

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

FERNANDO RACTZ LIMA

**ANÁLISE CRÍTICA DA FEDERALIZAÇÃO DE GRAVES VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS HUMANOS**

FLORIANÓPOLIS

2012

FERNANDO RACTZ LIMA

ANÁLISE CRÍTICA DA FEDERALIZAÇÃO DE GRAVES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS
HUMANOS

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva

FLORIANÓPOLIS

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Análise crítica da federalização das graves violações aos direitos humanos”, elaborada pelo acadêmico Fernando Ractz Lima, defendida em ___/___/___ e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), ___ de ___ de 2012.

Prof. Reinaldo Pereira e Silva
Professor Orientador

Prof. Samuel da Silva Mattos
Membro da Banca

Prof^a. Ana Cristina Rodrigues Guimarães
Membro da Banca

Para meus pais, Tarcísio e Bernadete, por representarem modelos de ser humano e propiciarem meios para que meu conhecimento fosse a cada dia ampliado.

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento acadêmico não é trilhado sozinho, sendo, em parte, resultado das influências exercidas sobre o discente por aqueles que o rodeiam. E são essas influências, recebidas ao longo desta jornada, que me permitiram a elaboração deste trabalho, as quais passo a agradecer:

À minha família, a quem devo tudo, por acreditar e investir em mim, definindo o que hoje sou. Agradeço aos meus pais, Tarcísio e Bernadete, por me ensinarem e estarem sempre ao meu lado me mostrando a tradução do amor em família. Aos meus irmãos, Gabriela, Débora e Leonardo, por estarem sempre presentes, por seus valiosos conselhos e por acreditarem no meu profissionalismo e capacidade.

Aos meus colegas dos cursos de Direito e Ciências Econômicas/UDESC, especialmente Eduardo Venturin, Rafael Rentz, Samia Genena, Simoni da Rosa, Poliana Costa e Melissa Lima, por toda trajetória acadêmica que passamos juntos, pela ajuda, amizade e companheirismo em todos estes quatro anos e meio, por tornarem este caminho mais alegre a cada dia.

Aos meus amigos Lucas Ghiorzi, Thiago Balthazar, Clóvis Ghiorzi, Rodrigo José, Fábio Pequeno, Pedro Romagnani, Roger Green, Vinícius Figueiredo e João Luiz Viana, pela amizade de longa data, por me apoiarem e por compreenderem minhas ausências durante essa jornada de estudos.

Aos demais familiares e aos amigos, sempre tão afetuosos e sensíveis à importância desta etapa da minha vida.

Aos Professores da Graduação do Departamento de Direito da UFSC, sempre dispostos à doação do conhecimento, contribuindo para a minha formação acadêmica e profissional.

Ao meu professor e orientador, Dr. Reinaldo Pereira e Silva, por sua disponibilidade e auxílio no presente trabalho, transmitindo valiosos ensinamentos e intervindo de maneira precisa sempre que necessário.

E a todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena!

“Não há volta na revolução dos direitos humanos.”

Kofi Annan

“... les droits de l'homme en société sont éternels (...)
invariables comme la justice, éternels comme la raison;
ils sont de tous les temps et de tous les pays.”

Stéphane Rials

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva, a partir do contexto histórico e jurídico, realizar uma análise crítica do incidente de deslocamento de competência, buscando verificar sua constitucionalidade e convencionalidade. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo e realiza-se análise da legislação, bem como dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pertinentes ao tema. Com a ocorrência crescente de violações aos direitos humanos e com um quadro de impunidade geral, o Brasil passou a ser pressionado pelas organizações internacionais para que fossem cumpridos os tratados internacionais que versam sobre esses direitos. É neste contexto que surge o incidente de deslocamento de competência, introduzido pela EC nº 45/2004 como mecanismo para garantir a tutela dos direitos humanos, permitindo a federalização de processos que versarem sobre grave violação aos direitos humanos, quando presente o risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da incapacidade do Estado-membro, por meio de suas instituições, em proceder à devida persecução e processamento dos feitos. Os requisitos materiais para o deslocamento de competência e os termos utilizados pelo legislador na conceituação do incidente são analisados pra verificar a abrangência deste instrumento, afastando as críticas de generalidade de conceitos. Com base no princípio da proporcionalidade, que prevê a análise sob a ótica da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, discorre-se sobre a delimitação do incidente, sendo instrumento hábil a ser suscitado somente na fase processual. O incidente de deslocamento de competência está em consonância com o bloco constitucional, afastando os argumentos de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios do juiz natural, da legalidade e ao pacto federativo, e encontra respaldo nos tratados internacionais por ser um remédio processual que visa garantir a proteção dos direitos humanos. Assim, é firmada a constitucionalidade e convencionalidade do instituto da federalização da competência.

Palavras-chave: Constituição. EC. Incidente de deslocamento de competência. Federalização. Direitos Humanos. Controle de constitucionalidade. Controle de convencionalidade. Reforma do Judiciário.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC/ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI/ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF/CRFB – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

IDC – Incidente de Deslocamento de Competência

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos

RE – Recurso Extraordinário

LISTA DE SIGLAS

AJUFE – Associação dos Juízes Federais

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

ANAMAGES – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

DF – Distrito Federal

PGR – Procurador-Geral da República

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONTROLE JURISDICIONAL DA CRIAÇÃO DO CONSTITUINTE DERIVADO	13
1.1 O PODER CONSTITUINTE.....	13
1.1.1 <i>Espécies de Poder Constituinte: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado.....</i>	<i>16</i>
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	21
1.2.1 <i>Controle de constitucionalidade difuso</i>	<i>23</i>
1.2.2 <i>Controle de constitucionalidade concentrado.....</i>	<i>24</i>
1.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	28
2 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO: O DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....	34
2.1 EC nº 45/2004: A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A INTRODUÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA – ART. 109, V-A, § 5º.....	34
2.2 A FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REQUISITOS.....	39
2.2.1 <i>A ocorrência de grave violação aos direitos humanos</i>	<i>43</i>
2.2.2 <i>O cumprimento, pelo Estado brasileiro, de obrigações decorrentes de tratados internacionais</i>	<i>48</i>
2.2.3 <i>A incapacidade do Estado-membro da Federação na investigação e julgamento</i>	<i>51</i>
3 A ANÁLISE CRÍTICA DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....	54
3.1 NO PLANO DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.....	54
3.1.1 <i>O princípio da legalidade e a inexistência de um rol típico explícito das violações contra os direitos humanos</i>	<i>58</i>
3.1.2 <i>A questão do juiz natural e a vedação ao tribunal de exceção</i>	<i>61</i>
3.1.3 <i>O direito à razoável duração do processo</i>	<i>65</i>
3.1.4 <i>O pacto federativo</i>	<i>67</i>
3.2 NO PLANO DA CONVENCIONALIDADE DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA	71
3.3 ESVAZIAMENTO OU DELIMITAÇÃO? O CARÁTER EXCEPCIONAL E SUBSIDIÁRIO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA	75
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

O incidente de deslocamento de competência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é um instrumento processual que visa pôr fim as violações aos direitos humanos, a sensação de impunidade alastrada devido à inoperância das instituições dos Estados-membros da Federação e as pressões internacionais para efetivação desses direitos assegurados em tratados internacionais e no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Diante de severas críticas no âmbito interno, que culminaram na propositura de duas ações diretas de inconstitucionalidade, este trabalho monográfico buscará responder a seguinte pergunta: O incidente de deslocamento de competência das graves violações aos direitos humanos, introduzida no direito pátrio pela EC nº 45/2004, está de acordo com o bloco constitucional? Isto é, passa pelo controle de constitucionalidade e de convencionalidade?

Por meio do método dedutivo e através de três capítulos serão apresentadas questões atinentes à constitucionalidade e convencionalidade do incidente de deslocamento de competência introduzido pela EC nº 45/2004. Para tanto, utilizar-se-ão os diplomas legais relativos ao tema, assim como fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

O primeiro capítulo examinará aspectos históricos, conceituais e estruturais do Poder Constituinte originário e derivado, abordando, também, aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro e o reconhecimento, pelo STF, da aplicação do Controle de Convencionalidade para análise da conformidade das normas com o bloco constitucional.

Em seguida, no segundo capítulo será abordado o incidente de deslocamento de Competência e o processo de tramitação da EC nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário. Conseqüentemente, serão analisados os três requisitos materiais cumulativos para a federalização da competência de graves violações aos direitos humanos, quais sejam: a ocorrência de grave violação aos direitos humanos, a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações previstas em tratados internacionais e a inoperância das instituições dos Estados-membros da Federação na fase de investigação, processamento e julgamento dessas causa. Será analisada, também, a abrangência do termo grave violação aos direitos humanos, a exclusividade da legitimidade ativa do Procurador-Geral da República para propositura do

incidente de deslocamento e a possibilidade de se propor o incidente para causas além das penais.

Por último, o terceiro capítulo, de forma pormenorizada, analisará a constitucionalidade e a convencionalidade do incidente de deslocamento de competência das graves violações aos direitos humanos. No plano da constitucionalidade será debatido a conformidade do incidente com a Constituição e seus princípios, especialmente o princípio da legalidade, do juiz natural, da vedação ao tribunal de exceção, da razoável duração do processo e do pacto federativo. Dará relevante valor a análise do incidente de deslocamento sob a ótica o princípio da proporcionalidade. Analisar-se-á, no plano da convencionalidade, se a federalização da competência está de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o processo previsto na Constituição Federal (art. 5, §3º), que os elevam ao nível constitucional. Em arremate, delimitar-se-á o momento para propositura do incidente de deslocamento de competência, demonstrando o caráter excepcional da medida.

1 CONTROLE JURISDICIONAL DA CRIAÇÃO DO CONSTITUINTE DERIVADO

1.1 O Poder Constituinte

“O Poder Constituinte é a manifestação soberana da vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”, tendo por objetivo a produção de normas jurídicas de conteúdo constitucional, com fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado. (MORAES, 2003, p. 54)

Nesse diapasão, entende-se por Constituição o instrumento jurídico que constitui o Estado, sendo a lei suprema deste, que tem como objetivo a delimitação do poder, contendo um conjunto de normas referentes à estruturação do mesmo e de seus poderes, como também aos direitos, garantias e deveres dos cidadãos, à convivência humana em sociedade, a qual tem como função garantir o existente e de servir como programa para o futuro estatal, atuando como repositório de valores políticos e de transformação da realidade.

José Afonso da Silva (2004, p. 37-38) assim a define:

A Constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora ou recriadora*, o poder que emana do povo.

Embora desde os tempos remotos já exista uma distinção entre o poder de formular normas fundamentais de um Estado e o de elaborar as normas comuns, a doutrina atribui ao abade francês Emmanuel Joseph Sieyès¹ a criação da base da teoria do Poder Constituinte, com a publicação da obra “*Qu’est-ce que le tiers état?*” (A Constituinte Burguesa), em 1789, que remete a situação política vivenciada na França do *Ancien Régime*.

Quanto à titularidade do Poder Constituinte, temos duas correntes: a primeira de Emmanuel Joseph Sieyès, um dos precursores dessa doutrina, que aponta a nação como titular

¹ Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) é o autor do livro *Qu’est-ce que le tiers état?* (O que é o terceiro Estado?, em tradução livre; “A Constituinte Burguesa”, em sua versão em português), de 1789, referendado como manifesto da Revolução Francesa, em que expõe as reivindicações da burguesia (Terceiro Estado), buscando esta sua ascensão ao poder político. Ademais, traçou linhas gerais do Poder Constituinte, como poder imanente à nação, superior aos poderes ordinariamente constituídos e por eles imodificáveis, sendo este de titularidade da nação, em que a nobreza e o clero não a integravam.

do poder; já a segunda, que prevalece atualmente, o titular do poder constituinte é o povo, uma vez que o Estado decorre da soberania popular.

Emmanuel Joseph Sieyès, com o manifesto “*Qu’est-ce que le tiers état?*”, defende os direitos da burguesia francesa ascendente frente ao Estado, isto é, frente às classes privilegiadas que estavam juridicamente vinculadas ao aparato institucional do Antigo Regime, postulando a ascensão da classe burguesa ao poder político.

Sua teoria está centrada no conceito de nação como titular do Poder Constituinte, o qual é a expressão de soberania e vontade geral nacional, sendo definida como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”. (SIEYÈS, 2001, p. 13)

Para ele, o Terceiro Estado se identificava com a própria nação, ou seja, como “[...] o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Tudo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado”. (SIEYÈS, 2001, p. 14)

Propunha que o Poder Constituinte devia expressar a soberania da nação, sendo que a vontade nacional deveria ser única e indivisível, evitando privilégios, diferentemente da conjuntura francesa à época. Considerava, também, o Poder Constituinte como inalienável e permanente, e que se configurava como um poder incondicionado, sempre superior aos poderes constituídos por ser o criador da Constituição e da organização do Estado, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade quando sujeito à Constituição.

Para ele, somente à nação cabe o direito de criar e modificar a Constituição:

Em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la. (SIEYÈS, 2001, p. 69).

Logo, o pensamento de Emmanuel Joseph Sieyès estabelece que a nação se forma somente pelo direito natural, ao contrário do governo, que não pode pertencer senão ao direito positivo. Desse modo, ele deduz que a nação não está submetida a uma Constituição, ao contrário do governo do Estado, sendo a nação a constituinte do Estado.

Já no pensamento moderno, a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular, como bem dispõe nossa CF, no seu art. 1º, parágrafo único, que estabelece limitações ao poder autoritário. Dessa forma, a vontade constituinte é a vontade do povo expressa por meio de seus representantes.

A adoção, pela teoria moderna, de que o povo é o titular do Poder Constituinte se deve, para grande parte da doutrina, ao fato do conceito de povo ser mais abrangente do que o termo nação estabelecido por Emmanuel Joseph Sieyès. Entende-se o povo como um grupo de homens que se delimita, reúne-se politicamente e que é consciente de si mesmo como magnitude política.

Na concepção de Emmanuel Joseph Sieyès, o titular do Poder Constituinte seria a nação exatamente pelo fato de entender, na distinção entre povo e nação, que só esta última expressaria os interesses permanentes de uma comunidade, inclusive sob a ótica política. O povo seria uma simples associação de homens, unidos por alguma coincidência étnica ou cultural, mas não necessariamente política. Ou seja, o importante para este autor era deixar clara a idéia de supremo poder da coletividade, que tem interesses comuns e permanentes.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 23) explica a utilização do termo nação pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès:

Para Sieyès, nação é um termo empregado para que não se use da palavra povo. O aspecto fundamental do pensamento de Sieyès, nesse ponto, é a distinção entre nação e povo. Povo, para ele, é o conjunto dos indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isto, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante. Assim, a idéia de Sieyès, que nem sempre é bem compreendida, é até certo ponto simples e sem dúvida lógica. Quando ele contrapõe nação a povo, está afirmando que o supremo poder não está à disposição dos interesses dos indivíduos enquanto indivíduos, mas o supremo poder existe em função do interesse da comunidade como um todo, da comunidade em sua permanência no tempo. Ele faz a distinção porque lhe parece óbvio que em certa ocasião pode haver uma oposição ou, pelo menos, uma discrepância entre os interesses do povo – conjunto de indivíduos que vivem num determinado momento – e os interesses permanentes de uma comunidade. O povo, por exemplo, para gozar de um maior bem-estar, pode sacrificar os interesses de gerações futuras, pode sacrificar os interesses permanentes da comunidade.

