desaforamento do tribunal do júri, abordaremos na quarta parte referente as implicações do incidente de deslocamento.

direitos humanos em nosso País. Abstraindo-se aqui que o modo pelo qual foi veiculado o argumento por parte do governo brasileiro deixa transparecer que a "federalização" seria no fundo não mais do que um mero paliativo e, portanto, essencialmente uma forma de contentar retoricamente os organismos supranacionais de defesa dos direitos humanos, como que se, agora sim, estaria o Brasil a levar a sério os direitos fundamentais, é preciso reconhecer que também neste ponto não merece substancial reparo a justificativa apresentada.

Neste sentido, Flávia Piovesan, com sua habitual competência, apresenta outra justificativa, embora inserida no mesmo contexto:

A justificativa é simples: considerando que estas hipóteses estão tuteladas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua violação. Vale dizer, é sob a pessoa da União que recairá a responsabilidade internacional decorrente da violação de dispositivos internacionais que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder.[13, 14]

Ainda no que diz com o rol de justificativas colacionadas, alega-se até mesmo falta de parcialidade (isenção) e/ou fragilidade e ineficiência dos órgãos estaduais (especialmente o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia) no que diz com a capacidade de efetiva repressão dos delitos contra os direitos humanos. Tais argumentos prendem-se – no que diz com a ausência de isenção e fragilidade – à suposição de que os órgãos estaduais seriam mais

[13] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: a exigência da federalização*. In. http://www.dhnet.org.br/inedex.htm. Acesso em 10.11.2004.

[14] Com o mesmo entendimento: "O Estado brasileiro é hoje parte nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos. Isso impõe à União responder perante os organismos internacionais por todos os atos que violem os direitos humanos em nosso território, qualquer que tenha sido o agente violador. Paradoxalmente, no entanto, a União não dispõe de meios legais para apurar violações perpetradas na esfera estadual. Daí a importância da aprovação, pela Câmara dos Deputados, da proposta de emenda constitucional que permite o deslocamento de competência para a Justiça Federal, nos casos de violações aos direitos humanos". DIAS, José Carlos; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Monopólio da Impunidade*. In. http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid297.htm. Acesso em 26.09.2004. Também não é diferente o posicionamento de Fernando Moreira Gonçalves: "A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Americana de Direitos Humanos. Casos como ''Eldorado dos Carajás'' e ''Carandiru'' podem gerar pesadas condenações, a serem pagas pela União e não pelos governos locais, em processos instaurados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, a União Federal está sujeita a ser responsabilizada, no plano internacional, pelas omissões ou falhas das autoridades locais na repressão a violações aos direitos humanos, mas não possui, no âmbito interno, mecanismos jurídicos que permitam a atuação de seus agentes nas investigações ou no julgamento desses delitos. Essa situação paradoxal, por si só, justificaria deslocar o julgamento desses processos para a Justiça Federal, em razão do evidente interesse da União no seu resultado. Esse, entretanto, não é único fundamento da medida." GONÇALVES, Fernando Moreira. *Justiça Federal e Direitos Humanos*, Extraído do site do jornal Correio Braziliense em 13/09/99.

vulneráveis às pressões do meio social, do poder econômico e político local e regional. Além do mais, tanto a fragilidade e ineficiência, residiriam basicamente na capacidade reduzida de articulação e alocação de meios suficientes por parte dos órgãos estaduais para atuar com eficácia em face das violações de direitos humanos.

Importa recordar, todavia, que a dita e repetida maior isenção e independência da Justiça Federal e do Ministério Público da União[15], por estarem menos sujeitos às pressões políticas, sociais e econômicas e, em virtude disso, estarem em condições de assegurar maior eficácia jurídica e efetividade para os direitos humanos previstos em tratados ou convenções internacionais nos quais a União seja parte, foi uma justificativa explicitamente levantada na exposição de motivos da Proposta de Emenda encaminhada pelo então Ministro da Justiça Nelson Jobim, quando da apresentação do Plano Nacional de Direitos Humanos em 1996:

A fórmula consiste na inserção de dois novos incisos no art. 109 da Constituição. Sem dúvida, a Justiça Federal e o Ministério Público da União, no âmbito das suas atribuições, vêm se destacando no cenário nacional como exemplos de isenção e de dedicação no cumprimento dos seus deveres institucionais. Por outro lado, cumpre destacar que a própria natureza dessas duas Instituições, com atuação de abrangência nacional, as tornam mais imunes aos fatores locais de ordem política, social e econômica que, até agora, têm afetado um eficaz resguardo dos Direitos Humanos[16].

Por derradeiro, mesmo que haja argumentos adicionais reforçando a tese da "federalização" (como, por exemplo, o seu cunho excepcional, assim como a própria comparação com o instituto do desaforamento aplicado nos casos de julgamento pelo Tribunal do Júri), não se trata aqui de rastrear a totalidade das razões esgrimidas, mas, acima de tudo, de apresentar em linhas gerais os principais objetivos (e argumentos) que lastrearam a proposta ora incorporada ao texto constitucional, de modo a permitir a sua avaliação crítica, o que, de resto, constitui o cerne deste estudo e será desenvolvido nos segmentos subseqüentes.

---

[15] A respeito: "Outro aspecto relevante é a ocorrência de grande quantidade de violações aos direitos humanos onde autoridades locais figuram como investigados ou réus. Nesses casos, a certeza de somente ser investigado por seus próprios pares significa um prenúncio de impunidade a estimular novas violações. É importante, também, sempre lembrar que a previsão constitucional de deslocamento da competência desses casos para a Justiça Federal traz junto consigo a atuação da Polícia Federal nas investigações e do Ministério Público Federal na promoção da ação penal, o que por si só, serve como um grande estímulo à realização de um trabalho correto pelas polícias e demais autoridades locais." GONÇALVES, Fernando Moreira, *op. cit.*.

[16] *Apud* CASTRO, Flávio Dino de; SCHREIBER, Simone. *Federalização da Competência para Julgamento de Crimes Contra os Direitos Humanos*. In: <http://www.ajufe.org.br/index.php?ID_MATERIA=389>. Acesso em 27.09.2004.

## 4. AVALIAÇÃO CRÍTICA DO "SE" E DO "COMO" DA "FEDERALIZAÇÂO: UMA ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS EM PROL DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

### 4.1. REFUTANDO O "MAQUIAVELISMO CONSTITUCIONAL" OU POR QUE TAMBÉM AQUI HÁ DE PREVALECER A MÁXIMA ÉTICO-JURÍDICA DE QUE A NOBREZA DOS FINS NÃO ASSEGURA A LEGITIMIDADE DE QUALQUER MEIO

Que a tarefa de contestar a "federalização" dos delitos contra os direitos humanos – ainda mais em se considerando a incensurável nobreza dos objetivos (mas não necessariamente de todos os argumentos) já é dificultada só pelo fato de se estar supostamente a contestar algo irrefutavelmente bom e necessário, vai aqui reconhecido. De fato, é compreensível que se caia na tentação de questionar o porquê de tanta resistência em relação ao doce canto das "sereias". Qual a razão da necessidade de se assumir também nesta questão o papel de Ulisses, amarrando-se ao mastro para não ceder ao chamado, se este, além de sincero e nobre, não implica o risco de, após imobilizar os seus companheiros, ser (pelo menos fisicamente) devorado por quem o lança ao vento?

É justamente este, todavia, o ponto nevrálgico a ser enfrentado também quanto ao problema ora versado. Assim como com outras reformas (do que, de resto, já temos provas suficientes, considerando a evolução recente), a bondade da causa – quando esta, de fato, estiver demonstrada (como se admite no caso da "federalização") – nunca assegurou, por si só, a correção e legitimidade dos meios para alcançar os objetivos propostos. Além disso, a tática de se utilizar a nobreza dos objetivos praticamente como único (ou principal) argumento para sustentar a escolha do meio para sua implementação, não raras vezes resulta, quando não em evidente panfletarismo (tanto mais eficiente quanto melhor a causa e o apoio por esta granjeado no meio social, político e, acima de tudo, por parte dos meios de comunicação), num inequívoco deslocamento de perspectiva, além de legitimar um raciocínio viciado pela ausência de outros questionamentos. Afinal de contas, reitere-se a observação, qual a razão de se contestar o que serve (em princípio e pelo menos aparentemente) para fazer o bem!?

Considerando o exposto, percebe-se o quanto a tão conhecida quanto combatida (ainda que por vezes de modo hipócrita) máxima de Maquiavel de que os fins justificam os meios é recorrentemente esquecida quando se está convencido de que os próprios fins são nobres, como se estas qualidades desde logo impregnassem qualquer meio escolhido para a consecução dos fins. Ora, se a proteção eficiente dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana é um fim altamente louvável (possivelmente o primeiro e melhor fim a ser almejado por qualquer ordem social e política), como não defender a "federalização" dos delitos contra os direitos humanos ou mesmo outra medida voltada à consecução dessa finalidade? Ainda que se reconheça,

nunca é demais repisar, que quando aqui se fala em "maquiavelismo constitucional" é acima de tudo com o objetivo de destacar que a desconsideração (ainda que por mera falta de cuidado e de maior reflexão crítica) da legitimidade constitucional dos meios não pode ser compensada, por si só, pela adequação constitucional dos fins almejados, especialmente quando resultar em violações de princípios e direitos fundamentais!

É precisamente este o propósito deste estudo, por mais elementar que seja: demonstrar que a despeito dos objetivos da mais alta nobreza – aos quais se adere enfaticamente, convém repisar – sempre se deve questionar (preferencialmente antes e, como é o caso, mesmo depois de sua efetiva implantação) a legitimidade dos meios. Assim, a própria escolha do meio em si mesmo (como, no caso, o deslocamento da competência para julgamento dos crimes contra os direitos humanos) no mínimo não se revela insuscetível de avaliação crítica, quanto mais o modo pelo qual restou implementado. Em outras palavras, também aqui há de se analisar com um mínimo de reflexão tanto o "se" quanto o "como" da alteração constitucional envidada, já que – notadamente em virtude de uma pelo menos potencial (ver-se-á que no caso existe bem mais do que isso) ingerência em valores, princípios e direitos fundamentais da nossa ordem jurídica e até mesmo uma afetação de direitos humanos consagrados na esfera internacional, não há também como deixar de aplicar, com todo o rigor (na dupla dimensão do "se" e do "como"), o teste de proporcionalidade das medidas tomadas.

Por derradeiro, mesmo que no caso específico da "federalização" se impõe o reconhecimento de que a bondade dos objetivos foi acompanhada de um expressivo número de argumentos adicionais (o que, de resto, seguidamente não é o caso, como já anunciado) não há como abrir mão do exame crítico de cada uma das razões esgrimidas, não por si só, mas no contexto da legitimação intrínseca e extrínseca da relação entre meios e fins.

### 4.2. A FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE GRAVES VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS É, EM SI MESMA, OFENSIVA A PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS?

Desde que se passou a cogitar seriamente da introdução de um incidente de deslocamento de competência para julgamento das violações de direitos humanos para a Justiça Federal, não foram tão poucos os que questionaram inclusive a própria razão de ser, portanto, a conveniência e necessidade da criação do incidente. Assim, em que pesem as razões em prol da alteração levada a efeito por meio da EC 45/04, sumariamente colacionadas no segmento anterior, também a nós não parece que a medida possa resistir ao teste da constitucionalidade, seja com base na conformidade com os limites materiais à reforma constitucional, seja pelo crivo da proporcionalidade, notadamente no que diz com o atendimento dos requisitos da adequação ou, pelo menos, da necessidade. Aliás, a rigor sustenta-se aqui que até mesmo tal exame poderia ser dispensado, já que nem mesmo satisfatoriamente superado o pressuposto da efetiva demonstração da correção dos argumentos que foram utilizados para justificar a medida. De qualquer modo, cuida-se de questões conexas, sendo inevitável alguma superposição, inclusive entre os argumentos

a respeito do "se" e do "como" do novo instituto, como haverá oportunidade de se constatar.

Antes, todavia, de se enveredar por esta seara, seguem algumas anotações preliminares, que voltarão a ter relevo mais adiante. Assim, é significativo que o poder de reforma constitucional tenha referido expressamente a terminologia direitos humanos, e não direitos fundamentais. Considerando, ainda, que um dos principais e recorrentes argumentos em prol do incidente tem sido a necessidade de assegurar de modo efetivo a responsabilização em virtude de violação de direitos humanos, preservando o Brasil em termos de responsabilidade internacional, verifica-se que a terminologia adotada não o foi por mera coincidência, ou, pelo menos, que a sua utilização neste contexto permite afirmar que acabou sendo consagrada a tão questionada, mas mesmo assim possível distinção entre direitos humanos (positivados no plano internacional) e fundamentais (positivados no plano constitucional), de resto já anunciada expressamente pelo Constituinte quando, no artigo 4°, inciso II, da CF, previu que no plano das relações internacionais o Brasil deverá zelar pela prevalência dos direitos humanos, ao passo que a epígrafe do Título II da Constituição fala dos direitos e garantias fundamentais![17] Tal constatação, por sua vez, não constitui mero diletantismo ou preciosismo terminológico, mas acaba por assumir importância já no que diz com a discussão em torno de quais efetivamente os direitos abrangidos pelo recém criado incidente, ainda mais tendo em conta qualquer ausência de concretização da noção direitos humanos pelo reformador. Tal aspecto, ora apenas anunciado, voltará a ser contemplado quando da discussão em torno da forma pela qual o incidente foi previsto.

Adentrando agora o terreno movediço da querela em torno da correção dos motivos sustentados pelos defensores do incidente e analisando a questão preponderantemente à luz da oportunidade, conveniência e necessidade (enfim, da proporcionalidade) da própria introdução do deslocamento de competência, ainda que este fosse isento de qualquer mácula no concernente à forma e modo de sua aplicação, a alegação de que com a "federalização" restará diminuída a impunidade reinante no âmbito das violações de direitos humanos, bem como aprimorada e tornada mais efetiva a prestação jurisdicional nesta seara, carece de qualquer sustentáculo objetivo e empiricamente demonstrado.

Com efeito, a simples menção a casos isolados que, de resto, poderiam ter tido o mesmo destino (caso apreciados na esfera federal) não supre esta deficiência. Além do mais, a divulgação de dados estatísticos referentes à esfera estadual é intrinsecamente distorcida, visto que é justamente no plano dos estados da Federação que até o presente momento (ressalvadas causas envolvendo o interesse direto da União, como tráfico, contrabando, etc.), são apreciadas tais violações. Ante a ausência de elementos de comparação, qualquer paralelo fundado nestes argumentos revela-se inconsistente. Neste sentido, a recorrente alegação de que no Tribunal Interamericano de Direitos

[17] Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35-36.

