

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO

**A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O INCIDENTE DE  
DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA**

André Isiliani Bott

Presidente Prudente - SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO

**A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O INCIDENTE DE  
DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA**

André Isiliani Bott

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente - SP

2014

# **A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA**

Monografia/Trabalho de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

---

MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA  
Orientador

---

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI  
Examinador

---

MÁRIO COIMBRA  
Examinador

Presidente Prudente, 27 de outubro de 2014.

*“Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor, mas lutamos para que o melhor fosse feito. Não somos o que deveríamos ser, não somos o que iremos ser, mas graças a Deus, não somos o que éramos.”*

*Martin Luther King, Jr.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que me deu a graça da vida e me dá forças diariamente para que eu siga em frente mesmo nos momentos mais difíceis. Obrigado, Senhor, por conduzir os meus passos e ser fonte de luz em minha vida e alimento para minha alma.

Meus mais sinceros e profundos agradecimentos a meus pais, Ricardo e Márcia, por todo o amor e carinho a mim dispensados, e por terem me passado valores, como a humildade e a perseverança, que levarei comigo pelo resto de minha vida. Agradeço por estarem sempre ao meu lado e por não medirem esforços em minha formação pessoal e intelectual.

Agradeço a todos os meus familiares, especialmente à minha avó Emília, pessoa de garra, que eu admiro infinitamente e por quem dispenso um carinho e admiração ímpar.

Minha imensa gratidão aos meus queridos irmãos, Thiago e Victor, e aos meus amigos, que nada mais são que irmãos que a vida me deu. Sem vocês com certeza minha vida teria menos graça. Obrigado por estarem presentes nos momentos mais incríveis da minha vida e por compartilharem experiências que levarei sempre comigo. Vocês são meus maiores tesouros.

Muito obrigado ao professor e mestre Marcelo Agamenon Goes de Souza, pelo qual tive a honra de ser orientado durante a confecção do presente trabalho, quem admiro e respeito pelo ilibado saber e caráter. Minha profunda gratidão, também, aos professores Mário Coimbra e Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, que prontamente aceitaram compor minha banca examinadora.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje. Acredito que todas as pessoas que passam em nossas vidas têm algo a nos acrescentar e ensinar. Assim, as experiências interpessoais são essenciais em nossa formação, pois os erros e acertos delas decorrentes permitem que estejamos em constante evolução.

## RESUMO

O presente estudo cuidou da abordagem acerca da constitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência, introduzido na Constituição Federal brasileira no ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45. O instituto, previsto no § 5º do artigo 109, da Lei Maior, permite que, em casos de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República desloque a competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, visando garantir proteção efetiva aos direitos humanos. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, emergiu uma preocupação mundial em tutelar a dignidade humana. A partir de então, criaram-se diversos organismos internacionais de responsabilização dos Estados violadores dos tratados de direitos humanos. É nesse contexto que o desenvolvimento de mecanismos internos de proteção de direitos humanos mostra-se necessário a fim de que se impeça a responsabilização internacional do Estado. Embora bem intencionado, o Incidente de Deslocamento de Competência é bastante criticado, alegando-se que violaria os princípios constitucionais do pacto federativo, do juiz e do promotor natural, da legalidade e do devido processo legal. Conforme comprovaremos neste trabalho, embora os fundamentos da crítica sejam embasados em bons argumentos, o instituto é plenamente constitucional, sendo de suma importância na garantia da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional nº 45. Incidente de Deslocamento de Competência. Federalização. Direitos Humanos. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Responsabilização Internacional.

## ABSTRACT

This study approaches the constitutionality of the Incident Shift Racing, introduced in the Brazilian Federal Constitution in 2004, by Constitutional Amendment nº 45. The institute provided in § 5 of Article 109 of the Federal Constitution allows that in cases of serious human rights violation, the Attorney General's Office moves the competence of the state courts to the federal courts in order to ensure effective protection of human rights. Since the end of World War II, upholding human dignity emerged as a global concern. Since then, several international organizations were created to assure States, which violate human rights treaties, of more accountability. In this context, the development of internal mechanisms for human rights protection has been proved necessary in order to prevent that the international responsibility of the State. Although well-intentioned, the Incident Shift Racing is widely criticized, being alleged to violate the constitutional principles of the federal pact, the judge and the natural promoter, legality and due process. As it will be shown in this work, although the grounds for criticism are based on good arguments, the institute is fully constitutional, being of utmost importance in ensuring human dignity.

**Keywords:** Constitutional Amendment nº 45. Incident Shift Racing. Federalization. Human Rights. International Human Rights Treaties. International accountability.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>11</b>
2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004.....	11
2.2 A Expressão "hipótese de grave violação de Direitos Humanos".....	13
2.3 Natureza da matéria a ser deslocada.....	17
2.4 Momento para requerimento da Medida.....	21
2.5 Os Sujeitos do IDC.....	25
2.5.1 Legitimidade Ativa.....	26
2.5.2 Órgão Julgador.....	27
<b>3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>29</b>
3.1 Evolução histórica dos Direitos Humanos.....	29
3.2 Os Direitos Humanos e o Relativismo Cultural.....	32
3.3 A Hierarquia dos Tratados Internacionais.....	35
3.4 O dever do Estado de proteção aos Tratados de Direitos Humanos e as consequências de sua violação.....	38
3.5 Meios de reparar a violação.....	43
3.6 Mecanismos de proteção dos Direitos Humanos.....	45
3.6.1 O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.....	46
3.6.2 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	49
<b>4 CRÍTICAS AO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>53</b>
4.1 Violação ao Pacto Federativo.....	53
4.2 Violação aos Princípios do Juiz e do Promotor Natural.....	56
4.3 Violação aos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal.....	59
<b>5 A DEFESA DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>62</b>
5.1 Os Contornos do Pacto Federativo no Brasil.....	66
5.2 O verdade objetivo do Juiz e do Promotor Natural.....	69
5.3 Os Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal.....	71
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda um tema sensível de nosso ordenamento jurídico, qual seja, o Incidente de Deslocamento de Competência, previsto no § 5º do artigo 109, da Constituição Federal, introduzido no ano de 2004 através da Emenda Constitucional nº 45. Desde então, muito se discute a respeito de sua constitucionalidade.

Deixamos claro que não é nossa pretensão esgotar um tema tão complexo e espinhoso como este. O que visamos aqui é apresentar uma visão ampla do instituto, trazendo os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis da "federalização", como comumente é chamado o Incidente de Deslocamento de Competência, e a responsabilidade do Brasil diante da violação de tratados que versam sobre direitos humanos.

Para isso, iniciamos o presente trabalho trazendo, de forma breve, os motivos que ensejaram a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, cujo principal objetivo era fazer uma verdadeira reforma no poder judiciário, a fim de se garantir a proteção da dignidade humana.

Em seguida, trouxemos o significado da expressão "grave violação de direitos humanos", contida no § 5º do artigo 109 da Lei Fundamental, expressão esta que, dada sua amplitude, garante aos críticos um de seus principais argumentos pela inconstitucionalidade do instituto.

Prosseguimos mediante uma análise aprofundada e específica do IDC, ocasião em que apontamos o objeto da matéria a ser deslocada, o momento em que o deslocamento deve ser requerido, a legitimidade ativa do Procurador-Geral da República para propositura da ação e a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgá-la.

Posteriormente estudamos todo o processo histórico de desenvolvimento dos direitos humanos, desde seus primeiros relatos até os dias atuais, em que estão consagrados em importantes documentos, tendo como importante referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A partir de então, conforme se observará no presente estudo, diversos tratados sobre direitos humanos foram celebrados entre as nações de todo o globo, e uma vez descumpridos esses tratados, o Estado violador poderá ser internacionalmente responsabilizado por órgãos fiscalizadores, como é o caso da ONU e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Note, portanto, a importância do Brasil adotar mecanismos que impeçam a sua responsabilização perante a sociedade internacional, o que se alcança através da intensificação da proteção dos direitos fundamentais do homem, como é o caso, por exemplo, da criação do Incidente de Deslocamento de Competência.

No entanto, em que pese a nobre intenção da Emenda Constitucional nº 45 ao criar o IDC, o instituto não ficou imune a críticas, pois alguns o acusam de violar os princípios do juiz e do promotor natural, do pacto federativo, da legalidade e do devido processo legal.

Sendo assim, trouxemos todos os argumentos que a crítica o faz para, ao final deste estudo, comprovarmos que o Incidente de Deslocamento de Competência, além de bem intencionado, é cabalmente constitucional.

## **2 O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA**

Para que possamos ter uma visão ampla do Incidente de Deslocamento de Competência e para compreendê-lo de forma cabal, é necessário analisarmos a sua origem e o motivo pelo qual o instituto foi introduzido em nossa Constituição Federal.

Sendo assim, iniciaremos este capítulo com o estudo da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu a federalização em nossa Lei Maior, para, posteriormente, nos aprofundarmos na análise do instituto propriamente dito.

### **2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004**

No ano de 2004, o poder judiciário ansiava por reformas em sua estrutura. A função conferida ao Estado para solucionar lides, qual seja, a jurisdição, que nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo poder judiciário a fim de solucionar conflitos entre as partes mostrava-se ineficaz.

A morosidade dos processos e a ineficácia de muitos provimentos judiciais gerava grande insatisfação nos jurisdicionados. O sistema judiciário não conseguia acompanhar os avanços pelos quais a sociedade passava. Diante disso, o sentimento de descrença e de insegurança gerado naqueles que precisavam de amparo perante o judiciário era geral.

Após diversas mudanças na legislação processual, em tentativas frustradas de solucionar o problema, a saída foi reformar o próprio texto constitucional. No dia oito de dezembro de 2004, foi promulgada, então, a Emenda Constitucional nº 45, sendo feitas inúmeras mudanças na estrutura do poder judiciário pelo constituinte derivado.

Alterações que merecem destaque no contexto do presente trabalho é a elevação dos tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, a nível de emenda constitucional, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, conforme se observa nos parágrafos terceiro e quarto do artigo 5º de nossa *Lex Mater*, que foram introduzidos pela EC nº 45, a seguir transcritos:

Art. 5º (...)

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Note-se a preocupação da Constituição Federal com a dignidade da pessoa humana e a sua busca pela concretização dos direitos humanos em nosso ordenamento. Assim, ao dar natureza de emenda constitucional aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o constituinte conferiu grande responsabilidade ao Estado no caso de descumprimento destes. Ora, se o Estado viola a sua própria constituição, certamente estará sujeito a represálias no âmbito internacional.

Desta forma, a fim de evitar responsabilização internacional do Estado brasileiro por desrespeito a tratados internacionais de direitos humanos a que livremente aderiu e comprometeu-se a cumprir, a Emenda Constitucional 45/2004 criou o Incidente de Deslocamento de Competência. Oportuno, aqui, citar os dizeres de Ubiratan Cazetta (2009, p. 3):

Entre as muitas alterações trazidas pela EC 45, na chamada Reforma do Judiciário, um tema reafirma a preocupação originária do Texto Constitucional: a efetivação dos direitos humanos na ordem interna, com forte influência das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Portanto, foi necessária a criação de um mecanismo interno para evitar que o poder judiciário de um determinado Estado-membro, através da prestação de uma tutela jurisdicional ineficaz que viola tratados internacionais de direitos humanos, pudesse levar o Estado brasileiro a sofrer punições de organizações internacionais.

Nesse sentido, o Incidente de Deslocamento de Competência foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso V-A ao artigo 109 da Constituição Federal, *in verbis*:

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;  
§ 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.

Portanto, o Incidente de Deslocamento de Competência nada mais é que a federalização de processos da competência da justiça estadual, ou distrital, em caso de grave violação de direitos humanos. Note que utilizamos a expressão federalização de processos, e não federalização de crimes, como, erroneamente, parte da doutrina se utiliza. Isso porque o que se federaliza é a competência do órgão jurisdicional que irá julgar o crime, e não o crime propriamente dito.

## **2.2 A Expressão "hipóteses de grave violação de direitos humanos"**

A utilização de expressões indeterminadas é comum no texto constitucional contemporâneo, sendo adotadas principalmente em casos de temas complexos e que envolvem diversas matérias, evitando-se, desta forma, o

engessamento do ordenamento jurídico. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 64):

[...] nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

Entretanto, isso não quer dizer que normas constitucionais com expressões genéricas são inaplicáveis. Nestes casos, caberá ao intérprete o papel fundamental de definir e criar delimitações à expressão, função que deverá ser desempenhada sempre de forma coerente, sem ultrapassar as limitações inerentes da própria expressão, a fim de não descaracterizá-la.

Neste sentido, já que o legislador não definiu o que viria a ser "hipóteses de grave violação de direitos humanos", buscaremos elementos conceituais para caracterizar tal expressão, evitando que a banalização ou a restrição da aplicação do Incidente de Deslocamento de Competência.

Primeiramente, cabe a nós tecer alguns comentários a respeito da noção de "direitos humanos".

Em apertado escorço, os direitos humanos são direitos inerentes ao homem que foram conquistados ao longo do tempo e positivados em nível internacional, devendo também ser reconhecidos no âmbito nacional, relacionados à dignidade, liberdade e igualdade da humanidade.