Conquanto, o termo povo, adotado contemporaneamente, é sedimentado com a universalidade do sufrágio, o direito de votar e ser votado, eliminando qualquer discriminação vigente entre os cidadãos e classes, caracterizando o povo como membro da formação da vontade estatal e destinatário dessa mesma vontade estatal.

Apesar da diferença entre a titularidade do Poder Constituinte na teoria de Sieyès e na doutrina moderna, ambas as ideologias não entram em conflito, uma vez que hoje, no interior da sociedade política, o povo é o soberano. A soberania popular é um conceito voltado para o regime político interno do Estado, ao passo que mais se fala em soberania nacional quando se olha para as relações internacionais entre os diversos Estados nacionais.

Hoje, portanto, a titularidade do poder constituinte é do povo, sendo expressa por meio de seus representantes que o exercem em nome do povo, editando uma nova Constituição.

Nesse sentido posiciona-se José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 81) sobre o Poder Constituinte, o qual “[...] é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’”.

Desta forma, o Poder Constituinte é o poder que cabe ao povo de dar-se uma Constituição, sendo a mais alta expressão do poder político e da soberania do povo. Caracteriza-se pela vontade política capaz de constituir o Estado por meio de uma Constituição, sendo Direito Fundamental primeiro do povo manifestar-se sobre o modo de existência política da nação pelo exercício do Poder Constituinte originário.

1.1.1 Espécies de Poder Constituinte: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte pode ser classificado em Poder Constituinte originário, ou de 1º grau, e Poder Constituinte derivado, reformador, constituído, ou de 2º grau.

O **Poder originário** é aquele que estabelece uma nova ordem jurídica, uma nova Constituição, organizando um novo Estado, seja ele no surgimento da primeira Constituição de um Estado, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior, que venha revogar ou romper completamente a ordem jurídica até então vigente.

A Constituição, desse modo, firma-se pela vontade das forças determinantes da sociedade, buscando no povo seu fundamento de validade, o titular do Poder Constituinte originário.

É um poder que, através da Constituição, disciplina os fundamentos do modo de conveniência em sociedade, não sofrendo qualquer limitação do direito positivo pré-estabelecido, sendo inaugural de uma nova ordem, servindo como base da nova ordem jurídica e traçando um novo sentido e um novo destino para a ação do poder político.

Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al*, 2009, p. 234), o Poder Constituinte originário é um poder latente:

O Poder Constituinte originário não se esgota quando edita uma Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e está apto para se manifestar a qualquer momento. Trata-se, por isso mesmo, de um poder permanente, e, como também é incondicionado, não se sujeita a formas prefixadas para operar. O Poder Constituinte originário, entretanto, não costuma fazer-se ouvir a todo momento, até porque não haveria segurança das relações se assim fosse. Como o Poder Constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para a ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de viragem histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma *ex novo* um Estado, ou a estrutura deste sofre transformação.

José J. Gomes Canotilho (1993, p. 94) sintetiza as características do Poder Constituinte originário dizendo que:

O Poder Constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano. É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando deve “dar-se” uma Constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.

Assim, o poder originário inicial é único, ilimitado juridicamente, autônomo, incondicionado às formas, soberano, permanente e estabelecedor de uma nova ordem, sendo, logo, fonte da autoridade dos poderes constituídos, legitimando-os.

É inicial porque não se baseia em outra ordem, sendo instaurador de um novo poder, rompendo, por completo, com o sistema anterior e dando origem a um novo ordenamento.

É único e permanente, pois ocorre somente uma vez, quando da instauração de uma nova ordem jurídica, da promulgação de uma nova Constituição, não se esgotando com a edição da mesma, ficando latente a ela como forma e expressão da liberdade humana, estando apto a se manifestar a qualquer momento.

É incondicionado e soberano, porque não fica vinculado a qualquer forma pré-fixada para a sua manifestação, sua operação, não se exigindo que o Poder Constituinte originário siga um procedimento padrão predeterminado.

É ilimitado juridicamente e autônomo porque não sofre nenhuma limitação do direito positivo anterior, não dependente de nenhuma ordem jurídica anterior, ressalvados, é claro, as limitações inerentes ao exercício do poder constituinte.

Conforme expõe Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al*, 2009, p. 233), o Poder Constituinte encontra limitações políticas inerentes ao seu exercício, onde a ausência de vinculação é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte originário não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Ou seja:

Se o poder constituinte é a expressão de vontade política do povo, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. [...] Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso.

Segundo Pedro Lenza (2011, p. 176), o Poder Constituinte originário no ato constituinte costuma seguir certo processo de elaboração, tendo duas formas básicas de expressão: democraticamente através de uma *Assembleia Nacional Constituinte/convenção*, uma assembleia de representantes do povo, que nasce da deliberação da representação popular; ou através de uma *outorga*, feita por um Movimento Revolucionário, caracterizada pela declaração de vontade unilateral do agente ou grupo revolucionário, que acontece quando um governante elabora uma Constituição, de forma unilateral, e a entrega ao povo sem que este tenha qualquer participação no processo de elaboração.

Sobre o **Poder Constituinte Derivado**, Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al*, 2009, p. 247) expõe que o mesmo é previsto na Constituição, como meio de prevenir o engessamento da ordem constitucional:

Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de

todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior.

Evita-se, desse modo, que o poder constituinte originário tenha de se manifestar, às vezes, para mudanças meramente pontuais. Reduzem-se os efeitos nefastos das contínuas rupturas da ordem constitucional.

Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade.

Pode-se entender que a ocorrência de mudanças no texto da *Constituição* constitui uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida em que é um mecanismo de articulação da continuidade do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política, entre a Constituição escrita e a Constituição real e efetiva, uma vez que a permanência de uma Carta Política depende muito da sua capacidade de traduzir os valores basilares da sociedade, do povo.

Contudo, Konrad Hesse (1991, p. 22) em “*A força normativa da Constituição*”, ao mesmo tempo, alerta ser “igualmente perigosa para a força normativa da Constituição [...] a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política”, uma vez que este processo pode levar ao retalhamento do texto constitucional, deformando sua fisionomia original.

Portanto, as alterações no texto constitucional são aceitáveis quando buscam cumprir a função de conformação do texto com os avanços da sociedade e desde que seja conservada a essência da Constituição.

Isto se deve pelo fato do Poder Constituinte derivado ser limitado pelo Poder Constituinte originário, seu criador, que firma restrições para a alteração do texto constitucional, como também estabelece um procedimento para tal, em observância à supremacia da Constituição.

Desta maneira, ao contrário do seu criador, o Poder Constituinte derivado é também conhecido como instituído, constituído, secundário, de segundo grau, e decorre da Constituição, isto é, deriva do Poder Constituinte originário e a ele está limitado, seja por limitações constitucionais expressas ou implícitas, e é passível de controle de constitucionalidade pelo STF.

Desta forma, o poder derivado deve obedecer às regras impostas pelo originário, sendo, portanto, limitado e condicionado aos parâmetros impostos pela Constituição.

É caracterizado, segundo Alexandre de Moraes (2003, p. 57), por ser um poder derivado, subordinado e condicionado, pois:

É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.

A doutrina subdivide o Poder Constituinte derivado em duas espécies: o *reformador*, característico de Constituições rígidas, tendo competência para alterar o texto constitucional através de um procedimento específico estabelecido pela própria Constituição para sua manifestação; e o *decorrente*, que possibilita aos Estados-membros se auto-organizarem por meio de suas Constituições estaduais, em virtude de sua autonomia político-administrativa, estando limitados pelas regras constitucionais da Federação. (SILVEIRA, 2006, p. 49)

A alteração do texto constitucional, com base no Poder reformador, deve observar certas limitações de forma e de conteúdo, as quais estão dispostas no art. 60 da CF/88:

Assim, exige-se quórum especialmente qualificado para a aprovação de emenda à Constituição. É preciso que a proposta de emenda reúna o voto favorável de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma.

[...]

A Constituição também aponta quem pode apresentar proposta de Emenda à Constituição (1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros). Não se prevê a iniciativa popular de proposta de Emenda.

Proíbe-se, por igual, a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (CF, art. 60, § 5º).

O poder de emenda também se submete a restrições circunstanciais. Proíbe-se a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (CF, art. 60, § 1º). (MENDES *et al*, 2009, p. 249)

O Poder reformador encontra-se limitado, também, por meio das cláusulas pétreas, cujo “adjetivo *pétrea* advém do latim e significa ‘duro como pedra’ [...] e têm como função precípua resguardar a essência da Constituição.” (SILVEIRA, 2006, p. 111)

As limitações impostas pelas cláusulas pétreas, segundo Gilmar Mendes (*et al*, 2009, p. 251), são referentes ao conteúdo sujeito ao poder de reforma, visto que as cláusulas “perfazem um núcleo essencial do projeto do Poder Constituinte originário”, sendo

intangíveis por determinação do próprio Poder constituinte originário, com intuito de prevenir um processo de deterioração da Constituição vigente, só podendo serem modificadas quando da manifestação do Poder Constituinte originário.

Deste modo, a Constituinte de 1988 definiu um núcleo intangível para a Constituição Cidadã, o qual se encontra delineado no seu art. 60, § 4º:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Ademais, a maior dificuldade para mudanças nos textos constitucionais do que para a alteração das demais normas jurídicas do ordenamento estatal decorre da rigidez constitucional, que expressa o princípio da supremacia da Constituição, o qual tem como pressuposto legal o escalonamento normativo, a hierarquização das normas.

Logo, a Constituição, como norma suprema do Estado, dá validade e fundamento a todo o ordenamento, devendo qualquer ato jurídico mostrar-se conforme os preceitos da *Constituição* para ingressar ou permanecer validamente no ordenamento.

1.2 Controle de constitucionalidade

“O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição” (SILVA, 2004, p. 46).

Disto decorre o surgimento de um poder de aferição da compatibilidade das normas inferiores com as normas superiores, como também das alterações sofridas pela Constituição e omissões à aplicação de normas constitucionais, chamado de controle de constitucionalidade:

O juízo relacional que procura estabelecer uma comparação valorativamente relevante entre dois elementos, tendo como parâmetro a Constituição e como objeto a lei (sentido amplíssimo), os fatos do processo legislativo ou a omissão da fonte de produção do direito. (TAVARES *apud* DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 67)

A Constituição Federal de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade: inconstitucionalidade por ação e por omissão. Para José J. Gomes Canotilho (1993, p. 982), enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo.

Gilmar Mendes (*et al*, 2009, p. 1060) conclui:

A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfüllung von Gesetzgebungsaufträgen*).

O controle de inconstitucionalidade das leis em face da Constituição decorre da rigidez da Lei Suprema, por ser esta normativamente superior. Neste sentido, a um órgão, que pode variar de acordo com o sistema de controle adotado, é atribuída a competência para resolver os problemas constitucionais.

Desse modo, segundo classificação doutrinária, quanto ao órgão existem três sistemas de controle de constitucionalidade:

O *controle político* é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

O *controle jurisdicional*, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as Constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

O *controle misto* realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional. (SILVA, 2004, p. 49)

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, sendo dividido em: modelo difuso ou sistema americano, consolidado no famoso julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, reconhecendo a todos os componentes do Poder Judiciário o exercício do controle da supremacia da Constituição; modelo concentrado ou sistema austríaco, em que somente a um órgão de cúpula do Poder Judiciário ou uma corte

especial cabe o exercício de controle; e, por fim, um modelo misto, que combina elementos dos dois sistemas básicos.

Segundo Gilmar Mendes (*et al*, 2009, p. 1058), no modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional misto “defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado”.

O Brasil adotou, basicamente, o controle de constitucionalidade jurisdicional misto, em que se conjugam o modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com o modelo concentrado através da propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, de competência do STF.

1.2.1 Controle de constitucionalidade difuso

O controle difuso, também chamado de indireto, via de exceção ou de defesa, teve origem norte-americana, no julgamento caso *Madison vs. Marbury*, onde foi sedimentado a idéia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei conforme a Constituição, a Lei Suprema do ordenamento.

Por via deste meio, discute-se a inconstitucionalidade em um caso concreto, vale dizer, a argüição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo se dá dentro de um processo judicial comum, dito processo subjetivo.

Ademais, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz, de qualquer instância judicial, observadas as regras de competência processual, de se recusar a aplicar uma determinada norma quando entendê-la inconstitucional, isto é, de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

O sistema difuso de controle se distingue por ser incidental, isto é, o controle é exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal, em que a declaração de inconstitucionalidade é prejudicial ao exame de mérito, como assevera Alexandre de Moraes (2003, p. 587):

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Assim, o sistema de controle da constitucionalidade pela via difusa tem como objeto da ação a satisfação de um direito individual ou coletivo, sendo a inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo arguida de forma incidental por qualquer uma das partes, autor ou réu, perante qualquer juiz ou tribunal.

O controle de constitucionalidade difuso, segundo Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p. 299), apresenta duas regras essenciais:

Primeiro, a regra da *universalidade*. Como dissemos, a inconstitucionalidade pode ser examinada em qualquer processo, seja comum ou especial, de conhecimento, cautelar ou de execução. Isso confirma o caráter difuso do controle incidental no Brasil.

Segundo, a regra da *accessoriedade*. A fiscalização da constitucionalidade não pode ser o pedido principal da ação, mas tão somente um pedido incidental, relacionado com o julgamento do principal. Nesse ponto percebemos a diferença entre o controle incidental e o principal, realizado mediante ações diretas e tendo como objeto principal a verificação da inconstitucionalidade.

Reconhecidamente, a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade é *inter partes*, vinculando e produzindo coisa julgada somente para as partes da relação processual, e *ex tunc*, produzindo efeitos pretéritos, retroativos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito entre as partes envolvidas na lide.

Conquanto esta seja a regra geral, o STF, no julgamento do RE 197.81, relativizou o modelo da nulidade ao considerar ser possível modular os efeitos da decisão no tempo, podendo dar efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

1.2.2 Controle de constitucionalidade concentrado

Também chamado de controle em abstrato, direto, via principal ou de ação, o controle concentrado foi consagrado na Constituição austríaca de 1920, como forma de garantia da superioridade da Constituição, onde o Tribunal Constitucional detém a exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, isto é, a ação que

tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do ato legislativo ou normativo é proposta diretamente à Corte Suprema.

Como assevera Alexandre de Moraes (2003, p. 606), esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen, concentrando-se em um único tribunal:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais européias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte-americano.

O controle concentrado tem como objeto de controle as leis ou atos normativos federais ou estaduais, entendido o vocábulo lei no seu sentido amplo, abarcando qualquer modalidade de ato legislativo prevista no art. 59 da CF, quais sejam: emendas à Constituição, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Valério Mazzuoli (2009a, p. 250) defende a possibilidade da realização do controle concentrado (*de convencionalidade*), com a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental não mais fundadas apenas no Texto Constitucional, senão também nos tratados de Direitos Humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país:

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, passam a servir de meio de controle concentrado (agora de convencionalidade) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle difuso.

Desse modo, a partir da EC nº 45/2004 e da aprovação dos tratados conforme preceitua a Constituição (art. 5º, § 3º, da CF/88), é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, I, “a”, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, as normas constitucionais por equiparação. Ou seja, o STF não é o guardião da Constituição, mas do bloco constitucional, tendo sua competência alargada pelo fenômeno da internacionalização do Direito, composto pela Constituição e pelos tratados internacionais equiparados às emendas constitucionais.

