

Federalização das violações de direitos humanos

Vladimir Brega Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos. 3. Pressupostos. 3.1. Grave violação dos direitos humanos. 3.2. Assegurar o cumprimento dos tratados internacionais. 3.3. Incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos. 4. Aspectos processuais. 4.1. Competência. 4.2. Legitimidade. 4.3. Procedimento. 4.4. Decisão. 4.5. Recurso. 5. Constitucionalidade. 5.1. O princípio do Juiz Natural e a criação de tribunais de exceção. 5.2. Recriação do instituto da advocatória. 5.3. Violação do pacto federativo. 5.4. Violação do princípio da segurança jurídica. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A emenda constitucional nº 45 trouxe inúmeras novidades para o Direito Constitucional Brasileiro. Neste artigo nos limitaremos a comentar uma delas: a introdução do chamado incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal quando da ocorrência de grave violação de direitos humanos.

A novidade está prevista no art. 109, § 5º, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor:

“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

Vladimir Brega Filho é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, professor da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro e das Faculdades Integradas de Ourinhos. Mestre em Direito pelo Centro de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

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 Justiça Federal”.

O instituto recebeu o “nome comercial” de Federalização dos Crimes de Direitos Humanos, mas a técnica recomenda a utilização da expressão “incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”, pois a federalização dos crimes é um dos efeitos do instituto. O dispositivo constitucional refere-se a “inquérito ou processo”, sem qualquer outro adjetivo, tornando possível a federalização de inquéritos e processos de natureza cível. Imagine-se um estado federado onde os processos cíveis de indenização propostos contra o Estado, decorrentes de violação aos direitos humanos, sejam sistematicamente julgados improcedentes. Comprovada essa circunstância, não vemos óbice para a federalização desses processos.

No sentido da extensão do instituto aos inquéritos e processos cíveis, André Ramos Tavares (2005, p. 50) escreve o seguinte:

“O dispositivo refere-se a ‘inquérito ou processo’, sem qualquer outra restrição. Ora, há de se incluírem, automaticamente, o inquérito civil, além do criminal, e os processos de qualquer natureza, inclusive por improbidade administrativa ou decorrentes de ação civil pública”.

Se o entendimento fosse de que só é possível a federalização dos inquéritos e processos criminais, teríamos que concluir pela impossibilidade da propositura da ação civil *ex delicto* na Justiça Federal, pois somente a competência criminal teria sido deslocada para a Justiça Federal. Vale lembrar que o art. 63 do Código de Processo Penal estabelece que a ação civil *ex delicto* deve ser proposta no juízo cível e, tendo ocorrido apenas o deslocamento da competência criminal, a ação de reparação teria que ser promovida na justiça estadual.

Assim, se a opção do nome do instituto for para destacar seus efeitos, é melhor utilizarmos a expressão “federalização das violações de direitos humanos”, o que abarca o deslocamento de competência tanto na esfera criminal como na esfera cível.

Resolvida a questão terminológica, há a necessidade de analisar a questão da eficácia do novo dispositivo constitucional e não há dúvida de que ele tem eficácia plena e imediata. Plena porque a sua aplicação não depende de qualquer norma infraconstitucional, sendo possível a sua aplicação a partir da promulgação da emenda constitucional nº 45. Imediata porque o art. 5º, § 1º, da Constituição estabelece que as disposições relativas aos direitos humanos têm eficácia imediata.

Diante disso, tendo o instituto plena aplicação no direito brasileiro, é de suma importância o estudo de seus fundamentos, pressupostos e procedimento, o que será feito a seguir.

2. Fundamentos

No Brasil, a União Federal pode ser vista sob dois aspectos. No âmbito interno, é pessoa jurídica de direito público integrante da federação brasileira e autônoma dos demais entes federativos. No âmbito internacional, a União representa a República Federativa do Brasil.

Sendo assim, os tratados internacionais são celebrados pela União, representando a República Federativa do Brasil. É por isso que a atribuição de celebrar os tratados internacionais é do Presidente da República (art. 84, VIII), os quais serão referendados pelo Congresso Nacional (art. 49, I).