Humanos (Costa Rica) a Justiça Estadual responde pela maioria esmagadora das condenações do Brasil, esbarra justamente no fato de que é a Justiça Estadual que julga a esmagadora maioria dos casos onde há como falar em violação dos direitos humanos. A mera transferência da competência, ainda que restrita a determinadas hipóteses e casos de suma gravidade (o que, em suma, depende da interpretação variável dos nossos Tribunais Superiores e da disposição em avocar um ou outro caso por parte do Procurador Geral da República) certamente não permite assegurar que tais violações receberão melhor tratamento em outra esfera judiciária. Pelo contrário, justamente em termos de impunidade, a federalização poderá implicar em perigosíssimo "monopólio da impunidade"[18] (e um monopólio casuístico e potencialmente arbitrário), ou, pelo menos, em uma indesejável e até mesmo arbitrária concentração de poder na União.

Em que pese a instigante e evidentemente bem intencionada argumentação de José Carlos Dias e Oscar Vilhena Vieira[19], no sentido de que o incidente de deslocamento de competência haverá de ter caráter excepcional e subsidiário, propiciando uma "saudável pressão sobre as autoridades estaduais" e uma "salutar competição entre as instâncias estadual e federal", que contribuirão para a quebra da "nossa tradição de monopólio na responsabilização penal", também estas razões não merecem acolhida. Em primeiro plano, pelo fato de não afastarem os fortes argumentos indicando a inconstitucionalidade do incidente vinculados à forma de sua utilização, que serão objeto de atenta análise no segmento seguinte. Além disso – mantendo-nos por ora na esfera da "federalização" em si mesma, convém sempre lembrar que também e justamente estando em causa a violação de direitos humanos, não se deveria buscar **um** culpado, mas **o** culpado. Causa espécie – mesmo que não se esteja a negar a possível ocorrência de distorções sérias, a depender do caso - que os julgamentos resultantes em absolvição ou em pena inferior a desejada (ainda que aplicada nos limites estritamente previstos na legislação penal) não raras vezes – por mais que se demonstre a fragilidade da prova ou as limitações legais relativas ao processo – são rotulados de parciais, obtidos mediante pressão ou mesmo outros meios, pelo menos de acordo com setores importantes dos meios de comunicação e por parte de segmentos da opinião pública, que, certamente, não deveriam contaminar a atuação dos agentes encarregados da persecução e julgamento dos detratores dos direitos humanos. Muito embora trivial a lembrança, nunca é demais recordar que também para assegurar a devida punição do efetivo autor de uma violação dos direitos humanos segue valendo a máxima de que não se deverá aplicar qualquer meio, mas sempre os meios compatíveis com o princípio (ele próprio incorporado como um dos princípios nucleares do direito internacional dos direitos humanos) do devido processo legal, igualmente afetado pelo incidente ora examinado o que será objeto de posterior avaliação.

---

[18] V. o manifesto de DIAS, José Carlos e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Monopólio da Impunidade***.** *Extraído do jornal Folha de São Paulo.* Incluído no site em 20/04/2000. In. http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid297.htm. Acesso em 26.09.2004.

[19] Idem.

Os argumentos esgrimidos pelos ilustres articulistas, no tocante à "saudável pressão" sobre os estados e "salutar competição" entre a esfera estadual e federal, poderão, como em outras circunstâncias, esbarrar justamente no contrário, ou seja, numa perigosa e desagregadora competição entre os entes da Federação e contribuir mais ainda para a crescente ruptura do nosso pacto federativo, que, importa não olvidar, desde a nossa primeira Constituição da República, encontra-se expressamente contido no rol das "cláusulas pétreas" da nossa Constituição. Pelo impacto causado sobre as instâncias estaduais, já pela divulgada convicção de que estas são, quando não coniventes, omissas, relutantes ou mesmo incapazes de punir as violações contra os direitos humanos, há como sustentar sim que o núcleo essencial do princípio federativo está sendo pelo menos inequivocamente ameaçado, situação que, no limite, equivale a uma tendencial abolição de um conteúdo "pétreo", nos termos do artigo 60, § 4°, I, da nossa Constituição[20].

Para além disso – e basta aqui apontar para o autofágico jogo do "empurra-empurra" já tão comum no sistema federal pátrio – este estímulo à competição contribuirá ainda mais para a neutralização da indispensável, mas entre nós tão desconsiderada, função integrativa da Constituição[21]. De outra parte, ainda que não seja esta a linha argumentativa aqui privilegiada, mesmo na esfera acadêmica há quem aponte para um importante efeito colateral da "federalização", já que poderá levar a um desprestígio e fragilização das instâncias estaduais, que serão sempre competentes para apreciar violações "leves" de direitos humanos, ao passo que, se assim for entendido, os órgãos da Justiça Federal poderiam assumir a apreciação das assim consideradas "graves" violações dos direitos humanos[22].

As mesmas razões, importa destacar, valem tanto para o Poder Judiciário quanto para o Ministério Público, na função de instituição essencial à justiça. Com efeito, o próprio Procurador-Geral de Justiça, na condição de Chefe do Ministério Público Estadual, terá sua autoridade pura e simplesmente desconsiderada pelo Procurador-Geral da República, destituído de qualquer hierarquia funcional em relação aos Procuradores-Gerais dos Estados, tudo a

---

[20] A respeito do tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.* 2005, p. 399, e, mais recentemente, SARMENTO, Daniel, "Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Reforma da Previdência", in: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.), *A Reforma da Previdência Social. Temas Polêmicos e Aspectos Controvertidos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[21] V. por todos, na condição de um dos teóricos que protagonizou a defesa de tal função, SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. De José Mª. Beneyto Pérez, do texto em alemão de 1928, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, especialmente p. 62 e ss. Dentre os autores contemporâneos, privilegiando-se aqui os de língua portuguesa, confira-se CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, especialmente o Capítulo 1 "Funções Clássicas da Constituição" (p. 1435 e ss.) e o Capítulo 2 "A revisão das Funções da Constituição" (p. 1447 e ss.), ambos da parte V "Teoria da Constituição" do Título 4 "Dimensões Actuais da Teoria da Constituição".

[22] Cfr. FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte. "Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos", in: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord), *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 462.

reforçar um injustificado conflito político e institucional, além de enrobustecer a tese de violação do pacto federativo.

No concernente ao argumento de que o deslocamento de competência provocará a diminuição da impunidade, igualmente há que encarar com reservas tal afirmação. Tanto nos massacres execráveis de Carandiru, Carajás, Candelária e vários outros, que envolviam um número maior de autores e resultaram em julgamentos pelo Júri Popular (com condenações, ainda que da minoria dos acusados), a federalização da competência para o julgamento desses crimes não teria tido o condão de assegurar efetivamente uma punição mais abrangente e mais rápida. Que a demora do processo com múltiplos réus e advogados não pode ser imputada pura e simplesmente ao descaso ou incapacidade do Ministério Público e do Judiciário dos Estados, mas é inerente ao complexo e formal ritual dos processos envolvendo a competência e as prerrogativas constitucionais do Tribunal do Júri, obrigatório em todas essas situações e similares, igualmente não deve ser olvidado, até mesmo pelo fato de que tais fatores independem da competência ser da justiça estadual ou federal!!! Da mesma forma, as testemunhas do fato seguiriam sendo as mesmas e, portanto, também as suas alegações. Além disso, não se deverá olvidar o elementar, qual seja o de que o órgão julgador (que não é o Juiz estadual ou federal) segue sendo formado por integrantes do povo, cabendo aos Juízes togados apenas a instrução e presidência dos trabalhos.

Outro aspecto a ser considerado, é que o incidente de deslocamento de competência também poderá dificultar a própria prestação jurisdicional, diminuindo até mesmo as possibilidades de efetiva proteção dos bens tutelados pelo, como veremos mais adiante, ambíguo e arbitrário conceito de grave violação dos direitos humanos. Como bem destaca o Magistrado João Ricardo Santos Costa, analisando o problema ainda à luz do projeto de emenda constitucional, importa ter em conta também a ótica do acesso à justiça, pois,"está na contramão dos movimentos de acesso à justiça, porque impõe novos obstáculos sem a remoção de qualquer dos existentes. A proposta não serve para aumentar a oferta de justiça, porque reduz drasticamente o acesso físico aos tribunais, em face da contrastante disparidade numérica de unidades judiciais das Justiças Estaduais e em relação à Justiça Federal. Essa constatação também leva ao reconhecimento de que, havendo necessidade de um maior deslocamento das partes reclamantes, avulta-se também outro obstáculo: o custo do acesso[23]."

Mesmo que tal argumento possa eventualmente não ser o principal (muito embora possa até mesmo se sustentar, na esteira de outra inovação expressamente[24] introduzida pela Reforma do Judiciário, uma violação até

[23] COSTA, João Ricardo Santos. "Federalização dos denominados crimes contra os direitos humanos: equívoco baseado em casuísmo e falsos paradigmas", in: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, v. 30, n. 92, p. 33-49, dez./2003, p. 41.

[24] Embora, para muitos, já implicitamente consagrada pela nossa Constituição, quando da garantia do devido processo legal e do acesso à justiça. Neste sentido, v., dentre tantos, TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal". *Revisa de Processo*, Ano 17, n. 66, Abr/Jun, 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 72-78.

mesmo do direito-garantia da razoável duração do processo[25]) o somatório das objeções colacionadas enrobustece a tese da inconstitucionalidade da própria criação do incidente de deslocamento. Nesta mesma linha, outras razões esgrimidas para justificar o deslocamento de competência dos crimes contra os direitos humanos, como a alegada falta de parcialidade e maior sujeição aos poderes e pressões locais, são restrições que igualmente podem ser estendidas à própria Justiça Federal, uma vez que nada garante que está também não esteja sujeita a tais restrições, inclusive de maior vulto, considerando a pressão internacional, que, mesmo utilizada para estimular a punição, não poderia resultar em atropelo, com o intuito de satisfazer a opinião pública nacional e externa, das garantias mais elementares de cada pessoa humana, de resto, como já frisado, insculpidas, desde a Declaração da ONU, nos tratados internacionais.

O discurso embasado em tais alegações (seja qual a esfera federativa atingida, pois em relação a ambas qualquer presunção de parcialidade ou incapacidade sempre será ilegítima) chega a ser até mesmo preconceituoso, pois, como novamente bem salienta João Ricardo Santos Costa:

> "Demonstra-se, assim, como já dito, que o movimento pela federalização tem uma sustentação teórico-científica, estimulada por uma falsa referência paradigmática e baseada em noções irreais. Há que se indagar quais são as razões históricas, culturais, econômicas e sociais analisadas e comprovadas que retiram de um segmento judicial a competência e transferem a outro? Qual o critério para se concluir que a Justiça Federal é a mais isenta e mais dedicada no cumprimento de suas funções institucionais?[26]"

Outro argumento que aqui não poderia deixar de ser avaliado, até mesmo pela sua importância no âmbito do debate travado, diz com a necessidade da "federalização" em face da responsabilidade internacional da União pelas violações cometidas e pela sua impunidade. A despeito da responsabilidade internacional não ser propriamente da União, mas do Estado como um todo (integrado pela União, Estados e Municípios, ao menos de acordo com o artigo 1° da nossa Constituição), mas considerando que é a União que assume, em nome do Estado, esta responsabilidade, para efeitos inclusive de eventual condenação, tal argumento, ainda mais esgrimido habilmente e de forma sem dúvida bem intencionada por ilustres, notáveis e notórios defensores dos direitos humanos e do processo de sua internacionalização, por si só até poderia convencer. Com efeito, como aceitar que a União responda no plano internacional se não detém a responsabilidade

[25] Cf. a nova redação do artigo 5°, inciso LXXVIII, da CF 88. Neste contexto, convém lembrar que caberá recurso ao STF da decisão que indeferir ou deferir o deslocamento de competência, importando, em princípio, na possibilidade da própria suspensão do processo e afetando tanto a coleta da prova como inclusive acarretando eventual prescrição, em se cuidando de penas não muito altas, a depender do caso.

[26] COSTA, João Ricardo Santos, *op. cit.*, p. 45.

nacional, já que não dispõe sequer da competência para investigar, processar e punir a violação pela qual responde internacionalmente?[27]

Ora, se o problema for de responsabilização pecuniária (ou não) em razão do não atendimento das obrigações firmadas em tratados internacionais, não é a federalização por si só, ainda mais da forma pela qual foi prevista, que impedirá uma eventual responsabilização, já que seguirá havendo milhares de violações não "federalizadas". Neste sentido, basta invocar os exemplo da prisão civil e da garantia da razoável duração do processo (esta, de resto, fragilizada pelo próprio incidente), já que a expressiva maioria das condenações proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos envolve a imposição pelos magistrados brasileiros de prisão civil para depositários infiéis e outras hipóteses que dificilmente poderiam ser qualificadas de "graves" violações de direitos humanos. Por certo que tais casos não poderão ensejar, a todo o momento, uma "federalização", assim como ocorre, de resto, na maioria das situações, de tal sorte que tal argumento não tem o condão de embasar o deslocamento de competência, ainda mais em flagrante violação de princípios e direitos fundamentais, como ainda restará demonstrado.

Soma-se ao exposto (o que, a rigor, já deveria bastar para a demonstração da ilegitimidade constitucional da própria criação do incidente de deslocamento de competência) a circunstância de que uma medida de tal repercussão sobre o pacto federativo e as instituições estaduais, somente (e desde que não invasiva do núcleo essencial de qualquer conteúdo pétreo da Constituição) se justificaria – embora sempre questionável o modo de implementação – se inexistentes outras medidas eficientes e menos agressivas a outros direitos e princípios fundamentais, como, de fato, disponíveis entre nós.

Com efeito, com base no artigo 144, § 1º, da CF, mediante a regulamentação dada pela Lei Federal 10.446/02, notadamente em seu artigo 1º, inciso III, já está consagrada a atuação da milícia federal em casos de violação dos direitos humanos, assim como, de qualquer modo, viável a atuação conjunta das Polícias, assim como dos Ministérios Públicos, estadual e federal[28]. De outra parte, já prevista no sistema a hipótese – rigorosa e excepcional, porém regrada e legitimada de modo prévio e democraticamente – da Intervenção Federal (como já solicitada inclusive no Pará, pelo então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira) nos estados-membros da Federação, justamente em virtude de comprometimento das autoridades locais e estaduais no que diz com a violação de tratados internacionais[29]. Diversamente do que se tem alegado, no sentido de que a "federalização" é

[27] Neste sentido, v. a argumentação de PIOVESAN, Flávia, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", in: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 78-9.

[28] Também aqui há sinergia com a argumentação deduzida na ADI – 3493, item 4.