Atualmente, no direito constitucional brasileiro, existem quatro modalidades de controle concentrado de constitucionalidade, conforme classificação de Alexandre de Moraes (2003, p. 606) e de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p. 93): ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88; argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da CF/88; ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CF/88; e ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88, com alterações sofridas pelas Emendas Constitucionais ns.º 3/1993 e 45/2004.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, a famosa ADIn, possibilita o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese (abstrato), buscando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição, encontrando-se disciplinada na Constituição, art. 102, I, “a”, e na Lei nº 9.868, de 1999.

Deste modo, nas palavras de Alexandre de Moraes (2003, p. 607), a ação direta de inconstitucionalidade é cabível:

Para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e, que ainda estejam em vigor.

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado (por exemplo: medida provisória não convertida em lei) entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese da lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe, transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.

Assim, o objetivo geral da ação direta de inconstitucionalidade é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional.

No direito brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento hábil para questionar a constitucionalidade de três categorias de atos – direito constitucional secundário, leis e atos normativos federais, e leis e atos normativos estaduais e distritais:

No Brasil não pode ser objeto de controle de constitucionalidade o texto da Constituição de 1988 (Constituição originária), cabendo, conforme jurisprudência do STF, somente harmonização das normas constitucionais originárias em caso de conflito.

Por outro lado, o STF considera que cabe controle de constitucionalidade das normas que compõem o denominado “bloco de constitucionalidade”, que vigoram

junto a Constituição originária. Essas normas podem ser divididas em dois grupos: as Emendas Constitucionais (arts. 60 da CF e 3º, do ADCT); os tratados internacionais incorporados no direito brasileiro com base no procedimento previsto no art. 5º, § 3º da CF. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 109)

A decisão de mérito no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade pode vir a ser procedente ou improcedente para declarar a inconstitucionalidade de certo dispositivo, sendo que, no primeiro caso, gera a sua nulidade, eliminando-o definitivamente do ordenamento jurídico, e, no segundo, confirma-se a obrigatoriedade do ato questionado. Isso expressa a natureza dúplice da ação.

Quanto à eficácia da decisão, a mesma será *erga omnes* (para todos) e vinculantes, e no caso de declaração de inconstitucionalidade, os efeitos também serão *ex tunc* (retroativos), ressalvada a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença desde que presente o requisito formal (decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal) e material (presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, segundo Pedro Lenza (2011, p. 336), é uma inovação da CF/88, inspirada na Constituição Portuguesa, e visa combater a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Desta forma, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão são impugnáveis a inércia no cumprimento constitucional do dever de legislar (omissão total) ou quando a lei integrativa infraconstitucional se mostrar deficiente (omissão parcial).

Assim, a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, por causa da não regulamentação pelo Poder Público:

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias.

Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional. (MENDES *et al*, 2009, P. 1236)

Conforme Pedro Lenza (2011, p. 337), a omissão, para tornar efetiva a norma constitucional, pode ser de qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário) ou de órgãos administrativos.

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no direito brasileiro pela EC nº 3, de 1993, tem como finalidade confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal devidamente promulgado (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 144). Busca, deste modo, transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, afastando a insegurança jurídica sobre a validade e, conseqüente, aplicação da norma.

A última ação de controle concentrado é a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da CF/88, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, sendo cabível, com caráter subsidiário, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (argüição direta), e, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (argüição incidental). (MORAES, 2003, p. 641)

Na argüição incidental questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta. A instauração do controle de legitimidade da norma na argüição de descumprimento de preceito fundamental repercutirá diretamente sobre os casos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão prejudicial a ser dirimida nesses processos será levada à apreciação do STF.

Sobre o conceito de preceito fundamental a doutrina tem entendido que são aqueles que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa da manifestação originária, ou seja: os que identificam a forma e a estrutura do estado; o sistema de governo; a divisão e o funcionamento dos poderes; os princípios fundamentais; os direitos fundamentais; a ordem econômica; e a ordem social.

1.3 Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade ganhou notoriedade com a entrada em vigor da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, que alçou os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados com o quórum

qualificado e em vigor no plano internacional, à condição de equivalentes às emendas constitucionais.

O respectivo dispositivo assevera que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

Como bem explica Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 23), tal norma vem reafirmar que “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Embora o STF tenha, após a Constituição de 1988, aplicado jurisprudência a ela anterior, entendendo que os Tratados de Direitos Humanos teriam o mesmo regime jurídico da lei federal, referido entendimento foi finalmente modificado ao final do ano de 2008, quando do julgamento conjunto do RE 349.703 e do RE 466.343, referente à constitucionalidade da prisão civil para o inadimplente em contratos de alienação fiduciária em garantia. Nesse julgamento a Corte rejeitou por unanimidade as teses da supraconstitucionalidade e da legalidade para os Tratados de Direitos Humanos, ficando dividida quanto à adoção da tese da constitucionalidade ou da supralegalidade. Esta última restou vencedora, por maioria.

De acordo com o voto do ministro Gilmar Mendes e observando a doutrina, os tratados internacionais de direitos humanos poderiam ser classificados da seguinte forma: a) tese da supraconstitucionalidade, b) tese da constitucionalidade, c) tese da supralegalidade e d) tese da legalidade.

A Corte, neste julgado, adotou a tese da supralegalidade e da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme voto do ministro Gilmar Mendes:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados de direitos humanos. [...] em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2008)

Desta forma, decidiu a Suprema Corte no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da CF/88 têm natureza de

norma constitucional, e quando não seguem o procedimento elencado pelo citado artigo apresentam o caráter de normas supralegais, estando, assim, acima das leis infraconstitucionais e abaixo do bloco constitucional na pirâmide de Kelsen.

Conjugando a interpretação adotada pelo STF acerca do § 2º com o enunciado do § 3º, do art. 5º da CF, foi adotado dois regimes constitucionais específicos para os Tratados de Direitos Humanos: a) o regime da constitucionalidade, que depende do cumprimento dos requisitos do art. 5º, § 3º, e, pois, do art. 60 da Constituição e b) o regime da supralegalidade, aplicável aos Tratados de Direitos Humanos anteriores à EC nº 45/04 e aos que sejam a ela posteriores mas não tenham sido aprovados segundo os procedimentos das emendas constitucionais.

Assim o controle de convencionalidade possibilita à compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos do Poder Público, não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais, notadamente os de direitos humanos aprovados pelo processo legislativo previsto na Constituição Federal.

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.

Desta forma, o respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade dos atos normativos, enquanto o respeito aos tratados de direitos humanos aprovados conforme o art. 5º, § 3º, da CF/88, faz-se pelo controle de convencionalidade das leis.

Contudo, em posição contrária ao entendimento do STF encontra-se Valério Mazzuoli, para quem todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro se apresentam no nível de normas constitucionais, seja por causa da hierarquia material (status de norma constitucional) ou pela hierarquia material e formal (equivalente à EC).

Para Valério Mazzuoli (2009a, p. 246-247), os tratados internacionais comuns estão num nível de supralegalidade, enquanto, cuidando-se de documento relacionado com os direitos humanos, todos possuem status constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF, não importando o quórum de aprovação do tratado de direitos humanos:

No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação. A um resultado similar, se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

E continua:

Sob esse ponto de vista é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal). Para que exista a vigência e a concomitante validade das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. (MAZZUOLI, 2009a, p. 247-248)

De acordo com Valério Mazzuoli, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm status de norma constitucional”, uma vez que, conforme seu entendimento, não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição, para que tais instrumentos tenham nível de normas constitucionais, sendo que o referido parágrafo somente atribui “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o status de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º da Constituição.

Logo, no seu entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia superior às leis: a) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas materialmente constitucionais – art. 5º, § 2º – ou material e formalmente constitucionais – art. 5º, § 3º). (MAZZUOLI, 2009a, p. 269)

Tanto a teoria de Valério Mazzuoli como a posição do STF, contudo, defendem que a aprovação do tratado de direitos humanos pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º da

Constituição, dá-lhe o caráter de ser formalmente constitucional, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional, isto é, faz parte do bloco constitucional.

Assim, à medida que estes tratados passam a ser equivalentes às emendas constitucionais, fica autorizada a propositura no STF de todas as ações constitucionais existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas (do bloco constitucional), a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Para Valério Mazzuoli (2009a, p. 265), contudo, não estaríamos perante o tradicional controle de constitucionalidade, uma vez que o respeito aos tratados que sejam de direitos humanos se faz mediante o controle de convencionalidade:

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de constitucionalidade propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de convencionalidade das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn ou uma ADPF), na medida em que o tratado paradigma em causa é equivalente a uma norma constitucional.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconvenção), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Desta feita, os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, passam a ser paradigma no controle concentrado de convencionalidade, como também no controle difuso.

O controle de convencionalidade poderá assumir feições de controle de constitucionalidade ou de controle de legalidade, a depender do parâmetro de controle que venha a ser aplicado. Assim, se é formalizada alegação de violação de um tratado internalizado com fundamento no art. 5º, § 2º, da Constituição, que no entendimento do STF consiste em norma supralegal, o controle a ser desempenhado pelo Judiciário se assemelha ao de legalidade. Já no caso de tratados internalizados com base no § 3º do mesmo artigo, o caso é de semelhança com o controle de constitucionalidade, como já mencionado.

Quanto aos efeitos dos tratados internacionais de direitos humanos, quando supralegais, sobre a legislação infraconstitucional, tem-se que estes passam a ter efeito paralisante das demais espécies normativas internas que dispõem em sentido contrário. Assim, a falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de direitos humanos invalida a produção normativa doméstica, deixando de serem válidas no plano jurídico, mas ainda continuam vigentes nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram à primeira compatibilidade vertical material, a compatibilidade com a Constituição, mas não passam na segunda, a compatibilidade com os tratados de direitos humanos.

A diferença entre a posição atual do STF e a teoria de Valério Mazzuoli, portanto, está no fato de que para o STF os tratados de direitos humanos não aprovados por quórum qualificado seriam supralegais e os tratados não relacionados com os direitos humanos, chamados de comuns, possuem valor legal, enquanto que para Valério Mazzuoli os primeiros teriam caráter constitucional e os segundos supralegais.

Assim, o controle de convencionalidade exige que a norma de direito interno seja compatível com a Constituição Federal e com a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. Trata-se de adaptar as normas infraconstitucionais àquilo que estabelece não somente o texto constitucional, mas os tratados internacionais de direitos humanos que têm status ou equivalência de emendas constitucionais.

2 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO: O DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

2.1 EC nº 45/2004: A reforma do Poder Judiciário e a introdução do incidente de deslocamento de competência – art. 109, V-A, § 5º

A Reforma do Judiciário, que se deu através da EC nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, não é um fenômeno isolado. Está inclusa num contexto de revisão do papel das instituições públicas iniciado com a Constituinte de 1988, agravado pela falta de credibilidade destas instituições, que resultou todo um processo de reavaliação do papel Estado, da estruturação dos poderes estatais e da participação da sociedade.

O processo, desde seu nascedouro na Câmara dos Deputados, através da PEC nº 96/1992, e no Senado Federal, quando tramitou como a PEC nº 29/2000, foi longo, tortuoso e com diversas modificações ao texto original, culminando com sua aprovação como EC nº 45/2004.

O objetivo da EC nº 45/2004 é aproximar o Poder Judiciário da sociedade e torná-lo um instrumento efetivo de solução dos litígios, acabando, também, com a sua falta de transparência, morosidade na prestação judicial e imunidade a qualquer controle externo, sendo chamada, por isso, de reforma constitucional do Poder Judiciário.

Esta introduziu diversas mudanças na estrutura deste Poder, reformulando a organização das funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, como também, apresentou significativas inovações para a eficiência da prestação jurisdicional, para o acesso à Justiça e criou novas garantias para a defesa e proteção dos direitos fundamentais.

Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (2005, p. 3) dividem as implementações trazidas pela EC nº 45 em quatro grandes grupos: a) democratização do Poder Judiciário; b) criação de mecanismos que concedam celeridade à prestação jurisdicional; c) fortalecimento das carreiras jurídicas; e d) solidificação da proteção aos direitos fundamentais.

Referente à democratização do Poder Judiciário, as principais novidades introduzidas pela EC nº 45 são: o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do

Ministério Público (arts. 103-B e 130-A, da CF/88, respectivamente), órgãos de controle externo destas instituições. Ademais, em prol da transparência do Poder Judiciário, previu-se que as decisões administrativas dos tribunais serão públicas (art. 93, X, da CF/88). (BOTTINI; RENAULT, 2005, p. 5)

Em relação ao fortalecimento das carreiras jurídicas, a EC nº 45 trouxe diversas inovações, tais como:

A exigência de no mínimo três anos de atividades jurídicas prévias ao ingresso das carreiras de Magistrado e Promotor de Justiça; da quarentena aos membros do Judiciário e do Ministério Público no que concerne à atividade advocatícia após o seu afastamento das funções; o sistema de promoções dos magistrados, com critérios de avaliação objetivos; e o aumento de autonomia das Defensorias Públicas. (BOTTINI; RENAULT, 2005, p. 9)

No que concerne à eficiência dos serviços prestados pelo Judiciário, a EC nº 45 eleva a direito fundamental à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Outros dois dispositivos foram aprovados visando à complementação deste novo princípio (celeridade ao processo): a súmula vinculante (art. 103-A, da CF) e a repercussão geral do Recurso Extraordinário (art. 103, § 3º, da CF).

Quanto às inovações trazidas pela EC nº 45 relacionadas à proteção dos direitos humanos, Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (2005, p. 10) destacam a federalização das graves violações contra os direitos humanos (art. 109, § 5º, da CF) e o processo legislativo diferenciado para inserção de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, § 3º, da CF), que prevê a possibilidade dos tratados sobre direitos humanos serem equivalentes às emendas constitucionais.

Sobre o processo legislativo de elaboração da norma referente à federalização da competência nas graves violações aos direitos humanos, tem-se, segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p. 1), que surgiu “em decorrência da cobrança feita por organismos internacionais ao Brasil para fazer cessar a impunidade de crimes praticados no campo e na cidade”.

A Constituição Federal de 1988, quando da sua promulgação, buscou dar uma maior ênfase aos direitos humanos ao consolidar, logo em seu artigo primeiro, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Ademais, institui todo um aparato constitucional destacando os direitos humanos como objetivo maior do Estado brasileiro, ressaltando a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil (art. 4º, II, CF/88); a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88); a inclusão, no catálogo de direitos protegidos constitucionalmente, de direitos decorrentes dos tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário (art. 5º, § 2º, CF/88); e a elevação dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional ao status de norma constitucional (art. 5º, § 3º, CF/88).

Contudo, ao mesmo tempo em que a Constituição proclamava os direitos humanos, os meios nela previstos para garantir a tutela destes direitos não conseguiam satisfatoriamente efetivá-los, expondo o Brasil a pressão internacional em razão de práticas contra os direitos humanos e da demora, ou mesmo, da ausência de meios para reprimir essas condutas, com o complicador de que, a competência originária para investigação, processamento e julgamento encontrava-se no âmbito dos Estados-membros.

Como ressalta Vladimir Aras (2005):

A construção da tese da federalização dos delitos contra os direitos humanos encontrou substrato na escalada da violência e da impunidade em várias regiões do País. São exemplos os massacres, chacinas e crimes de mando ocorridos em Eldorado dos Carajás, Vigário Geral, Carandiru, Parauapebas, Xapuri, Candelária e Queimados, só para citar alguns dos mais recentes. A atuação de grupos de extermínio em várias cidades brasileiras, somada à impunidade generalizada, fez crescer as pressões internacionais sobre a União, responsável, no plano externo (artigo 21, inciso I, da Constituição Federal), pelo cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos.