As obrigações internacionais, portanto, são de responsabilidade da União, que “no livre e pleno exercício de sua soberania, se comprometeu a cumprir” (PIOVESAN, 2005, p. 78). Em razão disso, a responsabilidade pelo cumprimento dos tratados é exclusiva da União, não sendo possível afastá-la sob o argumento que incumbe

aos Estados Membros a apuração dessas violações.

Ocorre que, na sistemática anterior à Reforma do Judiciário, a responsabilidade para a apuração e julgamento das violações aos direitos humanos, em sua grande maioria, era da competência da Justiça Estadual. Mesmo assim, no plano internacional, a responsabilidade pelo cumprimento dos tratados era da União, ou seja, era responsabilizada sem que nada pudesse fazer.

Fica evidente que o principal fundamento da federalização é dar ao ente responsável pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos a oportunidade de reprimir e responsabilizar os autores das violações, quando os Estados Membros não forem capazes de fazê-lo.

Outro fundamento é a criação de mais um instrumento para a redução da impunidade nas violações a direitos humanos. Trata-se de instrumento subsidiário que vai integrar um sistema de proteção a esses direitos, só devendo atuar quando ficar evidente a incapacidade do Estado Membro em punir as violações aos direitos humanos. Com esse instrumento, passaremos a seguir, no direito interno, o princípio que já existe no direito internacional, vez que, no âmbito internacional, não sendo um Estado soberano capaz de reprimir e punir as violações aos direitos humanos, subsidiariamente é possível acionar as cortes internacionais. A propósito, a reforma do judiciário incluiu no artigo 5º da Constituição a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional.

Outros dois aspectos são importantes.

Com a federalização, a vítima terá mais um caminho na busca da responsabilização e punição dos autores das violações, já que, além de buscar socorro nas cortes internacionais, poderá valer-se dos órgãos federais, principalmente da Procuradoria Geral da República.

Outro aspecto a ser analisado é o engajamento dos Estados Membros na responsabilização das violações. Se antes o não

cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos não trazia qualquer sanção para os Estados Membros, agora a federalização dos processos e inquéritos é a sanção para a inércia dos Estados, que, sob o risco de verem parcela de sua competência deslocada para a Justiça Federal, também terão como meta o cumprimento dos tratados internacionais.

O investimento nas polícias, no Ministério Público e no Poder Judiciário será imprescindível e não representará um desnecessário ônus. Somente instituições fortes terão capacidade para reprimir as violações aos direitos humanos, evitando a federalização.

A respeito disso, Flávia Piovesan (2005, p. 80) escreve o seguinte:

“Para os Estados, ao revés, cujas instituições se mostrarem falhas e omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que: a) assegurará maior proteção à vítima; b) estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros; c) gerará a expectativa de resposta efetiva das instituições federais; e d) se ambas as instituições – estadual/federal – se mostrarem falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional)”.

Fica claro, então, que a simples existência do incidente de deslocamento de competência é um avanço na defesa dos direitos humanos.

3. Pressupostos

Segundo o art. 109, § 5º, são pressupostos do deslocamento da competência a *grave violação de direitos humanos, a necessidade*

de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e a incapacidade do Estado Membro de promover a ação penal e o seu julgamento de forma satisfatória.

Os três requisitos são cumulativos e devem estar demonstrados quando da apresentação do pedido de deslocamento de competência.

3.1. Grave violação dos direitos humanos

Em primeiro lugar, é preciso definir o que venha a ser direitos humanos e se o deslocamento de competência pode ocorrer em relação a todos eles. Já escrevemos que “tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações” (BREGA FILHO, 2002, p. 72). A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos está no fato de os *direitos fundamentais* estarem reconhecidos e positivos na Constituição de um Estado, enquanto a expressão *direitos humanos* é utilizada em documentos do direito internacional, dando a esses direitos um caráter transnacional e intertemporal.

A respeito dessa distinção, Canotilho (1999, p. 369) escreve que

“as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: 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 espacio-temporalmente. Os direitos do homem 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”.

Assim, para efeito de deslocamento da competência, estão incluídos os direitos de primeira, segunda e terceira geração e, diante da cláusula de abertura dos direitos humanos, podem ser federalizados novos direitos humanos que surjam e sejam objeto de tratados internacionais, independentemente de estarem integrados ao texto constitucional.