[29] Nesta linha, embora com algumas diferenças importantes no que diz com a fundamentação, a argumentação deduzida na ADI – 3493 (item 2).

possível pelo fato de já existir o instituto da intervenção (artigo 34, inciso VII, alínea "b", da CF)[30], é, pelo contrário, exatamente a previsão (diga-se de passagem, estabelecida pelo Constituinte originário!) desta intervenção que, somada aos outros meios disponíveis, que desautoriza – a não ser que se queira esquecer também das exigências mínimas do princípio da proporcionalidade (igualmente reconhecido entre nós e na esfera internacional, pois largamente aplicado também pelos tribunais internacionais) - o incidente recentemente introduzido pela Emenda n° 45/04.

Ainda quanto a este ponto, mesmo que se queira alegar que a intervenção federal é, de certo modo, mais grave que a "mera" federalização da competência, importa não esquecer que se cuida, no primeiro caso, de uma previsão do Poder Constituinte e não do Congresso reformador! Ademais, considerando o rito da intervenção e as suas possíveis conseqüências (não necessariamente ofensivas a direitos e garantias fundamentais do cidadão) não se pode sequer afirmar que se trata de um meio mais gravoso (ou "drástico", como se tem afirmado), já que a previsão da intervenção atua – e não apenas entre nós – como fator de preservação da unidade federal, o que, no caso da "federalização" justamente não restou demonstrado. Há que destacar, neste contexto, que previsão excepcional por parte da União prevista no art. 34, VII, "a", da CF (assegurar os direitos da pessoa) em momento algum significa que com isso restariam autorizadas medidas que justamente acabariam por violar direitos da pessoa, tais como o devido processo legal, o juiz natural, a legalidade, entre tantos outros.[31] Também a intervenção está sujeita a um devido processo legal estabelecido na própria Constituição originária e por isso mesmo a própria forma de sua implementação não está de todo imune a um controle de constitucionalidade! De qualquer sorte, o simples fato de o Constituinte ter previsto um meio supostamente mais interventivo na esfera dos direitos fundamentais (o que aqui se admite apenas em caráter argumentativo), como de resto, já anunciado, por si só não autoriza a escolha de qualquer outro meio pelo poder reformador, sujeito aos limites formais e materiais à reforma e às exigências da proporcionalidade de qualquer restrição.

Nunca é demais lembrar, nesta quadra, que o princípio (ou postulado, para os que assim preferem) da proporcionalidade somente estará atendido se demonstrada a adequação da medida, portanto, a efetiva possibilidade de se alcançar de modo eficiente o resultado almejado (no caso, a maior proteção dos direitos humanos)[32], mas também a sua necessidade, ou seja, a

---

[30] Neste sentido, v., por todos, PIOVESAN, Flávia, *op. cit.,* 2005, p. 81, e MORAES, José Luiz Bolzan de. "Deslocamento de competência para a Justiça Federal de violações contra direitos humanos", in: AGRA, Walber de Moura (Coord), *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 253, questionando também – como boa parte dos defensores da "federalização" - o caráter "avocatório" do instituto e afirmando a sua semelhança com o desaforamento utilizado no caso dos julgamentos pelo tribunal do júri.

[31] Basta recordar que a intervenção poderá consistir no apoio logístico aos organismos estaduais, no envio de forças policiais para atuar na segurança dos envolvidos, etc.

[32] Neste ponto, muito embora na inicial da ADI 3493 tenha sido bem apontada a violação do princípio da proporcionalidade, revela-se como questionável – pelo menos da forma como foi sustentada – uma afronta às exigência do primeiro critério (da adequação), já que este não envolve o exame em si mesmo da afetação de outros bens constitucionais (o que

inexistência de outros mecanismos similares em termos de eficiência e que impliquem uma menor restrição dos direitos e princípios colidentes[33]. Que ambos os requisitos (e bastaria um) não se fazem minimamente presentes, restou pelo menos amplamente fundamentado. Que os instrumentos já disponíveis devem ser levados a sério e aplicados se for o caso, não justifica o novo incidente, mas sim a efetiva implementação dos recursos existentes.

Por derradeiro, em termos de conclusão parcial, a própria instituição do deslocamento de competência constitui, já por si só, pelo menos uma efetiva ameaça ao núcleo essencial do princípio federativo e, portanto, equivale à sua tendencial abolição, nos termos do artigo 60, parágrafo 4°, inciso I, da nossa Constituição. Além disso, independentemente do argumento ora referido (portanto, mesmo se tendo por afastada uma violação dos limites materiais em termos de invasão do conteúdo nuclear da nossa federação), a inconstitucionalidade manifesta do incidente já decorre da violação do princípio – igualmente fundamental em qualquer Estado de Direito – da

---

assume relevo no tocante às exigências da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), mas sim da aptidão técnica, da viabilidade prática de a medida adotada, no caso a "federalização da competência", o que, em tese, não pode ser descartado. O que é possível argumentar em termos de inadequação da medida, é a circunstância, já lembrada, de que a própria efetividade do deslocamento de competência não resta (consoante já demonstrado) minimamente embasada em elementos objetivos, mas sim em prognoses legislativas divorciadas de qualquer critério técnico e objetivamente aferível, que, em sendo este o caso, também são – ainda que de modo limitado – passíveis de um controle de constitucionalidade a partir do princípio da proporcionalidade. Não sendo o caso de explorar aqui esta complexa dimensão do tema (entre nós paradigmaticamente desenvolvido por MENDES, Gilmar Ferreira (*Jurisdição Constitucional*: *o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004; *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000) remete-se às lições de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116-121) que examina de forma minuciosa e profunda os critérios para a aferição da adequação da medida restritiva, sustentando, em caráter conclusivo, que "o exame da adequação só redunda na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta" (p. 113), o que, na hipótese ora discutida, resulta evidente, em face dos argumentos já deduzidos e, de modo, especial, pela total ausência de dados objetivos minimamente amparados em critérios empíricos, e não apenas num mero juízo de possibilidade.

[33] Sobre as exigências da proporcionalidade de um modo geral, confira-se, por todos e no âmbito da doutrina estrangeira, SCHOLLER, Heinrich. "O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha", In: *Revista Interesse Público*, ano 1, n. 2, Abr/Jun, 1999. São Paulo: Nota Dez, 1999, p. 93-107; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.,*2003, p. 266 e ss. e pp. 457-458; e VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. Entre nós, STEINMETZ, Wilson (*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001); SCHÄFER, Jairo (*Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001); SILVA, Luis Virgílio Afonso da ("O 'Proporcional e o Razoável'", in: *Revista dos Tribunais*, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2002, p. 21-50) ÁVILA, Humberto (*op.cit.,* p. 112 e ss.); BARROS, Suzana (*O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003); MENDES, Gilmar Ferreira (*Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. *op. cit.* ou *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004), destacando-se, todavia, algumas diferenças conceituais e terminológicas, mais ou menos substanciais, sem prejuízo do elo comum em termos da imposição de se examinar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de qualquer medida restritiva de direitos e princípios fundamentais.

proporcionalidade, seja em face do teste da adequação (embora neste caso com maior cautela, em face das razões colacionadas), mas especialmente à luz do critério da necessidade, ou seja, da inexistência de outro ou outros meios suficientemente eficientes e menos agressivos a princípios e direitos fundamentais[34], como já demonstrado e consoante voltará a ser invocado logo adiante também no que diz com a forma pela qual foi prevista a aplicação do incidente.

## 4.3. O DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA, TAMBÉM DA FORMA COMO FOI PROPOSTO, VIOLA DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA?

### 4.3.1. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Em que pese já ter sido demonstrada, para dizer o mínimo, a questionável legitimidade constitucional (seja pelo prisma dos limites materiais à reforma constitucional, seja pelo ângulo do princípio da proporcionalidade) da própria previsão de um incidente de deslocamento de competência e, de modo geral, a problemática "federalização" do julgamento das violações dos direitos humanos, as razões em prol da inconstitucionalidade do incidente, tal qual já destacado na introdução, nem de longe se esgotaram, já que alcançam, com ainda maior virulência, o modo pelo qual se dará a aplicação do incidente. Em outras palavras: ainda que se admitisse – o que aqui se faz apenas *ad argumentandum* – a constitucionalidade da introdução do deslocamento de competência em si mesmo, ou seja, do "se" da "federalização", há que perquirir sobre a legitimidade constitucional do modo (isto é, do "como") se dará a "federalização", especialmente no que concerne aos seus pressupostos e ao seu procedimento. Que tal problema é, indubitavelmente, de maior gravidade, de tal sorte que a "federalização" em si mesma ainda poderia ser tida como o mal menor, não deverá jamais ser negligenciado, pois até mesmo dentre os defensores da "federalização" há os que apontam para a questionável legitimidade constitucional de alguns aspectos atinentes à sua implementação. Muito embora seja precisamente este o enfoque dos próximos segmentos, convém sinalar que por vezes os argumentos favoráveis e contrários se repetem, já que não há como dissociar completamente ambas as dimensões da problemática. De qualquer sorte, evitar-se-á ao máximo o uso de repetições, investindo-se prioritariamente na discussão em torno da eventual violação de outros princípios, direitos e garantias fundamentais.

[34] Particularmente quanto a este aspecto colaciona-se, dentre outras, recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 374981/RS, Relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello): "...sempre que houver a possibilidade de se impor medida menos gravosa à esfera jurídica do indivíduo infrator, cujo efeito seja semelhante àquele decorrente da aplicação de sanção mais limitadora, deve o Estado optar pela primeira, por exigência do princípio da proporcionalidade em seu aspecto necessidade".

### 4.3.2. UMA PRIMEIRA BARREIRA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DAS VIOLAÇÕES (CRIMES?) CONTRA OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DAS RESTRIÇÕES A PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A substancial inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência, no que diz com seus pressupostos e processamento já se revela de modo escancarado no que diz com a própria delimitação (no sentido de sua tipificação, em se cuidando da dimensão penal) das violações de direitos humanos que poderiam ensejar a propositura do incidente. Com efeito, de acordo com o já citado § 5º, do artigo 109, da CF (acrescido pela EC 45/04), "nas hipóteses de grave violação de direitos humanos...", o Procurador-Geral da República poderá suscitar o incidente. Desde logo, percebe-se que o ponto nodal da problemática ora posta reside na total ausência de critérios minimamente determinados para identificação das "graves violações de direitos humanos", resultando em atropelo dos princípios da legalidade e da tipicidade, ambos expressão direta do princípio do Estado de Direito. Se até mesmo a definição do que é grave violação já se revela como altamente discutível e sujeita a toda sorte de arbitrariedades, quanto mais a identificação dos bens jurídicos efetivamente violados e das circunstâncias em que tal violação ensejaria o deslocamento da competência, circunstância esta questionada até mesmo por alguns defensores da "federalização".[35]

Neste sentido, basta recordar aqui a possível distinção entre direitos fundamentais (como aqueles positivados no plano constitucional) e direitos humanos (reconhecidos no âmbito do direito internacional), diga-se de passagem, chancelada pelo incidente de deslocamento de competência – ainda que de forma indireta – para mostrar que uma primeira reflexão permite questionar se o reformador constitucional referiu-se apenas aos direitos consagrados nos tratados ratificados pelo Brasil ou se também se encontram abrangidos os demais direitos fundamentais positivados, de modo expresso ou implícito, na Constituição, ainda que não previstos em tratados devidamente internalizados.

Além do mais, em face do extenso rol dos direitos assegurados mesmo no plano internacional, remanesce a indagação se todos os direitos humanos, em caso de "grave violação", ensejariam a propositura do incidente ou apenas alguns deles. Neste caso, quais seriam? Por outro lado, a expressão "grave violação de direitos humanos" poderia até mesmo, ainda que não tenha sido esta a vontade do reformador (que, em sendo a *voluntas legislatoris* , continuará a ser a vontade mais frágil – inclusive pela dificuldade de identificá-la claramente –, já que sempre sujeita à vontade do intérprete) implicar o reconhecimento de violações graves para além da esfera penal, isto sem falar na possibilidade, também não expressamente vedada, da utilização do incidente em relação a qualquer esfera jurisdicional. Acresce-se a isso, que

[35] Entre outros, v., recentemente, MORAES, José Luiz Bolzan de., *op. cit.*, p. 253-4, propondo uma interpretação restritiva das hipóteses, que voltará a ser referida.

embora a finalidade do incidente possa ser considerada, desde logo, como sendo um importante elemento limitador no que diz com a aplicação do instituto, também nesta esfera incidem os mesmos argumentos, visto que "a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte", igualmente prevista no artigo 109, § 5º, da CF/88, também peca, ainda que com menor intensidade, pela sua amplitude e pela margem de arbítrio que permite na sua invocação. Com efeito, uma vez ratificado o tratado, as obrigações internacionais envolvem a observância de todos os direitos naquele contidos, seja o direito de liberdade, seja a proibição da prisão por dívidas ou de depositário infiel (de resto, causa de considerável número de condenações do Brasil nas instâncias internacionais) seja a observância das mais elementares garantias, inclusive do princípio da legalidade e do juiz natural, entre outras?!.

Assim, ainda que se venha aqui argumentar que tal abertura semântica e normativa seja até mesmo saudável, considerando que permitiria que a experiência concreta e a prática doutrinária e jurisprudencial concretizassem as hipóteses que autorizam o incidente[36], tal argumento jamais poderia levar à desconsideração do princípio da legalidade e da segurança jurídica, por sua vez, elementos nucleares do Estado democrático de Direito, que, a exemplo de qualquer outro princípio e direito fundamental poderão até mesmo, pelo menos em princípio, sofrer alguma relativização, mas jamais uma restrição invasiva de seu respectivo conteúdo essencial ou transgressiva do princípio da proporcionalidade no que diz com as suas respectivas exigências.

É justamente nesta linha de argumentação, que há de se partir necessariamente do pressuposto – a despeito de incômodo para toda e qualquer proposta autoritária e concentradora de Poder – que o Estado democrático de Direito consagrado, convém não olvidar, pela nossa Constituição, encontra-se umbilicalmente comprometido com o princípio da legalidade (na dupla dimensão formal e material) como princípio geral de Direito. É de consignar, desde logo (para espancar qualquer incompreensão) que não se cuida, na hipótese, propriamente de uma aplicação do princípio da legalidade em matéria penal, inicialmente expresso pela tradicional fórmula do *nullum crimem sine legem*, cunhada por Anselm von Feuerbach, do qual decorrem os princípios do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*[37], que, respectivamente, estabelecem: a) que não pode haver delito ou pena sem lei que o defina

[36] Cfr., novamente, PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, 2005, p. 81, que, a despeito da defesa do incidente, bem aponta para o fato de que "a proposta da federalização, no entanto, exigirá a elucidação de seus próprios requisitos de admissibilidade (ex: "grave violação de direitos humanos"; "assegurar o devido cumprimento de obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos"). A prática permitirá que tais vazios, lacunas e questões em aberto sejam, gradativamente, preenchidos".

