

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA NASCIMENTO

**A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES À LUZ DOS
PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.43
N2444
(S431)
T609

Marcus Vinicius de Oliveira Nascimento

A Federalização dos Crimes à Luz dos Princípios e Normas Constitucionais

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientadora: Profa. Ms Maria Magnólia Barbosa da Silva

Fortaleza – Ceará

2007



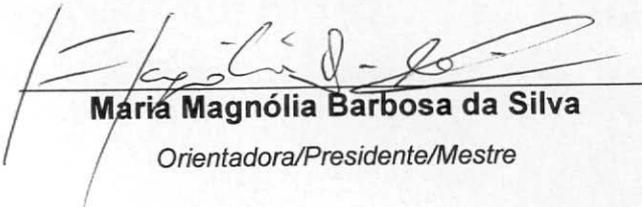
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Marcus Vinícius de Oliveira Nascimento
Monografia: A Federalização dos Crimes à Luz dos Princípios e Normas Constitucionais
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 31/2007
Data de Defesa: 11/6/2007

Fortaleza (Ce), 11 de junho de 2007



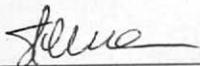
Maria Magnólia Barbosa da Silva

Orientadora/Presidente/Mestre



Antonio Cerqueira

Membro/Mestre



Silvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre

AGRADECIMENTOS

A Silvia e Vinicius, minha pequena grande família, fonte orientadora de todas as minhas decisões, por todos os momentos de paciência e amor;

Aos meus pais, pelo caráter e dignidade que recebi como ensinamentos primordiais;

Ao Ministério Público do Estado do Ceará, onde exerço minha profissão com orgulho de fazer parte de uma instituição de credibilidade perante a sociedade cearense;

A minha orientadora Professora Mestre Maria Magnólia Barbosa da Silva, Procuradora de Justiça, de quem tive a honra de ser aluno no Curso de Direito da Universidade de Fortaleza e, posteriormente, de nos encontrarmos fazendo parte da mesma instituição, por seus conselhos, orientações e idéias inovadoras.

RESUMO

Este trabalho faz uma abordagem do incidente de deslocamento de competência criado pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, com objetivo de alterar a competência da Justiça Comum Estadual nos casos de violação de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário que resguardam os direitos humanos fundamentais, por iniciativa do Procurador-Geral da República e decisão do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a sua pertinência diante das peculiaridades do caso concreto. A alteração constitucional foi elaborada sob os argumentos de que a União é a responsável perante os organismos internacionais e de que a Justiça Federal terá mais condições de punir os fatos delituosos de grave violação dos direitos humanos. A “federalização dos crimes”, como ficou amplamente conhecida, é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do promotor e juiz natural (artigo 5, LIII e LIV da CF/88) e o Pacto Federativo; eis que se trata de uma “intervenção federal” nos Estados, gerando uma flexibilização do Direito Penal, submetendo ao arbítrio e ao subjetivismo a definição do que seria grave violação dos direitos humanos, bem como de quais seriam os requisitos autorizadores do deslocamento de competência para a justiça federal.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIN	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMB	- Associação dos Magistrados do Brasil
ANAMAGES	- Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
CF	- Constituição Federal
CPP	- Código de Processo Penal
CP	- Código Penal Brasileiro
CONAMP	- Associação Nacional do Ministério Público
DF	- Distrito Federal
MP	- Ministério Público
PEC	- Projeto de Emenda Constitucional
PGJ	- Procuradoria-Geral de Justiça
PGR	- Procuradoria - Geral da República
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	06
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	09
2. PANORAMA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1. Conceitos e definições.....	11
2.2. A relevância do princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.3. A tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais.....	16
3. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	19
4. DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.....	23
4.1 Poder Constituinte Reformador.....	23
4.2. Da emenda constitucional no.45/2004.....	24
5. DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....	27
6. DA PROBLEMATIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....	33
6.1. Dos argumentos favoráveis ao incidente de deslocamento de competência.....	33
6. 2. Dos argumentos contrários ao incidente de deslocamento de competência.....	35
6.2.1. O incidente de deslocamento de competência e os princípios constitucionais.....	36
6.2.1.1. O pacto federativo.....	36
6.2.1.2. O princípio do devido processo legal e da legalidade.....	39

6.2.1.3. O princípio do juiz natural.....	41
6.2.1.4. O princípio do promotor natural.....	42
6.2.1.5. O princípio da proporcionalidade.....	44
6.3. A persecução penal e o incidente de deslocamento de competência.....	46
6.4. Do questionamento da inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência.....	48
6.4.1. Da realidade processual da Justiça Federal do Brasil.....	50
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	57
ANEXO.....	60
ANEXO I. Quadro Demonstrativo da Justiça Federal de 1º Grau.....	61

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que se compreenda o alcance da Emenda Constitucional nº 45/2004, com introdução da Incidente de Deslocamento de Competência, denominada por alguns de federalização dos crimes, e sua adequação à Constituição Federal de 1988, inicialmente é necessário fazer algumas considerações sobre os Direitos Humanos Fundamentais na Constituição, conceitos e efetivações da tutela jurisdicional dos Direitos Humanos Fundamentais e a forma como os Tratados Internacionais são introduzidos no ordenamento jurídico.

Após essas abordagens, foram avaliados os aspectos jurídicos favoráveis e desfavoráveis ao incidente de deslocamento de competência, realizando uma abordagem segundo os princípios constitucionais norteadores do processo penal, como o princípio do devido processo legal, o juiz natural, o promotor natural e o pacto federativo.

O tema foi escolhido em razão de o autor exercer suas atribuições como Promotor de Justiça há dois anos na Promotoria de Justiça de Milagres, onde ocorreu um caso emblemático de repercussão nacional envolvendo o então prefeito acusado de crime de atentado violento ao pudor contra um adolescente. O crime recebeu uma feição de crime contra os direitos humanos, sendo acompanhado de perto pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Brasil e tornando-se objeto de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito da Exploração Sexual no Estado do Ceará.

O crime em tela foi objeto de uma pressão política cujo intuito era a “federalização”, tendo sido bastante comentado na imprensa, sem, contudo, ter sido encampada a idéia pelo Procurador-Geral da República. A “federalização”, nesse

caso, significaria pôr a justiça à mercê de um subjetivismo quanto ao que seria grave violação dos direitos humanos e quanto à presença dos requisitos autorizadores ao deslocamento de competência para a justiça federal, em relação a um crime que, independentemente de seu resultado, terá grandes conseqüências políticas e que vem sendo tratado com muito esmero por todas as partes do processo.

Então, surge a indagação se o deslocamento de competência contraria as normas e princípios do Direito, máxime o penal, que exige normas precisas e objetivas e que repudia a imprecisão e o arbítrio. E quais seriam os requisitos para as hipóteses de grave violação dos direitos humanos abrangida pelo instituto recém-ingresso no ordenamento jurídico pela reforma constitucional.

A metodologia utilizada na realização do trabalho deu-se através de pesquisas bibliográficas e documentais, expondo o pensamento dos autores que são contra ou a favor do instituto analisado, realizando uma abordagem qualitativa, buscando uma correta interpretação dos dispositivos constitucionais, esclarecendo da existência de prejuízos ao instrumento jurídico criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 quanto à violação dos princípios constitucionais, fornecendo informações necessárias à compreensão do assunto, com o objetivo de aprimorar tais idéias e contribuir na busca de aprofundamento da doutrina correlata, matéria ainda não pacificada na doutrina e na jurisprudência.

2. PANORAMA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1. Conceitos e definições

A idéia central de Direitos Humanos Fundamentais, desde o seu surgimento, é de limitação e controle do poder exercido pelo Estado em relação ao indivíduo. Tem a sua origem nas tradições das civilizações, nos pensamentos filosóficos, na idéias surgidas com o cristianismo e no direito natural, antecedendo-se ao constitucionalismo. Assevera Ferreira Filho (2006:09):

“A doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade”.¹

A concepção de igualdade do Cristianismo influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais. Assim como a teoria jusnaturalista, que fundamenta os direitos humanos em ordem superior, sendo fruto da consciência humana e não originária das leis e dos tribunais.

Entretanto, o marco divisor de águas e a mais famosa das declarações dos direitos humanos é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, emanada da Revolução Francesa, sendo até hoje referência do constitucionalismo e sendo também encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, produzida com o término da Segunda Guerra Mundial, bem como em tratados e convenções internacionais e outros documentos políticos.

No Brasil, esse marco divisor foi a Constituição Federal de 1988, determinando o processo de democratização do Estado, consolidando a ruptura com

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

o regime autoritário militar instalado em 1964, reinserindo o País na comunidade internacional de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais.

A positivação dos direitos fundamentais surgiu com o constitucionalismo, a partir do qual qualquer indivíduo pode reclamar ao Poder Judiciário a tutela dos seus direitos, e tem como ponto fundamental o liberalismo de freios aos poderes do Estado em relação ao indivíduo.