É comum a doutrina distinguir direitos humanos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais seriam aqueles consagrados e positivados pela Constituição Federal, em nível nacional, ao passo que os direitos humanos estariam restritos aos direitos previstos em textos internacionais. É o que nos diz Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito

constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

No entanto, não é essa a interpretação que aplicaremos no caso do parágrafo quinto do artigo 109 da Constituição Federal no que diz respeito ao termo "direitos humanos". Se entendermos que os direitos humanos mencionados neste artigo são apenas aqueles consagrados pelo direito internacional, estaríamos excluindo os direitos consagrados pela Constituição Federal do campo de atuação do IDC. E não nos parece que foi essa a ideia do legislador, senão vejamos.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é meramente terminológica. Em sua essência, são poucas as diferenças observadas para esses direitos que, ao fim e ao cabo, possuem o mesmo objetivo de assegurar a dignidade do homem.

A diferenciação, portanto, se dá apenas na doutrina. Observa-se que o constituinte não se preocupou com tal distinção, não sendo sua intenção excluir os direitos fundamentais ao fazer referência a direitos humanos. Conforme se comprova na leitura do artigo 34, VII, b, da Constituição de 1988, o legislador constituinte preocupou-se em assegurar os direitos da pessoa humana, independente destes estarem positivados em nível nacional ou internacional. Vejamos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

b) direitos da pessoa humana;

Uma segunda questão é definirmos o que viria a ser uma grave violação de direitos humanos. Quando a violação assumiria a qualidade de grave? Se por um lado não devemos restringir o conceito de direitos humanos utilizado pelo instituto, por outro não devemos utilizá-lo de forma demasiadamente ampla.

Ora, considerando, por exemplo, que o direito a vida é o mais importante dos direitos do ser humano, poderíamos dizer que qualquer tipo de ofensa a referido direito configuraria, por si só, grave violação de direitos humanos, dando ensejo à federalização do processo. Entretanto, não é essa a interpretação que devemos dar ao instituto do IDC.

É preciso buscar elementos excepcionais que diferenciam o ilícito em questão. Ou seja, a violação de direitos humanos será grave quando for capaz de adicionar características ao fato aptas a gerar o deslocamento de competência processual para a esfera federal. Esses elementos podem ser de diversas naturezas, a depender do caso concreto, conforme leciona Ubiratan Cazetta (2009, p. 151-152):

Tais elementos podem derivar da conjugação de várias situações (objetivas e subjetivas), como o contexto em que atuava a vítima em defesa dos direitos humanos, a vinculação da ofensa a uma reiterada atuação estatal ilícita ou, mesmo, a uma tentativa de intimidação de minorias étnicas, prática de racismo ou como mecanismo de manutenção de poder.

Logo, a aplicação do instituto será viável quando a violação estiver eivada de elementos especiais que impõem a necessidade da federalização do processo, evitando-se, assim, que um mau julgamento proferido pela justiça estadual possa levar a responsabilização do Estado brasileiro perante órgãos internacionais.

A grave violação de direitos humanos, portanto, não está ligada somente a violência com que o crime foi executado. Antes de ser proposto o incidente, deve-se analisar a matéria e sua repercussão na esfera nacional e internacional. Nos dizeres de Eugênio Pacelli (2012, p. 241-242):

O primeiro requisito a ser exigido para intervenção do Procurador-Geral da República é a afirmação da existência de grave violação a direitos humanos. Por certo que a aferição da gravidade que vimos não diz respeito à violência em si. Todo crime de tortura, por exemplo, revela, sempre, uma violência abominável e, por isso, uma grave violação. Todavia, mesmo em tais casos, pensamos que nem sempre a competência deverá ser deslocada para o âmbito federal. Acreditamos que o exame da matéria, tal como ocorre com a



identificação do interesse nacional, deverá incluir a apreciação acerca do grau de repercussão da conduta, em relação à efetiva possibilidade de intervenção da Administração e das autoridades federais para a repressão e prevenção de tais delitos.

Note-se, portanto, que a gravidade da violação a direitos humanos que o constituinte se refere está muito mais ligada à repercussão do delito no cenário internacional e à punição que o país sofreria de órgãos internacionais no caso de um julgamento mal feito, do que com a violência propriamente dita do delito.

Entretanto, vale ressaltar que não é necessária a preexistência de lides internacionais envolvendo o Estado brasileiro para deslocar a competência. Seu objetivo é, antes de mais nada, prevenir o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos, evitando-se, assim, que o país seja alvo de críticas no cenário internacional.

Importante destacar o papel do Poder legislativo nesses casos, no sentido de preencher as lacunas deixadas na constituição através da criação de legislação esparsa que complemente o instituto do IDC. Desta forma, é tarefa do legislativo dizer claramente quais as hipóteses que justificariam o deslocamento da competência.

Claro que não nos parece razoável a imposição de um rol taxativo com hipóteses de aplicação do instituto, pois, como já visto, as circunstâncias do caso em concreto serão determinantes para sua caracterização, variando de caso para caso. Porém, nada obsta que o legislativo formule um rol exemplificativo que servirá de norte para o aplicador do IDC.

### **2.3 Natureza da matéria a ser deslocada**

Há uma celeuma na doutrina no que diz respeito à natureza do objeto do Incidente de Deslocamento de Competência. A dúvida é se o instituto abrange apenas as violações de direitos humanos que envolvem lides criminais, ou se

compreende também aquelas de natureza não criminal. A questão, portanto, é saber se o legislador constitucional teve ou não a vontade de restringir a natureza do objeto do IDC.

O artigo 109 de nossa Lei Maior tratou de fixar a competência da Justiça Federal, *in verbis*:

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

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

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

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a

comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 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.

Observa-se pela redação do artigo supracitado que em quase todos os seus dispositivos a técnica legislativa utilizada tratou de especificar claramente as hipóteses de atuação criminal e cível da Justiça Federal. A especificação só não ocorre justamente no inciso V-A e no § 5º, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45.

O §5º do artigo 109 da Constituição Federal, menciona que a competência poderá ser deslocada em qualquer fase do "inquérito" ou "processo", não especificando se o deslocamento ocorrerá apenas em processos de natureza criminal.

Ora, o termo "inquérito" aparece no Texto Magno tanto para referir-se à esfera civil, quanto à matéria de natureza criminal, conforme comprova o artigo 129, incisos III e VIII, respectivamente. Logo, não podemos dizer que "inquérito" possui natureza exclusivamente criminal. Da mesma forma, o termo "processo" é utilizado em diversas áreas do direito (cível, criminal, administrativa, trabalhista).

Ademais, ao analisarmos as condenações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, notamos que o julgamento é feito baseado na análise do caso como um todo, sem haver a separação das consequências criminais e cíveis.

Portanto, não haveria sentido deslocar apenas as violações de direitos humanos de natureza criminal, sendo que, caso o Brasil viesse a ser julgado pela Corte Interamericana, esta julgaria o caso em sua integralidade, impondo sanções tanto de natureza penal quanto de reparação do dano, que inclui indenização por danos materiais e imateriais, bem como garantias para que o ato não se repita.

É o que se observa no julgamento do caso Ximenes Lopes, por exemplo, que foi a primeira condenação sofrida pelo Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso ocorreu na Casa de Repouso Guararapes, na cidade de Sobral (Ceará), onde Damião Ximenes Lopes, pessoa com doença mental, foi torturado e espancado por funcionários da casa de repouso, vindo a óbito em 04 de outubro de 1999. Desde então os familiares de Damião procuraram por justiça. Entretanto, passados quase sete anos de sua morte, não havia sequer sentença nos autos do processo. O Brasil sofreu, então, sanções penais e civis decorrentes da demora na investigação do caso e da falta de punição aos responsáveis pela morte de Damião. Observa-se o parágrafo 170 da sentença proferida pela Corte Interamericana:

170. A Comissão e os representantes alegaram neste caso a violação dos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse tratado, em detrimento dos familiares da suposta vítima, com fundamento em que o processo penal que se iniciou para investigar, identificar e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes ainda se encontra pendente, transcorridos mais de seis anos dos fatos, sem que até esta data se tenha proferido sentença de primeira instância (par. 112.43 supra). A ação civil de reparação, que busca uma compensação pelos danos, tampouco foi solucionada (par. 112.49 supra). A Corte julga necessário, por conseguinte, examinar as diversas diligências relacionadas com a investigação policial e o processo penal e a ação civil de reparação de danos que tramitam atualmente no âmbito interno. Esse exame deverá ser feito de acordo com o disposto nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, com relação aos familiares da suposta vítima.

Assim, seja pelo fato de que a legislação não especifica se o instituto aplica-se apenas às violações de natureza criminal, seja pela análise dos julgamentos já proferidos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julga os casos em sua totalidade, sem fazer qualquer separação de matérias, entendemos ser falsa a afirmação de que o instituto contempla apenas as demandas de natureza criminal.

Portanto, desde que haja grave violação a direitos humanos e a possibilidade de responsabilização do Brasil perante a Justiça Global, serão objeto

do Incidente de Deslocamento de Competência tanto as matérias penais, quanto as cíveis.

## **2.4 Momento para requerimento da medida**

Encontramos na doutrina, a exemplo de Paulo Rangel, uma corrente que entende que o Incidente de Deslocamento de Competência não poderia ser arguido na fase de inquérito policial, sob justificativa de que não há, ainda, jurisdição nessa fase, e, conseqüentemente, não há competência a ser deslocada.

Ocorre que o inquérito é procedimento administrativo pré-processual de fundamental importância no trâmite processual, e havendo morosidade, desídia ou qualquer outra razão que prejudique a investigação por parte da autoridade policial, é possível que ocorra a federalização ainda nessa fase, para que, posteriormente, todo o processo não seja comprometido.

A possibilidade de deslocamento ainda na fase de investigação torna-se clara quando analisamos os casos já julgados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso Ximenes Lopes, conforme já mencionado, a demora e o descaso das autoridades policiais na investigação do caso, foram exatamente os motivos que levaram o Brasil a ser condenado. Assim, considerou a Corte ao abordar os aspectos referentes à investigação policial:

188. Por outro lado, no que se refere à investigação policial sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, está demonstrado que foi iniciada pela Delegacia Regional de Sobral em 9 de novembro de 1999, 36 dias depois do ocorrido na Casa de Repouso Guararapes (par. 112.18 supra).

189. Houve uma falha das autoridades estatais quanto à devida diligência, ao não iniciarem imediatamente a investigação dos fatos, o que impediu inclusive a oportuna preservação e coleta da prova e a identificação de testemunhas oculares. Os funcionários estatais tampouco preservaram ou inspecionaram a Casa de Repouso Guararapes ou procederam a uma reconstrução dos fatos para explicar as circunstâncias em que morreu o senhor Ximenes Lopes.

190. Em virtude dessa falta de investigação, os familiares da suposta vítima denunciaram perante diversos organismos os fatos relacionados com a morte de Ximenes Lopes e reivindicaram justiça no caso. A senhora Albertina Viana Lopes, mãe da suposta vítima, recorreu à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, e a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da suposta vítima, recorreu à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (par. 112.17 supra).

191. Todas as falências mencionadas demonstram a negligência das autoridades encarregadas de examinar as circunstâncias da morte do senhor Damião Ximenes Lopes e constituem graves faltas do dever de investigar os fatos.

Podemos dizer que quanto maior o tempo que decorre entre o fato e o início das investigações, mais difícil será sua solução. Note-se, portanto, que a investigação é um dos aspectos mais relevantes para que a responsabilidade internacional fique caracterizada, já que a omissão ou eventuais falhas nessa etapa certamente irão causar danos ao futuro processo que irá instalar-se, podendo levar à impunidade dos responsáveis pela violação dos direitos humanos em questão.

A Lei nº 10.446/2002 permite à Polícia Federal investigar crimes de violação a direitos humanos consagrados em tratados internacionais assinados pelo Brasil, com repercussão além dos limites do estado-membro ou que ecoe no cenário internacional. Assim, alguns dizem ser desnecessária a aplicação do IDC, tendo em vista que a referida lei teria a mesma finalidade do instituto sem que precisasse deslocar a competência.

Ocorre que, de acordo com a lei, a investigação da Polícia Federal ocorrerá concomitantemente com a de órgãos estaduais, estando os órgãos de segurança pública (federal e estadual) submetidos a um mesmo juiz e a um mesmo Ministério Público. Desta forma, há grandes chances desses diferentes órgãos utilizarem diferentes linhas de investigação e chegarem a conclusões divergentes. Assim, todo o esforço aplicado seria em vão, como nos ensina Ubiratan Cazetta (2009, p.172):

A dupla atuação dos diversos órgãos de segurança pública, que poderia ser vista como uma vantagem, pelo redobrado esforço investigativo, pode acabar por implicar não apenas uma inútil repetição de atos, como também estratégias distintas e, talvez, colidentes, submetidas a um mesmo juiz e a um mesmo Ministério Público, o que, exceto em excepcional hipótese de coordenação institucional, cedo se mostrará ineficaz.