Percebe-se, portanto, que é possível a existência de direitos humanos não constitucionalizados, mas isso não lhes retira a condição de direitos humanos e por consequência a possibilidade da federalização quando de sua violação.

Vale lembrar, também, que o art. 5º, § 3º, estabeleceu que 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, incorporando-se, assim, ao texto constitucional, passando a ser norma formal e materialmente constitucional.

Deve-se aplicar, portanto, a cláusula de abertura dos direitos humanos, sendo possível o deslocamento da competência de qualquer direito que apresente as características dos direitos humanos.

Além de definir o significado da expressão direitos humanos, é preciso estabelecer o que representa a grave violação, especialmente porque toda violação aos direitos humanos é grave. A graduação da violação é algo extremamente difícil e incumbirá ao Superior Tribunal de Justiça decifrar o que constitui grave violação.

De qualquer forma, é necessário fugir da subjetividade e, sendo possível, deve o intérprete encontrar critérios claros, de preferência estabelecidos em diplomas legais, evitando as sérias críticas a respeito da indeterminação da expressão grave. José Luiz Bolzan de Moraes (2005, p. 253) fala da “indeterminação presente na expressão

grave violação dos direitos humanos, o que torna o conteúdo da norma vago e impreciso, o que pode contribuir para casuísmos descabidos em tema tão importante”.

Buscando fugir dessa vagueza conceitual, é possível imaginar algumas soluções.

Não há dúvida de que a prática de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes em que a pena máxima não supera dois anos¹, não pode ser considerada grave violação de direitos humanos, por haver uma incompatibilidade lógica. Se o crime é de menor potencial ofensivo, não pode, ao mesmo tempo, ser grave. Também a prática de crimes com pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão não pode ser classificada como grave, pois o Código Penal permite nessas hipóteses a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos², e, nesse mesmo patamar, é permitida a concessão do regime aberto ao condenado.

Assim, se o Código Penal não trata com severidade essas condutas, pode-se concluir que a prática desses crimes não pode ser considerada grave violação dos direitos humanos.

Ademais, segundo Vladimir Aras ([200-]), esse patamar encontra respaldo em texto internacional, já que, segundo referido autor, “pelo artigo 2, letra ‘b’, da Convenção nas Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), concluída em 2000 e em vigor para o Brasil desde 28 de fevereiro de 2004, é considerado crime grave todo ‘ato que constitua infração punível com pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior’. A convenção, já integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, tem força de lei e pode servir de parâmetro seguro para a conceituação da expressão ‘grave violação a direitos humanos’”.

Nos inquéritos e nos processos civis, a situação é mais complicada, pois não existe qualquer parâmetro legal para definir o que seja grave violação. Assim, somente o

Superior Tribunal de Justiça poderá definir, na esfera cível, as situações em que considera ter ocorrido grave violação a direitos humanos. Tal análise deve ser feita caso a caso.

3.2. *Assegurar o cumprimento dos tratados internacionais*

Em relação ao segundo pressuposto, ou seja, a necessidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, o Constituinte reformador não estabeleceu quais são os tratados internacionais de direitos humanos, contrariando sugestão apresentada pela Associação Nacional dos Procuradores da República, que, em documento enviado ao relator do projeto da Reforma, deputado Aluísio Nunes Ferreira, defendia a elaboração de um rol de tratados em que era possível a Federalização³.

Diante da necessidade de ampla proteção aos direitos humanos, fez bem o constituinte reformador em não indicar quais seriam esses tratados, observando a cláusula aberta dos direitos fundamentais. Uma redação restritiva deixaria sem proteção novos direitos, criando dois sistemas jurídicos para os direitos humanos, o que não seria correto diante dos princípios da indivisibilidade e da interdependência.

3.3. *Incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos*

Resta-nos, ainda, analisar o requisito da demonstração da *incapacidade do Estado Membro de promover a responsabilização ou reparação da violação aos direitos humanos*.

Isso ocorrerá quando o Estado Membro, na fase da investigação, julgamento ou execução da condenação, demonstrar desídia, negligência, em sua atuação, evidenciando que naquele caso suas autoridades são incapazes de promover a *responsabilização ou reparação da violação*.