Como enfatiza MORAES² (2006:02), “na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados”. Daí advém para o mesmo autor (2006:21) o significado do termo Direitos Humanos Fundamentais:

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais”.³

Nas palavras de SILVA (2000:175):

“(...) a grande dificuldade é de imputar o conceito preciso e uno de direitos humanos, tal dificuldade mostra-se confusa com sua própria nomenclatura onde alguns autores se reportam a direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem, entre outros”.⁴

A expressão Direitos do cidadão, consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada após a Revolução Francesa de 1789, reflete a divisão estabelecida entre os direitos que pertencem ao homem enquanto ser humano e os que pertencem a ele enquanto participante da sociedade.

2 MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2

3 Ibid., p. 21.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 175.

Como aponta CANOTILHO (2002:369) os direitos humanos e direitos fundamentais são termos utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Entretanto, segundo a origem e o significado, podem ter a seguinte distinção:

“(...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.⁵

BARROS⁶ (2003), por sua vez, não aceita separação entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais* e contrapõe o entendimento de que sejam institutos jurídicos distintos, vez que *essa dicotomia retira humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano*. No entanto, considera que os direitos humanos devem ser distinguidos dentro de uma *escala de fundamentalidade*, ao longo da qual se vai dos que preferem denominar *direitos humanos principais*, porque basilares, fundamentais em sentido amplo, os quais dão princípio e fundamento a direitos mais particulares e instrumentais, até os que preferem a denominação *direitos humanos operacionais*, subsidiários dos principais, fundamentais no sentido estrito, os quais dão concreção a seus principais, instrumentando-os para os realizarem, sempre, porém, em graus sucessivos, mas contínuos, de modo que, nessa interação, todo o *humano* continua a ser *fundamental*, assim como todo *fundamental* continua a ser *humano*, sem separação, enfatiza.

Portanto, os direitos humanos apresentam múltiplos conceitos, aproximando-se mais da concepção jusnaturalista, em que o direito humano é inerente à condição de pessoa, por sua própria natureza, podendo ser positivado em uma Constituição ou não e, caso isso ocorra, passando a ser classificado como direito humano fundamental ou até mesmo direitos *humanos constitucionalizados*. A finalidade é limitar o Poder Estatal para alcançar suas realizações em decorrência de sua própria natureza.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 369

6 BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36-48.

A sistemática adotada pela Constituição brasileira de 1988 em seu Título II, apresenta os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Acrescente-se ainda que a Constituição aponta outros direitos fundamentais, como a seção relativa aos limites do poder de tributar do Estado e ao direito ao meio ambiente, art. 225⁷. A expressão *direitos fundamentais* é gênero de diversas modalidades de direitos: os denominados individuais, coletivos, difusos, sociais, nacionais e políticos.

Os direitos e garantias fundamentais foram colocados na porta da Constituição justamente para permitir ao intérprete que, passando pela principiologia, faça uma leitura adequada do restante dos textos, de acordo com os objetivos, fundamentos e formas de convívio do Estado brasileiro estabelecidos na Lei Maior.

Frise-se o caráter exemplificativo da Constituição Federal ao apresentar os direitos fundamentais, não exprimindo um rol taxativo, admitindo no seu art. 5^o. § 2^o outros direitos advindos do seu sistema e princípios, como o anteriormente exemplificado limite de poder de tributar do Estado e o direito ao meio ambiente, e notadamente os demais direitos fundamentais dos Tratados Internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

2.2. A relevância do princípio da dignidade da pessoa humana

Depreende-se dos princípios que alicerçam o Estado Democrático de Direito a importância do princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção efetiva dos Direitos Humanos tem como irradiação central este princípio. Disso

7 BRÁASIL, Constituição Federal de 1988, art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

8 _____ Art. 5. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

resulta que sua interferência se espraia, entre nós, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF⁹); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto do Estado e de terceiros, degradando-se a sua condição de pessoa.

Quando se trata de interpretar os direitos humanos, é preciso considerar que a pessoa humana é o valor primordial que cabe ao direito proteger, tanto no campo normativo internos das nações, quanto no plano internacional, lastreado no respeito às convenções e aos tratados internacionais reguladores da matéria, funcionando o princípio da dignidade da pessoa humana como uma fonte para os direitos fundamentais. Assim preleciona SARLET (1998:115):

“O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim entendida como valor axiológico, serve como uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais, que são especificações da dignidade da pessoa humana”.¹⁰

No entender de SILVA (2000:93):

“É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles uns que valem com base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.¹¹

É a dignidade, o arcabouço da guarida dos direitos individuais, é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito de difícil definição, mas de fácil constatação quando este é violado. Decorre da condição de ser humano como pessoa, é considerado o superprincípio, norteador de todo ordenamento jurídico.

9 BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115.

11 SILVA, op. cit., p. 93.

Leciona Barroso *apud* Piovesan (2007:28), com muita didática, que:

“(…) sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é a resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei”.¹²

A dignidade da pessoa humana dá uma coerência a todo o ordenamento jurídico, assumindo uma primazia sobre os demais princípios e normas, conferindo um suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

2.3. A tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais

A sociedade brasileira é estigmatizada por indicadores de violação dos Direitos Humanos Fundamentais. Para assegurar a efetivação desses direitos, faz-se necessário um Poder Judiciário independente e atuante, exercendo a função de guardião dos direitos humanos fundamentais, evitando-se um esvaziamento dos objetivos de proteção. Conforme os ensinamentos de Moraes (2006:40), “Competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º., XXXV)”.¹³

O Poder Judiciário tem como finalidade preservar os direitos humanos fundamentais, competindo-lhe garantir e efetivar o pleno respeito a tais direitos, sem que possa a lei excluir de apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV¹⁴).

Dúvidas não existem quanto à necessidade de efetivação da tutela dos direitos humanos fundamentais, assegurando a dignidade da pessoa humana,

¹² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

¹³ MORAES, op. cit., p. 40.

¹⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

devendo o Estado Democrático de Direito cumprir seu papel protecionista a partir de um contexto social, econômico e cultural garantindo o seu reconhecimento, enquanto Direitos Fundamentais, facilitando a sua proteção e a sua defesa perante o Poder Judiciário.

O Estado brasileiro tem o dever, expressamente consagrado nos tratados de direitos humanos, de prover recursos internos eficazes. As dificuldades criadas são em decorrência da necessidade de decisões políticas internas com objetivo de criar uma estrutura de combate à violação dos direitos humanos, enfrentando problemas pontuais como a segurança pública deficitária e um ordenamento jurídico ineficaz de combate à impunidade. Paralelamente, aumenta-se gradativamente a cobrança dos organismos internacionais exigindo um maior fortalecimento das instituições nacionais, a emergência dos efeitos perversos da globalização econômica. Ao mesmo tempo, ficou mais evidente a necessidade de resposta imediata dos Estados de acelerar o processo de universalização dos direitos humanos. A instalação do Tribunal Penal Internacional Permanente vem agora, no final do milênio, coroar esse processo, constituindo-se em instrumento para garantir a primazia, no Direito Internacional Público, dos direitos humanos sobre o direito interno, com objetivo de quebrar a impunidade para os crimes de lesa-humanidade, ficando essa tendência mundial bem asseverada nos pensamentos de DINO (2005:131):

“(...) caminhamos em direção à consolidação da idéia de universalização dos direitos do homem e do reconhecimento de determinadas exigências fundamentais de uma sociedade globalizada, pertencentes a uma ordem pública internacional, da qual o Brasil não pode esquivar-se”.¹⁵

Referente à proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional introduziu no ordenamento jurídico na Seção IV, no art. 109, referente às competências dos Juizes Federais, o §5º, a federalização dos crimes contra os direitos humanos, que permite que crimes graves, que violem tratados internacionais

15 DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. Reforma do judiciário, comentários à emenda 45/2004. 1. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 131.

de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, sejam julgados pela Justiça Federal, em vez da Justiça Estadual, como ocorria anteriormente, vejamos:

“Art. 109.....

§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.”

Outra inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, que tem como escopo a defesa dos direitos humanos fundamentais, foi acrescentada na nova redação do §3º do art. 5º¹⁶, que concedeu ao texto natureza de norma constitucional, com aprovação pelo Congresso Nacional de tratados internacionais, com aceitação de três quintos em dois turnos de votação, perdendo sua natureza de lei ordinária.

16 BRASIL, Constituição Federal de 1988, 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

3. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Com a intensa evolução e o reconhecimento dos direitos humanos, cresce substancialmente a cobrança das instituições internacionais. A preocupação da comunidade internacional é legítima em razão da preocupação como um todo com as condições de vida de todos os seres humanos em toda parte. Para TRINDADE (1999:2005):

“O desenvolvimento passa a ser concebido como abarcando a sustentabilidade ambiental, a justiça social e o fortalecimento das instituições democráticas (participação pública). Neste quadro, a posição central ocupada pela pessoa humana em todo o processo ou estratégia de desenvolvimento é inquestionável”.¹⁷

Ao longo dos anos, têm-se criado diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, ficando essa proteção meramente no aspecto político, conforme ensinamento de FERREIRA FILHO (2006:92), “(...) de modo geral, ainda não é assegurado ao indivíduo, bem como às entidades não governamentais, no plano internacional, senão uma proteção política”.¹⁸ Não podendo os órgãos de supervisões internacionais serem utilizadas para rever as decisões judiciais, sob pena de violação da soberania do país.