No mais, se, supostamente, o Ministério Público estadual entendesse que determinada situação fosse caso de atuação da Polícia Federal, esta, sendo órgão da União, não estaria subordinada àquele, podendo discordar do entendimento da promotoria estadual e não atender ao pedido de investigação do caso.

Portanto, ainda que louvável o propósito da Lei nº 10.446/2002, esta não se mostra eficaz e absoluta a ponto de tornar desnecessária a aplicação do IDC. Somente com a federalização do processo, ainda na fase do inquérito policial, é que a Polícia Federal estará adstrita às ordens dos órgãos federais que compõem o sistema judicial, fazendo, assim, uma efetiva investigação.

Além da possibilidade de deslocamento da competência na fase de investigação, a federalização do processo poderá ocorrer, também, após a instauração da ação, em casos de lentidão injustificada no processamento desta, já que, nesta hipótese, o Brasil também pode vir a ser responsabilizado internacionalmente.

Surge, então, uma dúvida: em que momento o tempo de decurso da ação penal fugiria à normalidade, tornando o processo moroso tal ponto a gerar a responsabilidade do país frente à jurisdição internacional? Não encontramos em lugar algum do ordenamento jurídico uma tabela que nos sirva de parâmetro para respondermos a esta indagação.

O professor Ubiratan Cazetta (2009, p.177), a partir da análise das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, extraiu três critérios que devem ser observados para avaliar se o país será ou não responsabilizado internacionalmente em função de vícios na prestação jurisdicional. São eles:

- a) respeito às garantias judiciais;
- b) recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares;
- c) prazo razoável de duração do processo

O respeito às garantias judiciais nada mais é que aquele processo que garante o direito à ampla defesa e ao devido processo legal do acusado, e, ao

mesmo tempo, cumpre com o dever do Estado de proteger a sociedade e punir violações a direitos humanos.

Da mesma forma, de acordo com o segundo critério supracitado, é dever do Estado garantir a todo cidadão que sofreu violação a algum de seus direitos, que tenha, por meio da prestação jurisdicional, o seu direito e de seus familiares reparados.

O prazo razoável de duração do processo, por seu turno, é critério de difícil definição, pois dependerá de uma análise casuística para podermos então, concluir se o espaço de tempo que perdura o processo foge ou não à normalidade. Para isso, entre outros fatores, devemos considerar a utilização do princípio da proporcionalidade, analisar quais as consequências reais da morosidade do processo e como tais consequências refletem na vítima da violação e na sociedade em geral, averiguar como está sendo desenvolvida a prestação jurisdicional e até que ponto o Estado, representado pelas autoridades policiais e judiciárias, é responsável pela demora na duração do processo. No mais, é preciso levar em conta a complexidade do caso em questão, pois é obvio que quanto mais complexo, maior será o tempo despendido na solução do caso.

Outra celeuma é saber se é necessário esperar que a falha por parte do Estado se concretize, através da demora, inércia ou recusa da prestação jurisdicional, para se aplicar o instituto do IDC, ou se, em uma medida preventiva, o ente federal já poderia chamar para si o feito?

Embora seja difícil identificar elementos em um caso concreto que indicariam sinais de uma futura violação de obrigações internacionais, nos parece que o mais adequado, até mesmo por tratar-se de direitos tão relevantes quanto os direitos humanos, seria adotar uma medida de cautela, deslocando-se a competência já nos primeiros indícios de falha da justiça estadual. É o que conclui Ubiratan Cazetta (2009, p.180):

Mesmo reconhecendo a dificuldade de identificar, em abstrato, quais seriam os sinais perceptíveis e controláveis de uma "tragédia que se anuncia" (o descumprimento das obrigações internacionais), parece mais consentâneo com a concretização dos direitos humanos uma atuação que se mostre preventiva ou, ao menos, que não exija uma



situação de fratura exposta para promover o deslocamento de competência.

Portanto, o Estado deve agir de forma a evitar que o dano ocorra, e não somente depois de constatada a violação a direitos humanos.

Por fim, entendemos, também, ser perfeitamente possível a aplicação do IDC no âmbito recursal, bem como na fase de execução do processo. Conclui Denilson Feitoza (2008, p. 427) nessa linha de pensamento:

[...] Também pensamos ser cabível o IDC na hipótese de execução, seja cível ou penal, pois a grave violação pode decorrer tanto da inércia ou negligência em iniciar ou prosseguir na execução quanto no seu indevido cumprimento.

Desta forma, o incidente pode ser proposto em qualquer fase do inquérito ou do processo, cabendo o requerimento até mesmo na fase de execução. Essa ideia é formada ao ser feita uma interpretação literal do § 5º do artigo 109 da Constituição Federal.

## **2.5 Os Sujeitos do IDC**

Ao ser criado o instituto da federalização, conferiu-se ao Procurador-Geral da República legitimidade ativa para propor, diante do Superior Tribunal de Justiça, o Incidente de Deslocamento de Competência.

Como veremos a seguir, a opção do legislador não agradou a todos, já que alguns discordam da legitimidade conferida ao PGR para propor a medida, e do STJ para julgá-la. No entanto, traremos argumentos que comprovam que o constituinte derivado agiu com acerto.

### 2.5.1 Legitimidade Ativa

Conforme previsto na redação do §5º do artigo 109 da Constituição Federal, o Procurador-Geral da República é o único legitimado para propor o Incidente de Deslocamento de Competência.

Diversas críticas surgiram em relação a essa legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para a propositura da federalização da ação. Enquanto para uns o rol de legitimados deveria ser ampliado a fim de dar maior prestígio à democracia, para outros não seria correto sobrepor o PGR em relação aos Procuradores-Gerais de Justiça.

Ainda que as críticas sejam pertinentes e bem fundamentadas, fato é que a regra que confere exclusividade ao PGR para a propositura do instituto do IDC é coerente com o texto constitucional, na medida em que a *Lex Mater* estabelece legitimidade exclusiva ao PGR no pedido de intervenção federal feito ao STF. Desta forma, reservou-se ao Procurador-Geral da República a função de fiscalizar a concretização da proteção aos direitos humanos no país.

Com relação à alegação de que a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República criaria uma hierarquia deste em relação aos Procuradores-Gerais de Justiça, tal crítica é superada no momento em que se compreende que há uma divisão de atribuições aos membros do Ministério Público, tendo ficado ao PGR a função de atuação perante os tribunais superiores.

Importante ressaltar que é dever do PGR atuar nos casos em que o IDC é cabível, não sendo discricionariedade sua, invocar ou não o instituto. Ou seja, caso presentes os requisitos que autorizam a federalização da ação, o Procurador-Geral da República deverá, justificadamente, decidir pela sua propositura, ou arquivamento dos autos.

É fato que a Constituição Federal, tampouco lei complementar, estabeleceu órgão para ratificar ou reversionar a decisão do PGR. No entanto, isso não retira a obrigatoriedade de fundamentação das decisões deste, que deverá explanar sobre os motivos que o levou, ou não, a promover o processo.

Embora não haja um rito procedimental instituído, via de regra o Procurador-Geral da República determina que o estado-membro manifeste-se, geralmente na figura da Secretária de Segurança Pública, do *Parquet* Estadual e do Poder Judiciário, até mesmo para uma melhor fundamentação de sua decisão. Assim, poderá analisar, em cada caso concreto, se estão presentes os motivos para a proposição de ação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por se tratar de instituto que protege direitos humanos, o IDC é regido por regras processuais amplas, não admitindo restrições. Sendo assim, qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, poderá provocar o PGR para a propositura da federalização, independentemente de comprovação de interesse no caso em questão.

### **2.5.2 Órgão julgador**

A Emenda Constitucional nº 45 trouxe duas novas notáveis atribuições ao Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, de acordo com o artigo 105, I, i, da Constituição federal, e a apreciação do Incidente de Deslocamento de Competência, nos termos do § 5º do artigo 109 da Lei Maior.

Assim que introduzido em nosso ordenamento jurídico, foi questionado se o legislador não deveria ter atribuído ao STF competência para conhecimento do Incidente de Deslocamento de Competência. A seguir traremos os argumentos que colocaram fim a esta discussão.

Enquanto que ao Supremo Tribunal Federal, última instância para julgar matérias constitucionais, incumbiu-se o papel de guardar o texto constitucional, ao Superior Tribunal de Justiça reservou-se a função de uniformizar a interpretação da lei federal, ou seja, tornar coerente o ordenamento jurídico infraconstitucional. Além disso, é atribuição do STJ o julgamento de conflitos de

competência entre tribunais, como prevê o artigo 105 da Constituição Federal, *ipsis litteris*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

E o STJ, ao julgar o Incidente de Deslocamento de Competência, decide exatamente uma espécie de “conflito” de competência, pois, se de um lado há a competência tradicional da Justiça Estadual, de outro a Lei Maior estabeleceu competência à Justiça Federal para julgar casos de grave violação a direitos humanos previstos em tratados internacionais, caso aquela se mostre ineficiente.

Desta forma, sendo um órgão neutro, pois não está vinculado à Justiça Estadual nem à Justiça Federal, o STJ é capaz de julgar o conflito de forma imparcial, identificando as hipóteses de competência efetiva da Justiça Federal, e as hipóteses de deslocamento da competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual, quando presentes os requisitos.

No mais, além de ter sido escolhido para apreciação de conflitos de competência, o STJ mostra-se local adequado e imparcial para propositura do IDC em razão da composição de seus membros, já que é formado por um terço de desembargadores procedentes de Tribunais de Justiça, e um terço oriundos de Tribunais Regionais Federais. O outro um terço é escolhido, alternadamente, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e Territórios.

### **3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Conforme vimos, o Incidente de Deslocamento de Competência é invocado em casos de grave violação de direitos humanos, a fim de se garantir maior proteção a esses direitos.

Adiante, entenderemos que os direitos humanos desenvolveram-se ao longo do tempo em decorrência da preocupação da sociedade mundial em tutelar a dignidade da pessoa humana. Referidos direitos passaram a ser objetos de tratados internacionais firmados entre Estados, na tentativa de garantir liberdade, igualdade e fraternidade a todas as Nações.

E em caso de descumprimento desses tratados, o Estado violador não sairá impune, já que se desenvolveram sistemas internacionais que garantem a responsabilização do violador.

#### **3.1 A evolução histórica dos Direitos Humanos**

Os direitos humanos são frutos do desenvolvimento histórico da humanidade e estão em constante construção e evolução, amoldando-se às transformações pelas quais a sociedade passa. Eles não nascem prontos e acabados. São resultados de nossa história, de nossas lutas ao longo do tempo pela dignidade humana. Para surgirem como lei, portanto, dependem de um contexto favorável e adequado.

Para muitos, os direitos humanos são inerentes ao ser humano, ou seja, enquanto pessoa, todos temos o direito de viver com dignidade, independente desses direitos estarem positivados ou não pelo Estado, pois são indissociáveis da natureza humana. Para outros, entretanto, os direitos humanos surgiram a partir de um contrato entre os cidadãos e o Estado, culminando na elaboração das

Constituições.

Já no Egito antigo e Mesopotâmia surgiram alguns direitos individuais do homem para protegê-lo em relação ao Estado. O Código de Hamurabi, escrito em aproximadamente 1700 a.C., consagrou o direito a propriedade, a vida, a família, a dignidade, entre outros.

Posteriormente, na Grécia, os filósofos desenvolveram pensamentos voltados à liberdade e à dignidade do homem. Mas foi na Roma antiga que os direitos individuais do homem foram trazidos de forma mais coordenada e complexa através da Lei das doze tábuas.

No período da Idade Média, marcado por forte influência da Igreja Católica, o Cristianismo passou a defender a igualdade dos seres humanos, pregando que todos teriam o direito de viver com dignidade. Neste sentir, nos ensina Alexandre de Moraes (2011, p. 6-7):

[...] a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

Essas ideias evoluíram ao longo do tempo, até que vieram a dar frutos. O primeiro deles foi a Magna Carta, assinada na Inglaterra, em 1215, como uma forma de limitar o poder absoluto dos monarcas, e que influenciou a assinatura de diversos outros documentos que traziam em seu bojo a proteção à liberdade e à dignidade humana. Em relação à Magna Carta, considerado o documento mais importante na evolução dos direitos humanos, assim se pronuncia Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 41):

Como aponta Perez Luño, o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução

dos direitos humanos. Trata-se da Magna Charta Libertatum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio a população do acesso aos "direitos" consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade. [...]

Posteriormente, em 12 de junho de 1776, foi proclamada nos Estados Unidos a Declaração de Virgínia, onde constavam os direitos naturais e individuais do ser humano que devem ser observados pelo Estado, e que influenciou a Declaração Americana da Independência, em 04 de julho de 1776.

Influenciada pela Revolução Americana e por ideias iluministas, a França, em 1789, celebrou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um símbolo da Revolução Francesa, em que os direitos humanos e as liberdades individuais são proclamados de forma ampla e ecumênica pela primeira vez.