[37] Assim é posição de Francisco de Assis Toledo: "Com a aplicação concomitante desses quatro princípios, contidos por implicitude no princípio geral antes referido (refere-se ao princípio da legalidade), constrói-se a denominada função de garantia da lei penal ...". TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

anteriormente, proibindo a retroatividade das leis, a não ser para beneficiar o réu *(lex praevia*); b) a proibição de sanção penal com base em costumes (*lex scripta*); c) a vedação do uso da analogia *in malam partem*; e, d) a proibição da tipificação de condutas indeterminadas e vagas *(lex certa*)[38]. Com efeito, o princípio da legalidade em matéria penal (com as suas diversas exigências já mencionadas) não resta afetado em virtude do deslocamento das competências, já que seguem sendo aplicáveis aos delitos que forem considerados como representando uma grave violação dos direitos humanos, as penas já previstas pela legislação penal que apenas seriam aplicados por outro órgão judiciário.

Convém ressaltar, ainda neste diapasão, que a despeito de ser até em princípio possível afirmar a aplicabilidade da garantia da legalidade estrita às normas de competência, portanto, ao campo processual, tal como habilmente sustentado na exordial da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela AMB (item IV), o problema maior reside mesmo em outra esfera, já que não são poucas as hipóteses já registradas entre nós onde tal argumento também haveria de ser esgrimido. Mesmo que a existência de hipóteses similares não seja por si só um impedimento para questionar a medida ora introduzida pela Reforma do Judiciário, mas admitindo-se, por cautela, a maior fragilidade desta linha de raciocínio, não restam dúvidas de que visto por outra perspectiva (ainda que conexa) o princípio da legalidade assume particular relevância como parâmetro argumentativo para sustentar a inconstitucionalidade do incidente.

Assim, mesmo não sendo o objetivo do presente trabalho desenvolver todas as dimensões e repercussões do princípio da legalidade, importa destacar – em virtude da sua inquestionável relevância no presente contexto – que o princípio da legalidade num Estado democrático de Direito, não resta atendido apenas pela observância de suas garantias formais[39], já que pressupõe também uma dimensão material que é alcançada precisamente mediante a efetiva proteção e garantia dos direitos fundamentais em geral.

Muito embora a variação terminológica constata-se uma certa concordância no sentido de que o princípio da legalidade estrita – este igualmente não meramente redutível à sua expressão penal – advém do princípio da legalidade[40] que, por sua vez, está calcado na concepção de um

[38] Para Nereu José Giacomolli, o princípio da legalidade, em termos substanciais, exige mais do que a simples previsão prévia pela lei, pois, "a garantia política do princípio da legalidade informa que todo o cidadão não será submetido, por parte dos poderes do Estado, a crimes ou penas que não tenham legitimidade popular". GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, v. 26, N.º 78, Jun., 2000, p. 232.

[39] Referindo-se ao conceito de legalidade, expõe ainda Nereu José Giacomoli, que este "sai da esfera estritamente formal do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, (art. 5º, XXXIX, CF) propiciador da aplicação do *ius puniendi*, para atingir, proteger e garantir os direitos fundamentais (arts. 1º, III, 5º, XLI, XXXV e LXVIII, CF)". Idem, p. 235.

[40] Para Cláudio do Prado Amaral, o princípio da taxatividade é a expressão material do princípio da legalidade, pois de nada adiantaria a garantia que os crimes fossem previstos em lei em sentido formal e material, se esta não venha a ser clara, ou seja, "De nada valeriam a

Estado democrático de Direito, sendo, juntamente com os demais princípios constitucionais inerentes a este modelo de estatalidade[41], um pressuposto e fundamento da validade e legitimidade do sistema jurídico na sua integralidade,[42] notadamente de qualquer ordem constitucional que se pretenda genuinamente democrática.

Tendo sempre em mente que o princípio da *lex certa* (assim como as demais expressões do princípio da legalidade) ocupa lugar de destaque na galeria dos assim chamados princípios-garantia, que, de acordo com Gomes Canotilho, são normas (princípios) que, dotados de força normativa positiva e negativa, visam instituir direta e/ou indiretamente uma *garantia* dos cidadãos, sendo ao mesmo tempo, na sua dimensão subjetiva, autênticos direitos fundamentais[43], verifica-se que também neste caso está-se a tratar de conteúdos que inquestionavelmente integram as "cláusulas pétreas" da nossa Constituição, por força do seu art. 60, § 4º, IV. Tal consideração resta enrobustecida pelo fato de que o princípio da *lex certa* assume a condição de elemento essencial do princípio da segurança jurídica e da legalidade em geral, assim como a legalidade estrita em matéria penal, que constitui garantia autônoma, por si só já assegurada contra o poder de reforma constitucional (art. 5º, XXXIX).

Além disso, importa ter em mente que o princípio da legalidade (aqui compreendida como a exigência de *lex certa*) guarda conexão direta com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da proteção à confiança[44], por

---

reserva e a anterioridade da lei, a proibição da analogia e dos costumes prosocietate, se a lei não estivesse cunhada de clareza ...". AMARAL, Cláudio do Prado, *op. cit.,* p. 117.

[41] Sobre este modelo de Estado, confiram-se as lições de Lenio Luiz Streck, ao referir-se às principais funções do Estado de bem Estar Social, expõe, que, "algumas situações históricas produziram um novo conceito. O *Estado Democrático de Direito* emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*.Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado o Bem-Estar, construídos desde há muito". STRECK, Lenio Luis, *op. cit.,* p. 64.

[42] Nesse sentido, v. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 2002, p. 97, bem lembrando que *"y en la medida en que tales princípios están incorporados en el ordenamiento positivo bajo forma de princípios constitucionales o en todo caso legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica o de validez"* (grifo do autor).

[43] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, 2003, p. 1167.

[44] Embora alguns autores entendam que o princípio da segurança jurídica significa o mesmo que o princípio da proteção da confiança ou, ainda, que este seria um subprincípio daquele, concorda-se com o posicionamento de Gomes Canotilho, que leciona, "que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com os componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos" (grifo do autor). CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.,*2003, p. 257. No que diz com a segurança jurídica e proteção à confiança no direito brasileiro, remetemos ao excelente e recente estudo de COUTO E SILVA, Almiro do. "O Princípio da Segurança Jurídica

exigir que a conduta punível seja prevista de forma prévia e clara, inclusive para possibilitar ao destinatário da norma o seu entendimento. Nesse sentido, sustentando justamente tal posição, Gomes Canotilho lembra que o princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, como prefere o jurista lusitano, manifesta-se simultaneamente como pressuposto e complemento do próprio princípio da segurança jurídica ou da proteção de confiança, de tal sorte que daí – ainda de acordo com Gomes Canotilho –, decorrem duas idéias fundamentais:

> "A primeira é a da *exigência de clareza das normas* legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos (grifo do autor)[45]."

Muito embora a correção do exposto, é claro que o princípio da determinação nem sempre poderá ser atendido de forma satisfatória em todas as situações, como, aliás, pretendido, quem sabe até mesmo de modo um tanto ingênuo para o contexto atual, pelo notável iluminista Marquês de Beccaria[46] no que diz com o princípio da taxatividade em matéria penal. Com efeito, até mesmo em homenagem à necessária concepção sistêmica da ordem jurídico-constitucional (como sistema materialmente aberto e hierarquizado de valores princípios e regras[47]), há por certo situações em que os princípios da *lex certa*, da proteção de confiança e da segurança jurídica

---

(Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)". in: *Revista Brasileira de Direito Público* (RBDP), nº 6, jul/set. 2004, p. 8 e ss.

[45] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, 2003, p. 258.

[46] A propósito, como o próprio autor entendia, "Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opresso e oprimido". BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Gumarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 23.

[47] Adota-se, a respeito, o conceito de Juarez Freitas, para quem, sistema jurídico é "uma rede axiológica e hieraquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, das cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição". FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito***.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 61.

poderão vir a ser (sempre de modo excepcional) parcialmente restringidos, desde que respeitado o seu respectivo núcleo essencial e atendidas às exigências internas da proporcionalidade, quando em confronto com outros princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais.

De qualquer sorte, existe um âmbito nuclear a ser respeitado e assegurado que impõe ao legislador, no que diz com a determinabilidade da norma (em especial, mas não exclusivamente, convém frisar, no que concerne ao tipo penal incriminador, cuja taxatividade é mais premente) o esgotamento técnico das possibilidades de previsão legislativa[48], especialmente impedindo o arbítrio por parte dos órgãos do poder público quando de sua aplicação.

Tais premissas encontram especial repercussão quando se cuida de medidas legais restritivas de direitos e garantias fundamentais, precisamente o que ocorre na hipótese ora analisada quando está em causa uma inquestionável restrição (neste caso, como ainda será mais desenvolvido, de uma efetiva violação[49]) do princípio-garantia do juiz natural. Com efeito, ainda que entre nós tal aspecto careça de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, não há qualquer razão para uma desconsideração do princípio da legalidade também nesta dimensão específica, no sentido de impor ao legislador, sempre que restringir direitos fundamentais, um dever de clareza e determinação, o que, na esteira das lições de Gomes Canotilho, já colacionadas, significa – como bem aponta também a doutrina mais recente - que a lei deve prever de modo preciso o suporte fático e as conseqüências da restrição[50], apresentando pelo menos uma densidade suficiente (um certo grau de determinação de seu conteúdo)[51]. Em outras palavras – para o que interessa no caso – especialmente quais as hipóteses que autorizam a restrição. Que tal requisito não foi atendido minimamente pela EC 45/2004 resulta evidente, dada a margem de arbítrio outorgada ao poder público (neste caso, ao Procurador-Geral da República e aos Tribunais Superiores) pela lei restritiva.

---

[48] GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.,* p. 238.

[49] Esclarece-se aqui a distinção entre restrição e violação, já que uma restrição só será considerada uma violação de direito fundamental quando implicar afronta a algum limite dos limites, como ocorre quando desatendidas as exigências da reserva legal, da proporcionalidade e do núcleo essencial.

[50] No âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, onde tal noção encontrou sua maior fundamentação dogmática, cite-se aqui, por todos, PIERTOTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; Grundrechte – Staatsrecht II, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Muller, p. 66. Referindo a necessidade de observância do critério da determinação e clareza em alguns países da União Européia (França, Suíça, Áustria) v. a recente contribuição de KOKOTT, Juliane. "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", in: MERTEN, Detlev; PAPIER, Hans-Jürgen (Coord), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,* vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 866, muito embora a ressalva de que no âmbito da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o rigor na apreciação das exigências da reserva legal seja menor. De qualquer modo, também para o Tribunal Europeu vale o entendimento de que o conteúdo da lei restritiva seja acessível, previsível e suficientemente determinado (p. 867).

[51] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *op. cit.*, p. 312-13. Entre nós, v. especialmente STEINMETZ, Wilson Antonio. *op. cit.*, p. 39 e ss., na esteira de Robert Alexy e outros.

Não deveria causar espécie que, uma norma que apenas se refere a uma "grave violação de direitos humanos" (que pode, em tese, abarcar uma "grave" – o que por si só já dá suficiente margem a dúvidas – violação de qualquer direito humano) necessariamente remete ao legislador infraconstitucional, para que este estabeleça, com a necessária clareza[52], o teor do alcance da expressão "graves violações de direitos humanos". Somando-se tal abertura e indeterminação – por si só já suficiente para fulminar a norma restritiva – ao fato de que é apenas o Procurador-Geral da República, livremente nomeado pelo Presidente da República, o agente legitimado para requerer o deslocamento de competência, o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do incidente, da forma como foi aprovado, deveria já ter ocorrido no controle preventivo de constitucionalidade. Nunca é demais lembrar que se está em face de restrição ao direito-garantia do juiz natural, uma das mais elementares conquistas da humanidade em termos de proteção constitucional e internacional dos direitos humanos e fundamentais.

Ainda no que diz com as exigências da clareza e determinação, importa destacar a circunstância elementar (mas nem por isso irrelevante) de que também a lei que vier a regulamentar o dispositivo constitucional ora em exame (se é que isso será tido como necessário pelo Supremo Tribunal Federal) não poderá, com maior razão inclusive, desconsiderar tais implicações essenciais do princípio da legalidade e da segurança jurídica, pena de também violar a Constituição.

Por outro lado, admitindo-se que venha a ser editada lei que defina quais as hipóteses que configuram uma grave violação dos direitos humanos, e que tal lei seja condizente com o princípio da legalidade (em especial quanto ao subprincípio da *lex certa*), o deslocamento de competência somente poderá ser aplicado aos atos praticados a partir da vigência dessa lei, pois, inequivocadamente, esta cria um gravame inclusive para a parte ré, além do impacto sobre a ordem objetiva de valores consagrada pela Constituição. De qualquer modo, há que considerar aqui a exigência de que a lei restritiva tenha efeitos apenas prospectivos, já que vedada a sua retroação, de tal sorte que não merece acolhida eventual alegação de que o princípio da irretroatividade não se aplica em matéria processual, sujeito, de modo geral, à máxima do *tempus regit actum* [53].

Embora não se esteja a abrir mão da tese da substancial inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, notadamente no que concerne ao requisito da clareza e determinação da medida restritiva de direitos e garantias fundamentais, convém registrar que, a prevalecer o entendimento contrário e não sendo sequer e pelo menos exigida uma regulamentação legal, impõe-se, como eventual saída, uma interpretação restritiva do que vem a ser "grave violação de direitos humanos". Nesta linha de raciocínio situa-se a posição de Bolzan de Moraes, que, a despeito de favorável ao instituto, sustenta que o mesmo só se aplica a graves

[52] Este também, com fundamentos adicionais, um dos esteios da argumentação deduzida na ADI-3486 (item V).

[53] Cfr.,por todos, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *op. cit.*, p. 312 e ss.

violações de direitos humanos assegurados em tratados internacionais que não tenham sido já incorporados ao ordenamento interno, afirmando, na seqüência, que resta esvaziado o sentido da norma ora questionada[54]. Tal argumento, que se aplaude pelo caráter excepcionalíssimo que imprime ao deslocamento de competência (caso este for mantido em vigor e na ausência de lei certa regulamentadora), por sua vez também confirma, em certo sentido, a tese possível da distinção entre direitos humanos (assegurados no plano internacional) e direitos fundamentais (constitucionais). Por outro lado, o raciocínio não se encontra imune a objeções naquilo em que passa a dispensar (ainda mais para efeitos de aplicação do incidente de deslocamento de competência) os demais direitos assegurados em tratados de qualquer ato de incorporação, ainda mais em se considerando o que dispõe o direito constitucional originário positivo, tema que aqui não há como desenvolver[55].