Luiz Flávio Gomes (2002) escreve que, “quando a Polícia e/ou Justiça Estadual

atuam prontamente, sem nenhum tipo de morosidade ou descuido, antes e depois da grave violação, não se pode justificar o deslocamento da competência”.

A demonstração da negligência estadual deverá ser analisada caso a caso, não sendo possível a generalização, ou seja, não é possível afirmar que, em casos anteriores, houve demora na resposta jurisdicional e que isso é um prenúncio de que ocorrerá novamente. Para o deslocamento da competência, há de ficar demonstrado que, naquele caso concreto, as instituições estaduais, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, não estão atuando de forma adequada na defesa dos direitos humanos.

Além disso, caso a incapacidade seja apenas da polícia judiciária, não será o caso de deslocamento da competência, pois a legislação infraconstitucional já permite que a Polícia Federal investigue as infrações penais que resultem em grave violação de direitos humanos.

Jorge Assaf Maluly (2005, p. 6), a respeito do instituto, escreve que

“deve ser destacado, novamente, em desfavor da modificação da competência, que o texto da Lei nº 10.446/02 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”.

Frise-se que todos esses pressupostos são cumulativos e devem estar presentes para que ocorra o deslocamento da competência.

4. Aspectos processuais

4.1. Competência

A competência para conhecer do Incidente de Deslocamento de Competência veio estabelecida no § 5º do art. 109 da Constituição. Cuida-se de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, órgão incumbido originariamente de resolver os conflitos de competência entre tribunais e juízes a ele não vinculados⁴. Diante disso, preferiu o constituinte reformador atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar o incidente de deslocamento de competência.

Dentro do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não existisse norma regimental disciplinando o procedimento do instituto, o presidente desse Tribunal editou Resolução⁵ atribuindo a 3ª Seção, composta pelos Ministros da 5ª e 6ª turmas, entre os quais será escolhido o relator.

4.2. Legitimidade

Somente o Procurador-Geral da República poderá propor o incidente de deslocamento de competência. Alguns autores, entre eles Flávia Piovesan (2005, p. 81), entendem que seria razoável uma ampliação dos legitimados ativos, democratizando “o acesso ao pedido de deslocamento a outros relevantes atores sociais”. Ocorre que o incidente de deslocamento de competência é uma forma mais amena e pontual de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal.

Assim, se a intervenção da União por inobservância dos direitos da pessoa humana só pode ser requerida pelo Procurador-Geral da República, essa “miniintervenção” deve ter o mesmo legitimado ativo.

Destaca-se, contudo, que, embora o Procurador-Geral da República seja o úni-

co legitimado para propor o incidente de deslocamento de competência, qualquer interessado pode representar a ele solicitando a federalização das violações aos Direitos Humanos.

4.3. Procedimento

A resolução nº 6 do Superior Tribunal de Justiça fixou a competência para a apreciação do incidente, mas não fixou o procedimento a ser seguido e assim, na ausência de disposição legal, será o relator que, por ora, determinará qual será o procedimento. Isso não impede imaginar como seria um procedimento ideal.

A princípio é importante destacar que a petição inicial deverá demonstrar a presença dos três pressupostos acima referidos. Diante disso, o Procurador-Geral da República deve demonstrar a ocorrência da grave violação aos direitos humanos, indicando o tratado internacional que o Brasil se obrigou a cumprir em relação à matéria. Deve também, sob pena de ver indeferido o pedido, demonstrar a inércia, a negligência das autoridades Estaduais, demonstrando-se a incapacidade de punir ou reparar a grave violação aos direitos humanos e a necessidade do deslocamento.

Havendo a necessidade de demonstração de situação de fato, entendemos ser conveniente a instauração de procedimento administrativo pelo Procurador-Geral da República a fim de angariar elementos que demonstrem a presença dos pressupostos da federalização. O procedimento poderá ser instaurado de ofício ou mediante representação de qualquer interessado.

Não será possível a apresentação de pedido liminar, pois, somente com a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, será possível o deslocamento da competência e a realização de atos na Justiça Federal. A concessão da liminar geraria uma situação de insegurança e prejudicaria a apuração tanto na Justiça Estadual como na Federal.