Entretanto essa realidade da participação internacional somente na esfera política vem sendo deixada de lado, com objetivo de fortalecer a proteção dos direitos humanos, com o estabelecimento do Tratado Penal Internacional, pelo chamado Tratado de Roma em 1998. Sendo o tratado ratificado pelo Brasil, sendo introduzido no ordenamento jurídico pela Reforma do Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45/2004, estando inserida na Constituição Federal no seu art. 5º, §

17 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direitos internacionais dos direitos humanos. v. II. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II, p. 265.

18 FERREIRA FILHO, op. cit., p. 92.

4º, nos seguintes termos: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

A discussão na doutrina e na jurisprudência pátria foi qual o sistema adotado pelo Brasil no que se refere à aprovação dos Tratados Internacionais. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480 MC/DF, dirimiu toda a questão posicionando-se pelo Sistema Dualista, decidindo que:

“(…) o exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe do Estado – conclui-se com a expedição, pelo presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam de três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (Diário da Justiça, 18.05.2001, p.429)”¹⁹.

Ou seja, aprovação dos Tratados Internacionais é um ato complexo que necessita da reunião de duas vontades políticas. Primeiramente do presidente da República, com a celebração do Tratado Internacional, sendo signatário de um acordo internacional. Posteriormente, a matéria é submetida ao Poder Legislativo, que emitirá, caso aprove o Tratado Internacional, um decreto legislativo, e, finalizando, novamente, o Presidente ratifica, promulgando o Tratado Internacional com a expedição do Decreto Presidencial.

Entretanto, há autores que diverge da matéria quando o Tratado Internacional versar sobre matéria referente aos Direitos Humanos Fundamentais,

¹⁹ apud BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Reforma do judiciário, comentários à emenda no. 45/2004. 1. Ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 14.

fundamentando o posicionamento na aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, § 1º da Constituição Federal.²⁰

Para PIOVESAN²¹ (2007), a Constituição adota um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais à ordem jurídica interna. Quando se trata de Direitos Humanos Fundamentais, aplica-se a teoria monista, não necessitando de decreto de execução, somente sendo necessário ser submetido à apreciação do Congresso Nacional quando se tratar de matérias tradicionais diversas dos direitos humanos fundamentais.

Contudo, PIOVESAN²² (2007) reconhece que, como doutrina dominante, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional.

Outro questionamento controvertido é a natureza jurídica das normas previstas nos Tratados Internacionais e se as mesmas têm natureza de lei constitucional ou infraconstitucional, definindo-as o grau hierárquico na ordem jurídica interna.

A Emenda 45/2004 veio pôr fim à polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito da situação dos direitos advenientes de tratados quando esses versarem sobre direitos humanos. Depreende-se da reforma constitucional duas situações diversas. Primeiramente, expressamente no art. 5º, § 3º²³, os tratados sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos de votações por

20 BRASIL, Constituição Federal, de 1988, art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

21 PIOVESAN, op. cit., p. 28.

22 PIOVESAN, op. cit., p. 28.

23 CF/1988, op. cit.

maioria qualificada de 3/5 (três quintos) de votos dos seus respectivos membros, procedimento equivalente ao das aprovações das PEC (Projeto de Emenda Constitucional), previsto no art. 60, § 2º²⁴, terão o mesmo status das normas constitucionais. A *contrariu sensu*, os tratados que não forem aprovados no mesmo procedimento de votação ingressarão no ordenamento jurídico como lei infraconstitucional.

24 BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 60, § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

4. DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1. Poder Constituinte Reformador

Nosso ordenamento jurídico admite a alteração do texto constitucional, mediante o exercício do que se convencionou denominar de "Poder Constituinte Derivado" e que se exterioriza pela autuação do Poder Legislativo (Congresso Nacional), segundo procedimento específico previsto na própria Constituição, no sentido de modificar o texto constitucional, adequando-o aos anseios e à dinâmica social.

Importante destacar, entretanto, que tal poder não se confunde com aquele exercido quando da instituição da nova ordem jurídica, estando adstrito aos parâmetros estabelecidos pela própria Carta Constitucional, apresentando-se condicionado e limitado por ela.

Uma das limitações ao Poder Constituinte Derivado consubstancia-se na estrita observância àquelas matérias, pontos ou princípios pertencentes ao chamado "núcleo intangível da Constituição", positivadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna²⁵. Somando-se a essa, ainda existem as vedações circunstanciais e procedimentais, não podendo tramitar emenda constitucional na vigência de sítio, estado de defesa e intervenção federal, e, uma vez rejeitada, não podendo ser objeto de deliberação na mesma sessão legislativa.

25 BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

As manifestações do poder constituinte derivado são as emendas constitucionais. Trata-se de espécie normativa encarregada de inovar a ordem constitucional.

4.2. Da emenda constitucional nº 45/2004

Numa atmosfera de cobranças e questionamentos, surgiu a reforma constitucional do Poder Judiciário, que, após longa trajetória legislativa, foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, enfrentando instigantes questionamentos com objetivo de contornar a problemática de um poder alvo de críticas e de salutar importância para concretização de uma sociedade mais justa e liberta.

A Justiça Brasileira, a partir da promulgação de uma nova estrutura constitucional de 1988, teve uma ascensão considerável no cenário político, um verdadeiro fenômeno de crescimento institucional. Com o seu surgimento, conduziu a desafios de transições e de uma reestruturação democrática na tentativa de consagrar os princípios do Estado Democrático de Direito. Um das batalhas mais difíceis do Judiciário, sem dúvida, é da efetivação da tutela jurisdicional, de entregar à sociedade, cada vez mais exigente, uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente. De um lado, a população brasileira gradualmente vem aumentando sua sensibilidade política, exigindo com mais veemência os direitos e garantias fundamentais previstos na nova concepção jurídica. Do outro, o Judiciário tem exercido suas funções diante de códigos e leis retrógrados, acrescidos de arraigados pensamentos do formalismo burocrático de operadores do direito.

Após diversas indagações que surgiram por parte da imprensa e da sociedade civil, que outrora eram silentes quanto à intangibilidade do conservadorismo da Justiça, deu-se início ao processo de reclamação e de cobrança de uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

A sociedade brasileira encontra-se estigmatizada por indicadores sócio-econômicos perversos exigindo respostas rápidas e pragmáticas por parte do Estado. E, desde a promulgação da Constituição de 1988, viu expandir os direitos sociais, concomitante ao estabelecimento de novos padrões de cidadania. Daí decorrem os desafios da reconstrução constitucional, exigindo uma revitalização das regras jurídicas com objetivo de construção do Judiciário, tornando-o mais eficaz e legítimo.

Após a promulgação da carta constitucional de 1988, houve um aumento significativo de demandas na justiça, inicialmente pela criação de novos direitos, e, por conseguinte, a conscientização dos indivíduos em relação aos seus direitos.

O Judiciário teve que acompanhar o crescimento tão abrupto dessa explosão de demandas lutando contra a insuficiência de uma estrutura jurídica infraconstitucional inchada e obsoleta que precisa ser reorganizada.

Nas palavras de FARIA (2005:17), bem demonstrado ficou o conflito existente entre a sociedade contemporânea e a instituição da Justiça no Brasil:

“Nesse processo de ajuste, o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exponenciado pelas tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida sócio-econômica”.²⁶

Também não se dispõe de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo pelo qual, muitas vezes, vêm-se descumpridas suas sentenças, alimentando o descrédito na justiça perante expressivas parcelas da população. Isso agravado pela crescente complexidade em progressões geométricas dos conflitos de violação dos direitos humanos fundamentais e dos diferentes conflitos de complexidades diversas, não acompanhada pela

²⁶ FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17.

modernização dos códigos e da formação técnico-profissional dos operadores do direito, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional.

A discussão quanto à efetivação da proteção dos direitos humanos é uma reação aos graves acontecimentos no Brasil que receberam conotações internacionais de grave desrespeito aos direitos humanos fundamentais, sendo país reconhecido como palco de violência e de desmandos da força policial. As ações violentas e chacinas contra crianças e jovens pauperizados evidenciam-se em casos o da Chacina da Candelária, a trágica história do brutal assassinato de "meninos de rua" no centro financeiro da cidade do Rio de Janeiro, assim como a matança no presídio Carandiru em São Paulo e o massacre de "Eldorado dos Carajás". São casos internacionalmente conhecidos e de péssima repercussão para o Governo brasileiro.

O Judiciário precisa recuperar o tempo e o espaço perdido de anos de ostracismo, quando foi esquecido e relegado a um mero departamento burocrático do Estado, sem cobranças da sociedade e escondido nos rumores do conservadorismo.

5. DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Baseada na percepção de que, em muitos casos, os mecanismos existentes para apuração e punição dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos não são eficientes, a Constituição Federal passou a admitir a federalização da competência para o seu julgamento. Não se pode olvidar, também, a internacionalização das questões relativas aos direitos humanos e o compromisso assumido pelo Brasil, especialmente em tratados e outros documentos políticos, na responsabilização interna pela violação a esses direitos.