Neste contexto, considerando os termos da ADI 3493 proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, que invocou a não auto-aplicabilidade do § 5º do art. 109 da CF, introduzido pela EC 45/2004 (item 5, p. 14 e ss.), é de se endossar, como já salientado, que na ausência de uma declaração de inconstitucionalidade do próprio § 5º (o que seria o desejável) a fundamentação da inicial da ação naquilo em que alude à exigência de lei regulamentadora. Todavia, quando lá se sustenta a necessária declaração da não auto-aplicabilidade, há que registrar aqui o risco de tal posicionamento, já que a mesma tese (da não auto-aplicabilidade), nas ocasiões em que foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, gerou acirrada controvérsia (e basta referir aqui o caso do antigo art. 192, § 3º da CF, que limitava os juros reais a 12% ao ano), exatamente pelo fato de a não-auto-aplicabilidade poder ser compreendida como fator impeditivo de se extrair qualquer efeito da norma constitucional, o que, por sua vez, conflita com o entendimento hoje consagrado na doutrina majoritária (nacional, pelo menos) de que todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia e, via de conseqüência, de alguma aplicabilidade[56]. Melhor seria, portanto, sustentar que naquilo em que a norma se encontra na dependência de regulamentação, se está diante de uma norma de eficácia limitada, de acordo com a terminologia preferencial no âmbito da doutrina pátria.

---

[54] Cfr. MORAES, José Luiz Bolzan de, *op. cit.*, p. 254.

[55] No que diz com a controvérsia em torno da incorporação e hierarquia dos tratados, consulte-se a paradigmática obra de PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000; MAZZUOLI, V. de Oliveira, *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 303 e ss; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. "Exceção Constitucional ao Regime Geral de Tratados no Brasil: Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos". *Interesse Público,* São Paulo: Notadez, v. 5, n. 23, p. 50-60, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 141 e ss., inclusive a respeito do novo § 3º incluído pela Emenda Constitucional n.º 45.

[56] Cf., por todos, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003. Para uma crítica da classificação tricotômica das normas constitucionais e das demais propostas classificatórias da doutrina, v. SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, 2005, p. 248 e ss., o qual sustenta uma classificação binária das normas constitucionais, com fundamentadas razões.

De qualquer modo – e é bom repisar tal aspecto com vigor – ainda que se pudesse sustentar que se trata de norma de eficácia plena, tal circunstância jamais impediria a declaração de sua inconstitucionalidade, inclusive por violação do princípio da legalidade, como fartamente demonstrado!

Mesmo que se possa invocar a ausência de juridicidade do argumento e reconhecendo-se o seu cunho essencialmente especulativo e até mesmo pessimista, nunca é demais lembrar – *embora, convém destacar, não estejamos a vivenciar tal hipótese desde a derrocada do regime militar* – não há como deixar de lançar aqui a sempre útil advertência de que a memória, ainda mais a coletiva, é curta, já que não raras vezes a abertura do tipo penal incriminador foi utilizada como forma de repressão em regimes totalitários e ditatoriais, possibilitando a persecução penal e punição (inclusive às penas de trabalhos forçados e de morte) de todos os que eram contrários ao regime político vigente ou que, de alguma forma, se revelavam como incômodos aos "donos do poder".[57] Condutas que "atentavam contra o são sentimento do povo alemão", assim como atos que comprometiam e ameaçavam a "segurança nacional" ou mesmo o famoso conceito de "inimigos do povo ou da revolução" são exemplos que deveriam ecoar para sempre em nossas mentes. Que também – a depender do arbítrio dos legitimados para instaurar e decidir pela "federalização" – uma "grave violação dos direitos humanos" para salvaguardar a "responsabilidade internacional" do Brasil pode vir a ensejar a responsabilização criminal e até mesmo funcional de alguns – eventualmente os "incômodos" não é de se descartar por completo, e *basta esta mera possibilidade* (mesmo que a pena se atenha aos estritos limites fixados pela lei) para justificar a incompatibilidade do incidente, pelo menos na forma ora vigente, com os princípios constitucionais ora analisados.

Ainda que a tese aqui sustentada não venha a prevalecer, resta analisar a existência (que desde logo vai afirmada enfaticamente) de uma violação, dentre outros, especialmente do princípio do juiz natural[58] a partir dos critérios da proporcionalidade e do núcleo essencial, para o que se remete ao próximo segmento, o que se verifica inclusive em sendo regulamentadas pelo legislador as hipóteses de "grave violação de direitos humanos". É evidente que antes de mais nada, importa firmar posição a respeito do que se entende pela garantia do juiz natural à luz do sistema constitucional brasileiro.

---

[57] Nesse sentido, Ferdinand Lassalle (1825-1864), ao sustentar sua concepção sociológica de Constituição e dizer que a essência da Lei Maior era a soma dos diversos fatores reais de poder da sociedade que lhe era contemporânea, escreveu que: "Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples *fatores reais do poder*, mas sim verdadeiro *direito* – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e por conseguinte é punido". LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 32.

[58] Destaque-se que em ambas as ações diretas propostas e já referidas, a violação da garantia do juiz natural constitui um dos esteios do pedido de declaração de inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência.

### 4.3.3. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL E ELEMENTO NUCLEAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dentre os elementos nucleares do Estado de Direito (leia-se Estado democrático de Direito)[59], mesmo considerando a superação de sua versão liberal e predominantemente individualista, segue ocupando lugar de destaque, o postulado da limitação direta e integral dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) pelo Direito. As instituições democráticas do Estado de Direito operam, portanto, no sentido de não permitir a implementação de estados totalitários ou despóticos[60], onde o poder político estatal impõe-se sem limites sobre a vontade política coletiva e os cidadãos.[61] A característica fundamental do Estado de Direito é, de tal sorte, a subordinação do Estado à ordem jurídica constitucional, na qual encontram-se plasmados os princípios e valores materiais da sociedade politicamente organizada, que devem orientar e determinar as ações estatais. Neste sentido, não se deve perder de vista, na esteira das lições de Gomes Canotilho, que as diversas dimensões do Estado de Direito contemporâneo (juridicidade, democracia, justiça social e sustentabilidade ambiental), representam o somatório das conquistas da civilização, revelando que, assim como os direitos fundamentais que lhe são inerentes e nos quais o Estado de Direito encontra-se seu fundamento material de legitimidade, também o Estado de Direito vem passando por um processo evolutivo contínuo, reconhecendo e agregando novas dimensões jurídicas que se complementam reciprocamente: o Estado Constitucional, o Estado

[59] A origem da expressão "Estado de Direito" está calcada no direito alemão (*Rechtsstaat*), significando, em última análise, a subordinação do Estado ao Direito.

[60] Gomes Canotilho aponta alguns exemplos de Estados Totalitários, caracterizando-os como Estados de "não-direito". Entre eles: os Estados Comunistas, o Estado Novo (Português), o Estado Falangista (Espanhol), o Estado Nazista (Alemão) e o Estado Fascista (Italiano). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Estado de Direito". *Cadernos Democráticos*, n. 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 16 e 21. Nossa história recente nos permite aumentar a lista do jurista português e incluir entre os Estados de "não-direito", por ordem cronológica, o Estado Novo e o Estado instaurado pelo golpe militar de 1964, especialmente, após o Ato Institucional n.º 5 e EC n. 1 de 1969.

[61] Bobbio, sob a ótica dos Estados de Direito e dos Estados de Não-Direito, tece as suas críticas ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. "Chamamos de 'Estados de Direito' os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito. Não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são os cidadãos dos Estados não de direito. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos do homem. Dito de modo drástico: encontramo-nos hoje numa fase em que, com relação à tutela internacional dos direitos do homem, onde essa é possível talvez não seja necessária, e onde é necessária é bem menos possível". BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 41.

Democrático, o Estado Social e o Estado Ambiental (Pós-Social), em suma, o Estado dos direitos e garantias fundamentais de todas as dimensões.[62]

Nesse contexto, vinculado também à dimensão material do Estado de Direito, notadamente no que diz com os limites impostos à atividade estatal pela ordem de valores representada pelos princípios e direitos fundamentais, o princípio do juiz natural, como garantia fundamental assegurada ao particular em face do Estado, constitui um dos eixos deste sistema de limitações da atuação estatal, de tal sorte que, de há muito, transcendeu a dimensão constitucional (estatal) e alcançou a condição de direito e garantia humano e fundamental no âmbito do sistema internacional (assim como dos sistemas regionais) de proteção dos direitos humanos. Como um dos modos amplamente consagrados de estabelecer o espaço de trânsito político-jurídico delineado para a atuação estatal no âmbito do Estado democrático de Direito, o princípio-direito-garantia[63] do juiz natural busca frear qualquer impulso arbitrário do Estado sobre o indivíduo, sempre primando pelo norte normativo estabelecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1ª, III, da CF). Nesta perspectiva, situa-se já a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, representada aqui pela decisão proferida em sede de *habeas corpus,* relatada e lavrada pelo Ministro Celso de Melo:

O princípio da naturalidade do juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais.[64]

Na Constituição da República Federativa do Brasil o princípio do juiz natural encontra respaldo expresso em dois incisos (XXXVII e LIII)[65] do seu artigo 5º, a partir dos quais, em conjugação com o disposto nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (notadamente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ambos devidamente incorporados ao ordenamento interno) se extraem os elementos nucleares do princípio, dentre os quais impende destacar, desde já, a imparcialidade do Juiz[66] e a segurança do cidadão contra

---

[62] Cf., acerca da concepção de Estado de Direito Pós-Social, SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p. 375-414.

[63] O princípio do juiz natural manifesta-se como sendo simultaneamente um direito e uma garantia fundamental, já que acima de tudo qualquer pessoa tem o direito (subjetivo) de ser julgada pelo juiz natural. Sobre a distinção possível entre direitos e garantias remetemos a SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, 2005, p. 197-205.

[64] STF – 1ª Turma – HC N. 69.601/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 Dez., 1992, p. 24.377.

[65] Assim dispõem os citados incisos do art. 5º: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

[66] Scarance Fernandes aponta para a compreensão da imparcialidade do juiz vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

o arbítrio estatal, no que concerne à criação de juízos ou tribunais de exceção e a vedação do estabelecimento da competência após o fato[67].

Neste contexto, é possível, com base em relevante doutrina nacional, conceituar o princípio do juiz natural como representando aquele Juiz previsto explícita ou implicitamente na Constituição e que foi previamente (portanto, com competência definida sempre *ante factum*) instituído por lei para julgar determinado setor de relações, de fatos e de pessoas, do que resulta a vedação constitucional dos chamados "tribunais de exceção" assim como a exigência da fixação da competência para o julgamento de determinado crime previamente à ocorrência do fato[68].

Tal compreensão harmoniza também com o pensamento de Ferrajoli[69], para quem o princípio do juiz natural designa o direito do cidadão a não ser julgado num processo em que se estabelece o juiz competente em momento posterior ao delito, e, em razão disso, ordenado à obtenção de um determinado resultado. Da mesma forma, destaca a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. Tais garantias estão postas também para afirmar o princípio da igualdade e da legalidade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos processos.

*La garantía del 'juez natural' indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia 'la medida de la jurisdicción' de que cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido 'post factum'; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales.*[70]

---

[67] Nunca é demais lembrar, que a partir do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, expressiva doutrina e parte da jurisprudência, atribuem aos direitos previstos nos tratados uma hierarquia constitucional. Além disso, mesmo que se venha a refutar tal argumento (em face da por ora ainda sedimentada posição do STF a respeito) os tratados, ainda que com hierarquia legal, haverão de ser aplicados pelo menos para a devida interpretação dos elementos que compõe o âmbito de proteção do princípio do juiz natural. De qualquer sorte, como voltará a ser mencionado, não se revela como consistente uma negação da aplicação dos tratados para a compreensão da garantia do juiz natural, para ao mesmo tempo chancelar, com base no argumento da proteção dos direitos previstos nestes mesmos tratados, o incidente de deslocamento de competência.

[68] Cf., na doutrina nacional, à luz de uma leitura constitucional do processo penal e do princípio do juiz natural, LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 71-83; BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 132-147; GRANDINETTI, Luis Gustavo; CARVALHO, Castanho de. *Processo penal e (em face da) Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 107-113.

[69] FERRAJOLI, Luigi. o*p. cit.*, p. 590.

[70] Ibidem.

Entre nós, tal entendimento, como já apontado, vai bem sintetizado por Scarance Fernandes[71], ao estabelecer três regras de proteção que configuram a garantia constitucional do princípio do juiz natural: 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Registre-se, de outra parte, que a definição ora sumariamente apresentada, mas largamente aceita pela doutrina e jurisprudência nacional, estrangeira e internacional (especialmente oriunda dos Tribunais Internacionais e Supranacionais), corresponde exatamente aos elementos nucleares da garantia do juiz natural, seja no que diz com o sistema de proteção internacional (ONU[72]), seja no que concerne ao que restou expressamente enunciado no Pacto de São José da Costa Rica:

> Art. 8º - Garantias judiciais
>
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. (grifamos).

Convém lembrar que a incorporação da assim designada Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro deu-se, após a sua ratificação, por meio do Decreto Legislativo N. 678, de 06 de novembro de 1992, o que, considerando a hierarquia constitucional atribuída, pelo menos (em que pese a resistência de alguns e especialmente ainda do Supremo Tribunal Federal) por expressiva doutrina e jurisprudência aos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, apenas enrobustece – agora num contexto mais amplo, o da inserção internacional – o que já havia sido expressamente consagrado pelo Constituinte de 1988 quanto ao Juiz natural.

No que diz com a proteção internacional e constitucional dos direitos humanos e fundamentais (ainda que se possa controverter a respeito da automática incorporação dos tratados, em face das exigências da CF/88 quanto a este ponto), não se deveria questionar a hierarquia constitucional (pelo menos na condição de direito materialmente constitucional) dos tratados

---

[71] FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit.*, p. 127.