Dado alarmante a toda essa conjuntura histórica de lesões aos direitos humanos é a forte participação do Estado brasileiro, compreendido como União e Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, como agente violador dos direitos humanos, quando deveria privilegiar e priorizar o desenvolvimento e a promoção destes direitos.

Flávia Piovesan (2008, p. 303-326) registra que, no período de 1970 a 2004, foram admitidos pela Comissão Interamericana 78 casos contra o Estado brasileiro, em razão da violação de direitos humanos garantidos na Declaração Americana, na Convenção Americana de Direitos Humanos ou ainda em outro tratado do sistema interamericano. À luz dos 78 casos levantados, foram criadas oito categorias que correspondem a casos de: 1) detenção arbitrária, tortura e assassinato cometidos durante o regime autoritário militar (10 Casos); 2) violação dos direitos dos povos indígenas (2 Casos); 3) violência rural (13 Casos);

4) violência policial (34 Casos); 5) violência dos direitos de crianças e adolescentes (9 Casos); 6) violência contra a mulher (3 Casos); 7) discriminação racial (1 Caso); e 8) violência contra defensores de direitos humanos (6 Casos).

É neste contexto histórico que surge a primeira manifestação sobre a federalização da competência de graves violações contra os direitos humanos, desenvolvida na edição do primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, em 1996, prevendo como uma das propostas de ação governamental para proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil a atribuição à Justiça Federal da competência para julgar os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção a direitos humanos e das causas civis ou criminais nas quais o referido órgão ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse.

No mesmo ano, diante as crescentes práticas violadoras de direitos humanos e da impunidade generalizada, emerge a PEC nº 368/96, de 13 de maio de 1996, versando sobre a federalização das violações aos direitos humanos, a qual visava assegurar a proteção desses direitos e evitar uma possível responsabilização do Estado brasileiro perante às Cortes Internacionais, acrescentando ao art. 109 da Constituição Federal dois incisos:

Art. 109 – Aos Juízes federais compete processar e julgar:
 XII – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos Direitos Humanos;
 XIII – as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos Direitos Humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse. (BRASIL, 1996)

Inocêncio Mártires Coelho (2005, p. 147) expõe que a PEC nº 368/96, posteriormente apensada à PEC nº 96/92, “evidencia que, no particular, a decisão de se alterar o texto constitucional partiu da idéia de que tal providência, *per se*, emprestaria maior eficácia à defesa dos direitos humanos”.

A Deputada Zulaiê Cobra, última relatora da PEC nº 96/92, propugnou por alterações à proposta originária da federalização das violações contra os direitos humanos acrescentando ao art. 109 o inciso V-A (os processos relativos a Direitos Humanos a que se refere o § 5º deste artigo), e de um § 5º (Nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, o Ministério Público poderá suscitar, perante o STJ, incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal, na forma prevista na lei processual).

Segundo Simone Schreiber e Flavio de Castro e Costa (2002, p. 26):

A inspiração desta deliberação da Câmara encontra-se em sugestão oferecida pela Associação Juízes para a Democracia (AJD), deste modo justificada: “Uma segunda hipótese de deslocamento de competência para a justiça federal, sem que com isso fossem feridas as normas de garantia referentes ao juiz natural e a proibição de juízos e tribunais de exceção, seria a de violação massiva ou reiterada de direitos humanos, praticada por agentes públicos ou com sua conivência, quando no juízo estadual competente estivessem comprometidos os meios internos para sua investigação, processo e julgamento, ou quando houvesse demora injustificada da prestação jurisdicional. A medida se justifica em face da competência subsidiária das Cortes internacionais, que prevêm, nas hipóteses de esgotamento das vias internas ou de injustificável atraso na prestação jurisdicional, condição de procedibilidade das queixas apresentadas aos órgãos internacionais de controle e proteção de direitos humanos. Lembre-se ainda que o julgamento justo e imparcial, e em prazo razoável, é garantia fundamental do ser humano, previsto, entre outras, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como garantia não só do acusado, mas igualmente das vítimas”.

Remetida ao Senado Federal, a PEC adotou o número 29/2000, sendo que o instituto da federalização não ficou livre de percalços, sendo sugeridas diversas emendas, seja com intuito de suprimir o incidente de deslocamento de competência do texto da PEC ou modificar o texto no sentido de restringir sua abrangência. (ARAS, 2005)

Contudo, a redação final, referente à federalização, promulgada pela EC nº 45/2004 manteve inalterado o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, acrescentando ao art. 109 da Constituição Federal o inciso V-A e o § 5º:

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; (Incluído pela EC nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela EC nº 45, de 2004) (BRASIL, 1998)

Desta forma, fora introduzido no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de modificação da competência para investigação e julgamento de condutas praticadas com grave violação aos direitos humanos, deslocando-a da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

Como destaca Inocêncio Mártires Coelho (2005, p. 148), a redação final dada à federalização das lesões aos direitos humanos se afastou da primeira PEC:

No texto afinal aprovado, como se vê, atenuou-se essa concepção inicial, porque, ao invés de federalizar, desde logo, a competência para o processo e julgamento de todas as causas relativas a direitos humanos – uma expressão que, pela sua imensa latitude, atentaria contra a idéia de mínimo federativo – preferiu o constituinte restringir o alcance do seu comando, seja dizendo que tais causas serão apenas as

que consubstanciam grave violação dos direitos humanos, seja condicionando a efetividade dessa providência à acolhida de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, suscitado, perante o Superior Tribunal de Justiça, pelo Procurador-Geral da República.

Assim, o incidente de deslocamento de competência está inserido em uma conjuntura de crescente internacionalização e “justicialização” dos direitos humanos, com a conseqüente ampliação dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e a necessidade de cumpri-los frente à sensação de impunidade e incapacidade do poder estatal para coibir movimentos degradantes dos direitos humanos em solo nacional.

Nesse sentido, deu-se a necessidade de implementação do incidente de deslocamento de competência, cujo propósito é outorgar mais proteção aos direitos humanos e celeridade na prestação jurisdicional, combatendo a inoperância das instituições estaduais.

Portanto, a reforma do Poder Judiciário é um meio que propicia mudanças importantes na estrutura deste órgão, visando uma maior celeridade na prestação jurisdicional e desafogo deste, como também, ser um meio de combate à crise vivenciada pelo Judiciário brasileiro e a mazelas da impunidade.

Contudo, é sabido que as alterações concebidas pela EC nº 45/2004, representam somente uma parte das ações necessárias para uma real melhoria do funcionamento do Poder Judiciário e ampliação do acesso da sociedade aos serviços jurisdicionais prestados pelo Estado.

2.2 A federalização da competência das violações aos direitos humanos e seus requisitos

O incidente de deslocamento de competência, também conhecido como a federalização da competência de graves violações aos direitos humanos, previsto no art. 109, V-A, § 5º, da CF/88, pode ser conceituado como “um instrumento político-jurídico, de natureza processual [...], destinado a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional em casos de crimes contra os direitos humanos, previstos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte”. (ARAS, 2005)

Trata-se de ferramenta processual instituída devido à necessidade de se assegurar a persecução e punição efetiva das violações aos direitos humanos, visto que os instrumentos,

até então existentes, para a apuração e punição destas violações no Brasil se mostraram ineficazes.

A introdução desta ferramenta processual no ordenamento brasileiro é devida, segundo Vladimir Aras (2005), por visar a assegurar um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, III, CF/88, e para preservar um dos princípios pelos quais se guia o País nas suas relações internacionais e obviamente também no plano interno, a prevalência dos direitos humanos, disposto no art. 4º, II, CF/88.

A federalização é um expediente essencial para a garantia do respeito aos direitos humanos no Brasil, no sentido de pôr fim as cobranças internacionais e nacionais por uma adequada e eficaz atuação estatal na investigação e processamento das condutas que ofendam os direitos humanos, uma vez que consiste na possibilidade de deslocar a competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nas hipóteses em que ficar configurada grave violação de direitos humanos e a incapacidade das autoridades dos Estados-membros de efetuarem a persecução penal.

Portanto, a mera análise do texto do artigo 109, V-A, § 5º, da CF/88, permite visualizar o incidente como um meio que possibilita a transferência da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, em qualquer fase do inquérito ou processo, nas hipóteses de graves violações aos direitos humanos que afrontem obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais, podendo, exclusivamente, ser suscitado pelo Procurador-Geral da República junto ao STJ.

Gilmar Mendes (*et al*, 2009, p. 1029) assim define o incidente de deslocamento de competência:

Trata-se de norma que tem por escopo ampliar a eficácia da proteção dos direitos da pessoa humana, especialmente em face de obrigações assumidas pelo Brasil em tratados e convenções internacionais. A possível objeção quanto à *intervenção* ou restrição à autonomia dos Estados-membros e da Justiça estadual pode ser respondida com o apelo aos valores envolvidos (proteção dos direitos humanos e compromisso da União de defesa no plano internacional) e com o caráter excepcional da medida. O deslocamento de competência somente em casos de extrema gravidade poderá ser objeto de requerimento, por parte do Procurador-Geral da República, e de eventual deferimento por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, a norma constitucional, art. 109, V-A, § 5º, apresenta elementos importantes para a configuração do presente instrumento processual, quais sejam: 1) a grave violação a direitos humanos; 2) a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações

previstas em tratados internacionais; 3) a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para suscitar o incidente e 4) a competência do STJ para julgar o incidente de deslocamento.

Quanto à legitimidade para suscitar o incidente de deslocamento de competência, o legislador reformador optou por limitá-la apenas ao Procurador-Geral da República, que deve ser provocado pelo interessado direta ou indiretamente, como meio de trazer ao conhecimento do membro do Ministério Público Federal os fatos ocorridos na esfera estadual. (ARAS, 2005)

Buscando a ampliação do rol de legitimados ativos, Vladimir Aras (2005) sustenta que este deveria ser alargado de maneira a abarcar também os legitimados à assistência de acusação, o ofendido ou seu representante legal (nos moldes dos arts. 31 e 268 do Código de Processo Penal), e o Chefe de Estado (art. 84, VII e VIII, da CF/88), não sendo, para isso, necessária uma alteração do texto constitucional:

Embora plenamente justificada a legitimação do PGR, o ideal é permitir que os legitimados à **assistência de acusação**, quando habilitados, na forma do artigo 268 da lei processual penal, também possam provocar o incidente perante o STJ, de modo a impedir que a omissão da justiça das unidades federadas se some eventual omissão do Chefe do Ministério Público Federal.

[...]

Igualmente, seria de boa medida permitir ao presidente da República, por sua condição de **Chefe de Estado** (art. 84, VII e VIII, CF), a propositura do incidente perante o Superior Tribunal de Justiça. Cabe ao presidente da República a representação do Estado Nacional e aferir a conveniência de assinar e ratificar tratados internacionais, aderir a eles ou denunciá-los. Considerando a independência do Procurador-Geral da República em relação ao Governo, é mais que razoável a legitimação do presidente. (grifo original)

Em complementação ao pensamento de Vladimir Aras, Simone Shreiber e Flávio Dino Castro e Costa (2002, p. 26) sustentam que o rol de legitimados ativos para propositura do incidente de deslocamento de competência deveria abranger, também, “quaisquer das entidades legitimadas constitucionalmente para a propositura de ações coletivas”.

Por ocasião do julgamento do primeiro incidente de deslocamento de competência – IDC nº 1, de 2005 (assassinato da irmã Dorothy Stang), e confirmado posteriormente no segundo incidente – IDC nº 2, de 2009 (homicídio do advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto), foi estabelecido um rol de três requisitos cumulativos para o deslocamento da competência, sendo dois já dispostos na norma constitucional (a ocorrência de grave violação aos direitos humanos e a possibilidade de responsabilização internacional

da União) e o outro, uma inovação jurisprudencial que substancia o caráter subsidiário do instituto (a incapacidade das autoridades estatais na persecução criminal).

O relator do IDC nº 1, ministro Arnaldo Esteves Lima, pugnou pelo reconhecimento de um requisito implícito, a incapacidade do Estado-membro, por suas instituições e autoridades, na persecução penal, somando-o aos dois requisitos prescritos na norma constitucional para a ocorrência do deslocamento de competência à Justiça Federal:

Em síntese. Além dos dois requisitos prescritos no § 5º do art. 109 da CF, quais sejam, (a) grave violação a direitos humanos e (b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, **é necessário, ainda, a presença de terceiro requisito**, (c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o **Estado-membro, por suas instituições e autoridades**, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos – os três – hão de ser **cumulativos**, o que parece ser de senso comum, pois do contrário haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria federação, o que certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas – **todas, em todas as esferas – deve ser a tônica**, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, “nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco”. Para que o Brasil seja pujante, interna e externamente, é necessário que as suas unidades federadas – Estados, DF e Municípios –, internamente, sejam, proporcionalmente, também fortes e pujantes. (grifo original) (BRASIL, 2005)

Assim, o requisito implícito demonstra que não basta a ocorrência de ofensa aos direitos humanos, mas sim, é preciso que essa violação não tenha sido investigada, apurada, ou que as autoridades estatais estejam envolvidas diretamente nas práticas ofensivas aos direitos humanos, de maneira que inviabilize a fase investigativa e o processamento do feito pelo Poder Judiciário local.

Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p. 6), o julgamento do primeiro incidente de deslocamento de competência pelo STJ impôs os primeiros limites ao instituto processual constitucional, que deve ser aceito apenas quando caracterizadas, cumulativamente, a grave violação de direitos humanos, a afronta ao tratado internacional de proteção a direitos humanos e a ineficácia ou omissão das autoridades estaduais.

A finalidade, portanto, da federalização da competência de graves violações contra os direitos humanos é a de assegurar uma proteção efetiva aos direitos humanos, o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais e evitar uma leniência das autoridades estatais na investigação e julgamento das condutas ofensivas aos direitos humanos.

Logo, o deslocamento de competência para as instâncias federais, que poderá ser suscitado pelo Procurador-Geral da República, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou do processo, é medida de caráter excepcional e só poderá ser admitida em casos de extrema gravidade, quando estiverem presentes os três requisitos: a ocorrência de grave violação de direitos humanos; houver a demonstração concreta do risco de não cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte; e nos casos em que as instituições locais se mostrarem falhas, ineficazes ou omissas para a proteção dos direitos humanos.

Segundo Flávia Piovesan (2005, p. 183), a federalização da competência para investigar, julgar e processar graves violações contra os direitos humanos pode trazer benefícios como uma maior proteção à vítima, melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros, maior expectativa de resposta efetiva às violações dos direitos humanos e, no caso de falha ou omissão de ambas as instituições, Estado-membro e União, poderá ser ensejada a responsabilidade da União perante a comunidade internacional.

Ademais, visando uma maior regulamentação da norma constitucional disposta no art. 109, V-A, § 5º, da Constituição Cidadã, encontra-se em trâmite o projeto de lei nº 6.647/2006.

2.2.1 A ocorrência de grave violação aos direitos humanos

A primeira polêmica na terminologia adotada se encontra em saber se a expressão “grave violação” abarca tanto as causas civis e criminais, ou se o incidente de deslocamento está limitado, somente, às ações penais.

Como explicitado anteriormente, a PEC nº 368/1996, que previu a inclusão do instrumento de federalização da competência no ordenamento pátrio, estabelecia que o mesmo poderia ser suscitado tanto para “causas civis” como para “causas criminais”.