Recebido o pedido, o relator deverá solicitar informações do Poder Judiciário estadual. O pedido de informações, dada a gravidade do deslocamento da competência, deve ser sempre endereçado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, pouco importando se existe inquérito ou processo ou a fase em que esteja o processo.

Também deverá ser instado a se manifestar a respeito do pedido de deslocamento o Governador do Estado, pois a “miniintervenção” em um dos poderes do Estado Membro lhe interessa diretamente. Com a ciência do pedido, poderá tomar providências na tentativa de evitar o deslocamento da competência, pois o deferimento do pedido, sem dúvida alguma, levará à desmoralização dos Poderes locais, inclusive do Poder Executivo.

Tratando-se de deslocamento de competência na esfera penal, também terá de ser facultada ao Ministério Público Estadual, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, e ao réu, a oportunidade de se manifestar sobre o pedido, já que são partes na relação processual e têm interesse direto no desfecho do pedido. Em relação ao Ministério Público Estadual, com a federalização, lhe é retirada a atribuição para promover a ação penal pública, direito assegurado constitucionalmente, sendo imprescindível que tenha a oportunidade de demonstrar que não há qualquer desídia, negligência, de sua parte ou do Poder Judiciário. Por sua vez, o réu pode ter interesse em ser julgado na Justiça Estadual, sendo imprescindível a oportunidade de manifestação sobre o deslocamento da competência.

Com a vinda das informações ou decorrido o prazo fixado pelo relator, os autos serão enviados ao Procurador-Geral da República para manifestação. Embora possa parecer desnecessário, pois o autor do pedido é o próprio Procurador-Geral da República, é possível que, com as informações prestadas, ele convença-se da desnecessidade da federalização, podendo-se manifestar pelo indeferimento do pedido,

o que não vinculará o Superior Tribunal de Justiça. Esse entendimento guarda relação com o procedimento adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade, quando, mesmo sendo o autor, o Procurador-Geral da República manifesta-se novamente nos autos, podendo manifestar-se pela improcedência do pedido.⁶

A próxima etapa será o julgamento do pedido.

4.4. Decisão

O pedido de deslocamento só pode abranger um fato determinado, ou seja, para cada violação deverá haver um pedido de deslocamento da competência, não sendo possível a apresentação de pedidos genéricos. Sendo assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça só poderá acolher ou não acolher o pedido.

Caso seja deferido o pedido de deslocamento, o julgamento será transferido para Justiça Federal, devendo ser observados os demais dispositivos constitucionais para a fixação da competência. Assim, caso o crime seja da competência do júri, o julgamento estará afeto ao Tribunal do Júri Federal. Tratando-se de agente que goze de prerrogativa de função, deverá ser observada esta circunstância, ou seja, se o agente deveria ser julgado pelo Tribunal de Justiça, deverá ser julgado pelo Tribunal Regional Federal.

4.5. Recurso

Proferida a decisão, será cabível o recurso extraordinário uma vez que, deferindo ou não o pedido, ela pode contrariar dispositivo da Constituição. Sendo determinado o deslocamento, poderá questionar-se a presença de seus pressupostos e a ofensa aos princípios do juiz e do promotor natural⁷. No caso de indeferimento do pedido, pode a Procuradoria Geral da República discutir o descumprimento do próprio art. 109, § 5º.

Não se deve analisar a decisão sob a ótica do conflito de competência, em que

segundo o Supremo Tribunal Federal, não seria possível o recurso. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que não há conflito de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais, pois “o dissídio, em matéria de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e um Tribunal de segundo grau da Justiça ordinária – não importando se federal ou estadual –, é um problema de hierarquia de jurisdição e não de conflito” (BRASIL, 2001, p. 3). Não é o que ocorre em relação ao Incidente de deslocamento de competência. Aqui há realmente um conflito. Como será visto a seguir, existem dois juízes competentes, um real e um potencial, e ambos estão em conflito.

O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo.

Tratando-se de procedimento criminal, vislumbra-se a possibilidade da impetração, em favor do réu, de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, alínea i), pois o julgamento perante órgão incompetente, sob a ótica do réu, causa-lhe grave constrangimento e ameaça a sua liberdade de locomoção.