[72] Nesse sentido: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pelo Congresso pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12 de dezembro de 1991, cuja Carta veio a ser depositada em 24 de janeiro de 1992 e entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992. Em seu art. 14, o pacto estabelece, entre outras garantias, que "1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)". In: http://www.rndh.gov.br/pacto_civil.html. Acesso em: 16.05.2005.

em matéria de direitos humanos na ordem jurídica interna. De acordo com Flávia Piovesan, merecidamente uma das mais festejadas juristas na esfera da defesa dos direitos humanos e fundamentais,

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes conseqüências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro lado, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmos direitos, sob pena de invalidação.[73]

Ora, diante da obrigatoriedade imposta pela ordem constitucional de fixação da competência para o processamento de ação criminal em momento anterior ao cometimento do fato, questiona-se então a constitucionalidade da Emenda da Reforma do Judiciário, no que se refere à criação do instituto do incidente de deslocamento de competência nela previsto. Conforme se percebe do novo texto constitucional, o poder discricionário[74] que se pretende colocar nas mãos do Ministério Público Federal para determinar o deslocamento da competência através do incidente previsto pela Emenda da Reforma do Judiciário afronta o princípio do juiz natural e fragiliza o cidadão perante o Estado, violando fundamentos constitucionais do Estado democrático de Direito.

Além disso, a própria previsão abstrata do incidente de deslocamento viola ao menos um dos direitos humanos (juiz natural) previsto em tratados internacionais e possibilita, portanto, se entendermos que os pactos internacionais devam ser aplicados de forma integral e sistemática, a condenação do Brasil perante tribunais de proteção aos direitos humanos! Constata-se, neste contexto, que a interpretação do conteúdo nuclear do princípio do juiz natural deve pautar-se pelos instrumentos internacionais, que,

---

[73] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2000, p. 95.

[74] Nesse sentido, é oportuna a lição de Andreas Krell sobre a vinculação do poder discricionário aos direitos fundamentais e o crescente controle judicial sobre os atos administrativos. "Não há mais dúvidas, no Brasil, que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua 'juridicidade'. Essa 'principialização' do Direito (proibição de arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários". KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 68-69. Guardadas as devidas proporções e diferenças entre os atos administrativos, legislativos e judiciais, sustentamos, com Juarez Freitas, de modo analógico aos demais atos, que todo ato discricionário é vinculado, pois "a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais" (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 221).

segundo os próprios defensores da "federalização", têm hierarquia constitucional.

Importa repisar, de outra parte, que tal procedimento abre um espaço de discricionariedade incompatível com a limitação constitucional imposta ao exercício dos poderes estatais, condicionados estes à proteção e concretização das garantias constitucionais.

Com efeito, a liberdade conferida ao Procurador-Geral da República para determinar quais os crimes contra os direitos humanos que receberão a atenção e o zelo da justiça federal, postulando o deslocamento de competência junto ao Superior Tribunal de Justiça, viabiliza inclusive – *o que, consoante já frisado, não se pode descartar em tese* – a ocorrência de verdadeiras perseguições contra agentes públicos (policiais, integrantes do Ministério Público, Magistrados e até mesmo determinados acusados da prática de uma "grave" violação), que, para além do âmbito estritamente criminal e policial, podem tomar dimensão política e ideológica, propiciando até mesmo, a depender dos ventos nem sempre estáveis da política e da vida institucional brasileira, medidas absolutamente incompatíveis com o Estado democrático de Direito.[75]

Ainda que – o que seria um mal pelo menos menor – viessem a ser regulamentadas, por meio de lei em sentido formal e material, de forma precisa, as hipóteses em que caberia a instauração do incidente, a inconstitucionalidade substancial do mesmo não restaria sanada, já que apenas superada (sendo esta a alternativa a ser acolhida) a questão da arbitrariedade no que diz com a eleição dos casos concretos pelo Procurador-

[75] A história brasileira do século que passou foi marcada por instabilidades políticas, que muitas vezes enveredaram por uma solução golpista e ditatorial. Como todo regime ditatorial, também "os nossos" cometeram atrocidades de toda ordem, especialmente, contra as pessoas, cuja intrínseca dignidade, não raras vezes, foi objeto de grave violação. Tal assertiva (embora assim possa se pensar), de longe não é exagerada, e, para confirmá-la, nos conta Fernando Morais (*Olga*. 16ª ed., 9ª tiragem. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, pp. 191-192) a respeito do primeiro governo de Getúlio Vargas, que, após a tentativa frustrada do levante comunista (novembro de 1935), restaram presos pelo aparato de segurança (ou, melhor, de repressão) diversas lideranças do Partido Comunista, entre elas, Luis Carlos Prestes, e outros quadros políticos que vieram do estrangeiro, como os alemães Arthur Ewert e Olga Benário Prestes. No Rio de Janeiro o então jovem advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto, resolveu por própria conta defender Prestes e Ewert (pois nessas alturas, Olga, mesmo grávida, já tinha sido enviada como presente de Getúlio a Hitler) perante o Tribunal de Segurança Nacional "uma corte de exceção criada especialmente para julgar os envolvidos na insurreição de novembro de 1935". Após ter que recorrer a mãe de Prestes, para que este aceitasse seu patrocínio, "a primeira providencia do defensor (...) foi afrontar a ditadura denunciando, de maneira que se tornaria célebre, o tratamento dado ao comunista alemão", que vinha sofrendo "sessões" diárias de torturas. "Nos primeiros dias de 1937 um jornal do Rio havia publicado uma notícia policial dando conta de que o cidadão Mansur Karan, da cidade de Curitiba, fora condenado à prisão por ter espancado um cavalo até a morte. Sobral valeu-se da decisão do juiz que condenara Karan e recorreu a um artigo da Lei de Proteção aos animais para tentar salvar a vida de Ewert. A lei dizia que 'todos os animais existentes no país são tutelados do Estado' – e já que a lei dos homens era insuficiente para impedir o flagelo do alemão, pelo menos que fosse protegido como um animal para que as torturas cessarem". Foi principalmente graças a Sobral Pinto que Prestes começou a receber as cartas da mãe e da irmã, além das de Olga que se encontrava nos porões da Gestapo.

Geral da República. Quanto à violação do princípio do juiz natural, esta inquestionavelmente remanesceria em aberto, visto que seguiria afetado o seu núcleo essencial (Juiz ou Tribunal competente, constitucional e/ou legalmente fixado antes do fato). Nunca é demais recordar, neste contexto, que qualquer restrição a direito fundamental (e a garantia do Juiz natural evidentemente não foge a regra) sempre que resultar em afetação do núcleo essencial sempre será desproporcional e, portanto, substancialmente inconstitucional[76], mesmo que se demonstre a adequação e necessidade da medida, que, aliás, também já restou suficientemente rechaçada na primeira parte deste trabalho.

De outra parte, ainda no tocante ao princípio-garantia do juiz natural, há de ser insistentemente repisado que este não mais se limita, há muito tempo, a impedir o estabelecimento de tribunais de exceção, reclamando sua inserção interpretativa no contexto do momento constitucional em curso, portanto, como já suficientemente frisado, exigindo uma leitura à luz das exigências de um Estado democrático de Direito.

Mesmo que se queira afirmar que, na sua expressão literal, a vedação de uma alteração da ordem legal (quanto mais constitucional) de competências após o fato não se encontra agasalhada na CF, tal jamais poderia significar que a referida vedação não se encontre implicitamente assegurada na própria garantia constitucional do juiz natural, ainda mais quando compreendida, por meio de uma interpretação sistemática (portanto também sempre teleológica) do sistema constitucional de direitos e garantias no seu conjunto. Aliás, é justamente isso que demonstra a síntese dos elementos essenciais que compõe o âmbito de proteção do juiz natural, tal qual sustentado por expressiva e moderna doutrina e jurisprudência nacional. Por outro lado, igualmente não há como fazer vistas grossas em relação ao conteúdo do princípio do juiz natural tal qual consagrado nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, pois, ainda que se não lhes reconheça hierarquia constitucional (o que se refuta, como já sinalado) a legislação, portanto também os tratados incorporados na condição de lei, pode (e muitas vezes deve) concretizar e explicitar até mesmo os próprios elementos nucleares dos direitos fundamentais, o que à evidência não desnatura a hierarquia constitucional destes. Pelo contrário, ao socorrer-se dos tratados (mesmo com força de lei apenas) o intérprete está até mesmo revelando sua prudência e respeito aos demais poderes constituídos, já que, antes de proceder a uma exegese pessoal (por vezes absolutamente necessária) do âmbito de proteção de um direito fundamental, privilegia a interpretação do próprio legislador, que, contudo, como se pretende demonstrar sumariamente logo a seguir, não mais se encontra autorizado a suprimir ou esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental por conta do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Tais argumentos ganham ainda maior relevo quando se percebe até mesmo uma certa contradição por parte dos defensores do incidente de deslocamento de competências. Estes, de modo geral e, convém destacar, cobertos de razão, pregam o reconhecimento da hierarquia constitucional dos

[76] Cf. nota 32.

tratados em matéria de direitos humanos. Todavia, quando se cuida de interpretar o conteúdo (o âmbito de proteção, se assim preferirmos) do princípio-garantia do juiz natural, esquecem justamente de utilizar os parâmetros postos pela própria ordem jurídica internacional, sedimentada em todos os principais tratados já desde a Declaração da ONU de 1948.

Outrossim, invoca-se constantemente o fato de que o incidente será utilizado de forma excepcional e apenas em situações de inequívoca necessidade, dada a falta de atuação ou atuação ineficiente dos órgãos estaduais e em casos muito graves e de ampla repercussão. Com tal argumento, pretende-se, portanto, contornar – com base no próprio princípio da proporcionalidade – a evidente violação do princípio da proporcionalidade no que diz especialmente com as restrições ao princípio da legalidade e do juiz natural. Se o uso excepcional poderá minorar o impacto negativo, ele não afasta, por si só, as violações apontadas, ainda mais quando, excepcional, ou não, é precisamente, entre outros aspectos, o uso casuístico e não previsível do instituto uma das suas mais contundentes impropriedades.

A pretendida reforma constitucional não fragiliza apenas o réu subjugado à persecução criminal empregada pelo Estado, mas toda a sociedade brasileira. Nesse sentido, destaca-se a diferença entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Gomes Canotilho aponta a dimensão subjetiva "quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade".[77] A dimensão objetiva das normas definidoras de direitos fundamentais encontra-se vinculada ao significado dos bens jurídicos fundamentais para toda a coletividade, para o interesse público, enfim para a vida comunitária[78]. Dessa forma, o princípio do juiz natural, que, numa análise apressada e superficial, pode sugerir uma garantia unicamente voltada para o réu de ação criminal, representa, em verdade, um valor de toda a sociedade, consagrado através de um processo de afirmação histórica constante e de permanente conquista civilizatória. A supressão de tal garantia constitucional implica retrocesso jurídico, diante da maior debilidade do cidadão no que diz com a relação de forças que se firma com o Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais projeta o princípio em questão para o plano de valor jurídico do Estado democrático de Direito, assumindo, nesta perspectiva, dimensão transindividual[79].

---

[77] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, 2003, p. 1256.

[78] Ibidem.

[79] Nesse sentido, para BONAVIDES, Paulo (*Curso de Direito Constitucional.* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 568-569), a "concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o princípio da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual (...) para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado". V., também, entre nós: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, pp. 152 e ss.; SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria", in: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Orgs.), *Arquivos de Direitos Humanos*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar,

Por outro lado, mesmo que se possa concordar com o argumento de que deslocamento da competência para o julgamento pela Justiça Federal não resultaria propriamente no estabelecimento de um Juízo ou Tribunal de Exceção (até mesmo pelo fato de se cuidar de uma esfera judiciária permanente, qualificada, instituída pela própria Constituição, e que, tal qual a Justiça Estadual, é detentora das garantias constitucionais da independência funcional), isso em nada altera a circunstância já mais do que suficientemente apontada, qual seja, de que ainda assim se está a firmar a competência após o fato e inclusive já no decorrer do processo.

Nesta mesma quadra, além do exposto quanto ao juiz natural (o que já deveria bastar para fulminar o instituto ora questionado, pelo menos no que diz com a forma pela qual foi implementado), o incidente de deslocamento de competência significa um perigoso retrocesso jurídico também naquilo em que revitaliza o "direito penal do autor"[80], em descompasso com a leitura constitucional que se faz hoje do Direito Penal, voltado unicamente para o fato criminoso, sem agregar preconceitos e possibilitar perseguições em razão das condições pessoais e posicionamentos políticos do autor do fato, ao exemplo do ocorrido no Brasil durante o regime militar.

---

2003, p. 63-102; SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar-abr de 2004, especialmente, item 3.1 "A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos", p. 80 e ss.

[80] Aliás, a formulação mais do que ampla de "grave violação" possibilita que o exclusivo legitimado para provocação do incidente escolha quem será o "cliente deste procedimento", permitindo, não apenas a punição pelo que a pessoa fez, mas pelo que ela é. Esta faculdade diverge frontalmente do discurso dominante no seio da doutrina penal contemporânea, no sentido de que se deve superar a punição do autor e punir o cometimento do fato. A propósito, anota Ferrajoli, que *"las normas penales constitutivas, en efecto, no vetan, castigan inmediatamente. O, si se quiere, no prohíben actuar sino ser*" (FERRAJOLI, Luigi. *op.cit.* p. 504). Ainda, nos relata o jurista italiano, que esta previsão já foi utilizada infinitas vezes na história do direito penal, ocupando-se por vezes das bruxas (refere-se ao preceito bíblico "*No permitirás vivir a las brujas*"), dos judeus, ciganos, hereges, infiéis, classe, inimigos do povo, da revolução, subversivos, vadios e vagabundos, e, nesta quadra, podemos dizer dos doravante designados de "inimigos dos direitos humanos"!!! O dispositivo permite que o Procurador-Geral da República aponte discricionariamente quem é (e o verbo "ser" é utilizado propositadamente) o perigoso inimigo dos direitos humanos. Embora o dispositivo em tela não contenha uma norma incriminadora, mas de competência penal, a disciplina posta pela emenda da Reforma do Judiciário pode enveredar pelo caminho, como nos contam Zaffaroni e Nilo Batista, de supor que "o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais". Este sintoma, anotam os autores, pode ser de natureza moral, tratando-se "de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico"; ou, para outra teoria do direito do autor a inferioridade com os demais se dá por "natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso" (grifamos) (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BAPTISTA, Nilo; e outros. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131). A previsão de deslocamento em si não traz nenhuma punição por prever determinada característica de um indiciado ou réu, mas possibilita que ocorram perseguições em razão da característica pessoal (o ser e não o fato em si), pois a "inferioridade" poderá ser afirmada, em razão da generalidade da previsão, de forma arbitrária, pelo exclusivo legitimado para propor o incidente ainda que sujeita a um indeferimento.