Atualmente, o cenário de proteção aos direitos humanos decorre das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Perplexos com a brutalidade desta guerra, as nações do mundo todo se uniram em busca dos valores do ser humano e da paz universal, dando origem a Organização das Nações Unidas (ONU). Desta forma, em 1945, é assinada a Carta das Nações Unidas, que tinha em seu conteúdo direitos humanos que, embora restritos às liberdades individuais, já traçavam valores éticos que deveriam ser observados pelos países que integravam a ONU.

Com isso, a relação dos Estados com seu povo tornou-se uma questão de nível global, ocorrendo a internacionalização dos direitos humanos, na medida em que a violação destes passa a ser objeto de organizações internacionais, regidas por normas do direito internacional.

Dentro desse contexto, é criada na ONU uma Comissão de Direitos Humanos, sendo sua primeira incumbência a confecção de um documento por meio do qual os governantes assumiriam o compromisso de zelar pelos direitos humanos de seus nacionais. Desta forma, em 10 de dezembro de 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que esboça os direitos básicos para o ser humano viver com dignidade. Para Fábio Konder Comparato (2008, p. 226):

[...] a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, mesmo não sendo um tratado (pois era desprovido de caráter formal), acabou por influenciar a elaboração de diversos diplomas legais ao redor do mundo, como é o caso da Constituição Federal brasileira de 1988.

Os anos seguintes foram marcados pela guerra fria, que dividiu o planeta em dois blocos político-econômicos, o socialista e o capitalista. Neste período, de disputa econômica, social, política, tecnológica e ideológica, a segregação entre os blocos era tamanha que até mesmo os direitos humanos foram, aparentemente, separados.

Em 16 de dezembro de 1966, foram aprovados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que os países de esquerda chamavam de direitos de "burgueses", e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os países de direita diziam ser direitos "comunistas".

Ressalte-se que essa divisão dos direitos, na verdade, inexistente. Os direitos humanos são, por natureza, indivisíveis e, na prática, um pacto complementa o outro, já que, ao fim e ao cabo, ambos visam à dignidade humana, apresentando, inclusive, preâmbulos idênticos.

### **3.2 Os Direitos Humanos e o Relativismo Cultural**

Apesar da grande luta ao longo do tempo para consagrar os direitos fundamentais do ser humano, representados, sobretudo, pela Declaração Universal



dos Direitos Humanos, esses direitos não são aceitos como universais por todos ao redor do mundo. Na contramão do pensamento daqueles que entendem pela universalização dos direitos humanos há aqueles que defendem o relativismo destes.

Os relativistas entendem que a cultura de cada povo deve ser levada em conta no momento de definir o que são direitos humanos. Sendo assim, defendem que diversos fatores devem ser levados em conta na hora de estabelecer esses direitos, e o que é considerado uma violação de direitos humanos para uma determinada cultura, pode ser um ato perfeitamente lícito para um outro povo. Nesse sentido, Flávia Piovesan (2012, p. 215-216):

Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. A título de exemplo, bastaria citar as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo e o hinduísmo e o mundo ocidental. Como ilustração, caberia mencionar a adoção da prática da clitorectomia e da mutilação feminina por muitas sociedades da cultura não ocidental.

A mesma autora continua (2012, p. 218):

Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural.

Logo, para essa corrente, a condenação de um determinado Estado imposta por um órgão internacional, seria um atentado a sua soberania, pois somente a sua jurisdição interna seria capaz de avaliar se houve a prática de algum ilícito.

Os universalistas rebatem dizendo que tais argumentos utilizados pelos relativistas são apenas uma forma que encontraram para acobertar as graves violações aos direitos humanos que cometem. Aduzem, ainda, que as normas universais de proteção aos direitos fundamentais do homem mostram-se necessárias nos dias atuais, e que sua consagração foi possível graças à evolução de pensamento da sociedade mundial.

Ademais, sustentam que a diversidade cultural existente ao redor do globo enriquece o rol de garantias tuteladas, não devendo ser usada como justificativa à violação de direitos humanos. Sendo assim, essa discussão entre relativistas e universalistas não se justifica, na medida em que uma cultura complementa a outra para formação dos direitos humanos. É o que nos ensina sabiamente Flávia Piovesan (2012, p. 221):

Nesse debate, destaca-se a visão de Boaventura de Sousa Santos, em defesa de uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas, a compor um multiculturalismo emancipatório. Para Boaventura: "Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu entendo, é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo". Prossegue o autor defendendo a necessidade de superar o debate sobre universalismo e relativismo cultural, a partir da transformação cosmopolita dos direitos humanos. Na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas são incompletas, haver-se-ia que aumentar a consciência dessas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria desse diálogo intercultural.

E é este nosso entendimento no presente trabalho. Acreditamos que os direitos humanos foram concebidos levando-se em conta a diversidade cultural existente no planeta. No entanto, essa diversidade esbarra em alguns limites, que seriam a dignidade e a liberdade do ser humano em sua essência. A ultrapassagem desses limites por um determinado povo não pode ser justificada pelas suas tradições e cultura.

Foi levando em conta a dignidade e a liberdade do ser humano que se conseguiu estabelecer padrões de proteção dos direitos humanos e, que, portanto,

devem ser respeitados por todos ao redor do mundo.

### 3.3 A Hierarquia dos Tratados Internacionais

A Constituição Federal de 1988, no § 2º da sua Declaração de Direitos, qual seja, seu artigo 5º, dispõe que:

§ 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.

Ao dizer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem aqueles previstos em tratados internacionais assinados pelo Brasil, o constituinte, além de deixar claro que o rol de garantias previsto no artigo 5º não é exaustivo, conferiu também maior relevância e proteção aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Desta forma, entendemos que o constituinte atribuiu natureza constitucional aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, pois esses tratados complementam as garantias constitucionais do artigo 5º. Nesse sentido, ainda que não estejam expressamente previstos como normas constitucionais, é conferido valor constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Nos dizeres de Flávia Piovesan (2012, p. 114):

A Constituição de 1988 recepção os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Esse valor constitucional atribuído a esses tratados aumenta ainda mais o dever do Estado de protegê-los. Ora, descumprir tratados que visam à proteção da dignidade humana seria o mesmo que violar garantias que o próprio Estado consagrou quando da assinatura do tratado. Sendo assim, o Estado estaria violando sua própria constituição, o que certamente ensejaria punição perante a sociedade internacional.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 corroborou com o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza constitucional, ao introduzir o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, que diz que os tratados internacionais de direitos humanos equivalem a emendas constitucionais, desde que aprovados por três quintos dos votos, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional.

Em que pese haverem entendimentos no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos assinados antes da EC nº 45 são infraconstitucionais e supralegais, pois foram aprovados pelo procedimento ordinário, não compartilhamos desse entendimento, pois, como já exposto, entendemos que o § 2º do artigo 5º conferiu natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. É o que afirma com sabedoria Flávia Piovesan (2012, p. 128):

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Dessa forma, aqueles tratados de direitos humanos aprovados nos termos estabelecido no § 3º do artigo 5º da Lei Maior, além de possuírem conteúdo constitucional, também ganham natureza formalmente constitucional. Isso não implica dizer, no entanto, que aqueles tratados de direitos humanos aprovados antes da EC nº 45, com quórum simples, portanto, não possuam natureza constitucional.

O STF, até o ano de 1977, proferiu uma série de julgados no sentido de

que os tratados internacionais deveriam prevalecer em relação à legislação federal. Porém, desde o ano de 1977, a mais alta corte de justiça do Brasil equipara os tratados internacionais às leis federais.

É o que se comprova no julgamento do RE 80.004-SE, em que o Supremo utilizou o critério cronológico para solucionar conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que passou a vigorar em 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69, fazendo prevalecer a lei interna em detrimento do tratado internacional, por ser o primeiro posterior em relação ao último.

Entretanto, recentemente o STF reconheceu que seu entendimento precisa ser revisto no contexto atual, sendo que cada vez mais vem se posicionando pela suprallegalidade dos tratados sobre direitos da pessoa humana.

Com relação aos tratados internacionais convencionais, ou seja, aqueles que não têm como conteúdo direitos humanos, entendemos que apresentam hierarquia infraconstitucional, o que se deduz pela leitura do artigo 102, III, b, da Constituição Federal, que atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, via recurso extraordinário, as causas cuja decisão que se recorre tenha declarado inconstitucional tratado ou lei federal.

Observando o artigo 27 da Convenção de Viena, que proíbe ao Estado alegar que descumpriu tratado internacional porque este era contrário a normas do seu direito interno, concluímos que os tratados internacionais tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, porém suprallegal. No entanto, este entendimento não é pacífico, pois, o STF, por exemplo, entende que os tratados internacionais equiparam-se às leis federais.

Concluímos que, embora haja posicionamentos que defendam a ideia de que os tratados internacionais estão hierarquicamente iguais às leis federais, entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto para disciplinar a questão: com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, apresentam hierarquia constitucional, à luz do que dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal; já os tratados internacionais convencionais possuem hierarquia infraconstitucional, porém estão acima das leis federais.

Importante mencionar que existem, ainda, mais dois entendimentos a

respeito dessa questão: o primeiro no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos estariam acima da Constituição, e o outro no sentido de que seriam infraconstitucionais, porém supralegais.

### **3.4 O Dever do Estado de Proteção aos Tratados de Direitos Humanos e as Consequências de sua Violação**

No que tange a matéria, notamos uma diferença substancial entre os tratados internacionais tradicionais e aqueles que versam sobre direitos humanos. Enquanto os primeiros são voltados a estabelecer acordos entre dois ou mais países, trazendo vantagens mútuas às nações contratantes, os tratados de direitos humanos visam à proteção da dignidade dos nacionais daquele Estado signatário.

Desta forma, os tratados internacionais convencionais são elaborados em favor dos contratantes, ao passo que os tratados de direitos humanos são materializados em prol dos indivíduos de determinada nação. Sobre o tema, afirma Flávia Piovesan (2012, p. 121):

[...] os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados.

Logo, podemos vislumbrar o dever de proteção que o Estado possui para com os tratados de direitos humanos, pois estes versam sobre garantias fundamentais dos seres humanos, vindo a atingir um número incontável de pessoas quando violados.

Para alguns autores, e assim também nos posicionamos, os tratados internacionais de direitos humanos fazem parte da gama de normas obrigatórias do

direito internacional denominada *jus cogens*, assim definido no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969:

[...] Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Logo, uma vez assinado, o tratado internacional de direitos humanos deverá obrigatoriamente ser cumprido nos seus exatos termos, pois o Estado pactuante não poderá torná-lo sem efeito ou modificá-lo, devido a sua natureza de *jus cogens*, que torna tais tratados inderrogáveis pela vontade das partes. Portanto, não resta alternativa para aquele país que assinou um tratado de direitos humanos senão cumpri-lo.

Sendo assim, é de fundamental importância a criação de mecanismos de punição àqueles países que não honram com as obrigações que assumiram perante o direito internacional. Tanto o próprio Estado bem como órgãos internacionais devem desenvolver seus métodos de fiscalização e punição. É o que nos lembra Antônio Augusto Cançado Trindade (1997-2003, v. 3, p. 636):

[...] as jurisdições internacional e nacional são copartícipes no labor de assegurar a plena vigência dos direitos humanos, e [...], a fortiori, em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se enriquece na medida em que incorpora os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos.

No que tange ao Estado, é seu dever assegurar que todos aqueles que estão sob seu poder, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, em qualquer que seja o nível federativo, estão cumprindo as garantias estabelecidas pelos tratados. O Estado, então, deverá fiscalizar, investigar e punir aquele ente que violou direitos da pessoa humana, pois caso não consiga cumprir com esse dever, será responsabilizado internacionalmente.

Essa responsabilização se justifica pois o Brasil expressamente aceitou submeter-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A

Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 63.1 dispõe:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Infelizmente, o que se observa no Brasil é que na prática os tratados internacionais de direitos humanos não ganham, por parte dos aplicadores do direito, a importância merecida, já que, muitas vezes, esses tratados são utilizados como mera fonte de interpretação do direito. É o que se observa, por exemplo, nos julgados de juízes que entendem pela inexistência de hierarquia entre os tratados de direitos humanos e as leis federais.

Imaginemos que um determinado processo que corre perante o judiciário contenha um conflito entre lei federal e um tratado internacional de direitos humanos, e o juiz, ao prolatar a sentença, decidiu pela prevalência da lei federal, que era posterior ao tratado internacional.

Note que o juiz manifestamente viola tratado de direitos humanos ao equiparar hierarquicamente as duas normas em conflito e utilizar o critério cronológico para desempate. Conforme já vimos, além de possuírem força constitucional, os tratados de direitos humanos versam sobre as garantias mais fundamentais para que o homem viva com dignidade.

Desta forma, caso o Estado não tome nenhuma providência contra esse determinado órgão do poder judiciário, afim de que os direitos humanos que foram violados sejam reparados, o Estado será responsabilizado perante a comunidade internacional. Foi o que ocorreu, por exemplo, no *caso Ximenes Lopes*, conforme o trecho do julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seguir transcrito:

83. No âmbito da referida Convenção, as obrigações constantes dos artigos 1.1 e 2 constituem a base para a determinação de



responsabilidade internacional de um Estado. O artigo 1.1 da Convenção atribui aos Estados Partes os deveres fundamentais de respeitar e de garantir os direitos, de tal modo que todo menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as normas do direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui fato imputável ao Estado, que compromete sua responsabilidade nos termos dispostos na mesma Convenção. Por sua vez, o dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção e, por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que levem à efetiva observância dessas garantias.