5. Constitucionalidade

O novo instrumento de defesa dos direitos humanos vem tendo a sua constitucionalidade questionada. Tramitam no Supremo Tribunal Federal as ADIns 3486, de autoria da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), e 3493, de autoria da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), que sustentam a inconstitucionalidade da federalização com os seguintes fundamentos: a) violação do princípio do juiz natural e criação de tribunal de exceção; b) recriação do instituto da advocatária; c) violação do pacto federativo, cláusula pétrea da Constituição; e d) violação do princípio da segurança jurídica.

Diante disso, torna-se imperativo cada um desses fundamentos.

5.1. O princípio do Juiz Natural e a criação de tribunais de exceção

É certo que a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXVI e LIII, proíbe os chamados tribunais de exceção e consagra a garantia do processamento e julgamento da causa pelo juiz competente, segundo regras anteriores ao fato. Diante disso, só “se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais” (MARQUES, 1978, p. 447).

A dúvida, então, é saber se o deslocamento da competência para a Justiça Federal constitui violação ao princípio do Juiz Natural.

A criação do incidente por emenda constitucional, inserindo na Constituição a competência da Justiça Federal para julgar as violações aos Direitos Humanos, cria as condições para que ela, Justiça Federal, seja o Juiz Natural dos delitos nesses casos. É óbvio que a divisão de competência na Justiça Federal já está estabelecida e, com a ocorrência de uma grave violação aos direitos humanos, o juiz natural, no caso do deslocamento, já estará estabelecido.

Existirão dois juízes naturais. Um que desde início conhecerá do feito (estadual) e um juiz em potencial (federal), que poderá ser acionado no caso da inépcia da justiça estadual. Desde a ocorrência do fato, já se saberá qual é o juiz inicial e o juiz potencial, não havendo que se falar em juiz de exceção.

Essa competência está preestabelecida na Constituição e por isso não é possível afirmar que ela foi criada para casos ou fatos particulares, o que caracterizaria a violação ao princípio do juiz natural. Dessa forma, a federalização não institui o juízo de exceção, pois “o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente” (NERY JUNIOR, 2000, p. 66).

A federalização, ao contrário, institui uma “salutar concorrência institucional para o combate à impunidade e para a garantia de justiça” (PIOVESAN; VIEIRA, 2005), tudo em prol da defesa dos direitos humanos.

A propósito, o novo instituto tem sua inspiração e fundamento no princípio fundamental da “prevalência dos direitos humanos” nas relações internacionais (art. 4º, II, CF). Tratando-se de princípio fundamental, ele servirá de norte para a interpretação de toda a Constituição.

Assim, se para a defesa dos direitos humanos mostra-se necessária a criação do instituto, não há inconstitucionalidade na atribuição do julgamento do fato a outro juiz, que não o estabelecido inicialmente na Constituição, mas que se mostrou negligente na defesa dos direitos humanos.

Entre o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos e o princípio do juiz natural, deve prevalecer, nesse caso, o primeiro, valendo lembrar aqui a assertiva de Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 82) quando escreve que “o reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica ‘mitificadora’ e enganosa, frequentemente empregada para os princípios”. Não se pode, portanto, esquecer o princípio da prevalência dos direitos humanos para exaltar o princípio do juiz natural. Tal princípio, assim como todos os outros inseridos na Constituição, não são absolutos e devem-se compatibilizar com as demais normas constitucionais.

Importante lembrar ainda que o princípio do Juiz Natural não é absoluto, sendo a existência do instituto do desaforamento no procedimento do júri (art. 424 do CPP) uma demonstração clara disso.

Acrescente-se que a responsabilidade subsidiária para o julgamento das violações aos direitos humanos é princípio do Direito Internacional. Prova disso é que, caso o Brasil se mostre inerte na apuração e responsabilização das violações aos direitos humanos, poderá ser julgado pelos Tribunais Internacionais, independentemente da apuração da Justiça brasileira. Vigê o princípio da subsidiariedade. Será exatamente isso que ocorrerá no caso de o Estado Membro não se mostrar apto a apurar as violações aos direitos humanos.

A conclusão, portanto, é a de que a federalização das violações aos direitos humanos não viola o princípio do juiz natural e não cria qualquer tribunal de exceção.