Assim, tendo em conta este aspecto e considerando-se que a proteção dos direitos fundamentais, no que diz respeito ao seu núcleo essencial (o que se aplica especialmente ao juiz natural), somente é possível na medida em que esteja assegurado um nível mínimo de segurança jurídica e previsibilidade do próprio ordenamento jurídico objetivo e, acima de tudo, dos direitos subjetivos dos cidadãos, afirma-se também aqui a necessária observância do princípio da proibição de retrocesso, para o que se remete à lição de Ingo Sarlet:

> "A proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de conseqüência, o art. 5º, §, 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.[81]"

Assim, também na perspectiva de uma proibição de retrocesso substancial (já que também não absoluta e limitada pelo núcleo essencial de cada posição afetada) o incidente de deslocamento de competência carece de legitimação constitucional. Ainda que o princípio da proibição de retrocesso assuma aqui um caráter complementar, em termos argumentativos, importa frisar que nem por isso carece de relevância, notadamente em se considerando uma possível objeção às razões anteriormente veiculadas (com destaque para a violação do núcleo essencial), no sentido de que a garantia do juiz natural, tal qual explicitada no texto constitucional (art. 5º, inc. XXXVII e LIII), não abrange expressamente a vedação de uma fixação da competência após o fato, razão pela qual não se poderia falar em violação do conteúdo nuclear da garantia.

Além de ser o caso de reiterar aqui a posição dominante na melhor doutrina e o entendimento corrente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ambos já apontados, verifica-se que também o núcleo essencial implícito (por integrar a esfera nuclear do âmbito de proteção de um direito fundamental) e legislativamente concretizado – no caso, pelos tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno (caso se venha a insistir na sua hierarquia meramente legal) merece proteção contra o retrocesso, no sentido

---

[81] SARLET, Ingo Wolfgang. "Direito fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise". *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 150.

de que este núcleo se transmuta, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira[82] – perfeitamente ajustável ao contexto jurídico-constitucional brasileiro[83] – num autêntico direito fundamental negativo (defensivo) e, como tal, imune a supressão ou mesmo restrições desproporcionais[84]. Que a proibição de fixação da competência após o fato (ainda mais se somada à possibilidade de livre escolha pelo Procurador-Geral da República de quais as hipóteses de grave violação e sobre a oportunidade da propositura do incidente) integra o núcleo essencial do princípio do Juiz Natural, restou, para efeitos deste estudo, suficientemente fundamentado.

Soma-se a isso a circunstância de que o Estado encontra-se vinculado de forma permanente e isenta de lacunas (no sentido de uma vinculação de todos os órgãos, funções e agentes estatais[85]) a um dever de proteção dos direitos fundamentais, dever este decorrente da dimensão objetiva dos princípios e direitos fundamentais[86]. Neste sentido, o Estado encontra-se

---

[82] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 131.

[83] A respeito, v. SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit*., p. 134-162**.**

[84] Neste sentido, aponta-se aqui, entre outros, além do entendimento de BARROSO, Luis Roberto (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158), a lição já clássica de SILVA, José Afonso da (*op. cit.*); MIRANDA, Jorge (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 4, p. 397-399); STRECK, Lenio Luiz (*Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31 e ss.); assim como BARCELOS, Ana Paula (*A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002), que, por sua vez, sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. Mais recentemente, ver a contribuição de MENDOÇA, José Vicente dos Santos (Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 205 e ss.), muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais. Reforçando o entendimento aqui colacionado, importa frisar que já na literatura sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, com destaque aqui para os clássicos (desde TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, passando por SILVA, José Afonso da, *op. cit.*), toda e qualquer norma constitucional gera pelo menos um direito subjetivo negativo, no sentido de autorizar a impugnação de qualquer ato contrário à Constituição e que frustre a sua aplicação e, portanto, efetivação (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 238 e ss.).

[85] Salienta Gomes Canotilho a existência de uma vinculação explícita e principal, portanto, "uma vinculação sem lacunas" do poder público em geral aos direitos fundamentais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, 2003, p. 439). Decorrente dessa lição, em outra passagem, resta afirmado que a "proteção jurídico-judiciária individual *sem lacunas*" tem como sentido nuclear que a "garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso da violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade" (Idem, p. 272).

[86] Assim, de acordo com o dever de proteção dos direitos fundamentais ao Estado cabe zelar, "inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados" (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* pp. 163-164). Para Alexy, "*los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que este realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujeitos jurídicos de igual jeraquía como así también la imponibilidad y la imposición de esta demarcación*" (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

impedido de implementar medidas que, tal como a da "federalização", embora introduzidas em nome da proteção dos direitos humanos, venham a agredir de modo frontal a dimensão objetiva e subjetiva de outros direitos humanos e fundamentais, seja na esfera nacional (constitucional) seja no plano internacional. Na consecução dos seus deveres de proteção, os órgãos estatais, por sua vez, devem observar o duplo limite imposto pelo princípio da proporcionalidade; em outras palavras, há que atentar permanentemente para o equilíbrio entre a proibição de excesso (a vedação de restrições desproporcionais de outros direitos para salvaguardar determinados bens constitucionais) e a assim designada proibição de insuficiência (ou proibição de déficit ou de inoperância, como preferem, igualmente com base em bons argumentos, autores da nomeada de um Gomes Canotilho e de um Juarez Freitas)[87], de acordo com o qual também não se poderá incorrer numa desproporção às avessas, isto é, no desguarnecimento da proteção de outros bens constitucionais fundamentais.

Que o reconhecimento da inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência, especialmente em relação ao princípio do juiz natural, não acaba por resultar em uma violação da proibição de insuficiência – objeção que poderia ser oposta ao argumento aqui esgrimido – já decorre do fato de que o incidente, como proposto, fere elementos nucleares do princípio e direito fundamental do/ao juiz natural, de tal sorte que insanável o vício. De qualquer modo, reiteram-se as razões já vertidas na primeira parte, que revelam a existência de outros meios – inclusive já disponíveis – para a devida proteção dos direitos humanos reconhecidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, o que por si só já bastaria para afastar a alegação de uma afronta ao princípio da proibição de insuficiência, cujas exigências, importa frisar, são inquestionavelmente mais baixas do que as da proibição de excesso[88].

Ainda no que diz com o tópico ora versado há que enfrentar outro argumento advogado pelos defensores do incidente de deslocamento. Assim, alega-se que o novo instituto é similar ao antigo, e por muito tempo não seriamente questionado, pedido de desaforamento, previsto para os processos da competência do Tribunal do Júri. Com efeito, para Flávia Piovesan, que

---

Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 436). V., também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, 2003, p. 1253 e ss.

[87] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit*, 2003, p. 273; FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*, pp. 38-43. Além dos autores citados, que, como salientado, propõe outra denominação a "outra face" do princípio da proporcionalidade, v., também, na doutrina estrangeira, CANARIS, Claus-Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003; entre nós, SARLET, Ingo Wolfgang, "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12 ou 47, mar.- abr./2004, p. 60 e ss; STRECK, Lenio Luiz, "A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção de deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais". In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Ajuris, v. 32, n. 97, mar./2005, p. 171 e ss.

[88] Sobre as diferenças entre proibição de excesso e insuficiência v. CANARIS, Claus-Wilhem. *op. cit.*, p. 65 e ss.

também sustenta a substancial identidade entre o novo incidente e o desaforamento,

Tal proposta está em absoluta consonância com a sistemática processual vigente (vide o instituto do "desaforamento"), como também com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos (que admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omisso no dever de proteger os direitos humanos). Ademais, se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art.34, VII, "b"), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não há porque obstar a possibilidade de deslocamento. Enfatize-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça seria o órgão competente para julgar o "incidente de deslocamento de competência", justamente porque é ele o órgão jurisdicional competente para dirimir conflitos entre entes da federação[89].

Em que pese o arguto argumento e a autoridade moral e intelectual inquestionável de quem o sustenta, não é esta a posição aqui adotada. Antes, contudo, de prosseguir com o debate, segue transcrição do dispositivo que prevê o desaforamento, no caso, o art. 424 do Código de Processo Penal:

> Art. 424. Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal de Apelação, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do juiz, e ouvido sempre o procurador-geral, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio.
>
> Parágrafo único. O Tribunal de Apelação poderá ainda, a requerimento do réu ou do Ministério Público, determinar o desaforamento, se o julgamento não se realizar no período de 1 (um) ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa.

As diferenças entre ambos os institutos são manifestas. Em primeiro lugar, o desaforamento poderá ser requerido pelas próprias partes e pelo Juiz do processo, e não por um órgão externo ao feito. Em segundo lugar, o desaforamento ocorre apenas e tão-somente nos casos da competência do Tribunal do Júri, pelas peculiaridades do próprio processo. De outra parte, importa ter em conta que a competência segue sendo do Tribunal do Júri, ainda que em outra Comarca (e, portanto, da mesma Justiça), o que igualmente aponta para a própria desnecessidade do incidente de deslocamento. Além disso, o próprio desaforamento não tem sido isentado de críticas por parte da doutrina especializada, inclusive em face do princípio do Juiz natural[90]. Não bastasse isso, cuidando-se de "grave violação dos direitos

---

[89] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional*: a exigência da federalização. In. http://www.dhnet.org.br/inedex.htm. Acesso em 13.09.2004.

[90] Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. "Juiz Natural: para uma releitura constitucional do tema do desaforamento". In: *Processo Penal: Leituras constitucionais*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 71-108.

humanos" (seja lá o que venha a ser compreendido por isso) representada por crime doloso contra a vida (que, de resto, sempre será a mais grave das violações) e, pelo menos enquanto reconhecida sua legitimidade constitucional, será possível a própria utilização do desaforamento, tornando, consoante já frisado, até mesmo dispensável o incidente de deslocamento de competência. Aliás, como argumento adicional, vale anotar que nos processos convencionais da competência do Tribunal do Júri a própria leitura da pronúncia (por mais que se tente evitar tal efeito) por vezes influencia o julgamento, o que dizer na hipótese de um incidente de deslocamento, veiculado em toda a mídia nacional e internacional, quando, por exemplo, da divulgação da decisão do Superior Tribunal de Justiça que acolheu o incidente.

Por derradeiro, a utilização do desaforamento como argumento para sustentar a viabilidade constitucional do deslocamento de competência introduzido pela reforma do Judiciário revela-se como sendo extremamente questionável também pelo fato de se estar, de certo modo, interpretando os princípios constitucionais à luz da legislação infraconstitucional, quando é justamente o contrário que se impõe, ainda mais estando em causa restrições a direitos e garantias fundamentais.

De qualquer sorte, é justamente o fato de existir o desaforamento, que, de resto, não é idêntico e nem mesmo similar ao deslocamento de competência, que demonstra mais uma vez a inconstitucionalidade (por desproporcional) da "federalização" das competências, por violação do critério da necessidade, em face da possibilidade de se utilizar meio de fato menos gravoso e drástico e que, além disso, serve justamente para assegurar um julgamento isento em virtude de possíveis pressões sobre os julgadores e sobre os demais envolvidos no processo.

Para além da violação da garantia do juiz natural, também é possível sustentar – a título de reforço argumentativo – uma pelo menos indireta e correlata ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), no sentido de que se está, com o incidente de deslocamento de competência, ainda mais na forma como foi criado, a inserir um "elemento de suspense inaceitável no processo penal", já que este deslocamento poderá ser requerido e deferido a qualquer momento, em tese até mesmo na segunda instância judiciária[91]. Também a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF) assume a condição de uma via argumentativa razoável, seja pelo "elemento surpresa" já referido, seja pelo fato de – a depender de uma eventual correção legislativa ou jurisprudencial, se for o caso – não estar prevista a possibilidade de uma impugnação do pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, seja pelas instâncias estaduais (o que resultaria no estabelecimento de um conflito de atribuições, no que toca ao Ministério Público, e de competências, no que diz respeito ao Poder Judiciário),

[91] Neste sentido v. a argumentação deduzida na ADI – 3486 (autor: AMB), item IV, também objeto de referência na ADI - 3493.

seja por parte do acusado da violação de direitos humanos, no contexto do que constitui a aplicação corrente dos princípios colacionados[92].

Ademais, também é possível aduzir que o incidente de deslocamento de competência está violando outro princípio constitucional relativo ao processo penal, qual seja, o da igualdade das partes, que se estriba, por sua vez, nos princípios da ampla defesa e do contraditório[93]. Na esteira, entre outros, de Scarance Fernandes[94], é legítimo argumentar que o incidente implica em violação substancial do princípio isonômico, naquilo que assegura que tanto a acusação quanto a defesa devem dispor de paridade de armas no processo penal. No mesmo sentido, bem anota Ferrajolli:

> *"Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por outro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con qualquier acto probatório, de los experimentos judiciales y las perícias al interrogatório del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos.*[95]*"*

A igualdade de partes, como bem salienta Scarance Fernandes não exclui, todavia, a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível de proteção da parte inferiorizada. Justificando o presente entendimento, o processualista traz a colação o favorecimento da defesa em determinadas situações em razão de princípios relevantes do processo penal, como o *in dubio pro reo* e *favor rei*.

Ora, é preciso dar-se conta que no incidente ocorre justamente o inverso! Além de a acusação ser promovida pelo Estado contra um indivíduo, relação por si só em geral desigual, criou-se um instrumento que desequilibra ainda mais a balança, uma vez que, além de tudo, a **parte acusatória irá escolher qual juízo que irá julgar sua ação!** Em razão também disso e de tudo que já foi colocado, é que o incidente situa-se na direção oposta do que se vem entendendo como uma das finalidades do processo, ou seja, a de ser um "instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais"[96], ou melhor, dos direitos e garantias fundamentais.

Por todo o exposto, não poderia ser outra a conclusão aqui adotada. O incidente de deslocamento de competência, também no que diz com a forma pela qual foi implementado, viola frontalmente não apenas princípios e garantias fundamentais da nossa Constituição (especialmente os da segurança

---

[92] Tal argumento foi deduzido na ADI – 3493, item III, 3.

[93] Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 583.

[94] FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit*, p. 46 e ss.

[95] FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 614.

[96] Cfr., por todos, LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigações Preliminares no Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 10 e ss.

jurídica, da legalidade, do juiz natural, da proporcionalidade e da proibição de retrocesso), mas também princípios e garantias amplamente consagradas no direito internacional comum e convencional, como é o caso precisamente da garantia da segurança jurídica, do juiz natural e do devido processo legal. Além disso, importa recordar – especialmente em homenagem aos defensores da internacionalização dos direitos humanos e fundamentais – que os princípios da proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial de há muito integram a base argumentativa da jurisprudência dos tribunais internacionais no que concerne à proteção dos direitos humanos assegurados nos tratados e no controle da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA: RESGATANDO A LEGIMITIDADE CONSTITUCIONAL E ENFRENTANDO A IMPLANTAÇÃO GRADATIVA E SILENCIOSA DE UM "MAL-ESTAR CONSTITUCIONAL"

Sem que se vá aqui retomar cada argumento colacionado ao longo do texto, importa, todavia, reafirmar as conclusões parciais já enunciadas, situando-as – ainda que sumariamente – no contexto político-institucional vivenciado não só, mas especialmente entre nós e em países periféricos, ainda que com certa expressão no âmbito da complexa arquitetura internacional de um mundo globalizado.