Para BOTTINI (2005:05):

"A Emenda Constitucional n. 45 aborda quatro grandes grupos de temas, quais sejam: a) a democratização do Poder Judiciário; b) a criação de mecanismos que concedam celeridade à prestação jurisdicional; c) o fortalecimento das carreiras jurídicas; e d) a solidificação da proteção aos direitos fundamentais".²⁷

Prevê o novo texto constitucional, visando a uma maior proteção aos direitos fundamentais, que, diante de uma situação concreta de violação de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, que objetivam proteger os direitos humanos fundamentais, o Procurador-Geral da República representará ao Superior Tribunal de Justiça, que decidirá pela pertinência ou impertinência, diante das peculiaridades do caso concreto. A reforma constitucional ampliou a competência da justiça federal para julgar os delitos que atentem contra os direitos humanos ao definir o artigo 109, inciso V-A, da Constituição Federal, ao tratar da competência da Justiça Federal, passando a dispor o seguinte:

"Art. 109. Aos juízes federais, compete processar e julgar:

V-A – As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

²⁷ RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 05.

§ 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.”

Trata-se de uma jurisdição subsidiária, que deve ser acionada apenas naquelas circunstâncias em que os Estados-membros não se demonstrarem dispostos ou não tiverem condições de reprimir a prática de graves violações aos direitos humanos, dentro de seus territórios.

O deslocamento de competência de acordo com o § 5º do art. 109 da CF, introduzido pela emenda constitucional nº 45/2004, tem por fim assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte diante da existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos, compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.

Diante de uma situação concreta de grave violação dos direitos humanos, o Procurador-Geral da República, presentes os requisitos necessários, ingressará no Superior Tribunal de Justiça, com incidente de deslocamento de competência inquérito e do processo.

O caso precursor foi o assassinato da missionária Dorothy Stang, que chamou a atenção da mídia não apenas no Brasil, mas teve repercussão no mundo todo. Baseando-se no histórico de impunidade que caracteriza as situações de crimes decorrentes da disputa por terras no estado do Pará, o Procurador-Geral da República ajuizou Incidente de Deslocamento de Competência, pois o assassinato de Dorothy representava grave violação de direitos humanos e exigia que o Brasil

cumprisse suas obrigações decorrentes de pactos internacionais firmados sobre direitos humanos.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça negou, por unanimidade, o deslocamento da competência da investigação e julgamento do caso do assassinato da irmã Dorothy Stang da Justiça estadual do Pará para a Justiça Federal. Os ministros consideraram ausente um dos requisitos para a incidência do deslocamento de competência: a inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis de responder ao caso específico.

Em referida decisão, o STJ deixou evidenciada a necessidade da existência de três requisitos concomitantes para o deferimento da ocorrência do deslocamento de competência, quais sejam: 1) a incapacidade do estado em cuidar do crime por descaso, desinteresse, ausência de vontade política e a falta de condições pessoais ou materiais, entre outras; 2) a grave violação dos direitos humanos 3) a garantia do cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais.

Segunda as palavras do ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do caso:

“Tais requisitos – os três – não de ser cumulativos, o que parece ser de senso comum, pois do contrário haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria federação, o que certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas – todas, em todas as esferas – deve ser a tônica, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, ‘nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco’”²⁸.

A decisão do STJ equipara o Incidente de Deslocamento de Competência ao desgastado desaforamento dos procedimentos do Júri previsto no art. 424, CPP. Preleciona o ministro Arnaldo Esteves Lima:

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência nº 1 2005/0029378-4-PA, Plenário Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2006, às 20 horas.

“Ao mesmo tempo, não seria razoável admitir que todos os crimes que tratem de violação dos direitos humanos sejam deslocados para a Justiça Federal, sob pena de inviabilizá-la esvaziando, ao mesmo tempo, a Justiça Estadual. O próprio constituinte, ao não defini-los, optou por não restringir a alguns crimes os de ‘grave violação aos direitos humanos’. Também não haveria incompatibilidade entre o dispositivo do incidente de deslocamento de competência e a Constituição Federal ou o Código de Processo Penal. O paralelo seria o do desaforamento, já existente anteriormente no ordenamento legal. O incidente, uma mera inovação processual, teria ainda aplicação imediata, não exigindo regulamentação específica (a chamada eficiência contida)”.²⁹

Trazemos à colação o repertório de jurisprudência da referida decisão do

STJ:

“STJ - CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA - IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 06.11.1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural. 2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não são próprias de texto constitucional tais definições. 3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos. 5. O deslocamento de

²⁹ Ibid.

competência - em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido - deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-Membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente. 6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inciso III, da Lei nº 10.446, de 08.05.2002”.³⁰

Pela decisão do STJ, a regra constitucional deve ser obtemperada sob os parâmetros do princípio da proporcionalidade, que traduz a justa medida dos institutos jurídicos, ou, por outra maneira, o princípio da proibição de excesso. o incidente de deslocamento da competência deve atender uma proporcionalidade em sentido estrito, que entendo estar compreendida na existência da grave violação aos direitos humanos, que naturalmente deverá ser identificada, caso a caso, para que não se verifique a generalização dessa medida constitucional.

O caso da missionária irmã Dorothy Stang foi realmente um divisor de águas quanto ao instituto criado, sendo acompanhado pela comunidade jurídica com muita expectativa. Sendo um verdadeiro exemplo do que pode ocorrer daqui para frente, quando instituições e organismos nacionais e internacionais, acompanhados pela opulência da imprensa, realizaram todas as pressões possíveis com o objetivo de deslocar o processo do juiz natural da causa para a Justiça Federal.

Caso prevalecesse tal condição para “federalizar” tal crime, abrir-se-ia precedente de uma extensão imensurável. Ou seja, qualquer pessoa vítima de homicídio no Estado no Pará em condições semelhantes às da missionária teria que ser julgada pela Justiça Federal sob pena de infringir o princípio da isonomia no tratamento das causas.

30 Incidente de Deslocamento de Competência nº 1/PA (2005/0029378-4), 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08.06.2005, unânime, DJ 10.10.2005).

O STJ³¹ definiu quais são as hipóteses caracterizadoras do incidente de deslocamento de competência, deixando evidenciada a necessidade da existência de três requisitos concomitantes para o deferimento da ocorrência do deslocamento de competência, quais sejam: 1) a incapacidade do estado em cuidar do crime por descaso, desinteresse, ausência de vontade política e a falta de condições pessoais ou materiais, entre outras; 2) a grave violação dos direitos humanos 3) a garantia do cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais.

Uma vez assim decidindo, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente estabeleceu limites ao Incidente de Deslocamento de Competência diante da flexibilização das regras de competência introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, pela aplicação do princípio da proporcionalidade e dos requisitos necessários para deslocamento da competência, afastando a lacuna deixada pelo legislador.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 1 2005/0029378-4- PA, 3ª Seção do STJ, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2006, às 20 horas.

6. DA PROBLEMATIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

6.1. Dos argumentos favoráveis ao incidente de deslocamento de competência

A justificativa da proposta da alteração constitucional do art. 109 da Constituição decorre da necessidade de o Estado prover-se de meios de defesa interna partindo de uma premissa segundo a qual recai sobre União a cobrança externa em razão da violação dos direitos humanos. Sendo a União ente público diretamente responsável, assumindo os pesados encargos de cobrança dos organismos internacionais, recai sobre a Justiça Federal, órgão do Poder Judiciário competente constitucionalmente para julgar crimes, em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, assim previsto no art. 109 V da carta magna. Conforme asseverou PIOVESAN (2005:8):

“Além disso, amplia-se internamente a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos, em consonância com sua responsabilidade internacional, já que esse ente responde internacionalmente na hipótese de violações de direitos humanos decorrentes de tratados ratificados pelo País. Antes da Emenda, a União, paradoxalmente, conquanto tivesse responsabilidade internacional, não a tinha em âmbito nacional, pois não era seu poder-dever investigar, processar e punir a violação pela qual internacionalmente era convocada a responder.”³²

As atrocidades contemporâneas revelam preocupações correntes com a criação de condições que possibilitem o monitoramento constante da situação dos direitos humanos em todos os países, verificando-se uma maior consciência das necessidades de proteção por parte do Estado, principalmente por se tratar o Brasil de país em desenvolvimento que busca um espaço no mercado internacional, com estando sujeitos a embargos em decorrência de diversos casos de violações dos direitos humanos.

³² PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer? Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 150, maio 2005, p. 8-9.

Com essa reforma, o Brasil busca sanar no prisma jurídico uma maior consonância das normas jurídicas internas com a cobrança dos organismos internacionais.

Para PIOVESAN³³ (2005), a reforma constitucional representará um estímulo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público Estadual, com o risco do deslocamento de competência em razão da matéria, aumentando as responsabilidades das instâncias federais para o efetivo combate à impunidade das violações aos direitos humanos. A possibilidade do deslocamento de competência do processo com trâmites na justiça estadual desencadeará uma saudável pressão sobre as autoridades estaduais, pois estas somente perderão a jurisdição sobre o caso concreto quando não estiverem dispostas a apurá-los.

Argumenta ainda precitada autora que:

“(...) a ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”), e não há porque obstar a possibilidade de deslocamento de competência (...).