Essa interpretação mais abrangente do instrumento é sustentada por Ubiratan Cazzeta (2009, p. 164), para o qual a federalização da competência pode abranger violações de direitos humanos que não sejam necessariamente caracterizadas como conduta criminosa, pois “na exposição dos motivos da PEC nº 368/96 afirma-se que devem ser incluídos na

esfera da competência da justiça federal ‘as causas civis ou criminais nas quais o mesmo órgão ou Procurador-Geral da República manifeste interesse’”.

Contudo, atualmente, é sustentada pela doutrina, destacando Vladimir Aras (2005), uma interpretação restritiva do instituto da federalização das graves violações aos direitos humanos, entendendo que as alterações realizadas no âmbito do projeto de emenda até a entrada em vigor do art. 109, V-A, § 5º, da CF/88, restringiram a amplitude do referido instrumento processual, caracterizando-o como um instrumento de natureza processual penal.

Tal posicionamento, entretanto, deve vir a ser alterado, visto que o projeto de lei nº 6.647/2006, que se encontra em trâmite, prevê que o deslocamento de competência “abrange as matérias penal e cível em sentido amplo” (art. 1º, parágrafo único).

Com efeito, o artigo 109, § 5º, da CF/88, ao utilizar-se da expressão “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos” não previu qualquer critério para a identificação destas violações.

Diante disso, se faz necessário expor a amplitude do termo direitos humanos, consagrado internacionalmente como direitos universais, indivisíveis e interdependentes cuja titularidade está vinculada à simples condição de ser humano.

Os direitos humanos são direitos inerentes à condição humana e visam, principalmente, garantir a dignidade humana e a consagração dos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, idealizados na Revolução Francesa, estipulando, para isso, limites aos arbítrios estatais.

Logo, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. (ARENDR *apud* PIOVESAN, 2012, p. 38)

José Afonso da Silva (2003, p. 175) afirma ser difícil imputar aos direitos humanos um conceito uno e preciso, sendo que, atualmente, tal dificuldade é aumentada pelo fato de se empregarem diversas expressões para designá-los, podendo apresentar-se como direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem e direitos naturais.

Seguindo esta linha, Ingo Wolfgang Sarlet (*et al*, 2004, p. 63) entende que o uso da terminologia direitos humanos, e não direitos fundamentais, no art. 109, V-A, § 5º, da CF/88, demonstra a opção pelo legislador de fazer uma distinção entre estes direitos,

imputando os direitos humanos como expressão utilizada nos documentos internacionais e os direitos fundamentais como aqueles positivados no ordenamento pátrio:

[...] verifica-se que a terminologia adotada não o foi por mera coincidência, ou, pelo menos, que a sua utilização neste contexto permite afirmar que acabou sendo consagrada a tão questionada, mas mesmo assim possível distinção entre direitos humanos (positivados no plano internacional) e fundamentais (positivados no plano constitucional), de resto já anunciada expressamente pelo Constituinte quando, no artigo 4º, inciso II, da CF, previu que no plano das relações internacionais o Brasil deverá zelar pela prevalência dos direitos humanos, ao passo que a epígrafe do título II da Constituição fala dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, a diferenciação disposta na Constituição expõe “a discussão em torno de quais efetivamente os direitos abrangidos pelo recém criado incidente, ainda mais tendo em conta qualquer ausência de concretização da noção direitos humanos pelo reformador”. (SARLET *et al*, 2004, p. 63)

Contudo, o posicionamento atual, manifestado por Jorge Assaf Maluly (2005, p. 4), expõe que a expressão direitos humanos, decorrente da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, emanada no curso da Revolução Francesa, pode ser encontrada também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, produzida com o término da Segunda Guerra Mundial”, encontra-se, em nossa Constituição, no conjunto de direitos dispostos nos artigos 1º, III (dignidade humana), e 5º a 16 (título II – dos direitos e garantias fundamentais).

Desta forma, o legislador reformador, ao fazer uso da expressão direitos humanos, se referiu tanto aos direitos consagrados nos tratados ratificados pelo Brasil, como os demais direitos fundamentais, visto que os direitos do homem o são inerentes e unitários, quer estejam positivados na esfera internacional ou nacional, sendo indiferente a nomenclatura utilizada (Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem).

Ademais, Luiz Edson Fachin (BOTTINI; RENAULT, 2005, p. 227) ressalta que “a busca pela proteção efetiva da pessoa humana torna necessária a derrubada dos pressupostos formais perante a praxis libertadora”, aproximando as categorias dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais e, “conseqüentemente, afasta-se de pronto o nominalismo, fixando a Dignidade da Pessoa Humana como pedra angular de todo o sistema, sem operar distinções entre a apreensão interior e a seara externa”.

Logo, “a proteção efetiva dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais [...] demanda uma tutela unitária desses direitos que tenha na dignidade da pessoa humana o seu

centro de irradiação axiológica” (BOTTINI; RENAULT, 2005, p. 227), sendo desnecessária a dicotomia entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais, uma vez que a “dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. [...] Ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.” (ROCHA, 1999, p. 51)

Muito se discutiu acerca da necessidade de norma legal definindo expressamente quais seriam as “graves” condutas lesivas aos direitos humanos.

Alguns doutrinadores afirmam que o instrumento deve ser regulamentado por lei, pois sua normatização mais minudenciada apenas regulamentaria, de forma oficial e talvez com mais segurança, as possibilidades processuais inerentes à espécie, isto é, quais seriam as condutas previstas como “graves violações”.

Flávia Piovesan (1999) elencou, com base nas condutas tuteladas pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, um rol de graves violações, das quais a Justiça Federal teria competência para processar e julgar, composto pelos crimes de tortura; os homicídios dolosos qualificados praticados por agente funcional de quaisquer dos entes federados; os cometidos contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; os homicídios dolosos quando motivados por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e os crimes de uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Da mesma forma, há autores que defendem uma interpretação mais restritiva do que vem a ser “grave violação de direitos humanos”, sustentando que a federalização da competência “só se aplica a graves violações de direitos humanos assegurados em tratados internacionais que não tenham sido já incorporados ao ordenamento interno”. (MORAES *apud* SARLET *et al*, 2004, p. 80)

Entretanto, Vladimir Aras (2005) destaca o perigo de se criar um rol de graves violações, pois, o elenco de condutas “corre o risco de não ser completo e enfrenta a crítica de não ter base clara em lei penal”. Para ele, por falta de lei definidora, apropriado seria “considerar crimes contra os direitos humanos todos os delitos previstos nos tratados internacionais de direito humanitário [*sic*] de que o Brasil seja parte, sempre que a vítima for uma pessoa humana ou um grupo de pessoas”.

O posicionamento do STJ pode ser expresso pelo voto do ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do IDC nº 1, em que não visualizou a necessidade de definição de quais sejam as condutas que incorreriam em grave violação dos direitos humanos, adotando um conceito aberto na classificação das violações passíveis de federalização, pois o próprio constituinte, ao não defini-los, optou por não restringir a alguns crimes os de grave violação aos direitos humanos:

Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha preferido não definir o rol desses crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é a de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria. Além disso, não é comum definição dessa natureza no próprio texto constitucional. Pelo menos, momentaneamente, persiste em aberto tal aspecto, podendo o Congresso Nacional, por lei, especificar os tipos penais susceptíveis de ensejar o deslocamento de competência. (BRASIL, 2005)

O ministro Gilson Dipp, em seu voto, assim conclui:

Da mesma forma, não vislumbro qualquer defeito no fato de o constituinte ou legislador não ter definido o que é grave violação dos direitos humanos, porque grave violação dos direitos humanos é qualquer ofensa a direito humano. Assim como o Brasil, bem como outros países, não conceituou – pela sua temeridade em assim fazê-lo –, o que é uma organização criminosa, ou o que é terrorismo, também não deve, sob pena de deixar fora de sua abrangência, definir o que é grave violação aos direitos humanos. (BRASIL, 2005)

Em consonância a este entendimento, foi sustentada pelos ministros do STJ a eficácia plena ao referido preceito, pois “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, incluídas as referentes aos direitos humanos, têm aplicação imediata, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal”. (BRASIL, 2005)

Assim, a não delimitação das graves condutas violadoras dos direitos humanos se deve ao fato de que uma futura normatização não poderá, de forma satisfatória, positivar rol exaustivo do que venha a ser grave violação destes direitos, pois que norteado estará, o incidente de deslocamento de competência, também, pela cláusula de abertura do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, de que 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.

Como destaque, tem-se que o Projeto de Lei nº 6.647/2006, que disciplina o incidente de deslocamento de competência, em nenhum momento aponta qualquer

delimitação quanto às condutas passíveis de serem federalizadas, deixando a norma ampla quanto quais os direitos humanos violados ensejariam um possível deslocamento de competência.

2.2.2 O cumprimento, pelo Estado brasileiro, de obrigações decorrentes de tratados internacionais

Superado o primeiro requisito para o deslocamento de competência, tem-se que o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos, composto por tratados internacionais elaborados através do consenso internacional.

Em nível internacional, o direito vem se desenvolvendo e se adaptando as mudanças sociais criando meios de controle das atividades violadoras dos direitos humanos. O exemplo disto é a formação de diversos tribunais internacionais, os quais têm como fim último o resguardo da ordem internacional e o respeito aos valores e princípios propagados pelas organizações dos países em âmbito internacional.

O ministro Arnaldo Lima, em seu voto no IDC nº 1, fez uma ligação direta entre a criação do incidente com a pressão externa sofrida pelo país, visto que, com base no art. 21, I, da Constituição Federal, a União é a responsável no plano externo pelo cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário:

A criação desse instituto decorreu, dentre outros motivos, da percepção de que, em vários casos, os mecanismos até então disponíveis para a apuração e punição desses delitos demonstraram-se insuficientes e, até mesmo, ineficientes, expondo de forma negativa a imagem do Brasil no exterior, que, freqüentemente, por meio de diversos organismos internacionais, além da mídia, tem sofrido severas críticas quanto à negligência na apuração desse tipo de crime, que resulta quase sempre em impunidade, não obstante os diversos compromissos por ele firmados, com relação à proteção desses direitos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem colocar o Estado brasileiro como sujeito passivo nos casos impunes a ela comunicados. (BRASIL, 2005)

Nesse sentido, o art. 109, V-A, § 5º, da Constituição, visa ser mais um meio de proteger, no âmbito interno, o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil:

Quando se fala em “crimes contra os direitos humanos” naturalmente está a se considerar aquelas infrações mais graves, que atentam contra direitos humanos não apenas garantidos na Constituição e leis federais, mas, também, por sua especial relevância, consagrados em instrumentos internacionais, como convenções e tratados, a cuja observância o Brasil encontra-se vinculado. (BONSAGLIA, 2006)

Ora, o deslocamento de competência para os órgãos federais das graves violações aos direitos humanos está inserido como resposta ao movimento de fortalecimento das organizações internacionais e do aumento de compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, servindo, o incidente, como meio de resguardar à União a possibilidade de investigar, processar e punir os autores de violações a estes direitos, uma vez que a conjuntura internacional atual possibilitou que o Estado brasileiro possa vir a ser responsabilizado perante Cortes Internacionais por violações destes direitos ocorridas no âmbito interno.

Como bem destaca Jorge Assaf Maluly (2005, p. 5), o Brasil aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, fortalecendo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, competência esta subsidiária, podendo ser invocada nas hipóteses de esgotamento das vias internas ou de injustificável atraso na prestação jurisdicional.

Trata-se de uma nova possibilidade no resguardo dos direitos fundamentais do cidadão, como bem assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 111-112) ao demonstrar o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o famoso Pacto de São José da Costa Rica, de 1969:

Dentre as atribuições da Comissão Interamericana, está a de apreciar “petições que contenham denúncias ou queixas de violação” dos direitos declarados (art. 44). Tais denúncias podem ser oferecidas por qualquer pessoa ou entidade não governamental.

Caso não haja uma solução amistosa (entre o Estado denunciado e os indivíduos que tiveram seus direitos violados), pelo qual deve trabalhar a Comissão, a conclusão de seu trabalho será um relatório encaminhado ao Estado interessados (art. 50). É certo, nesse relatório poderão ser formuladas proposições e recomendações.

Depois de três meses do envio desse relatório, se o caso não houver sido solucionado, a Comissão *poderá*, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, [...] fixar prazo para que o Estado tome as medidas adequadas.

Alternativa é a possibilidade de, ao final dos três meses referidos, a questão ser submetida à apresentação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Esta, se

reconhecer a ocorrência da violação de um direito fundamental, reconhecido pela Convenção, haverá de determinar que se assegure ao prejudicado o gozo desse direito (art. 63)

Ademais, no âmbito internacional as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato, e não eximem os Estados-partes em tratados de direitos humanos de responsabilidade internacional pelo não cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

Flávia Piovesan (1999), diante desta submissão do Estado brasileiro às Cortes Internacionais, defende que a modificação da competência seria admissível, porquanto deva haver coincidência entre a pessoa política responsável pela tutela dos direitos humanos no plano internacional e no plano interno:

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

Por consequência, o incidente só pode ser suscitado quando o cumprimento dessas obrigações internacionais assumidas pelo Brasil ficarem prejudicadas por causa das violações ocorridas na esfera interna.

Jorge Assaf Maluly (2005, p. 5) destaca que as Cortes Internacionais tem como condição necessária para análise de casos o esgotamento dos recursos internos, visto que “a responsabilização internacional do nosso Estado Federal somente ocorrerá se este não obtiver sucesso na responsabilização interna dos autores dos delitos cometidos contra os direitos humanos”.

Portanto, não é ocorrência de condutas violadoras dos direitos humanos que determina a análise do caso pelas cortes internacionais e a aplicação da censura internacional, mas a falta ou insuficiente repressão a essa espécie de violação.

Desta forma, o incidente de deslocamento de competência é instrumento importante para atender tal requisito, uma vez que permite a possibilidade de mais uma tentativa, no âmbito interno, de combater a impunidade, evitando a exposição negativa da

imagem do país no cenário internacional por descumprimento dos tratados de direitos humanos.

Logo, o incidente de deslocamento da competência, como bem firmado pelo legislador reformador, tem como finalidade assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos firmados pelo Estado brasileiro, sendo este requisito um importante elemento limitador da aplicação do instituto.

2.2.3 A incapacidade do Estado-membro da Federação na investigação e julgamento

O incidente de deslocamento de competência tem um carácter excepcional e subsidiário, visto que as autoridades dos Estados-membros são responsáveis originariamente para proceder as investigações e os processamentos de graves violações aos direitos humanos, só perdendo a jurisdição quando não estiverem dispostas a apurá-las.

Por isso, a federalização da competência é tida como um meio de propiciar uma saudável pressão sobre as autoridades estaduais, de forma a cumprirem os desígnios constitucionais, gerando uma salutar concorrência institucional para o combate à impunidade e para a garantia de justiça.

No caso de violações, portanto, com base no carácter subsidiário do instituto, cabem aos órgãos estaduais a investigação e processamento do feito, sendo possível o deslocamento de competência para os órgãos federais quando forem claros os indícios de que não está se fazendo o suficiente na esfera estadual para apurar a violação aos direitos humanos.