84. É ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente, por ação ou omissão, um desses direitos, está-se diante de uma suposição de inobservância do dever de respeito consagrado no artigo 1.1 da Convenção.

85. A Corte, ademais, dispôs que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado. As obrigações erga omnes que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais.

86. As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional, de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.

Perceba que o Estado poderá ser responsabilizado tanto por uma ação quanto por uma omissão. Poderá, ainda, responder em decorrência de atos de órgãos públicos ou de particulares. Veja a importância de o Estado adotar medidas, como é o caso do Incidente de Deslocamento de Competência, capazes de impedir sua punição no âmbito internacional.

Importante ressaltar que o Estado poderá ser responsabilizado quando da simples previsão de norma que viole direitos humanos em seu ordenamento

jurídico pátrio, mesmo que essa norma ainda não tenha sido concretamente aplicada. Foi o que decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Suárez Rosero*, que condenou o Equador por prever em seu código penal artigo que priva o acusado de tráfico de entorpecentes à garantia da duração razoável do processo.

Mesmo aquelas decisões embasadas a princípio somente em legislação interna poderão configurar responsabilidade internacional no caso, por exemplo, de delonga na prolação da sentença ou julgamento injusto. Como vimos o Estado não pode alegar que não possui responsabilidade em decorrência da separação de poderes. O Estado será julgado como um todo, independente da forma como organiza internamente seus poderes e seus estados-membros.

Portanto, no âmbito internacional, a responsabilização recairá sempre sobre o Estado, independente de qual ente federativo efetivamente tenha praticado a violação. É aqui que encontramos a principal justificativa para a federalização de ações através do Incidente de Deslocamento de Competência, pois caso o Estado não tome uma providência diante de iminente violação de direitos humanos por parte de um de seus entes, sofrerá posterior condenação da sociedade internacional.

Importante ressaltar que a comunidade internacional somente poderá interferir no direito interno de determinada nação, caso o Estado, mesmo após usar todos os mecanismos de proteção aos direitos humanos que possui, não consiga evitar que estes sejam violados.

Caso a infração não possa ser evitada ou reparada, o Estado poderá sofrer diversas espécies de intervenção e coerção, que visam, em última análise, reparar a violação que sofreu a vítima, dando efetividade aos direitos humanos.

A responsabilidade internacional que o Estado estará sujeito gira em torno da necessidade de reestabelecer o *status quo ante*, ou seja, a sociedade internacional buscará desfazer os efeitos da violação a fim de garantir os direitos humanos da vítima. Caso isso não seja possível, irá adotar medidas para compensar o dano e punir o Estado.

A punição poderá ser aplicada por um dos Estados-Partes do tratado de direitos humanos que julgar-se ofendido pela violação, na chamada adoção unilateral de punições, ou, então, será aplicada coletivamente por algum órgão

internacional, o que é mais razoável e corriqueiro, na medida em que a violação de direitos humanos caracteriza uma ofensa difusa, atingindo todos os Estados-Partes.

No caso de punição unilateral, o Estado julgador assumiria as funções de parte e juiz, o que geraria imparcialidade. Além disso, a sanção unilateral por parte de um determinado Estado-Parte, embora possível, não seria o mais adequado, pois os Estados mais ricos e desenvolvidos poderiam acusar facilmente um Estado mais pobre, que teria dificuldades de defender-se. Portanto, o ideal é que a punição parta de um órgão vinculado à comunidade internacional. Desta forma, também conclui Ubiratan Cazetta (2009, p.39):

Logo, a coerção coletiva mostra-se, por natureza, mais vocacionada a promover a sanção ao Estado inadimplente. Isso porque, no âmbito coletivo, diminuem as chances de uma seletividade maniqueísta e assegura-se ao Estado infrator o necessário contraditório, que permitirá mensurar, adequadamente, a infração dos dispositivos de proteção dos direitos humanos.

O organismo responsável irá apurar os fatos e verificar se realmente houve violação a direitos humanos. Em caso positivo, determinará que os Estados-Partes adotem uma série de medidas contra o Estado violador, que podem ser meras sanções morais ou até mesmo embargos econômicos que prejudiquem as relações de comércio exterior do país violador. No mais, este deverá indenizar financeiramente a vítima, a fim de compensar-lhe de alguma forma a violação de sua dignidade. Tais medidas visam demonstrar o desprezo da comunidade internacional diante de transgressões a direitos humanos e evitar que se repitam.

### **3.5 Meios de Reparar a Violação**

Uma vez violado tratado internacional de direitos humanos, o Estado transgressor poderá reparar o ilícito de diversas formas. São modalidades de reparação o reestabelecimento da situação anterior à violação, a indenização da

vítima ou familiares, a satisfação, a cessação da violação, a garantia de que o ilícito não voltará a ocorrer.

Lembrando que, primeiramente, o Estado deverá sempre buscar o reestabelecimento da situação anterior à violação. Desta forma, o ideal é que a vítima retorne ao seu *status quo ante*. Foi o que estabeleceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes, no capítulo do julgamento que discorre sobre a obrigação de reparação do dano:

209. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as consequências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação. A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno.

210. As reparações, como indica o termo, consistem nas medidas destinadas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem do dano provocado nos planos tanto material quanto imaterial. As reparações não podem implicar o enriquecimento nem o empobrecimento da vítima ou seus sucessores.

É dada prioridade à restituição na íntegra do prejuízo causado, pois os direitos humanos vinculam-se à dignidade da pessoa humana, sendo inconcebível que sua violação seja substituída por uma mera quantia em dinheiro.

Isso não impede que, além de condenado a reestabelecer o *status quo ante*, o Estado também seja obrigado a indenizar vítima, nos casos que somente a adoção da primeira medida não seja suficiente para reparar os danos. Foi o que decidiu a Corte Interamericana no julgamento do caso *Loayza Tamayo*, a seguir comentado por Ubiratan Cazetta (2009, p. 43):

Assim, no caso *Loayza Tamayo*, além de determinar a soltura da Senhora María Elena Loayza Tamayo em prazo razoável, a sentença da Corte Interamericana condenou o Peru a reinserir a vítima em suas atividades docentes, bem como a anular os antecedentes

criminais e seus reflexos negativos. Adicionalmente, reconhecendo os danos que o tempo de prisão irregular causara à vítima, determinou indenização pecuniária, abrangendo tanto os danos materiais diretos, quanto os imateriais, incluindo a consideração da indenização pelo denominado "projeto de vida".

Porém, há casos em que não é possível retornar à circunstância anterior ao ilícito, como, por exemplo, nas situações que envolvam homicídio, desaparecimento de pessoas, prisões injustas. Nesses casos, a solução será indenizar a vítima, ou seus familiares, como forma de compensar os danos causados.

A satisfação é um meio simbólico de o Estado reconhecer publicamente o ilícito. É uma forma de reparar os danos imateriais causados à vítima, sendo designada audiência pública em que o Estado assume sua responsabilidade e pede desculpas pela violação.

A cessação do ilícito diz respeito à ordem dada ao Estado para que interrompa a prática do ato que está violando direitos humanos. Nada impede que sejam aplicadas outras modalidades de reparação, pois apenas cessar a violação pode não ser suficiente. Pode ser que, quando da cessação do ilícito, o ato já tenha causado danos, que deverão ser reparados por meio de indenização à vítima, por exemplo.

Por fim, o Estado deve apresentar garantias de que o ilícito não irá se repetir. Isso pode ser feito através da investigação, processamento e punição do efetivo responsável pela violação. Desta forma, o Estado demonstra que violações a direitos humanos são inadmissíveis em seu país, e que os transgressores não ficarão impunes. O temor da punição desencoraja futuras violações, garantindo-se que o ilícito não voltará a ocorrer.

### **3.6 Mecanismos de Proteção aos Direitos Humanos**

Diante da infinidade de tratados internacionais sobre direitos humanos

que são constantemente assinados pelos Estados ao redor do mundo, fez-se necessária a criação de mecanismos capazes de fiscalizar o efetivo cumprimento destes tratados.

É nesse sentido que surgem os sistemas de proteção aos direitos humanos, existentes tanto na esfera global, como é o caso da ONU, como no âmbito regional, em que temos o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Passemos ao estudo desses mecanismos.

### **3.6.1 O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos**

A universalização dos direitos humanos possibilitou aos países ao redor do globo tomarem consciência da necessidade de proteger direitos tão cruciais à dignidade do homem. Desta forma, os Estados, que antes não admitiam qualquer forma de interferência em sua soberania, agora permitem submeter-se ao controle de organismos internacionais.

O Brasil, desde sua adesão à Carta das Nações Unidas, adotou uma série de tratados multilaterais de direitos humanos. Inicialmente aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente, ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que, juntos, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

A partir de então, nosso país aderiu à convenção para eliminação da escravatura, à convenção para eliminação da discriminação racial, à convenção para eliminação da discriminação contra a mulher, à convenção contra a tortura e outras penas degradantes, à convenção sobre os direitos da criança, à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, entres outras.

Diante de tantas obrigações assumidas fez-se necessário a criação de mecanismos para fiscalizar e punir eventuais violações. É nesse contexto que é criado o sistema global de proteção aos direitos fundamentais do homem pela Organização das Nações Unidas, que tem como principal objetivo apontar uma

direção aos Estados de como garantir tais direitos, mesmo diante da grande variedade cultural, política e jurídica existente ao redor do mundo.

Ressalta-se, uma vez mais, que os mecanismos de proteção aos direitos humanos da comunidade internacional não têm a pretensão de substituir o Estado. Pelo contrário, o seu objetivo é auxiliar o direito nacional, suprimindo eventuais deficiências.

Desta forma, o direito internacional irá interferir de forma subsidiária em eventual violação, pois a responsabilidade primária de proteção é do Estado. Mesmo porque a comunidade internacional tem a função de apontar as diretrizes mínimas de proteção, devendo o Estado estar sempre além destes parâmetros.

Na ONU encontramos diversos mecanismos que visam controlar o cumprimento dos tratados de direitos humanos, dividindo-se em mecanismos convencionais e não convencionais.

Os primeiros são assim chamados por estarem previstos em convenções. Logo, somente os Estados-partes podem oferecer denúncia de violação, devendo obedecer às formalidades previstas na convenção em questão, gerando, assim, uma série de limitações.

Já os mecanismos não convencionais tratam de uma gama mais variada de temas, em que qualquer Estado pode apresentar denúncia ou ser denunciado, basta haver algum tipo de violação a direitos humanos. Aqui, o rigor formal é menor, e baseiam-se, geralmente, em informações apresentadas por ONG's e pela opinião pública.

No que tange aos mecanismos não convencionais, o de maior destaque é o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que sucedeu a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Esta última foi criada em 1946 e contava com 53 membros, representantes governamentais, eleitos para mandato de três anos.

A Comissão tinha competência para agir em qualquer causa referente a direitos humanos, e sua atuação consistia basicamente na criação de projetos para proteção desses direitos, bem como na elaboração de relatórios, que podiam tratar sobre a situação dos direitos humanos em determinado país ou território, ou ainda discorrer sobre um assunto específico, como a tortura, por exemplo. A principal

finalidade dos relatórios é criar um constrangimento ao violador, como afirma Ubiratan Cazetta (2009, p. 50-51):

Esses relatórios, após levados ao conhecimento dos países vistoriados, são submetidos à Assembleia Geral da ONU, tendo a finalidade de expor os problemas encontrados e, com isso, criar um constrangimento quanto às situações de desrespeito. Busca a Comissão, ainda, o estabelecimento de padrões mínimos quanto aos direitos humanos, sempre almejando uma unanimidade que assegure o atendimento à diversidade cultural dos países que a compõem.

Sua última atuação foi no ano de 2006, quando a Comissão foi reformulada e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que conta com 47 membros e tem funções similares as da Comissão, devendo sempre buscar aperfeiçoar os mecanismos desta. Sobre as competências do Conselho, discorre Flávia Piovesan (2012, p. 305):

Dentre outras atribuições, cabe ao Conselho de Direitos Humanos assumir, revisar e, quando necessário, aprimorar e racionalizar os mandados, os mecanismos, as funções e responsabilidades da antiga Comissão de Direitos Humanos, a fim de manter um sistema de procedimentos especiais, relatorias especializadas e procedimentos de denúncias.

Juntamente com o Conselho de Direitos Humanos atuam diversos comitês, criados para fiscalizar a aplicação das obrigações assumidas pelos Estados-partes em tratados sobre temas específicos.

Note que os mecanismos adotados pelo sistema global de proteção aos direitos humanos são pouco efetivos, sendo que sua principal sanção é o constrangimento gerado ao violador a partir da divulgação de relatórios. Falta-lhe, portanto, um mecanismo de jurisdição capaz de assegurar reais punições. No entanto, não podemos deixar de reconhecer o importante papel da ONU na luta pelos direitos fundamentais do homem, principalmente no que tange ao estabelecimento de padrões de proteção a serem adotados pelos Estados.