(...) O instituto da “federalização” dos crimes de direitos humanos está em absoluta harmonia com a racionalidade e a principiologia constitucional, sobretudo, ao aprimorar a defesa e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (...)”.³⁴

Baseia-se, portanto, na ineficiência e relutância dos Estados em se comprometerem com a defesa dos direitos humanos e na responsabilidade da União perante os organismos internacionais em razão do compromisso assumido pelo Brasil, especialmente em tratados internacionais.

33 Ibid.

34 Id. Ibid.

6.2. Dos argumentos contrários ao incidente de deslocamento de competência

Os opositores do deslocamento da competência destacam que esta fere os princípios do juiz e do promotor natural e possibilita a criação de tribunais de exceção, além de lesar o pacto federativo, porque ressuscita o antidemocrático instituto da advocatária. Assim, ocorreria uma intervenção da União nos Estados fora das situações previstas no art. 34 da Constituição Federal, violando-se, portanto, cláusula pétrea, que não pode sofrer uma modificação por meio de emenda.

A AMB ³⁵ considera que o deslocamento de competência “configura afronta ao princípio do juiz natural e remonta aos tempos, felizmente já superados, em que o órgão acusador escolhia o juízo para a tramitação da causa”

Segundo a AMB, essa mudança nos procedimentos para o julgamento de crimes contra os direitos humanos ampliou a competência da Justiça Federal, criando uma “competência penal absolutamente extravagante, caracterizada por uma flexibilidade insustentável”.

As imprecisões da norma constitucional geram uma insegurança porque não permitem a definição do que seja “grave violação dos Direitos Humanos”, nem tão pouco quais tipos de crimes devam ser relacionados a essa condição, deixando, de fato, a critério do Ministério Público Federal na sua discricionariedade entender o que seja “a grave violação dos direitos humanos”, e ao Superior Tribunal de Justiça dar a palavra final.

Um caso exemplificativo de se queimar um índio enquanto dormia numa das ruas das grandes cidades do Brasil, ao mesmo tempo em que pode ser visto

35 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3486 impetrada pala AMB, Habilitação como Amicus Curiae pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 12 abr. 2007, às 15 horas.

como um caso isolado de grande repercussão e não atingir com gravidade os direitos humanos, também pode ser encarado como acontecimento de extrema crueldade de violação dos direitos humanos.

O jurista DIAS (2004), quando então se manifestando a respeito da proposta de emenda constitucional, antes de sua aprovação, afirmava que a mesma feria o princípio da legalidade, porque não esclarecia o que eram as graves violações aos direitos humanos e como se mediria tal gravidade, pelo impacto social, pelo estrépito na sociedade ou na opinião pública. Disserta sobre o tema o autor:

“É muito perigoso dar ao procurador ou a quem quer que seja o poder de subtrair do Judiciário a função de julgar. E, mesmo o tribunal, no caso o STJ, incumbido de operar o deslocamento de competência, teria que emitir decisão que não infundisse um juízo valorativo sobre o mérito da causa. E isto porque não se pode, em nome de um direito fundamental que se estima gravemente ofendido, ferir outro também protegido por lei ordinária, Constituição e tratados internacionais, ou seja, o direito de defesa e o da presunção de inocência”³⁶.

A flexibilização da aplicação dos princípios constitucionais gera muito mais ônus ao Estado Democrático de Direito, do que a busca frenética de satisfação à comunidade internacional, fragilizando os princípios e normas constitucionais de proteção às liberdades públicas.

6.2.1. O incidente de deslocamento de competência e os princípios constitucionais

6.2.1.1. O pacto federativo

O art. 1º, *caput* da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. O *caput* de seu art. 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da

³⁶ DIAS, José Carlos. Por uma Justiça garantista. Revista do Advogado, [S.l.], abr. 2004, n. 75, p. 38-42.

República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” .

No Estado Federal, as atribuições da União e dos demais entes são fixadas na Constituição Federal, por meio de uma distribuição de competência. Não existe hierarquia na organização federal, porque cada esfera de poder corresponde a uma competência determinada.

Como bem define LENZA (2005:184): “a União possui uma ‘dupla personalidade’, pois assume um papel interno e outro internacionalmente. Internacionalmente, a União representa a República Federativa do Brasil”.³⁷

Esse papel da União de representatividade da República Federativa do Brasil encontra-se bem definido no art 21 da Constituição Federal, notadamente no seu inciso I, vejamos:

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (...);

Ressalte-se que a função legal da União que desempenha internacionalmente é de representatividade em relação aos demais entes da Federação, exercendo um papel em nome de outrem, a soberania pertence intocável à República Federativa do Brasil.

Não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 erigiu à condição de cláusula pétrea a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I). A Constituição impõe limites a sua alteração, ou seja, ao Poder Constituinte Derivado, criando determinadas áreas imutáveis. São as cláusulas pétreas, que, em nosso sistema,

³⁷ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 9. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 184.

encontram-se indicadas no art. 60, § 4º da Constituição Federal. São matérias petrificadas ou imutáveis, nos incisos I a IV: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

A reforma gera um esvaziamento de competências da Justiça dos Estados implicando no enfraquecimento do pacto federativo, criando um crescimento excessivo da Justiça Federal e Ministério Público da União em prejuízo da Justiça Estadual e Ministério Público Estadual.

Centralizar mais poderes, do que os necessários, no Executivo Federal, em detrimento dos Estaduais e Municipais; igualmente centralizar poder legiferante em demasia no Congresso Nacional, em desfavor das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores; e, por fim, esvaziar competências das Justiças Estaduais, repassando-as para a Justiça Federal constituem formas de agressão ao pacto federativo, contrariando vontade acolhida pelos legisladores constituintes.

Assim, na medida em que a Constituição Federal consagrou a autonomia político-administrativa dos entes federativos (art. 18, *caput*)³⁸, qualquer reforma que objetive desequilibrar a relação harmoniosa entre eles, v.g., conferindo mais poder à União, do que os necessários, para manter a ordem interna e a soberania do País, em detrimento dos demais, isso significa também afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que a República Federativa do Brasil está nele estribada (art. 1º, *caput* da CF).

A intervenção da União nos Estados só é admissível nos casos excepcionais e restritos previstos no artigo 34 da Lei Maior, observadas as

38 BRASIL, Constituição Federal, Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

exigências do artigo 36, sob pena de grave ofensa ao sistema federativo, que não pode sofrer redução ou limitação por meio de emenda constitucional.

A Intervenção é matéria excepcional a Federação que somente em casos extremos definidos pelo próprio texto constitucional pode ser aplicado, onde estabeleceu regras a vigorar somente nesse momento de exceção, por exemplo, durante o período de intervenção não pode ser votada emenda à constituição.

Portanto, a intervenção não deve servir como parâmetro pra criação de outros institutos sob pena de violar os princípios do pacto federativo, que tem como regra a autonomia dos entes federados.

O ônus suportado pela União nas cobranças dos organismos internacionais decorre de sua representatividade da Federação e não como pessoa jurídica de direito público interno, sendo essa cobrança repartilhada para todos os entes federativos.

6.2.1.2. O princípio do devido processo legal e da legalidade

O princípio do devido processo legal que se encontra assegurado na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV, que dispõe não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, compreende, minimamente, a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV). Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, também passou a ser requisito do devido processo legal a duração razoável do processo judicial e administrativo e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, inciso LXXVII).

O princípio do devido processo legal também é princípio norteador de leis que atingem o direito processual penal e o direito penal porque interfere no Poder do Estado de limitar a liberdade do condenado, seja na ampla defesa, contraditório ou qualquer outro princípio norteador.

Para NERY JÚNIOR (2003:27):

“(...) bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

(...) o princípio do devido processo legal traduziria um princípio-mãe, que implicaria a observância estrita das seguintes regras: a) direito a prévia citação para reconhecimento do teor da acusação; b) direito a um juiz imparcial; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à elaboração de reperguntas; d) direito ao contraditório (contrariar provas inclusive); e) direito a defesa técnica; f) direito à igualdade entre acusação e defesa; g) direito de não ser acusado ou processado com base em provas ilícitas; h) privilégio contra a auto-incriminação”.³⁹

Portanto, o princípio do devido processo legal é a expressão oriunda do termo inglês *due process of law*, sendo a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam.

Segundo o pensamento moderno, a Constituição Brasileira de 1988, protege as garantias fundamentais previstas pela Reserva Legal em seu art. 5º, inciso XXXIX, que diz: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O inciso II do art. 5º da Constituição Federal consagrou o Princípio da Legalidade nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

Há, contudo, uma insegurança jurídica: na ausência de previsão legal, quais serão as causas deslocadas da Justiça Estadual para a Federal, pois não há uma definição quais são os delitos que devem ser objeto de possível deslocamento de competência e, também, quais são as hipóteses que podem constituir a grave violação. A atual redação do § 5º do art. 109 da CF faz alusão apenas à existência de grave violação de direitos humanos. Fica evidente que será a jurisprudência que irá delimitar as situações e os critérios para a incidência deste dispositivo constitucional.