Para Mario Luiz Bonsaglia (2006), o incidente de deslocamento de competência tem como principal finalidade pôr fim às próprias violações perpetradas pelos Estados-membros:

Pois bem, o que se verifica é que em tais casos, muito freqüentemente, as violações mais sérias são perpetradas justamente por indivíduos pertencentes ao aparato de segurança dos Estados-membros, ou então graças à omissão das autoridades estaduais. É o que demonstram seguidos relatórios da ONU e de outras respeitadas entidades nacionais e internacionais, os quais apontam o freqüente envolvimento de agentes estaduais na perpetração de graves crimes, como tortura, execuções sumárias ou homicídios praticados por grupos de extermínio, delitos estes que na grande maioria dos casos permanecem impunes.

Desse modo, com vistas a que melhor sejam cumpridos os desígnios constitucionais, o incidente de deslocamento de competência deve ser reconhecido como meio para combater, em especial, as graves e recorrentes violações à direitos humanos perpetradas por agentes estaduais, que deveriam justamente garantir a incolumidade de tais direitos, assim como aqueles crimes contra os direitos humanos praticados graças à conivência ou deliberada omissão desses mesmos órgãos estaduais.

A suscitação de um incidente de deslocamento de competência deve ser tratada como exceção à regra, não podendo ser banalizada, sob pena de gerar uma descrença nas autoridades políticas, policiais e judiciárias dos Estados-membros:

A confiabilidade nas instituições públicas, constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar em casos como o presente – Polícia, Ministério Público, Judiciário – deve, como regra, prevalecer, ser apoiada e prestigiada, só afastando a sua atuação, a sua competência, excepcionalmente, ante provas indúvidas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc. em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa, assegurando-se-lhes, no entanto, as garantias constitucionais específicas do devido processo legal. (BRASIL, 2005)

Por meio da federalização, assim, “encoraja-se a atuação estatal sob o risco do deslocamento de competência em razão da matéria, e, também, aumenta a responsabilidade das instâncias federais para o efetivo combate à impunidade das violações dos direitos humanos”. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8)

Sob outro prisma, ainda, a federalização não prejudica a soberania dos entes federados, uma vez que, segundo Jorge Assaf Maluly (2005, p. 4), “está inserida em um sistema de cooperação de competências jurisdicionais desencadeada em determinadas situações, quando as instâncias de poder dos entes subnacionais se revelam insuficientes para cumprir os objetivos inscritos na Constituição Federal” e, subsidiariamente, a União é convocada a desempenhar as funções investigativas e processuais.

Dentre este sistema de cooperação entre as forças federais e as estaduais, destaca-se o previsto no artigo 144, § 1º, I, da Constituição, que dispõe que a Polícia Federal tem competência para atuar em investigações de crimes que tenham repercussão em níveis interestadual e internacional.

Cabe lembrar que, mesmo antes da Reforma do Judiciário, por força do art. 1º, III, da Lei 10.446/2002, atribuiu-se à Polícia Federal a possibilidade de participar da investigação

de infrações penais ligadas à violação de direitos humanos, face compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais.

Portanto, a federalização da competência é uma medida subsidiária, que deve ser acionada somente quando os Estados-membros não se demonstrarem dispostos, ou não apresentarem condições de investigar e julgar as práticas violadoras dos direitos humanos.

3 A ANÁLISE CRÍTICA DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

3.1 No plano da constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência

O incidente de deslocamento de competência das graves violações aos direitos humanos, disposto no art. 105, V-A, § 5º, da Constituição Federal, enfrenta movimento crítico bastante forte que enxerga nele ofensas aos princípios da segurança jurídica, do juiz natural, do devido processo legal, da competência do júri, da legalidade e ao pacto federativo.

A constitucionalidade do disposto no art. 105, V-A, § 5º, da CF, é questionada por duas ações diretas de inconstitucionalidade, a de nº 3.486, protocolada em 05 de maio de 2005, e a de nº 3.493, protocolada em 11 de maio de 2005, propostas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), sendo que, até a presente data, as referidas ações não tiveram seus méritos apreciados pelo STF, limitando-se a uma série de deferimentos para ingresso de entidades nos autos como *amicus curiae*.

A posição da AMB de buscar a declaração de inconstitucionalidade do inciso V-A, § 5º, do art. 109, da CF, não surpreende, vez que, durante todo o processo de tramitação até a promulgação da EC nº 45/2004, a associação se apresentou contrária ao incidente de deslocamento de competência, sugerindo emenda para suprimir o incidente do texto original e, alternativamente, tentou modificá-lo com fins de restringir sua aplicabilidade somente à fase pré-processual. (ARAS, 2005)

Quanto às ações diretas de inconstitucionalidade, o confronto dos argumentos demonstra o quadro jurídico e político controverso em que se encontra o incidente de deslocamento de competência, sendo que, de um lado, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) acompanha o entendimento da AMB e da ANAMAGES, como *amicus curiae*, e, no outro polo, defendem a constitucionalidade da federalização da competência a Associação dos Juízes Federais (AJUFE), a Associação Nacional de Procuradores da República (ANPR) e organizações da sociedade civil.

As ações diretas de inconstitucionalidade, em suma, requerem a declaração de nulidade dos dispositivos constitucionais referentes à federalização da competência e que seja

atribuído efeito *ex tunc* à decisão, argumentando que: a) o critério subjetivo para análise do que seriam os “crimes contra os Direitos Humanos” fere o princípio do juiz natural; b) a federalização é uma intervenção branca da União nos Estados; c) há uma ingerência da Procuradoria-Geral da República sobre as Procuradorias-Gerais de Justiça; d) há desconfiança na Justiça estadual; e) a federalização é desnecessária, pois a Lei n. 10.446/2002 prevê hipótese semelhante dirigida aos órgãos policiais; f) a exposição de casos na mídia gera sensação de pré-julgamento e de tribunal de exceção; e g) há demora nos processos na Justiça Federal.

Nas palavras de Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p. 7), a AMB sustenta que:

A mudança nos procedimentos para o julgamento de crimes contra os Direitos Humanos ampliou a competência da Justiça Federal, criando uma “competência penal absolutamente extravagante, caracterizada por uma flexibilidade insustentável” e criadora de insegurança quanto às decisões tomadas pela Justiça Estadual, atentatória ao art. 5º, XXXIX da CF. A entidade alegou que a EC não define o que é uma “grave lesão aos Direitos Humanos”, tampouco quais tipos de crimes deveriam ser relacionados a essa condição. Entende necessária lei regulamentadora para definir tais critérios. Também vê inconstitucionalidade na subtração da competência do júri popular para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Aury Lopes Júnior (2011, p. 446), seguindo a linha exposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, salienta que o inciso V-A, § 5º, do art. 109, da Constituição, apresenta uma redação bastante infeliz, uma vez que:

O incidente de deslocamento da competência gera imenso perigo de manipulação política (e teatralização) de um julgamento. Também peca pela abertura conceitual, pois qualquer homicídio é uma grave violação de direitos humanos. Agrava o quadro o fato de a fórmula utilizada pelo legislador ser vaga, imprecisa e indeterminada, colocando em risco o princípio da legalidade e conduzindo a uma flagrante violação da garantia do juiz natural. Por fim, a tal advocatória prevista no § 5º, representa um grave retrocesso antidemocrático, prestando-se, também, de instrumento para a molesta intervenção do Poder Executivo na jurisdição, algo inaceitável, sem falar na quebra do pacto federativo.

Diante disto, convém destacar a constitucionalidade formal da EC nº 45/2004, pois a norma jurídica ao entrar no ordenamento pátrio goza de presunção de constitucionalidade relativa (*iuris tantum*), podendo ser afastada ou confirmada por meio das regras de controle de constitucionalidade e da convencionalidade.

Desta forma, inicialmente, o incidente de deslocamento é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, visto ter atravessado todo o procedimento legislativo especial previsto no art. 60 da CF/88, referentes às Emendas Constitucionais.

Assim, o que se discute é se a federalização da competência está de acordo com as normas constitucionais, isto é, sua constitucionalidade material, pois questiona-se que a federalização da competência dos direitos humanos colide com valores constitucionalizados (princípio do juiz natural, da legalidade, da razoável duração do processo e do pacto federativo).

Para o deslinde desta colisão de direitos fundamentais, tem-se a utilização de uma regra de interpretação e aplicação do direito, a proporcionalidade, que é “empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”. (SILVA, 2002, p. 24)

Sabe-se, segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), “que o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade [...] é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.

Tal máxima constitucional, da proporcionalidade, é composta por três elementos ou subprincípios: a pertinência ou aptidão (adequação do meio escolhido), que nos deve dizer se determinada medida é suscetível de atingir o objetivo escolhido; a necessidade, entendida como a escolha do meio mais suave para se chegar ao fim pretendido; e proporcionalidade em sentido estrito, onde é realizada uma ponderação, avaliação do meio ou meios que levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo no caso específico. (BONAVIDES, 2010, p. 396-398)

Ingo Wolfgang Sarlet (*et al.*, 2004, p. 63) sustenta que o incidente de deslocamento de competência não resiste ao teste da constitucionalidade, “seja com base na conformidade com os limites materiais à reforma constitucional, seja pelo crivo da proporcionalidade, notadamente no que diz com o atendimento dos requisitos da adequação ou, pelo menos, da necessidade”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (*et al.*, 2004, p. 70-71) o incidente de deslocamento é excessivo e injustificável, violando o princípio da proporcionalidade em relação à adequação da medida, entendida como a efetiva possibilidade de se alcançar de modo eficiente o resultado almejado, neste caso, a maior proteção dos direitos humanos; e em relação à

necessidade, ou seja, inexistência de outros mecanismos similares em termos de eficiência e que impliquem uma menor restrição dos direitos e princípios colidentes.

Contudo, sob a luz da adequação, a federalização da competência de graves demonstra ser um meio apto a pôr fim à impunidade e à omissão dos Estados e do Distrito Federal na investigação e processamento das condutas violadoras, resguardando os direitos humanos e o cumprimento dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro.

Assim, no exame do segundo elemento da proporcionalidade, a necessidade da medida de deslocar a competência, tem-se que a medida da federalização deve ser insubstituível para ser aplicada. Ou seja, existindo outras medidas que possam garantir a repressão às condutas ofensivas aos direitos humanos e que limitam, em menor grau, os direitos fundamentais colidentes (juiz natural, pacto federativo, legalidade), não se justifica a aplicação da federalização da competência:

Nesse diapasão, destaco a hipótese exemplificativa em que não há um comprometimento do Ministério Público ou da Justiça Estaduais, mas apenas ineficiência ou demora das investigações conduzidas pela Polícia Civil do Estado. Para este caso, o ordenamento jurídico apresenta uma medida alternativa, menos gravosa ao pacto federativo e apta a produzir o mesmo resultado desejado, isto é, o esclarecimento do fato delituoso, que é a possibilidade de intervenção da Polícia Federal na fase investigativa. (MALULY, 2005, p. 6)

Desta feita, com base na necessidade da medida, o incidente sofre uma restrição na primeira fase da persecução criminal das violações contra os direitos humanos, a fase investigativa, pois, percebe-se que a Constituição, no art. 144, § 1º, I, e a Lei nº 10.446/02, no art. 1º, III, prevêm a possibilidade da Polícia Federal investigar os atos relativos a violações aos direitos humanos conjuntamente com as corporações estaduais/distritais, sendo este meio menos restritivo aos direitos fundamentais colateralmente afetados.

Assim, conclui-se que a federalização só ocorrerá na fase processual, diante da inércia das instituições do Estado-membro de levar a cabo o processamento e julgamento dessas violações, tratando-se de meio menos gravoso do que a intervenção federal para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana.

Superado o exame da adequação e da necessidade, passa-se a análise da proporcionalidade em *stricto sensu*, que é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, isto é,

do sopesamento entre os direitos fundamentais atingidos e a importância da realização do direito fundamental que fundamenta a adoção da medida restritiva.

O incidente de deslocamento visa garantir o processamento e julgamento de violações aos direitos humanos buscando pôr fim à impunidade e materializando uma maior proteção a estes direitos. Trata-se da efetivação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado brasileiro tem a tradição de não investigar e processar as condutas violadoras dos direitos humanos, quer seja porque essas violações sejam perpetradas por agentes estatais, ou pelo fato das autoridades estatais estejam pressionadas pelas oligarquias que atentam contra os direitos humanos.

Logo, nas palavras de Flávia Piovesan (1999), “se qualquer Estado Democrático pressupõe o respeito dos direitos humanos e requer a eficiente resposta estatal quando de sua violação, a proposta de federalização reflete, sobretudo, a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados”.

Convém assinalar que os argumentos favoráveis e contrários ao IDC se repetem, sendo utilizados os princípios e direitos fundamentais, tanto para uma possível alegação de inconstitucionalidade, como para guarida da conformação do instituto da federalização com o ordenamento.

3.1.1 O princípio da legalidade e a inexistência de um rol típico explícito das violações contra os direitos humanos

O primeiro princípio supostamente colidente com a federalização é a legalidade, visto que a indefinição quanto quais seriam as graves violações dos direitos humanos que ensejam o deslocamento de competência foi apontada na ADIN nº 3.486 como fator de inconstitucionalidade da norma:

[...] a qualificação jurídica de um crime é matéria exclusiva de lei, não podendo ser delegada a nenhum juízo interpretativo.

Tal raciocínio aplica-se integralmente ao processo penal, no qual não se discute a gravidade do crime para efeitos da pena, mas sim para o estabelecimento da competência. Não poderia a EC nº 45/2004 ter criado competência especial com base em um critério – gravidade da infração penal – que a mesma jamais delimitou e nem atribuiu à lei a referida regulamentação. (BRASIL, 2005a)

Dessa forma, tem-se que a Associação dos Magistrados Brasileiros entende que a substancial inconstitucionalidade do incidente se encontra na indeterminação deixada pelo legislador reformador a respeito da delimitação, tipificação, das violações de direitos humanos que poderiam ensejar a propositura do incidente:

O princípio da legalidade (aqui compreendida como a exigência de *lex certa*) guarda conexão direta com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da proteção à confiança, por exigir que a conduta punível seja prevista de forma prévia e clara, inclusive para possibilitar ao destinatário da norma o seu entendimento. (SARLET *et al.*, 2004, p. 77)

A Associação dos Magistrados Brasileiros entende que, em observância à legalidade estrita, todo aspecto relacionado à existência e à valoração do crime, bem como à persecução e à condenação penal, deve ser previamente fixado em lei de forma determinada, taxativa e clara, não podendo tal qualificação jurídica ser delegada a juízo interpretativo.

Dessa forma, as ações diretas questionam a falta de delimitação dos direitos abrangidos pelo incidente de deslocamento pelo legislador reformador, ficando, o incidente, caracterizado por uma total ausência de critérios minimamente determinados para identificação das “graves violações de direitos humanos”, o que resultaria em atropelo do princípio da legalidade.

José Carlos Dias e Oscar Vilhena Vieira sustentam que a EC nº 45/2004, em especial o art. 109, V-A, § 5º, da CF, ofende o princípio da legalidade, porque não esclarece o que são as graves violações aos direitos humanos e como se mede tal gravidade (pelo impacto social, pelo estrépito na sociedade ou na opinião pública). Contudo, entendem que a elaboração de um regramento que permita identificar com segurança as causas passíveis de serem deslocadas da Justiça Estadual para a Federal colocaria fim aos questionamentos referentes à uma suposta inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (*et al.*, 2004, p. 75) não se cuida de uma aplicação do princípio da legalidade em matéria penal, expresso pela fórmula do *nullum crimen, nulla poena, sine legem*, que estabelece não poder haver delito ou pena sem lei que o defina anteriormente:

O princípio da legalidade em matéria penal não resta afetado em virtude do deslocamento das competências, já que seguem sendo aplicáveis aos delitos que forem considerados como representando uma grave violação dos direitos humanos

as penas já previstas pela legislação penal que apenas seriam aplicados por outro órgão judiciário.