### 3.6.2 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

No item anterior analisamos como os direitos humanos são internacionalmente tutelados e as limitações que o sistema global de proteção sofre.

No âmbito regional também são criados sistemas de proteção aos direitos fundamentais do homem, que, por serem mais restritos, mostram-se mais efetivos no combate às violações. Flávia Piovesan (2012, p. 318) afirma:

Ao apontar as vantagens dos sistemas regionais, Rhona K. M. Smith destaca que, "na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens". No mesmo sentido afirma Christof Heyns e Frans Viljoen: "Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode consequentemente complementar o sistema global em diversas formas".

Basicamente há três sistemas regionais principais, localizados na Europa, América e África, cada qual com seus mecanismos próprios. Passaremos agora ao estudo do sistema americano.

Em 30 de abril de 1948 as nações do continente americano reuniram-se em Bogotá, na Colômbia, e através da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos fundaram a Organização dos Estados Americanos (OEA), com o objetivo de buscarem, de forma pacífica, desenvolvimento social, econômico e cultural.

A partir de então os Estados-membros adotaram diversos documentos

que passaram a integrar o complexo normativo de proteção aos direitos humanos da OEA, sendo o principal deles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Assinada em 22 de novembro de 1969, a convenção conta com 82 artigos que trazem uma série de garantias aos direitos e liberdades do ser humano. Prevê, também, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que juntas formam o mecanismo de defesa aos direitos humanos do sistema interamericano.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem sede em Washington, e é composta por sete membros com grande saber a respeito dos direitos humanos, eleitos para mandato de quatro anos, podendo ser reeleito por uma vez. Os membros podem ser naturais de qualquer Estado-membro da OEA.

Sua principal função é garantir a observância dos direitos fundamentais do homem pelos Estados-membros da OEA. Desta forma, mediante a elaboração de estudos, que podem contar inclusive com visitas aos Estados-membros, a Comissão elabora relatórios e recomendações para que sejam adotadas as providências necessárias.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá ser provocada por um indivíduo, por um grupo de indivíduos, por uma organização não governamental, ou ainda, por um Estado-membro. Neste último caso, tanto o Estado denunciante como o denunciado, devem ter aceitado a competência da Comissão para esse fim.

Ademais, em todos os casos os fatos a serem denunciados devem estar narrados por escrito, sendo vedado o anonimato, e desde que esgotados todos os mecanismos internos daquele Estado. A respeito deste último requisito, nos ensina André de Carvalho Ramos (2001, p. 66):

O esgotamento dos recursos internos é considerado condição processual desse procedimento e a Comissão tem o poder de solicitar que os Estados informem sobre todas as medidas que adotaram quanto ao caso concreto. Assim, busca-se, antes de mais nada, a conciliação e incita-se o Estado violador a realizar medidas de reparação do fato internacionalmente ilícito.

Uma vez recebida denúncia, a Comissão irá solicitar informações ao Estado-investigado e propor medidas que visam à solução do caso, buscando sempre a conciliação das partes envolvidas. Se o investigado não acatar as recomendações da Comissão, o caso poderá ser levado a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com sede em San José, na Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes, naturais dos Estados-membros da OEA, com grande conhecimento sobre direitos humanos e elevada conduta moral, eleitos pela Assembleia Geral da OEA para mandato de seis anos, podendo ser reeleitos uma única vez.

A legitimidade para provocar a atuação da Corte é mais restrita. Aqui não se aceita denúncias peticionadas individualmente ou por organizações não estatais. Os únicos legitimados são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-Partes que expressamente aceitaram a competência da Corte. O Brasil aderiu à competência da Corte em dezembro de 1998.

A Corte possui duas principais atribuições. A primeira delas é a jurisdicional, atuando no julgamento de casos de violação de direitos humanos que não puderam ser solucionados por outra via. Além disso, também lhe foi conferida função consultiva, em que qualquer Estado-membro da OEA, independente de ser parte da Convenção, pode pedir à Corte que interprete os tratados internacionais de direitos humanos firmados no âmbito da OEA. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2001, p. 86):

*Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial internacional, que, de acordo com o art. 33 da Convenção Americana, é competente para conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição. Além disso, pode ser acionada por qualquer país membro da OEA para interpretar norma relativa a tratados de direitos humanos no seio interamericano.*

Desde que foi criada, a Corte tem se mostrado um eficiente meio de proteção aos direitos humanos. A qualidade e a justiça dos julgamentos nela proferidos fazem desse órgão um dos mais importantes mecanismos de punição aos

violadores dos direitos fundamentais do homem.

Além disso, as opiniões consultivas da Corte geram mudanças positivas em todo o país, na medida em que o Estado terá que programar medidas em sua legislação, em sua atuação judicial e em suas políticas públicas, para evitar que ocorram violações.

A própria criação do Incidente de Deslocamento de Competência pela EC nº 45 decorre, dentre outros motivos, da condenação que o Brasil sofreu no caso *Ximenes Lopes*. Além deste caso, aqui citado diversas vezes pela importância que representa ao tema, outros casos perante a Corte contra o Brasil merecem destaque, como o caso *Penitenciária Urso Branco*, o caso *Sétimo Garibaldi* e o caso *Complexo Tatuapé da FEBEM*, em que suas condenações deram ensejo à adoção de diversas medidas de proteção aos direitos humanos pelo Estado brasileiro.

Portanto, podemos concluir pela importância que possui a adoção do mecanismo de federalização de ações que versam sobre direitos humanos, nos casos em que a justiça estadual demonstrar-se inapta para proceder no seu julgamento, pois em caso de morosidade excessiva ou qualquer outro vício no processo que venha a violar direitos humanos, o Brasil estará sujeito a ser julgado e condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 4 CRÍTICAS AO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Uma vez analisado todo o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência (ocasião em que estudamos sua criação, passando pelo seu conceito, objeto e sujeitos que compõem o procedimento), bem como examinada a responsabilidade internacional do Brasil diante de violação a direitos humanos, passaremos agora para uma análise crítica do instituto.

Neste capítulo iremos expor a visão negativa do IDC, trazendo os argumentos daqueles que sustentam a sua inconstitucionalidade. Desde logo, deixamos claro que não é este o nosso entendimento. No entanto, primeiramente iremos apresentar as críticas feitas ao instituto para, no próximo capítulo, comprovarmos a sua adequação constitucional.

### 4.1 Violação ao Pacto Federativo

Estado é uma associação de pessoas em um determinado espaço geográfico onde uma autoridade exerce seu poder soberano. A existência de um Estado, portanto, condiciona-se à presença de três elementos: território, povo e poder soberano. Há autores que elencam, ainda, um quarto elemento como condição à existência de um Estado, qual seja, a finalidade ou fins. É o caso, por exemplo, de José Afonso da Silva (2014, p. 99-100):

*Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de*

um povo situado num *território* com certas *finalidades*.

De forma básica, o Estado pode se organizar em federação, confederação ou Estado Unitário.

O artigo 1º da Constituição Federal reza 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 Brasil é, portanto, uma Federação, o que significa dizer que é constituído a partir de uma união indissolúvel de Estados-membros autônomos. A palavra Federação deriva do latim *foedus*, *foederis*, e significa aliança, pacto, união. Dessa aliança entre Estados-membros surge o Estado Federal, que é dotado de soberania perante o Direito Internacional. Na definição de José Afonso da Silva (2014, p. 101/102):

*A federação* consisti na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de *Estados federados* (nome adotado pela Constituição, cap. III do tít. III), *Estados-membros* ou simplesmente *Estados* (muito usado na Constituição). [...] nessa composição, às vezes, entram outros elementos, como os *Territórios Federais* e o *Distrito Federal*, e, no sistema brasileiro, há que destacar-se ainda os Municípios, agora também incluídos na estrutura político-administrativa da Federação brasileira (arts. 1º e 18).

O caput do artigo 18 da Constituição Federal consagrou a autonomia político-administrativa dos entes federativos e estabeleceu uma estrutura tríplice de Federação ao incluir os Municípios na organização federal, juntamente com a União e os Estados. De acordo com o referido artigo "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".

Aqueles que entendem que o IDC é inconstitucional dizem que o Brasil é, portanto, uma Federação em que a União, os Estados-membros e os Municípios gozam igualmente de autonomia, devendo, desta maneira, receber tratamento jurídico equânime. Um ente federado, portanto, não há de intervir nos assuntos de competência privativa do outro, sob pena de inconstitucionalidade. Cada ente possui autonomia para definir as prioridades de seu governo sem sofrer intervenção dos

demais.

Argumentam, ainda, que tamanha é a importância do Princípio Federativo no ordenamento jurídico brasileiro, que a Constituição Federal o classifica como cláusula pétrea.

As cláusulas pétreas encontram fundamento legal no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal. Trata-se de limitações materiais, não podendo ser objetos nem mesmo de deliberação pelo Poder Constituinte Reformador. O princípio Federativo encontra-se elencado dentre essas limitações como uma forma de garantir a sua imutabilidade, dada sua relevância para nosso ordenamento jurídico.

Em artigo que defende a inconstitucionalidade do instituto, Ingo Wolfgang Sarlet, Leonardo Furian e Tiago Fensterseifer (s.a, p. 18), ao mencionarem a opinião de José Carlos Dias e Oscar Vilhena Vieira, que são favoráveis ao IDC, contra-argumentam dizendo que:

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

O princípio Federativo, portanto, foi elencado pelo legislador constitucional como cláusula pétrea visando à garantia dos direitos fundamentais da nação, haja vista a estrutura federal funcionar como um pilar de sustentação do Estado brasileiro.

Desta forma, o Incidente de Deslocamento de Competência, ao retirar o trâmite de um procedimento da Justiça Estadual para remetê-lo à Justiça Federal,

feriria a autonomia constitucionalmente conferida aos Estados-membros, sendo, portanto, inconstitucional.

## **4.2 Violação aos Princípios do Juiz e do Promotor Natural**

Um dos principais argumentos dos críticos do Incidente de Deslocamento de Competência é que o instituto ofende os princípios do juiz e do promotor natural, caracterizando-se, desta forma, como uma violação direta à Constituição Federal.

Historicamente, o princípio do juiz natural teve origem na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215. Porém, foi com a Revolução Francesa que tal princípio desenvolveu-se e assumiu os moldes trazidos pela Constituição Federal brasileira.

No Brasil, o princípio do juiz natural foi contemplado por todas as Constituições Federais, exceto pela de 1937, de orientação ditatorial. A Constituição Imperial, de 1824, já preconizava em seu artigo 179, inciso XVII que não haveria foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais, com exceção das causas que pertençam a juízos especiais.

De acordo com o princípio do juiz natural, a competência de cada juiz deve estar prevista em lei anterior ao fato criminoso a ser julgado, para, desta forma, impedir a criação de juízo ou tribunal de exceção. Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, v. 2, p. 96) define o princípio da seguinte forma:

[...] Juiz natural, ou juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta magna e investido do poder de julgar. Nenhum órgão, por mais importante que seja, se não tiver o poder de julgar assentado, explícita ou implicitamente, na Lei Maior, não poderá exercer, validamente, a função jurisdicional. E, ainda que o tenha, não poderá exercer a atividade jurisdicional fora do âmbito que lhe for previamente delimitado em lei.



Sua finalidade é, portanto, assegurar a imparcialidade do juízo e proteger o povo de um Estado arbitrário. O juiz que julgará o feito não poderia estar interessado em prejudicar ou beneficiar alguma das partes. Isso descaracterizaria a própria razão da existência do processo, pois as partes socorrem-se do judiciário justamente por necessitarem de um terceiro imparcial para solução de seu conflito.

Com isso, evita-se eventual manipulação do processo, que poderia ocorrer através da escolha de determinado órgão julgador por uma das partes. Garante-se, pois, a justiça na medida em que casos semelhantes estão sujeitos às mesmas regras de competência. Oportuna, aqui, a conclusão de Adelino Marcon (2004, p. 48-49) a respeito de tal princípio:

A observância deste princípio é garantia para o cidadão de que, caso venha a cometer um crime, não será discriminado e receberá o mesmo tratamento que seus iguais que, eventualmente, cometam atos semelhantes, pois que submetido à mesma ordem normativa jurisdicional, e ao devido processo legal.

Não encontramos no ordenamento jurídico pátrio previsão expressa a respeito do princípio do juiz natural. Entretanto, o artigo 5º da Constituição Federal consagra o princípio em dois de seus incisos. O primeiro deles é o artigo 5º, XXXVII, que diz que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Por sua vez o artigo 5º, LIII, reza que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Analisando tais incisos notamos facilmente a vontade do legislador quanto à proibição de tribunais *ad hoc*, ou seja, a criação de tribunais após a ocorrência do fato (*ex post facto*) para o julgamento de determinado caso ou pessoa. Ademais, o constituinte ordena que o indivíduo a ser processado pela prática de conduta criminosa deve ter sua autoridade julgadora prevista de antemão no ordenamento jurídico.