6.2.1.3. O princípio do juiz natural

Conforme DINAMARCO (2003:203),

“(...) a garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função estatal jurisdição sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. Seu significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder. Daí a idéia sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos pelo juiz que já fosse competente ao momento em que praticado o ato a julgar. (...) o princípio do juiz natural resulta no: 1) julgamento por um juiz e não por outras pessoas ou funcionários; 2) existência anterior do órgão judiciário, sendo proibidos eventuais juízes ou tribunais de exceção depois de surgida a lide; 3) juiz competente segundo a Constituição e a lei”.⁴⁰

Depreende-se que o princípio do juiz natural numa primeira perspectiva consiste em vedar a instituição de juízos de exceção, *ex post facto*, ou seja, criados após a eclosão do fato para dirimir e julgar determinado litígio, seja de natureza penal ou extrapenal.

O princípio do juiz natural, resguarda a garantia da imparcialidade do juiz, sem a qual o processo pode transformar-se em instrumento de iniquidades, com a

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203.

distribuição de favores aos amigos ou poderosos e a imposição de danos e prejuízos aos inimigos ou desvalidos, tudo sob o manto protetor do poder estatal.

Poder ocorrer uma politização das comissões proteção dos Direitos Humanos e existir um afastamento dos objetivos da razão da sua própria existência, gerando perseguições desenfreadas a adversários políticos ou um acobertamento de aliados caso pratiquem algum fato violador dos direitos humanos e, com isso, provoquem o afastamento do Juiz natural da causa, obviamente com concordância dos personagens necessários exigidos, o Procurador-Geral da República e o Superior Tribunal de Justiça, criando-se um verdadeiro tribunal de exceção ou não.

Não esqueçamos que, de uma forma ou de outra, todos os crimes geram uma violação aos direitos humanos, o limite que diferencia um fato criminoso de outro que gera uma grave violação dos direitos humanos é tênue, principalmente em decorrência da própria emenda constitucional que criou o incidente de deslocamento de competência deixar em aberto a definição de grave violação dos direitos humanos, deixando a critério do Procurador-Geral da República e do Superior Tribunal de Justiça realizar essa conceituação, que pode sofrer, embora não deva, ingerências políticas na tomada de suas decisões.

Portanto, a flexibilização dos conceitos do que seja a grave violação dos direitos humanos acarreta um enfraquecimento do Princípio do Juiz Natural pela abertura da possibilidade de criação do Tribunal de Exceção.

6.2.1.4. O princípio do promotor natural

O princípio do promotor natural é similar ao princípio do juiz natural, ou seja, em princípio, o membro do Ministério Público que deve officiar em um processo ou inquérito é aquele a quem este ou aquele compete pelas regras ordinárias de

divisão de atribuições e serviço. Esse princípio não está expresso no texto constitucional, mas é uma decorrência da união do princípio da independência funcional com a garantia da inamovibilidade, pois, se o representante do Ministério Público é independente funcionalmente e inamovível, é inadmissível que suas atribuições sejam usurpadas e entregues a outro membro pré-determinado a critérios discricionários.

No ponto, vale transcrever o seguinte pensamento de MAZZILLI (2001:148) :

“O princípio do promotor natural é o mesmo princípio do juiz natural, mas agora sob um enfoque diverso. Nos crimes de ação pública, o primeiro direito do acusado, antes de ser julgado por um órgão independente do Estado, consiste em ser acusado por um órgão estatal dotado de igual independência, escolhido previamente e apenas mediante critérios e atribuições legais. Para esse fim, devem, pois, ser abolidos não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim e principalmente impõe-se a eliminação do próprio acusador público de encomenda, escolhido pelos governantes ou pelo próprio procurador-geral de justiça, o que não raro dá azo a perseguições ou acobertamentos por razões políticas ou de qualquer outra natureza”.⁴¹

Não é possível, pois, que o Promotor de Justiça ou Procurador da República possa sobrepor ao membro do Ministério Público, com atribuição reconhecida para atuar perante determinada causa, ignorando a independência funcional, que deve sustentar atuação do Ministério Público livre de pressões ou influências de terceiros, visando cumprir sua missão de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Consoante os Princípios da Unidade e Indivisibilidade do Ministério Público, os Ministérios Públicos são um único organismo, mas atuam dentro dos limites em que cada um dos membros tem de atuar, existindo uma divisão de atribuições com as respectivas autonomias entre os Procuradores e os Promotores de Justiça. O Ministério Público Federal, em nenhum momento, pode sobrepor suas

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do ministério público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 148.

atribuições perante o Ministério Público Estadual, atuando dentro de uma estrutura hierárquica de subordinação.

A autonomia do Ministério Público encontra-se perfilhada no art. 127, § 1º da Carta Magna⁴², no qual elenca os princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

Leciona MAZZILI⁴³ (1991:47):

“Em face das peculiaridades de nosso Ministério Público, hierarquia, portanto, só se concebe num sentido administrativo, pela natural chefia exercida na instituição pelo seu procurador-geral (poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflitos de atribuições etc.) Não se pode cogitar, porém, de hierarquia no sentido funcional”.

O princípio do promotor natural é garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos representantes ministeriais para atuarem na persecução penal, almeja assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, repelindo do nosso ordenamento jurídico a figura do acusador de exceção.

6.2.1.5. O princípio da proporcionalidade

Como já referido, nas palavras do ministro Arnaldo Esteves Lima⁴⁴, a regra constitucional do incidente de deslocamento de competência deve ser obtemperada sob os parâmetros do princípio da proporcionalidade, que traduz a justa medida dos institutos jurídicos, ou, por outra maneira, o princípio da proibição de excesso, traduzido na afirmação de que o benefício trazido pela norma deve ser superior ao ônus imposto por ela.

42 BRASIL, Constituição Federal, art. 127, § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

43 MAZZILLI, op. cit., p. 47.

44BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência nº 1 2005/0029378-4- PA, 3ª Seção do STJ, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2006, às 20 horas

É o princípio da proporcionalidade que permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, no caso de conflito entre eles, proporcionando uma solução que respeite, ao máximo, todos os interesses envolvidos.

BONAVIDES (2001:356), ao conceituar proporcionalidade, assegura que “há princípios mais fáceis de compreender do que definir, a proporcionalidade entra na categoria desses princípios”.⁴⁵

Procura-se, através do uso da proporcionalidade, fazer uma ponderação dos interesses que estão em conflito, para decidir qual interesse deve ser sacrificado. Para MOREIRA (1997:109) o uso deste princípio vai depender de avaliar “a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”.⁴⁶

O princípio da proporcionalidade visa dirimir os conflitos ou colisões dos direitos fundamentais e, após identificar todas as circunstâncias a serem abordadas, fazendo reflexões, qual direito deve ser renunciado em prevalência do outro.

Neste posicionamento do ministro relator na referida decisão, a aplicação da norma constitucional deve ser limitada quanto aos prejuízos que dela possam surgir. Denota-se a preocupação do ministro admitindo os graves danos que possam ser ocasionados pelo afastamento do juiz e promotor natural da causa, devendo sopesar os benefícios em relação ao ônus que deva suportar.

45 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356.

46 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 109.

6.3. A persecução penal e o incidente de deslocamento de competência

A Polícia Judiciária tem a função precípua de apurar as infrações penais e a sua autoria por meio do inquérito policial, procedimento administrativo com característica inquisitiva, que serve, em regra, de base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público, titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF)⁴⁷. O objetivo do inquérito policial é servir de subsídio ao titular da ação penal e colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento de crime.

A persecução penal normalmente se inicia por intermédio da investigação criminal, com o Estado coletando elementos para o exercício do *jus puniendi* em juízo, motivo pelo qual sendo o inquérito policial peça procedimental de suma importância para o Estado, devidamente regulado pelo Código de Processo Penal, embora prescindível, não é ele *mera* peça de informação como a doutrina e a jurisprudência praticamente pacífica o denominam, mas sim peça de informação de alta relevância que lida com o sagrado direito à liberdade, que, sendo bem conduzida, certamente propiciará uma maior possibilidade de sucesso no exercício do direito de punir do Estado-Administração e de justiça na fixação da pena pelo Estado-Juiz, ao analisar as circunstâncias judiciais.

O inquérito policial determina o rumo das investigações a serem seguidas, desembocando numa ação penal que pode fadada ao fracasso ou não, de acordo com o início das investigações realizadas de forma preponderante pela polícia judiciária. Além dessa, existem outras formas de investigação pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público, sendo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

47 BRASIL, Constituição Federal, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei

O certo, o que deve ser destacado, que o futuro de um processo criminal depende de um bom trabalho desenvolvido na investigação realizado pela polícia judiciária. A investigação criminal falha compromete o exercício do *jus puniendi* do Estado por não se permitir a colheita célere dos elementos necessários à propositura da ação penal.

Ou seja, muitas vezes, a impunidade ocorrida na apuração dos crimes de grave violação dos direitos humanos é em decorrência de ausência de zelo por parte da polícia judiciária deficitária, e não do compromisso da autoridade judiciária e do Ministério Público.

Buscando corrigir a carência existente na política de segurança pública da maioria dos estados brasileiros, o legislador na Lei nº 10.446/02⁴⁸ ampliou as atribuições da Polícia Federal e admitiu a realização da investigação pela Polícia Federal de infrações penais que resultem em grave violação de direitos humanos. Esta lei assegura a efetividade da apuração policial dos casos previstos em tratados internacionais, sem que se impeça a atuação das polícias estaduais. Desse modo, quando a investigação realizada pela Polícia Civil dos Estados não se mostra satisfatória, a Polícia Federal sempre pode atuar em conjunto ou não para esclarecer o fato criminoso e sua autoria. Nesta hipótese, se não há comprometimento do Ministério Público ou da Justiça Estaduais, torna-se desnecessária a federalização da competência para processar e julgar tais delitos.