Assim, a previsão do deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nos casos de graves violações contra os direitos humanos, não significa criar ou alterar a tipificação penal, pois as condutas já se encontram previamente definidas no Código Penal. O que pode vir a ser alterado é a competência de julgamento destas condutas quando estiverem presentes os requisitos da incapacidade do Estado-membro e a possibilidade de responsabilização internacional da União.

Como defensores da constitucionalidade do incidente está Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p. 9), para quem não há violação ao princípio da legalidade, não havendo razões para sustentar a criação de um rol de causas federalizáveis, tendo em vista que o legislador originário não previu no que consiste a violação de Direitos Humanos ensejadora da intervenção federal (art. 34, VII, b, da CF/88) e não o fez também quando estabeleceu a competência da Justiça Federal para julgar as causas fundadas em tratado internacional e as infrações penais em detrimento do interesse da União (art. 109, III e IV, da CF/88):

No que se refere à crítica de que a federalização ficaria condicionada a um critério subjetivo (conceito de violação de direitos humanos), é bom lembrar que, no tocante à intervenção federal, passados cerca de 18 anos da promulgação da nova Carta, não se previu objetivamente quais seriam os direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”, CF) e nem por isso se ousou dizer que a norma fosse inconstitucional por pouco objetiva ou propiciadora de casuísmos. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8)

Neste mesmo caminho, André de Carvalho Ramos (apud CARAM, 2007, p. 325-326) identifica a existência do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais para sustentar a constitucionalidade do incidente:

Há sempre a possibilidade de uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos humanos, o que fixa margens móveis para o conjunto de direitos humanos assegurados em uma determinada sociedade. Tais margens móveis do conceito de direitos humanos também denomina-se eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Desta feita, em consonância ao exposto por André de Carvalho Ramos e Ela Wiecko Volkmer de Castilho, o julgamento do IDC nº 1 estabeleceu que a ocorrência ou não de grave violação aos direitos humanos deve ser averiguada caso a caso, analisando-se suas peculiaridades e circunstâncias, pois uma possível delimitação do rol de crimes federalizáveis

restringiria demasiadamente a incidência do dispositivo e inviabilizaria a própria finalidade, que é garantir o cumprimento das obrigações contraídas no âmbito internacional.

Sabendo que “o princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas pode ser restringido quando em confronto com outros princípios e/ou direitos constitucionais, na análise da proporcionalidade”, tem-se que o princípio da legalidade não é violado pela federalização de competência, uma vez que a finalidade do incidente é garantir a dignidade da pessoa humana ao diminuir o número de violações aos direitos humanos. (SARLET *et al*, 2004, p. 77-78)

Ademais, importa destacar que o princípio da legalidade num Estado democrático de Direito não resta atendido apenas pela observância de suas garantias formais, já que pressupõe também uma dimensão material que é alcançada precisamente mediante a efetiva proteção e a garantia dos direitos fundamentais em geral, do qual se encontra o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a explicitação de um rol de crimes ou a utilização de outros critérios objetivos “poderia não atender o princípio de proteção aos Direitos Humanos ou ultrapassar o limite constitucional. A melhor solução é deixar a ponderação de interesses ao exame do Poder Judiciário em procedimento contraditório”. (CASTILHO, 2005, p. 9)

3.1.2 A questão do juiz natural e a vedação ao tribunal de exceção

O princípio do juiz natural, disposto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, prevendo que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, é uma garantia fundamental assegurada ao particular em face do Estado, buscando, com essas limitações, frear qualquer impulso arbitrário do Estado, sendo que, segundo jurisprudência do STF:

O princípio da naturalidade do Juízo - que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas - atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juizes e tribunais. Nesse contexto, o mecanismo das substituições dos juizes traduz aspecto dos mais delicados nas relações entre o Estado, no exercício de sua atividade persecutoria, e o indivíduo, na sua condição de imputado nos processos penais condenatórios. (BRASIL, 1992)

Logo, o princípio da naturalidade do juízo garante ao cidadão que só será julgado por um juiz ou tribunal competente, constitucional e legalmente fixado antes da ocorrência do fato delituoso, ou seja previamente instituído por lei para julgar determinado setor de relações, fatos e pessoas, que resulta na vedação constitucional aos chamados tribunais de exceção.

Assim, fixa-se a competência prévia daquele que julgará determinado caso, fazendo com que aquele que comete um crime saiba da existência de um juízo pré-determinado para o seu julgamento.

Tal princípio foi disposto além do texto constitucional, sendo encontrado em diversos tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica, ao qual o Brasil se submeteu por meio da edição do Decreto nº 678/92:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso) (BRASIL, 1992b)

O princípio do juiz natural é violado pelo incidente de deslocamento de competência, segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros, pois na federalização a competência penal poderá ser fixada *ex post facto*, tratando-se de uma competência penal discricionária, ofendendo, deste modo, a ordem taxativa de competências, as quais devem ser fixadas de acordo com critérios objetivos e previamente delimitados, sem qualquer possibilidade de modificações após a ocorrência do fato.

Ademais, a Associação dos Magistrados Brasileiros, em sua peça inaugural, afirma “que não poderia a EC nº 45/2004 ter subtraído do júri popular a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tendo em vista que se trata de cláusula pétrea”.

Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet (*et al*, 2004, p. 67) não vislumbra ofensa ao art. 5º, XXXVIII, que prevê a competência do tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida, vez que “não se deverá olvidar o elementar, qual seja, o de que o órgão julgador (que não é o Juiz estadual ou federal) segue sendo formado por integrantes do povo, cabendo aos Juízes togados apenas a instrução e a presidência dos trabalhos.”

Esse mesmo entendimento foi exposto pelo STJ na análise dos dois incidentes de deslocamentos até então julgados, ao firmar que o órgão judicante será sempre o júri popular nos homicídios dolosos, independente de ser na Justiça Federal ou Estadual.

André Ramos Tavares (2005, p. 52) nota que há violação ao princípio do juiz natural pelo incidente de deslocamento de competência, uma vez que, após a ocorrência do fato e a instauração de processo judicial, “a competência para sua apreciação pode, por critérios vagos e imprecisos, ser alterada quanto ao órgão que procederá ao julgamento da causa”.

Para Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega (2005, p. 462) o incidente de deslocamento rompe com os direitos e garantias do cidadão:

Ora, o art. 5º, LIII, da CF/1988 assegura que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. É inerente ao princípio do devido processo legal que a regra de competência seja objetivamente fixada antes do ajuizamento da lide. Assim foi durante grande parte da história brasileira. Ocorre que, a partir da reforma, a competência para as ações relativas à violação de direitos humanos não pode mais ser fixada no momento da propositura da ação, mas depende de uma condição extrínseca às próprias partes litigantes, qual seja o oferecimento de pedido de “deslocamento de competência” formulado pelo Procurador-Geral da República.

Entretanto, segundo os defensores da constitucionalidade do instituto, a federalização não fere as garantias do juiz natural e da vedação ao tribunal de exceção, visto que os órgãos jurisdicionais para os quais serão deslocados os autos, a Justiça Federal, são pré-existentes e pré-estabelecidos, não existindo qualquer juízo *ex post factum* ou tribunal de exceção, mas, sim, tratam-se de órgãos dotados de uma assunção de competência condicionada ao atendimento de requisitos explícitos e implícitos:

O juiz federal que receberá a causa deslocada é também juiz natural porque, desde o início, segundo a própria Constituição brasileira, aquele juízo era virtualmente ou condicionalmente competente para os processos relativos a graves violações a direitos humanos. Trata-se então de **juiz natural potencial**. (grifo nosso) (ARAS, 2005)

Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p. 9) não se vislumbra ofensa aos princípios do juiz natural e da vedação ao tribunal de exceção, pois os juízes, a estrutura do Judiciário, e os órgãos do Ministério Público preexistem à ocorrência do fato violador dos direitos humanos.

Marselha Caram (2007, p. 341) ressalta que o incidente de deslocamento de competência não cria um tribunal de exceção, pois, o princípio em questão veda a criação *a posteriori* de tribunal para julgar um caso específico, e não fere o princípio do juiz natural pelo fato da jurisdição ser nacional:

Primeiramente, não se estará criando um tribunal de exceção, pois tanto os órgãos pertencentes à justiça estadual como à justiça federal já estão previstos, criados, estruturados e definidos na Constituição. O julgamento por este ou aquele Tribunal significa uma regra interna de divisão de competência, definida politicamente para uma melhor divisão de funções, para um melhor aparelhamento do Estado, entretanto, a **jurisdição** sempre será **una e indivisível**. (grifo nosso)

A idéia de unidade da jurisdição diz respeito à aplicação, pelo Poder Judiciário, quer, pelos juízes Federais, quer pelos juízes Estaduais, de leis nacionais para garantir os direitos individuais, não sendo este Poder, nem federal, nem estadual, mas sim eminentemente nacional.

Ademais, a competência dos juízes federais prevista na Constituição há muito tempo já possibilitava, implicitamente, o julgamento de violações aos direitos humanos pela Justiça Federal, visto que os incisos III, IV, V, do art. 109, dispõem que compete aos juízes federais julgar, respectivamente, as causas fundadas em tratado internacional, as infrações penais em detrimento de interesse da União e os crimes previstos em tratados quando a execução ou o resultado tenha ocorrido no país. Nota-se que desde a promulgação da Constituição não houve quem ousasse manifestar-se contrário a esses incisos por violarem o princípio do juiz natural e/ou o pacto federativo:

A regra constitucional, aliás, apenas expressa o que é de interesse jurídico da União Federal, como se dá em crime contra organização do trabalho e contra a ordem econômico-financeira (art. 109, inciso VI, CF). Sustenta-se ainda que a previsão para a persecução contra direitos humanos em âmbito federal era, já, previsão implícita do próprio Poder Constituinte Originário (art. 109, III, CF). E nessas matérias nunca se alegou ingerência de esfera federal na estadual. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8)

Destarte, o STJ, no IDC nº 1, ressaltou a semelhança do instituto do deslocamento com o de desaforamento, que se encontra previsto na legislação processual penal e “segundo a jurisprudência do STF, não ofende ao princípio do juiz natural nem enseja a formação de tribunal de exceção”. (CASTILHO, 2005, p. 6)

Ora, o incidente de deslocamento de competência, introduzido pela EC nº 45/2004, cuja finalidade é resguardar a dignidade da pessoa humana ao buscar pôr fim às violações aos direitos humanos, pode ser tratado como um instituto alicerçado nos incisos acima mencionados, gozando, por consequência, do mesmo entendimento quanto a não ofensa à garantia do juiz natural.

Demonstra-se com os diversos dispositivos, portanto, que a federalização da competência para julgamento dos crimes contra os direitos humanos não constitui processo engendrado exclusivamente no âmbito da reforma do Poder Judiciário, mas sim que tem sido acompanhado por outras medidas e ações positivas que o atual cenário globalizado reivindica.

Logo, os argumentos contrários à constitucionalidade do art. 109, V-A, § 5º, da Constituição de 1988, por entenderem que a federalização ofende o princípio do juiz natural e possibilita a instalação de tribunais *ad hoc* são afastados, pois, os juízes federais preexistem ao fato, não havendo a criação de um juízo após a ocorrência da grave violação aos direitos humanos.

3.1.3 O direito à razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo foi introduzido pela EC nº 45/2004, no art. 5º, LXXVIII, da Carta Cidadã, pois é sabido que o processo gera incômodo e apreensão às partes envolvidas, sendo que o simples fato de se assistir a um processo é um fardo que a parte carrega.

Por isso, a preocupação com a duração razoável do processo foi erigido ao nível de princípio constitucional, em consonância com a disposição do Pacto de São José da Costa Rica de 1969:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de **ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (grifo nosso) (BRASIL, 1992b)

Assim, o disposto no nível internacional permite à parte, quando se sentir violada por causa da demora na prestação jurisdicional, a possibilidade de apresentar perante as cortes

internacionais reclamações contra os Estados por violarem o princípio da razoável duração do processo:

Quando a lentidão processual resultar em danos significativos à parte, restará ainda aos jurisdicionados recorrer ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, com base no Art. 8.º do Pacto de San Jose da Costa Rica. (LYRA, 2009, p. 115)

Desta forma, o julgamento justo e imparcial, e em prazo razoável, é garantia fundamental para as partes que compõem a relação processual, sendo assegurado tanto na seara interna como externa, visando dar fim às dilações injustificadas no processo, visto ser de interesse público que as demandas terminem o mais rapidamente possível, não se olvidando, com isto, da perfeita instrução das causas para que possam ser apreciadas pelo magistrado.

O entendimento de que a suscitação do incidente de deslocamento é um entrave à razoável duração do processo se deve, pois, também, pelo fato de que o STJ, diante do alto número de processos concentrados nesta esfera, poderá levar muito tempo para decidir sobre a federalização ou não da competência, como ocorreu no IDC nº 2, em que, apesar de Manoel Bezerra Mattos Neto ter sido assassinado em 24 de janeiro de 2009, o incidente só foi protocolado em 23 de junho de 2009, sendo que a decisão somente foi proferida em 27 de outubro de 2010.

A demora no julgamento do IDC nº 2, contudo, é devida pelo fato de terem sido ouvidas, em observância ao contraditório e à ampla defesa, as autoridades locais, Tribunal de Justiça e Ministério Público, do Estado da Paraíba e do Estado de Pernambuco, e os réus, e não por causa de uma leniência do STJ. Aliás, tal argumento é refutado, pois o Regimento Interno do Tribunal, no seu art. 173, prevê o processamento prioritário do incidente e pelo fato de que:

Não há porque o STJ determinar a suspensão de ação penal estadual que já tenha sido proposta, como se dá nos casos de conflito positivo de competência (art. 116, §2º, CPP). Destarte, o inquérito e a ação criminal estaduais sempre deverão tramitar normalmente até o julgamento do IDC, aproveitando-se, sempre que possível, todos os atos praticados no juízo de origem, em nome dos princípios celeridade, da economia e da conservação. (ARAS, 2005)

Desta forma, percebe-se o STJ mostra-se empenhado a garantir a celeridade no julgamento do instrumento, visto que, segundo a Desembargadora Federal Marga Inge Tessler

(2005, p. 16), a federalização tem como objetivo “a solução rápida dos casos de grave violação e foi incluído como objeto de política pública no Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e Republicano”.

Daniel Lyra (2009, p. 116) expõe que a federalização veio para pôr fim à óbice ao normal processamento do feito:

A federalização ocorrerá não apenas com a ocorrência de um delito que viole com contundência um direito humano, mas quando o Tribunal responsável pelo processamento demonstrar morosidade no julgamento, ineficiência administrativa para dar ao caso solução célere. Para a concretização deste direito, tem-se o incidente de deslocamento, possibilitando o aceleração dos trâmites processuais, desta vez na Justiça Federal. Até porque o Tribunal moroso (provocador da omissão, leniente, excessiva demora) contribuirá para a responsabilização do Brasil frente aos Tribunais Internacionais.

Logo, o incidente de deslocamento de competência, que conforme jurisprudência do STJ, só pode ser suscitado quando da inércia ou omissão das instituições estaduais, é uma garantia individual de efetividade do Poder Judiciário e do princípio da razoável duração do processo penal, por buscar, entre outros, proporcionar um julgamento mais célere.