Uma lembrança, contudo, precisa ser feita. A federalização só é possível para as violações ocorridas a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, pois foi ela que criou esse juízo potencial. Antes da reforma do judiciário, não era possível o deslocamento e a mudança do juízo competente. Diante disso não é possível a federalização de crimes como o “Massacre do Carandiru”, “Massacre de Eldorado de Carajás” e tantos outros que ocorreram no Brasil e permanecem impunes.

5.2. *Recriação do instituto da advocatária*

Pelo instituto da advocatária, um tribunal superior chama à sua jurisdição processo em andamento em juízo ou tribunais de instâncias inferiores. No Brasil a faculdade de avocar processos vem desde as Ordenações Manuelinas. Em tempo recente, a ação advocatária foi introduzida pela emenda nº 7 à Constituição de 1967 que facultava ao Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, avocar qualquer causa de interesse da União, desde que a tramitação nas instâncias inferiores pudesse “decorrer imediato perigo de grave lesão à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que

o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.⁸

Perdurou no direito brasileiro, sem grande utilização (CORRÊA, 1992), até a promulgação da Constituição de 1988. A ação advocatária tinha como característica principal a possibilidade de um órgão jurisdicional chamar para si o julgamento de processo que tramitasse em qualquer juízo ou tribunal.⁹

Não é isso que ocorre com o deslocamento de competência previsto no art. 109, § 5º. O deslocamento da competência se dá para a Justiça Federal, ou seja, não existe um órgão específico que vai avocar e julgar o processo. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pelo deslocamento da competência, não passará a ser o tribunal competente para o julgamento do feito. A competência continuará a ser exercida pela instância inferior, apenas com o deslocamento do feito para a Justiça Federal. O Superior Tribunal de Justiça só conhecerá da causa em grau de recurso, o que também ocorreria caso o processo permanecesse tramitando na Justiça Estadual.

Ademais, a advocatária criada pelo governo ditatorial tinha por objetivo controlar as decisões judiciais, vez que os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral de Justiça eram nomeados pelo presidente da República. Embora os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República continuem sendo nomeados pelo Presidente da República, não será atribuição do Supremo julgar e do Procurador-Geral de Justiça propor a ação cível ou penal. Além disso, a federalização tem objetivo bem diferente da advocatária, pois visa a defesa dos direitos humanos.

Assim, não há semelhança entre a advocatária e o instituto do deslocamento de competência, e, por isso, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade.

5.3. *Violação do pacto federativo*

O terceiro argumento trazido por aqueles que são contrários à federalização é o de

que haveria uma violação do pacto federativo, pois as competências estaduais estariam sendo transferidas para a União.

Ocorre que essa “invasão de competências” já está prevista na Constituição Federal pelo instituto da intervenção. A propósito, uma das características da Federação é a existência da possibilidade da intervenção federal nos Estados Membros.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2005, p. 254), falando das características da federação, escrevem que

“o Estado Federal deve conter um dispositivo de segurança, necessário à sua sobrevivência. Esse dispositivo constitui, na realidade, uma forma de manutenção do federalismo diante de graves ameaças. Trata-se da intervenção federal. Por meio desta, a União, em nome dos demais Estados-membros, intervém em um ou alguns Estados, onde se verificarem graves violações dos princípios federativos”.

Os princípios federativos, parte deles representada pelos princípios constitucionais sensíveis, estão previstos no art. 34, VII, da Constituição, no qual há previsão da intervenção federal para assegurar os “direitos da pessoa humana”. Ora, se existindo grave violação dos direitos humanos, há a possibilidade da intervenção federal no Estado Membro, não há inconstitucionalidade em realizar uma “intervenção pontual” apenas em relação a um processo, deslocando a competência para a justiça federal.

A intervenção federal é medida muito drástica e gera grave insegurança para as instituições e se para assegurar os direitos da pessoa humana bastar ao Procurador-Geral da República pleitear o deslocamento da competência para a Justiça Federal, não parece que isso possa ser considerado uma violação do pacto federativo.

Violação ao pacto federativo é a inércia, a negligência da justiça local, diante de uma grave violação aos direitos humanos.