É um sofisma acreditar que o trabalho da Polícia Federal no País tem relação com o Ministério Público Federal e a distribuição de competência entre Justiça Federal e Estadual. Um trabalho realizado pela Polícia Federal de mais esmero terá como destinatário tanto o Ministério Público dos Estados quanto o Ministério Público da União, principalmente em decorrência do alargamento das atribuições da Polícia Federal pelo legislador na Lei 10.446/02.

48 BRASIL, Lei n. 10.446/02 de 08.05.2002. Diário Oficial da União de 09.05.2002, dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição

6.4. Do questionamento da inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência

No entendimento da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) é inconstitucional a Emenda Constitucional 45/04 na parte em que instituiu o Incidente de Deslocamento de Competência. Tanto que esta última, no início de maio de 2005, ajuizou a ADIN 3486/DF, com pedido de medida cautelar, para que o STF venha a declarar a inconstitucionalidade da emenda.

A CONAMP (2005) asseverou que alteração introduzida é o ressurgimento do que era chamado pela doutrina de Ação Penal Pública Subsidiária da Pública, prevista no art. 2º, parágrafo segundo, do Decreto-Lei 201/67⁴⁹, que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, vejamos:

(...) de início, cumpre registrar que a figura da federalização é a ressurreição do artigo 2º, parágrafo segundo, do DL 201/67, chamada pela doutrina de ação penal pública subsidiária da pública e que não foi recepcionada pela CF/88, artigo 128, que deu autonomia aos Ministérios Públicos dos Estados e Chefia própria, sendo agora rotulada como Incidente de Deslocamento de Competência (IDC)(...)⁵⁰

Mencionava o artigo 2º, parágrafo segundo, do Decreto Lei 201/67:

Art. 2º. O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:

(...)

§ 1º. Os órgãos federais, estaduais ou municipais, interessados na apuração da responsabilidade do Prefeito, podem requerer a abertura de inquérito policial ou a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como intervir, em qualquer fase do processo, como assistente da acusação.

§ 2º. Se as providências para a abertura do inquérito policial ou instauração da ação penal não forem atendidas pela autoridade policial ou pelo

49 BRASIL, Decreto-Lei 201 de 27.02.1967. Diário Oficial da União, de 27.02.1967, Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores e dá outras providências.

50 _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3486 impetrada pela AMB perante o STF no ano de 2005, Habilitação como Amicus Curiae pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 12 abr. 2007, às 15 horas

Ministério Público estadual, poderão ser requeridas ao Procurador-Geral da República.

Argumenta a CONAMP ⁵¹:

“desta forma, pelo artigo 128 da CF/88 cada MP tem sua Chefia, ou seja, a unidade do MP é cada ente da Federação, não podendo o PGR avocar autos de atribuição exclusiva do PGJ, Pacto Federativo, sob pena de ‘intervenção federal sibilina ou disfarçada”.

Muito se assemelha o artigo 2º, parágrafo segundo, do Decreto-Lei 201/67, que trata dos crimes de responsabilidade cometidos pelos Prefeitos Municipais. Havendo uma omissão por parte do Ministério Público Estadual, o Procurador da República poderia requisitar abertura de inquérito ou a instauração de ação penal. Diverso da federalização dos crimes, não havia um deslocamento de competência, e somente uma avocação de atribuição por parte do Ministério Público da União.

Ora, muito mais nocivo ao Pacto Federativo e ao Princípio da Autonomia do Ministério Público é a avocação de competência e de atribuições da Justiça e Ministério Público Estadual, do que a previsão existente no Decreto-Lei 201/67, que amplamente não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Nessa trilha, se a norma infraconstitucional, produzida sob a égide da anterior Constituição for incompatível com a nova disciplina infraconstitucional, tem-se como norma não recepcionada, não necessitando de controle de constitucionalidade. De outra forma, existindo uma emenda constitucional elaborada com base no Poder Constituinte Derivado ou Reformador, possui limites estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, devendo ser submetido ao controle de constitucionalidade.

51 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3486 impetrada pala AMB, Habilitação como Amicus Curiae pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 12 abr. 2007, às 15 horas.

No caso em questão, assim como na Ação Penal Pública Subsidiária da Pública, em que existia uma intervenção da autonomia dos Estados pela União, afrontando o pacto federativo, encontrando-se este indicado no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, como cláusula imutável, o novel incidente de deslocamento de competência atinge o pacto federativo em sua essência, permitindo uma intervenção da União nos poderes dos Estados-membros e pode ser objeto de controle de constitucionalidade.

Ventilam ainda a CONAMP e AMB na ADIN 3486/DF proposta os argumentos já citados anteriormente, da violação do pacto federativo, do princípio do juiz e do promotor natural.

6.4.1. Da realidade processual da Justiça Federal do Brasil

A. Justiça Federal de 1º Grau de todas as regiões do País se encontra abarrotada de processo, sendo incorreto o pensamento de que, nesta instância, o processo terá um tratamento mais célere, podendo ser visto como apenas mais um a compor a numerosa relação de processos com trâmites no Poder Judiciário Federal.

Tomando como exemplo, como se observa no quadro anexo, a estatística acerca da Justiça Federal da 1ª Região, no ano de 2006, ingressaram em seu sistema 692.520 processos, e foram julgados 495.960 processos, ficando com um déficit de 196.560 processos. Se algo não for feito e os números persistirem por um período de 05 anos, a Justiça Federal de 1º Grau da 1ª região ficará com um *déficit* de quase 1.000.000 (um milhão) de processos.

Assim como em sábias palavras preleciona OLIVEIRA (2004), em razão do sofisma criado pela Emenda Constitucional 45/2004:

Estamos mais uma vez diante de uma falácia, consistente na tentativa de sinalizar para a comunidade internacional que as instituições governamentais se preocupam com os direitos humanos e, assim, nada melhor do que concentrar a atuação nessa área em poucos setores. Porém, trata-se de uma emenda com possibilidade de acarretar sérios prejuízos à harmonia das relações entre os vários órgãos do Ministério Público, Judiciário e Polícias.⁵²

A “federalização” dos direitos humanos gera discriminação odiosa, pois parece desconfiar da capacidade e eficiência de instituições dos Estados-membros, o Ministério Público Estadual e Justiça Estadual. Como se o Ministério Público da União e a Justiça Federal não estivessem abarrotados de processos e de obrigações extrajudiciais e sofressem das mesmas mazelas institucionais que os Poderes dos Estados – Membros. Ademais, não se vê, *data venia*, no que a Justiça Federal se mostrará, em crimes de tais natureza mais eficiente do que a Estadual, principalmente, se considerar que a Justiça Estadual precedeu em muito a Federal, chegando, inclusive, a fornecer o molde estrutural e funcional das Justiças Comum Estadual e Federal e das Justiças Especializadas.

52 OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. A falácia da federalização dos crimes contra os direitos humanos. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, . set. 2004, p. 6.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Surge, na Reforma do Judiciário com Incidente de Deslocamento de Competência, a possibilidade de “federalização” dos crimes relativos a direitos humanos. Cuida-se de conceito de amplo e indefinido alcance a ponto de abarcar qualquer causa que envolva delito contra a pessoa, até mesmo um simples atropelamento, num subjetivismo sem precedentes.

O Brasil, na realidade, sofre de uma crise das instituições, encontrado-as deficitárias em seus efetivos, muitas vezes, trabalhando em estrutura arcaica. A ausência de punição aos agentes públicos e políticos deve ser combatida, tornando o verdadeiro entrave para efetivação da tutela jurisdicional de proteção dos direitos humanos.

Profissionais lenientes estão presentes em toda estrutura administrativa e na iniciativa privada, assim como os mecanismos de punições. A realidade com que nos deparamos no dia-a-dia é a ausência e ineficácia dos procedimentos disciplinares na estrutura administrativa seja no âmbito estadual ou não âmbito federal, muitas vezes, em razão de um corporativismo dentro da estrutura organizacional dos órgãos. É tanto que anos de deficiências das Corregedorias do Poder Judiciário e do Ministério Público resultaram na criação pela própria Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) dos órgãos de controle externo de tais atividades.

Não há nenhuma garantia, diante de a inércia das autoridades públicas responsáveis pela *persecutio criminis* resultar no deslocamento de competência para Justiça Federal, de que a grave violação dos direitos humanos será realmente combatida. Se não houver um comprometimento diverso por parte das autoridades

em qualquer esfera e suas omissões não produzirem nenhum ônus às mesmas, o prejuízo da impunidade se encontrará presente.

Em vez de criar condições adequadas de trabalho para a Polícia Judiciária e a Justiça e o Ministério Público dos Estados, e preservar todos os princípios do Estado Democrático de Direito, entre eles elencamos o princípio da reserva legal como o mais importante, denominado por alguns autores como “princípio-mãe” conforme autor NERY JÚNIOR⁵³ (2003:27) e o pacto federativo, petrificado como cláusula imutável, preferiu-se encontrar uma medida paliativa resultando flagrante lesão aos princípios estabelecidos na Constituição.