Pois bem. Os críticos do IDC argumentam que o deslocamento da competência da Justiça Estadual para Justiça Federal configuraria a criação de um juízo *ex post facto*, já que seria suprimido do acusado seu direito fundamental de saber antecipadamente qual a justiça competente para julgá-lo pela prática de determinado ato. Ubiratan Cazetta (2009, p. 65), referindo-se ao tema, aduz:

Não são poucos os que se filiam a tal argumento e, sempre com bastante ênfase, apontam que a EC 45 teria atingido o núcleo da proteção conferida pelos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ferindo, com isso, cláusula pétrea protegida do poder reformador pelo § 4º, inciso IV, do artigo 60 da Carta Política.

Sarlet, Furian e Fensterseifer (s.a, p. 40-41), em artigo que bem retrata a crítica feita ao Incidente de Deslocamento de Competência, argumentam:

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

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

Portanto, aqueles que têm uma visão negativa do IDC defendem que a sua introdução na Constituição Federal é inconstitucional de tal maneira que a própria criação do instituto ensejaria representação do Brasil diante da comunidade internacional, tendo em vista a violação de direito fundamental do ser humano, qual seja, o juiz natural.

### 4.3 Violação aos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal

Os críticos, ainda, acusam o Incidente de Deslocamento de Competência de ofender os princípios da legalidade e do devido processo legal.

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que todos ficam sujeitos à vontade da lei, que nada mais é senão a vontade da coletividade. Nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 423):

*O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...]. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.*

O princípio visa, portanto, combater as arbitrariedades do Estado, pois o indivíduo só estará obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, podendo repelir imposições que foram feitas às margens do ordenamento jurídico. Desta forma, tanto os cidadãos quanto o Estado devem submeter-se à vontade do legislador.

Os críticos do IDC sustentam que a redação dada ao § 5º do artigo 109 da Constituição Federal apresenta conceitos abertos que impedem uma sólida interpretação do instituto. Trazem como exemplo a expressão “grave violação de direito humanos”, contida no parágrafo em comento. Nesse sentir, argumentam Sarlet, Furian e Fensterseifer (s.a, p. 27):

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

Defendem, portanto, que o IDC viola o princípio da legalidade, na medida em que a Constituição não foi totalmente clara na redação do instituto, não podendo se exigir o cumprimento de uma lei que não é nítida.

Já o princípio do devido processo legal encontra previsão legal no inciso LIV da Lei Maior, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desta forma, o princípio visa garantir que todo o processo de que o acusado é parte tramitará de acordo com os preceitos legais. Alexandre de Moraes (2011, p. 113), aduz:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Como consequência do princípio do devido processo legal temos a ampla defesa e o contraditório, estampados no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que garante que “aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes”.

Aduzem os críticos da federalização, que o Incidente de Deslocamento de Competência viola os princípios do devido processo legal, pois o instituto pode ser suscitado em qualquer fase da investigação ou do processo, sendo um “elemento surpresa”. Por corolário, violaria também o contraditório e ampla defesa,

pois a surpresa dificultaria a defesa do acusado. É o que defendem Sarlet, Furian e Fensterseifer (s.a, p. 50):

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

Portanto, ainda que os críticos apresentem argumentos coerentes para sustentarem a inconstitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência, tais argumentos são questionáveis, e conforme demonstraremos a seguir, não é a maneira mais adequada de enxergar o instituto.

## 5 A DEFESA DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Neste capítulo, iremos trazer todos os argumentos favoráveis à federalização, comprovando categoricamente que o instituto é constitucional e que as críticas, embora bem intencionadas, não merecem prosperar. Interpretando o Incidente de Deslocamento de Competência da forma correta iremos concluir claramente que o instituto é constitucionalmente adequado.

Ocorre que interpretar não é tarefa das mais fáceis, e caso não seja feita com cuidado o interprete certamente irá se equivocar. Isso porque a interpretação não pode ser feita mecanicamente, sem levar em conta as consequências dela decorrentes.

Para uma correta interpretação deve-se levar em conta todo o contexto do tema, tomando muita cautela para não se distanciar da realidade em que se insere a norma. Luís Roberto Barroso (2006, p. 8-9) nos ensina que é muito difícil o interprete atuar com total neutralidade e objetividade:

[...] ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles [dos dois conceitos] é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um interprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas. A *objetividade* se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, uma flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria-prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. [...] A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma

oferece.

Portanto, devido à dificuldade em interpretar uma norma constitucional de forma neutra e objetiva, foi que se criaram princípios de interpretação da constituição. De acordo com Ubiratan Cazetta (2009, p. 83):

[...] aceitam-se como princípios instrumentais de interpretação constitucional o *princípio da supremacia da Constituição*, o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público*, o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da razoabilidade ou proporcionalidade* e o *princípio da efetividade*.

Questiona-se, então, se o Incidente de Deslocamento de Competência realmente fere os princípios do federalismo, do juiz e do promotor natural, da legalidade e do devido processo legal, ou se o instituto é uma forma de proteger efetivamente os direitos humanos, sendo plenamente constitucional de acordo com os princípios de interpretação da Lei Fundamental. Entendemos pelo segundo posicionamento.

Os princípios do federalismo, do juiz e do promotor natural, da legalidade e do devido processo legal constituem o núcleo duro da Constituição Federal, o que significa dizer que não podem ser excluídos ou modificados. No entanto, isso não significa que tais princípios são intangíveis. Isso porque não há direitos fundamentais absolutos. Oportuna aqui a advertência de Jorge Reis Novais (2003, p. 569-570):

[...] qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam. A consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade de sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade. Erigir tal ausência de reserva em critério decisivo da impossibilidade de os poderes constituídos o restringirem ou é, pura e simplesmente, implausível ou apenas obriga a um esforço

suplementar de qualificação conceptual dissimuladora do caráter restritivo dessas limitações que, até por obrigação do cumprimento de outras normas e princípios constitucionais, inevitavelmente ocorrerão. [...] Ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada, ainda que, no decurso da sua efetivação, os direitos fundamentais se concretizem em posições jurídicas que podem reunir essas características. Ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjetiva, ter uma posição *forte* de garantia de liberdade e autonomia pessoal, que vincula diretamente as entidades públicas, e de que estas, mesmo quando atuam nas vestes do legislador democraticamente legitimado, não dispõem livremente e onde só podem intervir desde que preenchidos requisitos constitucionais estritos. Porém, dada a ineliminável necessidade de essas posições – ou, na sua dimensão objetiva, os valores jusfundamentais – serem compatibilizadas com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de proteção jurídica, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais são, à partida, concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado.

Os direitos fundamentais são, portanto, uma forte garantia conferida pelo constituinte que devem sempre ser observados e garantidos de forma efetiva. Entretanto, é sabido que não existem direitos fundamentais absolutos, pois, no caso concreto, muitas vezes é preciso abrir mão de um direito fundamental para que outro direito seja tutelado.

Desta forma, no caso de conflito entre direitos fundamentais devemos nos socorrer do princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade é um importante princípio para controlar os atos discricionários do Poder Público. De acordo com esse princípio, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou princípios que ocupam a mesma posição hierárquica, o operador do direito não poderá, a seu bel prazer, optar por aquele que julga superior. Deverá, ele, analisá-los verificando a sua adequação, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito.

O instituto é adequado na medida em que foi desenvolvido visando garantir maior proteção aos direitos humanos. Desta forma, o deslocamento da competência da justiça estadual para a federal é adequada, pois foi desenvolvido um mecanismo adequado para alcançar o fim a que se destina, qual seja, a proteção



aos direitos humanos pela União, que é o ente responsável por tal incumbência.

Também é necessário, pois caso haja grave violação de direitos humanos, a União é que será responsabilizada, independente do ente da federação que cometeu a violação. Logo, a proteção aos direitos humanos deve ser sempre ampliada, de forma que o Brasil não sofra as consequências da condenação perante órgãos internacionais, como já sofreu em diversos casos.

Ademais, não há alternativa menos gravosa. A intervenção federal, por exemplo, prevista no artigo 34, VII, a, da Lei Maior, só poderia ser utilizada em casos extremos de violação de direitos humanos. Além disso, a intervenção federal retira a autonomia do estado, o que não acontece no IDC. Por outro lado, a atuação da Polícia Federal, no termos da Lei 10.446/02, não se mostra eficaz, conforme já demonstramos.

Por fim, o instituto atende à proporcionalidade em sentido estrito. Para comprovar isso, aduz Ubiratan Cazetta (2009, p. 95):

O IDC preserva os contornos do federalismo brasileiro, assegura o respeito aos princípios do juízo natural e do promotor natural e não ofende ao devido processo legal, pois assegura ao réu ampla defesa, além de configurar um importante meio de pressão para manter alerta o aparato estatal. Em contrapartida, assegura ao ente central mecanismos que lhe permitam atuar diretamente nos casos concretos de grave violação de direitos humanos, munindo-se de instrumento que lhe permitirá afastar a responsabilidade internacional que decorre do desrespeito aos atos internacionais ratificados.

Comprovado está, portanto, que na análise dos pontos positivos e negativos do instituto, os argumentos positivos são imensamente superiores. Rebateremos, a seguir, um a um os argumentos da crítica do IDC.

## 5.1 Os Contornos do Pacto Federativo no Brasil

Insistimos, uma vez mais, que a interpretação no Direito não pode ser feita de forma a desconsiderar a realidade em que a norma está inserida. Devemos levar em conta que o Direito vive no tempo e no espaço. Desta forma, é preciso sempre analisar o passado para que possamos aferir uma correta interpretação da norma no presente. É assim também que entende Ubiratan Cazetta (2009, p. 95):

O descompasso entre realidade e modelo teórico pode implicar erros de foco na interpretação de temas sensíveis. O apego a visões mitificadoras, distanciadas da realidade, parece indicar a intenção de consagrar leituras que desconsideram a história de nossa sociedade, os caminhos percorridos e as implicações de tal legado.

É necessário, portanto, estudarmos o federalismo desde o seu surgimento para só então procedermos à sua correta interpretação.

Historicamente, a descentralização administrativa no Brasil foi um processo que ocorreu de forma lenta e gradual. No período colonial o Brasil foi dividido em capitânicas hereditárias, as quais, posteriormente, foram transformadas em províncias (que mais tarde viriam a serem os atuais Estados-membros).

Desde a independência em 1822, o ideal federalista já estava presente no país. Entretanto, a Constituição de 1824 manteve a divisão em províncias e não alterou seus poderes. Tal Constituição estabelecia que as províncias seriam governadas por pessoas nomeadas pelo Imperador. Dessa forma, o poder estava todo concentrado no Imperador e as províncias não gozavam de qualquer autonomia.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 que revisou a Carta de 1824 tentou descentralizar o poder do Império em favor da autonomia das províncias ao criar as Assembleias Legislativas Provinciais, que eram dotadas de competência legislativa. Ocorre que em 1840, a chamada Lei de Interpretação do Ato Adicional, com propensão conservadora, reprimiu as ideias federalistas.

O Manifesto Republicano de 1870, realizado pelos membros do Partido Liberal, liderados por Quintino Bocaiúva e Joaquim Saldanha Marinho, tinha o ideário de derrubar a Monarquia e estabelecer a República como forma de governo, trazendo consigo o princípio federativo.

A monarquia brasileira, pouco a pouco, foi perdendo seu prestígio nos diversos setores da sociedade. Questões de natureza econômica, social, religiosa e militar tornaram insustentável a manutenção do regime monárquico no país até que, em 15 de novembro de 1889, o Marechal Deodoro da Fonseca proclamou a República no Brasil, o que proporcionou a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, transformando as províncias então existentes em Estados federados. Nesse sentido, afirma Raul Machado Horta (2002, p. 321):

A Constituição Federal de 1891, que implantou a República Federal, é fonte da criação originária do Estado-Membro, por um processo jurídico-normativo. Com efeito, dispunha o art. 1º da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, que a República Federativa e os Estados Unidos do Brasil decorriam da “União perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias”, para, na regra seguinte, tornar explícito que “cada uma das antigas Províncias formará um Estado” (art.2º), caracterizando a criação jurídica do Estado-Membro no texto constitucional.

Ocorre que o período seguinte à implantação do federalismo no Brasil é marcado pelo coronelismo, em que os coronéis tinham como único objetivo exercer poder sobre o Estado-membro, não se preocupando em fortalecer os verdadeiros ideais do federalismo. Nesse sentido, nos ensina Ubiratan Cazetta (2009, p. 96):

Recrudescer, então, o coronelismo, tão bem retratado por Victor Nunes Leal, em uma relação simbiótica entre o poder local e o poder federal, em uma relação marcada por interesses pessoais, desvinculadas de uma visão de fortalecimento da cidadania.

A ideia de Federação surgiu na segunda metade do século XVIII, nos Estados Unidos da América. Conforme nos ensina Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 506), "a Federação nasceu com a Constituição norte-americana de 1787, em razão

do fracasso do modelo de Confederação anteriormente adotado".

Isso porque em 1781, após a independência das treze colônias inglesas na América do Norte, estas se organizaram em forma de Confederação, em que cada Estado confederado possuía soberania.