5.4. Violação do princípio da segurança jurídica

A possibilidade da modificação da competência, segundo alega a Associação dos Magistrados Brasileiros na ADIN já referida, traria insegurança jurídica, pois a qualquer tempo poderia ser solicitada, tratando-se de um “inaceitável elemento surpresa”. Ocorre que, conforme já vimos, o deslocamento do processo não é ato discricionário do Superior Tribunal de Justiça. Para o deferimento do pedido, além de seguir o procedimento próprio, deve o Superior Tribunal de Justiça observar a presença dos requisitos para a federalização, só deferindo o pedido quando eles estiverem presentes incontestavelmente.

Lembramos, ainda, que o deslocamento da competência é uma microintervenção em um dos poderes do Estado Membro e na sua análise deve ser aplicada a lógica prevista para a intervenção federal nos Estados, ou seja, o deslocamento da competência é a exceção e, na dúvida, deve o Superior Tribunal de Justiça indeferir o pedido.

Salientamos, por fim, que a insegurança que paira sobre o instituto decorre do fato de o mesmo ter sido introduzido recentemente no direito brasileiro. Com o decorrer do tempo e a ajuda da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, existirão elementos seguros para analisar a necessidade do deslocamento da competência.

6. Considerações finais

A possibilidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal trará importantes avanços para a defesa dos direitos humanos.

Será medida profilática que melhorará a atuação das polícias e da Justiça Estadual na repressão às violações a direitos humanos. Qualquer autoridade, do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou do Ministério Público, não ficará satisfeita em ter um procedi-

mento federalizado e realizará tudo o que estiver ao seu alcance para evitar o descumprimento dos tratados internacionais. Polícia civil e militar, Ministério Público e Poder Judiciário estarão empenhados em apurar e julgar de forma célere as violações aos direitos humanos. O próprio Poder Executivo terá interesse em aprimorar os instrumentos para a apuração das violações, investindo recursos na modernização das instituições estaduais.

E, caso isso não aconteça, estará prevista na Constituição a possibilidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal, impedindo que prevaleça a impunidade.

Resta-nos, então, a esperança de que o novo instituto seja um importante instrumento na luta contra a impunidade, o que já será um avanço importante na defesa dos direitos humanos.

Notas

¹ Art. 2º da Lei 10.259/01.

² Art. 44, I do Código Penal.

³ Redação sugerida pela ANPR: "Art.109 (...) XII- os crimes contra os direitos humanos, assim considerados os seguintes delitos: a) tortura; b) homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio; c) praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; d) homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e) uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de crianças e adolescentes, em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais. (...) § 5º Serão igualmente processadas na Justiça Federal as causas cíveis decorrentes dos crimes previstos no inc. XII; § 6º A lei poderá estabelecer outras hipóteses de crimes contra os direitos humanos". Boletim dos Procuradores da República, nº 14, junho/99, ww.anpr.ogr.br/boletim/boletim14/reforma.htm, acessado em 31.out.05.

⁴ Art. 105, I, alínea "d" da Constituição Federal.

⁵ Resolução nº 6, de 16 de fevereiro de 2005.

⁶ RTJ 122/923; 124/59.

⁷ Princípio admitido expressamente pelo STF (BRASIL, 1993).

⁸ Art. 119, I, alínea "o" da Constituição de 1967.

⁹ Competia ao Supremo Tribunal Federal julgar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido" (art. 119, I, o da CF de 1967).

Referências

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Jus navegandi*, Teresina, [200-]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>, Acesso em 13 jun. 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 67759/RJ. Relator: Min. Celso de Mello, Rio de Janeiro, 6 ago. 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 1 jul. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no conflito de competência n. 7094/MA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, São Luiz, 9 mar. 2000. *Diário de Justiça*, Brasília, 4 maio 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: J. Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CORRÊA, Maurício José. *Avocatória*. Brasília: Senado Federal, 1992.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Federalização dos crimes graves: que é isso?. *Mundo legal*, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=16221>. Acesso em: 13 jun. 2005.

MALULY, Jorge Assaf. A federalização da competência para julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 148, mar. 2005.

MARQUES, Frederico. Juiz Natural. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. 46 v.

- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, José Luiz Bolzan de. Deslocamento de competência para a justiça federal de violações contra direitos humanos. In: AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: M. Limonad, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Org.). *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.