A “federalização dos crimes” é um instrumento eficiente de atos políticos e de pressões pela imprensa nacional, tangenciando as reais causas dos problemas sociais e das políticas desastrosas de segurança pública dos Governos, colocando na berlinda a Justiça Estadual e o Ministério Público Estadual como os grandes vilões da falta de combate às graves violações dos direitos fundamentais.

É básico que se estabeleça previamente o juízo ou tribunal competente para determinada infração penal, trata-se, por certo, de preceitos primários aos princípios democráticos, constitucionais (art. 5º, XXXVII) e jurídicos elementares. Como propõe a reforma, impossível saber qual esse foro, até porque pode mudar radicalmente, dependendo, única e exclusivamente, do que, subjetivamente, vier a entender o Procurador-Geral da República. Mas o Direito, máxime o penal, exige normas precisas e objetivas, jamais a imprecisão e o arbítrio que aí se vislumbram.

Não há dúvida de que a providência decorre de uma satisfação diante de uma pressão internacional que não se pode admitir. Cabe à Nação, obviamente, eleger o que melhor atende a suas necessidades, inclusive porque, no campo penal,

53 NERY JÚNIOR, op. cit.

as instituições de direitos humanos, em regra, têm sido radicais ao defender interesses de quem não faz jus, ainda que seja de alta relevância o trabalho desses órgãos.

Não podem prosperar os argumentos de que a União se obriga perante as Instituições Internacionais, pois age a União representando a República Federativa do Brasil, e não em nome próprio. Esta, como um todo, recebe todos os efeitos das repercussões negativas externas.

De sopesar-se, outrossim, que o deslocamento previsto implica indisfarçável intervenção no Estado Federado, fato que somente deve ter lugar em casos restritos, como previsto nos art. 34 da Lei Maior, observadas as exigências do art. 36, sob pena de ofensa ao sistema federativo, que, em hipótese alguma, pode ser convelido por emenda, ainda que parcialmente, como na espécie (art. 60, parágrafo 4º, I, da CF). Ademais, como corolário do uso exposto, a inovação tratada faz do art. 18, *caput*, do Diploma Supremo, letra morta, já que fica arredada autonomia do Estado. E não se vê razão para a reforma em foco, ainda que se pretenda apresentar justificativa na esfera internacional. A solução para eventual afronta, por Autonomia, aos princípios que norteiam os direitos humanos, está no art. 34, VII, "b", que permite intervenção federal em caso tal, bem delineado ali o procedimento respectivo. Há, também, o controle por via de recursos especial e extraordinário.

A provocação do incidente pelo Procurador-Geral da República não pode se generalizar, não só porque isto sim ofenderia o pacto federativo e os aludidos princípios constitucionais do juiz e do promotor natural como também porque a própria atuação dos órgãos federais de repressão criminal poderia ficar comprometida pelo crescimento do número de feitos, prejudicando a eficácia das investigações policiais.

Além do que, não se pode empregar como critério do deslocamento da competência apenas a ocorrência da grave violação de direitos humanos. É preciso lembrar as razões que motivaram a reforma constitucional nesse aspecto, isto é, a ineficácia, em muitos casos, das instâncias estaduais para a apuração das infrações penais que violam os direitos humanos, de modo a comprometer o esclarecimento, a repressão criminal desses fatos criminosos. Além disso, o Incidente de Deslocamento de Competência é, de um modo ou outro, intervencionista, provocando fraturas na Federação, recomendando-se, portanto, a sua adoção excepcional.

Com efeito, não é incomum que o fato criminoso cause um estrépito na sociedade, na opinião pública, mas, se não há desconfiança das instâncias estaduais de persecução penal, também não há motivo para que ocorra o aludido deslocamento de competência.

Mesmo em uma situação em que a Polícia Civil Estadual mostre-se ineficaz, não se deve imediatamente iniciar-se o processo de modificação da competência. Não se pode esquecer, primeiro, que a Polícia Federal sempre poderá intervir no procedimento investigatório e, por último, que o Ministério Público e a Justiça Estadual podem estar empenhados na solução da infração penal.

Trata-se, por certo, de preceito contrário aos princípios democráticos, constitucionais (art. 5º., XXXVII) e jurídicos elementares. É básico que se estabeleça previamente o juízo ou tribunal competente para determinada infração penal e do promotor natural. Os critérios e hipóteses do conceito de grave violação dos direitos humanos fundamentais e a distinção dos crimes comuns são meramente terminológicos e abstratos, baseando-se em critérios muitas vezes políticos, flexibilizando as normas de competência.

Nesse contexto, conclui-se que a modificação cuidada só trará maiores entraves internos, em prejuízo do jurisdicionado e da sociedade. Isso possibilitaria, inclusive, a invalidação de decisões advindas em função do deslocamento declinado, por inobservância a dispositivos constitucionais de ordem pétrea (devido a processo legal, sistema federativo, isonomia e outros).

Devemos encarar a defesa dos Direitos Humanos como meta a ser atingida pelos Estado Democrático de Direito, um projeto de sociedade desejável capaz de justificar plenamente nossos esforços para fazer denunciar os abusos e violações mais gritantes que nos são oferecidos todos os dias, entretanto devemos respeitar os princípios constitucionais garantidores das liberdades públicas, sob pena de consertar uma mal causando outro mais devastador ainda, se contrapondo à própria essência dos Direitos Fundamentais do Homem, que é a proteção contra o arbítrio do poder estatal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, L. A. de A. **Reforma do judiciário**: comentários à emenda nº. 45/2004. 1. ed. Niterói: Impetus, 2005.

BARROS, S. R. de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3486** impetrada pela AMB, Habilitação como *Amicus Curiae* pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 12 abr. 2007, às 15 horas.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Nelson Mannrich, 6. ed. São Paulo: [s.n.], 2005. p. 27.

_____. Decreto-Lei 201 de 27.02.1967. **Diário Oficial da União**, de 27.02.1967, Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores e dá outras providências.

_____. Estatística disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2007, às 18 horas.

_____. Lei n. 10.446/02 de 08.05.2002. **Diário Oficial da União** de 09.05.2002, dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Incidente de Deslocamento de Competência n. 1/PA (2005/0029378-4), 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. j. 08.06.2005, unânime, DJ 10.10.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2006, às 20 horas.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, J. C. Por uma justiça garantista. **Revista do Advogado**, [S.l.], abr. 2004, n. 75, p. 38-42.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, J. E. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.

MAZZILLI, H. N. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Regime jurídico do ministério público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 148.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, J. C. B. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, M. V. A. de. A falácia da federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, set. 2004, v. 12, n. 142, p. 6.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer? **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, maio 2005, n. 150.

RENAULT, S. R. T.; BOTTINI, P. **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

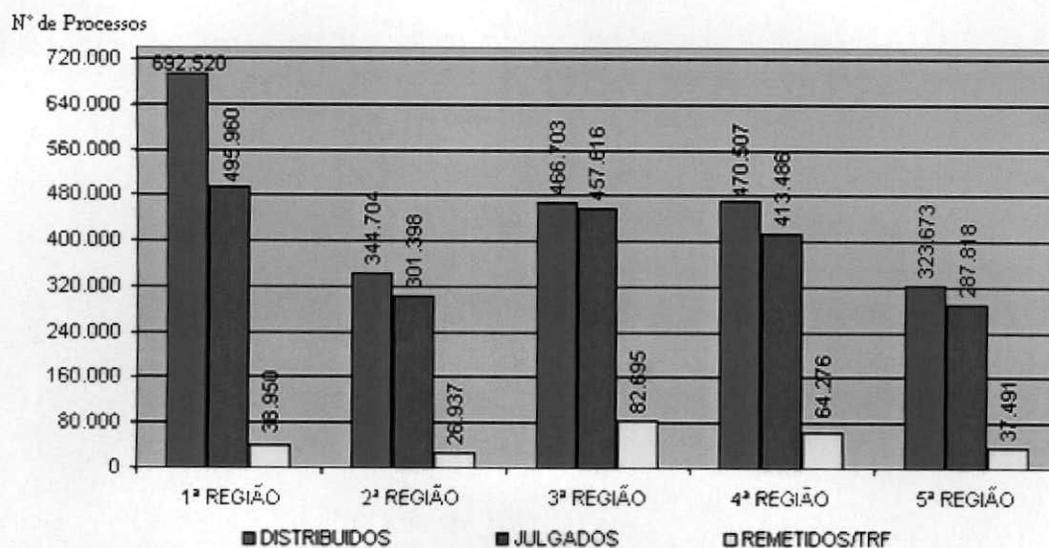
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direitos internacionais dos direitos humanos**. v. II. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II, p. 265.

ANEXO

ANEXO I – DEMONSTRATIVO DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU⁵⁴
PERÍODO: JANEIRO A DEZEMBRO DE 2006



Fonte: TRFs, disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2007.

Notas: Estão computados os valores referentes aos Juizados Especiais Federais.

Elaboração: CJF/SPI

⁵⁴ BRASIL. Estatística disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2007, às 18 horas.