Ocorre que diversos conflitos surgiram em decorrência da forma de organização adotada. Depois de muito refletirem, decidiram substituir a Confederação por uma Federação, em que os Estados gozariam de autonomia e estariam unidos e protegidos por uma Constituição. Surge, então, a primeira Constituição escrita do mundo, e que proporcionou a formação de um Estado Federal soberano formado por Estados autônomos.

Nos Estados Unidos, portanto, houve a união de vários Estados com a finalidade de formar um Estado Federal, o que é chamado de Federalismo de formação centrípeta ou por agregação. O Brasil, embora influenciado pelo federalismo norte-americano, percorreu caminho diverso, já que aqui se fez necessário descentralizar, dividir o poder de um Estado Unitário para possibilitar a formação de um Estado Federal. Essa formação de Federalismo é chamada de centrífuga ou por desagregação.

Analisando as raízes do pacto federativo no Brasil podemos concluir, então, que aqui o princípio ganhou contornos bem diferentes daqueles trazidos pelos Estados Unidos, em que nos inspiramos para implantá-lo.

No Brasil, o federalismo surgiu a partir da União e, sendo assim, até hoje a União tem um forte papel em questões sensíveis de nossa realidade, já que os Estados-membros ainda não alcançaram a força desejada. Logo, o Incidente de Deslocamento de Competência foi a saída encontrada para garantir os direitos humanos em todo território nacional, o que reforça a cidadania e fortalece o federalismo, e não o viola como entendem alguns.

## 5.2 O Verdadeiro Objetivo do Juiz e do Promotor Natural

O principal argumento da crítica é dizer que o Incidente de Deslocamento de Competência afronta os princípios do juiz e do promotor natural, na medida em que o instituto estaria criando um juízo *ex post facto*, já que a competência para julgar o caso só seria estabelecida após a ocorrência do fato criminoso, o que impediria o acusado de saber previamente o órgão que iria julgá-lo.

No entanto, para que façamos uma correta interpretação desta garantia constitucional é necessário atentarmos ao real objetivo deste princípio e, para isso, devemos nos reportar a sua origem histórica.

Conforme já dito no capítulo anterior, o princípio do juiz natural tem origem na Magna Carta de 1215, ganhando os contornos atuais com a Revolução Francesa, ocasião em que foi constitucionalizado. Neste momento, os poderes ainda não estavam totalmente delimitados, sendo o Executivo responsável pela solução das lides, conforme nos ensina Ubiratan Cazetta (2009, p. 119):

Surge, então, em um momento histórico em que a separação de poderes ainda não se havia consolidado e em que a função de solver as lides era ato do Executivo, exercido por delegados do monarca. Seu aparecimento, na Inglaterra, marca uma tentativa de limitar os poderes do soberano, função que também se observa na experiência francesa.

Note, portanto, que a garantia surgiu com o escopo de impedir que os julgadores fossem escolhidos pelo monarca. Visa, ao fim e ao cabo, garantir a imparcialidade e a igualdade, já que um juízo previamente estabelecido por lei garante que o acusado não será prejudicado ou beneficiado por uma escolha tendenciosa.

Atualmente, o instituto continua tendo essa mesma finalidade, qual seja, garantir a imparcialidade dos julgadores e evitar interferência de outros Poderes no Judiciário. Isso não quer dizer, no entanto, que não possam advir regras que alteram a competência caso presentes determinados requisitos, como é o caso do IDC.

Aliás, o Incidente de Deslocamento de Competência não é um caso isolado de alteração de competência, de acordo com o que bem observou Ubiratan Cazetta (2009, p. 120-121):

Não são novos os casos de alteração de competência, por fato posterior àquele que é objeto da lide (e dele independente): o foro por prerrogativa de função, por exemplo, altera a competência para julgar uma ação penal ou, ainda, no âmbito do Juizado Especial Criminal, mesmo caracterizado um crime de menor potencial ofensivo, a competência será deslocada na hipótese de "complexidade" dos fatos ou quando circunstâncias do caso impeçam a formulação imediata da denúncia.

Portanto, o mero deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal não configura, por si só, violação aos princípios do juiz e do promotor natural, porque, conforme vimos, tais princípios visam garantir a igualdade e o julgamento imparcial. E o deslocamento de competência não obsta nenhuma dessas garantias.

Ora, todos os casos semelhantes recebem o mesmo desfecho, qual seja, são julgados pela justiça federal se assim entender o Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, Ubiratan Cazetta (2009, p. 123):

A alegação de que haveria ofensa ao princípio da igualdade não encontra respaldo: fixados os requisitos para o deslocamento da competência, em trabalho exegético que compete ao STJ, todas as situações semelhantes terão o mesmo tratamento, o que é a mais antiga forma de assegurar a igualdade.

Também não há criação de um juízo *ex post facto*. Ainda que a competência seja deslocada após a ocorrência do fato criminoso, já havia previsão legal anterior ao fato dispondo que em casos de grave violação de direitos humanos a competência seria deslocada se o Estado-membro não atuasse de forma eficaz. Além disso, a justiça federal não foi criada para julgar aquele determinado caso, ela já existia na ocasião dos fatos.

Por fim, o juízo federal que será competente para julgar o caso será escolhido de maneira aleatória, de acordo com as regras de distribuição de feitos

daquela circunscrição, e não de forma manipulada e tendenciosa, a fim de favorecer ou prejudicar o acusado.

E o mesmo argumento é aplicado ao promotor natural, que não é escolhido de acordo com a vontade do Procurador-Geral da República, mas sim respeitando as regras aplicadas à instituição, conforme nos ensina Ubiratan Cazetta (2009, p. 141):

No caso específico do IDC, todavia, a questão não assume a dimensão de um pretendido abuso, pois assim como ocorre com o juiz federal, que passará a ser o juiz natural do feito cujo deslocamento se autorize, o membro do Ministério Público Federal com atribuições para atuar será definido, não por um ato arbitrário do Procurador-Geral da República, mas pelas regras genéricas de atuação da instituição.

Assim, resta comprovado que o Incidente de Deslocamento de Competência não afronta aos princípios do juízo e do promotor natural.

### **5.3 Os Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal**

Os críticos sustentam, ainda, que a federalização violaria os princípios da legalidade e do devido processo legal, pois a Constituição Federal traz conceitos demasiadamente amplos em seu artigo 109, § 5º. Desta forma, não se poderia obrigar alguém a submeter-se a um dispositivo legal que não é totalmente claro. Além do mais, aduzem que vagueza terminológica do parágrafo em comento geraria obstáculo à defesa do acusado.

No entanto, é sabido que o Direito não é uma ciência exata. No direito há uma diversidade de pensamentos, o que garante que termos abertos sejam utilizados, ficando a cargo do interprete conferir-lhes significado. Essa controvérsia de significados torna o direito mais rico, na medida em que garante uma ampla discussão a respeito de temas sensíveis.

É o que esclarece Ubiratan Cazetta (2009, p. 87), ao dizer que, "em outras palavras, a controvérsia enriquece o debate e permite uma melhor compreensão dos interesses em disputa, desempenhando um papel dialético".

É obvio que a interpretação não poderá levar a entendimentos absurdos e que contrariem o texto constituinte. Qualquer interpretação que nesse sentido deverá ser ignorada, pois geraria insegurança jurídica.

Acontece que este não é o caso do IDC. É bom lembrar que o instituto não é o único dispositivo constitucional que traz expressões abertas, como é o caso, por exemplo, da expressão "interesse social". Ao discorrer sobre o tema Ubiratan Cazetta (2009, p. 142), sabiamente pontua:

A dificuldade de conceituar "grave violação dos direitos humanos", não é tão superior à busca do que significa, por exemplo, "necessidade ou utilidade pública ou interesse social" para fins de desapropriação, ou, no mesmo tema, a noção de "justa indenização", ou, em exemplo mais extremado, o limite de tributação que pode configurar o confisco vedado pelo inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal. Até mesmo um termo que se pretendia razoavelmente compreendido, como é o caso do termo racismo, não escapou a uma intensa e rica discussão quanto ao seu conceito, no conhecido caso Ellwanger.

Portanto, nesses casos caberá ao interprete conferir à expressão a interpretação que lhe dê maior utilidade e que seja a mais condizente possível com a realidade, evitando, assim, sua indevida utilização.

Não há de se falar, ainda, em "surpresa" ao acusado, pois uma vez suscitado o IDC o Procurador-Geral da República deverá fundamentar amplamente o seu pedido, dizendo os motivos pelos quais entende que houve grave violação de direitos humanos.

E, embora não esteja expresso na Constituição, é indiscutível que o acusado deverá ser ouvido, apresentando sua eventual defesa, para só então o STJ proferir sua decisão, que também deverá estar substancialmente fundamentada.

Importante ressaltar, que o Incidente de Deslocamento de Competência deverá obedecer a todas as demais garantias do devido processo legal, como a duração razoável do processo, entre outras.



Por todo o exposto, podemos concluir que o IDC é plenamente constitucional, e que as críticas, embora bem intencionadas, não se sustentam.

## 6 CONCLUSÃO

As atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial colocaram o mundo a refletir sobre a crueldade do ser humano. Diante de tamanha violência, concluiu-se que algo precisava ser feito em prol da dignidade humana. É neste contexto que, em 1945, os países integrantes da ONU assinam a Carta das Nações Unidas, dando início ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que deveriam ser observados no âmbito interno dos países signatários. É nesse contexto que surgem os sistemas regionais e global de proteção aos direitos humanos, com o objetivo de fiscalizar o cumprimento desses direitos e punir as violações.

Ressalte-se que os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos só irão agir depois que o Estado violador esgotar todos os seus meios internos de correção da ofensa e estes não se mostrarem eficazes.

Note que é de suma importância os Estados adotarem mecanismos de proteção aos direitos humanos, de modo a evitar futuras condenações internacionais.

E foi visando dar maior efetividade à proteção desses direitos que o constituinte derivado introduziu o § 5º ao artigo 109 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, possibilitando que a competência seja deslocada da Justiça Estadual para a Justiça Federal, em caso de grave violação de direitos humanos, entendidos como aqueles casos em que haja demora injustificada do Estado-membro em apresentar solução, ou nos casos em que a solução dada não se mostre eficaz.

Desloca-se a competência para a Justiça Federal, pois, conforme já exposto no presente trabalho, os órgãos internacionais não levam em conta qual o ente da federação responsável pela violação, recaindo a responsabilidade sempre sobre a União, a quem foi atribuída a função de garante da unidade federativa.

No entanto, ainda que tão bem intencionado, o instituto não ficou imune a críticas, e alguns passaram a acusar o Incidente de Deslocamento de Competência de violar os princípios do pacto federativo, do juiz e do promotor natural, da legalidade e da ampla defesa, acusações estas que, conforme restou demonstrado, não se sustentam.

O instituto, ao ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, mostra-se totalmente coerente, pois observa a adequação, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito.

Além disso, o IDC não afronta o princípio federativo, na medida em que devemos interpretar este princípio tendo em vista a realidade do Brasil, onde a federação é de formação centrífuga e, portanto, os Estados-membros ainda dependem, em muito, da intervenção da União.

Também não há que se falar em violação dos princípios do juiz e do promotor natural. Isso porque o IDC não fere a igualdade e a imparcialidade, que são as duas garantias que os princípios visam resguardar, já que o juiz que irá julgar a causa não é escolhido de forma manipulada e tendenciosa. Ademais, não há criação de juízo *ex post facto*, pois a Justiça Federal não foi criada para julgar determinado caso, ela já existia.

Por fim, o instituto está em conformidade com os princípios da legalidade e do devido processo legal, já que a utilização de expressões amplas, como aquelas contidas no IDC, enriquece o instituto, na medida em que confere ao interprete maior liberdade para decifrar os arcanos da federalização.

Insta salientar, que a mera possibilidade de se invocar o Incidente de Deslocamento de Competência já é capaz de pressionar os Estados-membros a garantir maior efetividade na proteção dos direitos humanos, a fim de se evitar que o instituto seja aplicado.

Concluimos, portanto, que o Incidente de Deslocamento de Competência mostra-se totalmente constitucional e conveniente.

Concluimos, ainda, que o legislador infraconstitucional terá vital importância na regulamentação do instituto trazido pelo § 5º do artigo 109. A legislação complementar poderá trazer situações exemplificativas e requisitos

necessários para que se aplique a federalização. Poderá, ainda, estabelecer um rito procedimental ao IDC.

O que não se poderá admitir de maneira alguma é que a regulamentação do instituto crie hipóteses taxativas de aplicação, pois essa atitude engessaria um dispositivo constitucional que foi criado para garantir a efetividade de um tema extremamente sensível e profundo: a dignidade humana.



COMPARATO, Fábio konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2014.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. 5ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. **A reforma (deforma?) do judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais?**. Disponível em: <  
[http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/3236/artigo\\_federaliza\\_\\_o\\_vers\\_o\\_final\\_completa\\_-\\_Ingo\\_Sarlet\\_e\\_outros.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/3236/artigo_federaliza__o_vers_o_final_completa_-_Ingo_Sarlet_e_outros.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1ª edição. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. v. 3.