Assim, verificou-se, à luz de farta argumentação, que a própria criação do incidente de deslocamento de competência representa uma violação (porquanto constitui uma tendencial abolição de "cláusula pétrea", nos termos do artigo 60, § 4º, da CF 88) do princípio federativo, afetando o seu núcleo essencial e, portanto, já por isso (mas não apenas por isso) ofendendo as exigências do princípio da proporcionalidade.

Justamente no que diz com a tese de uma violação do pacto federativo, não restam dúvidas, tal como de certo modo já anunciado mesmo na introdução, que a centralização do poder no âmbito federal e a ruptura com a ordem federativa são cada vez mais evidentes. Na "Reforma do Poder Judiciário", consagrou-se o esvaziamento e a diminuição de competências da Justiça Estadual, com a ora questionada atribuição de competências à Justiça Federal para o processamento de crimes contra os direitos humanos, bem como para os conflitos agrários. Não satisfeito, o constituinte reformador, com a intenção política clara de centralizar o Poder Judiciário no âmbito federal e limitar o poder de decisão dos juízes das instâncias inferiores (**neste caso, de todas as esferas judiciais**) implantou também a súmula vinculante. Mesmo que não se trate aqui de promover a sua demonização maniqueísta e improdutiva, ao menos enquanto se puder assumir a independência de interpretar a própria súmula, considerando o seu cunho normativo[97], a súmula

[97] A respeito, v. as excelentes ponderações de STRECK, Lenio Luiz: "O Efeito Vinculante e a Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional – da revisão constitucional de

vinculante, pelo menos nos termos divulgados por ocasião do processamento da reforma, deve ter (também) a função de vincular a atuação dos julgadores das instâncias inferiores, aos ditames da cúpula federal, engessando a consciência e a independência de pensar e interpretar o Direito por parte dos demais Juízes. Neste contexto, a lição de Zaffaroni ajusta-se como uma luva:

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura. Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.[98]

Que tais medidas recentemente incorporadas ao texto constitucional apenas reforçam uma tendência centralizadora recorrente ao longo de diversas das reformas já implementadas desde 1988 é tão evidente que, neste momento, dispensa maiores comentários, chegando a tal ponto que hoje existem diversos estados unitários mais descentralizados do que a nossa federação. Não é à toa que juristas do porte de um Paulo Bonavides, ao propor a constitucionalização política das Regiões, alerta para as ameaças à ordem federativa diante da prática de um presidencialismo absolutista e centralizador no âmbito federal. De acordo com o grande jurista e incansável defensor da ordem constitucional,

No federalismo das autonomias regionais, o que se propõe não é a eliminação das autonomias do Estado-membro e dos municípios, mas precisamente o contrário, a saber, o seu fortalecimento com a adição da autonomia regional. Esta, sim, fadada a regenerar o sistema federativo e pôr termo à crise adveniente das forças centrípetas e das correntes mais centralizadoras geradas por um presidencialismo absoluto, cuja ação não pôde ser bastantemente embargada e debelada pelo código constitucional de 1988. O aspecto do centralismo continua, pois, presente, deitando sombras e ameaças à ordem federativa, enquanto não se resolver a questão regional.[99]

Nesta linha de raciocínio, não se hesita em afirmar que tal tendência centralizadora e concentradora – ainda mais quando demonstrada a inconveniência e desnecessidade da mudança implementada (como ocorre precisamente no caso do incidente de deslocamento de competência) –, coloca o nosso País na contramão dos desenvolvimentos mais recentes, inclusive na esfera internacional, onde, a despeito da criação de instâncias supranacionais,

---

1993 à reforma do judiciário (EC 45/04)". In: AGRA, Walber de Moura (Coord), *op. cit.*, p. 148 e ss.

[98] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

[99] BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 360.

impera o respeito pela descentralização e o primado do princípio da subsidiariedade.

Para além da tendencial violação do pacto federativo (de há muito vítima de um processo deliberado de fragilização), também restou demonstrado – no que diz com a forma pela qual foi implementado o incidente de deslocamento de competência –, que este viola elementos nucleares dos princípios da segurança jurídica e da legalidade, bem como do princípio-garantia (além de direito humano e fundamental) do juiz natural, representando uma restrição absolutamente desproporcional e, portanto, sempre inconstitucional, deste princípio. Tal vício somente restaria sanado se a competência da Justiça Federal para os casos de grave violação de direitos humanos estivesse fixada desde logo, para todos os casos (e não via incidente de deslocamento) e se, além disso, as hipóteses estivessem determinadas de modo prévio e de maneira suficientemente determinada. Mas, consoante já frisado, para tanto também haveria de se superar a barreira do pacto federativo, por si só indicativa da ilegitimidade constitucional do instituto, ainda que se possa admitir que neste ponto, notadamente em termos comparativos, se está certamente diante do menor dos males.

É justamente nesta quadra que se impõe a advertência de que a implantação do incidente de deslocamento de competência acaba por traduzir uma flagrante *contraditio in terminis*, visto que a despeito do intuito (em si mesmo nobre e incensurável) de proteger os direitos humanos, atropela pura e simplesmente alguns dos mais elementares princípios e direitos humanos e fundamentais reconhecidos na absoluta maioria das constituições de um Estado democrático de Direito e nos principais tratados internacionais sobre direitos civis e políticos. Também aqui não se deverá olvidar, de tal sorte, que mesmo a melhor missão, com a mais digna finalidade, não poderá perder de vista a dignidade dos meios para a sua realização, sob pena de ruptura não apenas do princípio jurídico da proporcionalidade, mas do postulado ético de que os fins não justificam os meios (no sentido de qualquer meio).

No campo dos direitos humanos e fundamentais, tal máxima exige que a restrição de um direito ou princípio fundamental, ainda que necessária para a salvaguarda de outros bens (caso efetivamente demonstrada esta necessidade!) não invada o núcleo essencial do âmbito de proteção de outros bens fundamentais, já que os princípios e direitos fundamentais limitam-se reciprocamente, no âmbito de um processo dinâmico e dialético de convivência[100].

[100] Destaca-se a respeito a dupla função do princípio da dignidade da pessoa humana, denominada como "limite dos direitos e limite dos limites" (SARLET, Ingo Wofgang *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 123-124). Assim ocorre, como ressalta Ingo Sarlet, em razão de que além da dignidade ser "parte – ainda que variável – integrante do conteúdo dos direitos fundamentais (ao menos, em regra), e para além da discussão em torno de sua identificação com o núcleo essencial, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas", (...) "também serve como justificativa para imposição de restrições a direitos fundamentais,

Ainda que não se vislumbre (de modo geral, muito antes pelo contrário) qualquer indício de má-fé ou desvio de finalidade por parte dos defensores do incidente de deslocamento da competência, não se deve assumir a postura ingênua de imaginar que o mau uso do instituto não é possível mesmo entre nós. Mesmo que a comparação, dadas as suas dimensões, seja evidentemente exagerada, a experiência histórica sempre e de novo tem demonstrado o quanto a distorção da finalidade de um instituto, justamente pelo descaso com os meios, é uma constante na trajetória da humanidade. Basta aqui referir o exemplo do uso pervertido da "intervenção humanitária" e das "guerras de defesa preventiva em território inimigo", ainda mais quando a bandeira deflagrada é a intenção de assegurar a democracia, a liberdade e os direitos humanos da população do Estado atacado (defensivamente?!), mesmo que mediante o pagamento de um preço altíssimo em termos de mortes no seio da população do País potencialmente agressor. Que o caso do Iraque, onde desde o início da ofensiva já restaram vitimadas mais de 100.000 pessoas, tendo o País sido reduzido à ruína, assume um papel emblemático neste contexto resulta evidente. Num âmbito mais reduzido, de ordem doméstica, as experiências ditatoriais já demonstraram o quanto tipos penais abertos ou instrumentos processuais imprevisíveis e dificilmente evitáveis serviram como instrumento de perseguição política e pessoal. Em existindo o instrumento e chancelada a sua legitimidade constitucional, o uso que dele se fizer passa a ser muitas vezes, dadas as circunstâncias, praticamente incontrolável. Que um regime autoritário, caso vier a ser reinstituído e seja qual for sua ideologia, não fará de qualquer modo qualquer caso dos direitos humanos, inclusive do juiz natural, se assim entender conveniente, não deve servir de argumento para chancelar instrumentos constitucionais que possam, como já ocorreu outras vezes, vir a "legitimar constitucionalmente" toda a sorte de arbitrariedades, ainda mais quando existentes outros modos de proteção mais efetiva dos direitos humanos, inclusive pelo menos pela adequação – sempre possível e isenta de maiores dificuldades - do incidente de deslocamento de competências ao princípio da legalidade, da proporcionalidade e do juiz natural.

Na esteira dessas considerações, resta a convicção de que para além dos argumentos em prol da inconstitucionalidade tanto da própria criação do incidente de deslocamento de competência, quanto do modo de seu funcionamento (em virtude da violação do princípio do Juiz natural, acima de tudo) a medida introduzida pela recente reforma do Poder Judiciário apenas contribui para reforçar um generalizado sentimento de mal-estar em relação às instituições e à própria ordem constitucional. Se tal mal-estar, como bem demonstrou Gomes Canotilho, já se deve em virtude da crescente sensação de fragilidade do direito constitucional (como, de resto, do direito como um todo) em face das mudanças profundas engendradas no contexto de uma sociedade

---

acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes". Ademais, sobre o tema, v., entre outros, CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, 2003, p. 451 e ss.; ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 292 e ss.; SARMENTO, Daniel (*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003, p. 111); MENDES, Gilmar Ferreira (*op. cit.*, 2000, p. 241 e ss.), o qual ressalta os limites imanentes ou "limites dos limites" como uma forma de balizar a *interpositio legislatoris*, sendo uma resposta a ampla discricionariedade legislativa do início do século passado.

de risco e globalizada[101], a implementação de medidas claramente questionáveis em termos de legitimidade constitucional e significativamente ofensivas a uma possível e saudável função integrativa da Constituição, a partir dos princípios e direitos fundamentais, representa mais um passo a reforçar este mal-estar e alimentar um ceticismo fatalista e perigoso para a própria manutenção do Estado democrático de Direito.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais*: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Gumarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª .ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

[101] Cf. CANOTILHO. Sobre o Tom e o Dom dos Direitos Fundamentais. *Revista Consulex* 45: 38, setembro de 2000. Especificamente a respeito do conceito e compreensão da sociedade de risco, v. o clássico BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: cotributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos* n. 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "Juiz Natural: para uma releitura constitucional do tema do desaforamento", in: *Processo Penal: Leituras constitucionais*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)". in: *Revista Brasileira de Direito Público* (RBDP), nº 6, jul/set. 2004.

COSTA, Flávio Dino de Castro; SCHREIBER, Simone. *Federalização da Competência para Julgamento de Crimes Contra os Direitos Humanos***.** In. **<**http://www.ajufe.org.br/index.php?ID_MATERIA=389>. Acesso em 27.09.2004.

COSTA, João Ricardo dos Santos. "Federalização dos denominados crimes contra os direitos humanos: equívoco baseado em casuísmo e falsos paradigmas". In. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, v. 30, n. 92, p. 33-49, dez. /2003.

DIAS, José Carlos; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Monopólio da Impunidade***,** *Extraído do jornal Folha de São Paulo,* Incluído no site em 20/04/2000. In. http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid297.htm. Acesso em 26.09.2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 2002.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte. "Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos", in: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord), *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito***.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. "Função Garantista do Princípio da Legalidade". *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, N.º 78, Jun., 2000.

GONÇALVES, Fernando Moreira. *Justiça Federal e Direitos Humanos*, Extraído do site do jornal Correio Braziliense em 13/09/99 Incluído no site em 14/09/99.

GRANDINETTI, Luis Gustavo; CARVALHO, Castanho de. *Processo penal e (em face da) Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KOKOTT, Juliane. "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", in: MERTEN, Detlev; PAPIER, Hans-Jürgen (Coord), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,* vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 2004.

KRELL, Andréas J. "A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil". *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigações Preliminares no Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LONGO, Luís Antônio. "O Princípio do Juiz Natural e seu conteúdo substancial". In: *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Organizador: Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*: *o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 205 e ss.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 4.

MORAES, José Luiz Bolzan de. "Deslocamento de competência para a Justiça Federal de violações contra direitos humanos", in: AGRA, Walber de Moura (Coord), *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAIS, Fernando. *Olga*. 16ª ed., 9ª tiragem. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MUZZUOLI, V. de Oliveira, *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. "Exceção Constitucional ao Regime Geral de Tratados no Brasil: Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos". *Interesse Público,* São Paulo: Notadez, v. 5, n. 23, p. 50-60, 2004.

PIERTOTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; *Grundrechte – Staatsrecht II*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Muller.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, MESQUITA NETO, Paulo de. "Direitos Humanos no Brasil: perspectivas no final do século". In: *Cinqüenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

PIOVESAN, Flávia, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", in: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supr-Nacional: a exigência da federalização*. In. http://www.dhnet.org.br/inedex.htm. Acesso em 13.09.2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia*. Direção de Mário Soares. Gradiva: Fundação Mário Soares, Coleção Cadernos Democráticos.

SANTOS, Weliton Militão dos. *Crimes contra os Direitos Humanos – julgamento – competência*, In. http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo6.htm. Acesso em 17.09.2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. "Direito fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise". *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. "O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia". In. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crises e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

_____. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, mar.- abr./2004.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

_____. "Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Reforma da Previdência", in: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.), *A Reforma da Previdência Social. Temas Polêmicos e Aspectos Controvertidos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

SCHÄFER, Jairo. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. "O Pirncípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha". In *Revista Interesse Público*, ano 1, n. 2, Abr/Jun, 1999. São Paulo: Nota Dez, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. "O 'Proporcional e o Razoável'", in: *Revista dos Tribunais*, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2002.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. De José Mª. Beneyto Pérez, do texto em alemão de 1928, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

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

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. "O Efeito Vinculante e a Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04)". In: AGRA, Walber de Moura (Coord), *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. "A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção de deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais". In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Ajuris, v. 32, n. 97, mar./2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: 2.ed. Editora Universidade de Brasília, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal". *Revisa de Processo*, Ano 17, n. 66, Abr/Jun, 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; BAPTISTA, Nilo; e outros. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):**

SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma (Deforma?) o Judiciário e a ASSIM Designada "Federalização" dos Crimes Contra os Direitos Humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 4, dezembro, 2005, janeiro/fevereiro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

**Publicação Impressa:**

Informação não disponível