3.1.4 O pacto federativo

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente no seu art. 1º, *caput*, a formação político-administrativa da República Federativa do Brasil por meio da união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito.

Ademais, em seu art. 18 está discriminado que a República Federativa do Brasil compreende os seguintes entes autônomos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Estes artigos consubstanciam a existência de um pacto federativo estabelecido na Constituição, em que os entes gozam de igual tratamento, localizando-se de maneira horizontal e possuindo diferenciações na ordem de suas competências, tornando-se, portanto, incorreta a afirmação que os Estados são superiores aos Municípios e a União, por sua vez, é superior aos Estados.

Assim, pode-se traduzir a forma de Estado-federação, como a associação de Estados autônomos para a formação do Estado Federal com repartição constitucional de competência e regras próprias de autonomia:

O princípio federativo assegura a pluralidade de ordens jurídicas autônomas e afinadas numa unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana. Assim, as entidades que compõem a Federação não se qualificam pela soberania, pois essa característica é exclusiva da entidade nacional, mas sim, pela autonomia político-administrativa, ficando restritos ao exercício de suas competências, cuja descrição é constitucionalmente estabelecida de acordo com o modelo de Federação escolhido por um dado Estado soberano. (CARAM, 2007, p. 317-318)

Desta forma, tem-se que a característica básica do Estado Federal é a autonomia dos entes-federativos, colocados no mesmo plano horizontal, onde as competências são divididas entre os entes da federação na Constituição, sendo que nosso modelo constitucional define as competências da União e dos Municípios, deixando as competências residuais a cargo dos Estados e do Distrito Federal.

Portanto, as competências de cada ente Estatal encontram-se definidas na própria Constituição Federal, não sendo diferente em relação ao Poder Judiciário, sendo previstas as competências dos Tribunais Superiores, das Justiças especializadas e da Justiça Federal, deixando as demais causas, que não se encontram expressamente elencadas, à Justiça Comum Estadual.

Desta forma, cabe à Constituição definir as regras de competência e, também, só ela pode vir a definir exceções, não podendo as normas infraconstitucionais disporem no sentido de abolirem as regras estabelecidas na Constituição, por se tratarem de garantias do devido processo legal e do juiz natural.

Para a Associação dos Magistrados Brasileiros, a violação ao princípio federativo se dá, pois, a federalização da competência permite uma espécie de intervenção federal na esfera dos Estados de forma branca e discricionária.

Ingo Wolfgang Sarlet (*et al*, 2004, p. 65) destaca que o requisito da incapacidade do Estado-membro de dirimir seus casos revela-se uma violação ao princípio federativo, tendendo a abolição de um conteúdo pétreo, nos termos do art. 60, § 4º, I, da nossa Constituição:

Os argumentos esgrimidos pelos ilustres articulistas, no tocante à “saudável pressão” sobre os estados e “salutar competição” entre as esferas 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, se encontra expressamente contido no rol das “cláusulas pétreas” da nossa Constituição.

Em sentido contrário, Vladimir Aras (2005) assevera que “o incidente de deslocamento não revela, como alguns querem ver, qualquer nota de desconfiança preconcebida quanto à atuação da Justiça das unidades da Federação”.

Os defensores da constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência entendem que este instituto não decorre de qualquer presunção de superioridade técnica ou ética das instâncias federais em relação às estaduais, visto que o princípio federativo coloca os entes federados no mesmo plano horizontal, mas sim da prevalência do interesse nacional, qual seja, assegurar a efetividade dos direitos humanos:

Ressalte-se que a autonomia das entidades componentes do Estado Federal pressupõe a repartição de competências para o exercício da atividade normativa e o princípio geral que norteia essa repartição de competência é o da *Predominância do Interesse*, cabendo à União as matérias e questões de predominante interesse geral e nacional; já aos Estados, as matérias de interesse regional e, por fim, aos Municípios, os assuntos de interesse local. (CARAM, 2007, p. 318)

Gilmar Mendes (*et al*, 2009, p. 1029) afirma que “a possível restrição à autonomia dos Estados-membros e da Justiça estadual pode ser respondida com o apelo aos valores envolvidos (proteção dos direitos humanos e compromisso da União de defesa no plano internacional) e com o caráter excepcional da medida”.

Diante do aparente conflito entre a proteção dos direitos humanos e o pacto federativo, Marselha Caram (2007, p. 342-343) expõe que o pacto federativo comporta “diversos níveis de realização e, portanto, admite certa relativização e flexibilização, desde que não sacrifiquem o seu núcleo essencial, ou seja, desde que não intencione abolir a forma federativa de Estado elevada à cláusula pétrea”.

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 241-242) entende que a federalização de graves violações deve prevalecer sobre o pacto federativo, isto porque “ao acolher direitos fundamentais e princípios formais de justiça a Constituição convida todos os seus intérpretes a uma leitura ética do seu texto”:

O princípio da Federação, por exemplo, *prima facie*, não possui valor moral em si. [...] por mais que se busque valorizar a Federação, enquanto mecanismo de realização da autonomia individual, ela não alcança a posição de condição de realização da dignidade. [...]

Caso, por exemplo, se aprove emenda permitindo à Justiça Federal apurar violações aos direitos humanos perpetradas por funcionários dos Estados – numa clara redução das competências judiciais dos Estados –, o magistrado constitucional será obrigado a proceder a uma ponderação entre os benefícios trazidos aos direitos humanos e as perdas à Federação. Nesse confronto entre cláusulas superconstitucionais, que protegem um princípio estruturante da organização do Estado, e a proteção da dignidade humana, caberá ao magistrado, no caso concreto, dar prioridade a um deles. E, como a Federação não é um valor em si, mas uma simples forma de organização do Estado, esta deve ceder em nome dos direitos fundamentais.

Assim, os defensores da constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência de graves violações aos direitos humanos sustentam que, diante dos interesses em jogo e da valoração dada pela Constituição à dignidade da pessoa humana, não se pode falar em violação ao pacto federativo, quer seja porque a federalização está de acordo com o ordenamento pátrio ou porque o pacto federativo, como princípio, pode vir a ser relativizado frente à dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan e Renato Vieira (2005, p. 8) entendem pela constitucionalidade do art. 105, V-A, § 5º, da Lei Fundamental do Estado brasileiro, uma vez que “está em absoluta consonância com a sistemática constitucional vigente, que consagra, como princípio fundamental, a dignidade humana”.

Para isso, demonstra que nosso sistema constitucional prevê diversos institutos protetivos dos direitos fundamentais, tal como a hipótese de intervenção federal (arts. 34-36 da Constituição) nos Estados-membros da Federação, sendo a federalização da competência apenas mais um meio de efetivar tais direitos, porém mais brando do que a intervenção federal:

Além disso, se a ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de “direitos da pessoa humana” (art.34, VII, “b”), não há porque obstar a possibilidade de deslocamento de competência. [...] Não houve, ademais, qualquer medo de ruptura do pacto federativo com a intervenção federal. Ao contrário, o que se viu foi a abertura constitucional à hipótese que justificaria a excepcional e temporária medida em prol da defesa do precioso bem jurídico dos direitos humanos. No mesmo sentido, segue o constituinte reformador ao prever a federalização dos crimes contra os direitos humanos. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8)

O STJ, na análise dos IDCs nº 1 e 2, entendeu que a federalização não ofende o pacto federativo, pois o Poder Judiciário é nacional e uno:

O Poder Judiciário, delegação da soberania nacional, implica a idéia de unidade e totalidade da força, que são as notas características da idéia de soberania. O *Poder Judiciário*, em suma, quer pelos juízes da União, quer pelos juízes dos Estados, aplica leis *nacionais* para garantir os direitos individuais; o *Poder Judiciário* não é *federal*, nem *estadual*, é eminentemente *nacional*, quer se manifestando nas *jurisdições estaduais*, quer se aplicando ao *cível*, quer se aplicando ao *crime*, quer decidindo em *superior*, quer decidindo em *inferior* instância. (grifos no original) (BRASIL, 2005)

Vladimir Aras (2005) sustenta que o IDC encontra-se dentro do sistema de federalismo cooperativo, favorecendo as competências concorrentes e uma maior colaboração entre os entes federados, objetivando a melhor consecução das questões de relevância nacional ou até mesmo supra-nacional, como é o caso da preservação da dignidade da pessoa humana e dos seus valores fundamentais.

Por fim, o argumento levantado por Ingo Wolfgang Sarlet (*et al*, 2004, p. 66) de que a federalização traria como efeito colateral o crescente “desprestígio e uma fragilização das instâncias estaduais, que serão sempre competentes para apreciar violações ‘leves’ de direitos humanos”, não se materializou, vez que, como bem mencionado nos julgados do STJ, o deslocamento de competência não é automático, tendo caráter subsidiário e devendo, para que ocorra, a cumulação de três requisitos, quais sejam: a grave violação dos direitos humanos; garantia do cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; e a incapacidade do Estado em cuidar do crime por descaso, desinteresse, ausência de vontade política e a falta de condições pessoais ou materiais.

O instituto da federalização, portanto, não avilta a Federação brasileira, nem a partilha de competência dos entes federados e tampouco os princípios do promotor e do juiz natural, pois a federalização “apenas especifica hipótese de interesse jurídico direto da União”. (CASTILHO, 2005, p. 8)

Por todo o exposto, tem-se que a federalização da competência de graves violações aos direitos humanos está em perfeita consonância com os preceitos do sistema constitucional e passam pelo crivo da proporcionalidade, uma vez que os direitos humanos são um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, na forma da dignidade humana, e pelo fato de que se continua a observar a responsabilidade primária das instituições locais em matéria de direitos humanos.

3.2 No plano da convencionalidade do incidente de deslocamento de competência

Atualmente, sabe-se que a validade de uma lei interna depende do exame de sua compatibilidade com a Constituição e com os tratados internacionais ratificados pelo Estado e em vigor no país, chamado de dupla compatibilidade vertical material.

Trata-se, o controle de convencionalidade, de adaptar as normas àquilo que estabelece os tratados internacionais de direitos humanos, que têm *status* ou *equivalência* de emendas constitucionais, quando aprovados na forma prevista pela Constituição (art. 5º, § 3º).

O processo de internacionalização dos direitos humanos surgiu após a 2ª Guerra Mundial, face a patente violação de direitos humanos vivida naquele período histórico. Sentiu-se, portanto, a necessidade de criação de mecanismos que pudessem garantir proteção aos seres humanos.

Atualmente os tratados internacionais, devido ao crescente positivismo internacional, constituem a principal fonte de obrigação do direito internacional e de vinculação dos Estados-partes.

A Constituição Brasileira, dando um tratamento especial aos tratados de direitos humanos e em observância à constante evolução dos direitos humanos na seara internacional, firmou uma cláusula aberta aos direitos humanos (art. 5º, § 2º, da CF/88), em que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte:

Ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. (...) É este um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta última, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato, e não exime os Estados-Partes em tratados de direitos humanos de responsabilidade internacional pelo não-cumprimento das obrigações internacionais contraídas. (TRINDADE, 1999, p. 134-135)

Desta forma, destaca-se, também, que o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, disposto no art. 4º, inciso II, CF/88, exige que o problema dos direitos humanos seja focado nos prismas doméstico e internacional, com destaque à boa-fé no cumprimento das obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Ademais, tal princípio é, também, o reconhecimento do Estado

brasileiro da inaplicabilidade, em matéria de Direitos Humanos, do princípio de não-ingerência internacional em assuntos internos.

Vê-se na Constituição de 1988, com destaque à EC nº 45/2004, a conjugação e a interação entre o direito internacional e o direito interno, consolidando o processo de internacionalização do direito constitucional somado ao processo de constitucionalização do direito internacional, de modo a justificar o acolhimento do princípio da primazia dos direitos humanos e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, com o desenvolvimento dos institutos internacionais, a República Federativa do Brasil aderiu aos sistemas jurisdicionais internacionais, submetendo-se, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional, este último disposto no art. 5º, § 4º, da Constituição:

A obrigação internacional de investigação e processamento de delitos previstos em documentos internacionais passou a ser ainda mais relevante em virtude da adesão do País ao Tratado de Roma, de 1998. Ao associar-se a esta convenção, o Brasil submete-se (*rectius*: seus cidadãos) à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), em funcionamento desde 2002 em Haia, na Holanda. Para reforçar este vínculo, a EC nº 45/04 previu expressamente, no §4º do artigo 5º, a referida sujeição, o que significa que, em caso de denegação de justiça no Brasil, causas sujeitas à lei penal brasileira e previstas no Estatuto do TPI poderão vir a ser julgadas na corte penal internacional, conforme o artigo 5º e 17 do Estatuto, ora incorporado ao ordenamento jurídico nacional por força do Decreto n. 4388/02. (ARAS, 2005)

Marselha Caram (2007, p. 328) assevera que “o Tribunal Penal Internacional será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional e será complementar às jurisdições penais nacionais”.

Assim, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional guarda, em relação à jurisdição do Brasil, a mesma nota de complementaridade que existe entre a Justiça Federal e a Estadual, por força do incidente de deslocamento de competência. Sendo, destarte, a jurisdição do TPI adicional, subsidiária e complementar à jurisdição nacional, estando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno, de modo que cabe primeiramente ao Estado o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais.

Sabe-se que o Estado brasileiro é signatário dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos e isso impõe à União responder perante os organismos

internacionais por todos os atos que violem os direitos humanos em nosso território, qualquer que tenha sido o agente violador, conforme art. 21, I, da Constituição:

A responsabilidade internacional é imputada ao Estado quando este não utilizou todos os meios à sua disposição para sanar e reparar uma violação aos direitos humanos ocorrida em seu território. A utilização de todos os meios disponíveis implica numa obrigação de executar de forma diligente e sem dilações as atividades específicas que permitam aos indivíduos o gozo de seus direitos. (GALLI; DULITZKY, 2000, p. 58)

É neste contexto que surge o incidente de deslocamento de competência, pois possibilita, a par da responsabilidade pelas obrigações contraídas em tratados sobre direitos humanos serem exclusivamente da União, meios para que este ente não seja condenado, no âmbito do Direito Internacional, pela não apuração destas violações:

Trata-se tão-somente de um instrumento vocacionado a preservar a responsabilidade internacional do Brasil perante cortes e organismos internacionais (como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos e, por via indireta, o Tribunal Penal Internacional) e de efetiva proteção aos direitos humanos em nosso território, em virtude da internacionalização do direito humanitário e das obrigações derivadas de inúmeras convenções universais firmadas pelo País, como o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (Nova Iorque, 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José, 1969), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e o recente Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, e as convenções da ONU contra a tortura e para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, por exemplo. (ARAS, 2005)

Ademais, a federalização da competência possui como escopo a concretização dos direitos humanos fundamentais e de sua defesa, conforme determina o artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Contudo, apesar de todo o aparato montado para coibir as práticas violadoras dos direitos humanos, o ministro Gilson Dipp (BRASIL, 2005), no julgamento do IDC nº 1, asseverou que o Estado brasileiro não vem conseguindo responder de maneira eficaz aos atos atentatórios a estes direitos, e é nesta senda que o legislador reformador introduziu o incidente de deslocamento de competência:

Apesar de ser signatário de, praticamente, todas as convenções internacionais a respeito do tema, o Estado brasileiro mostrou-se ineficiente e omissivo no tratamento

condigno da questão. Há cerca de trinta processos por violação de direitos humanos em trâmite na Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Certamente, dessas trinta reclamações ou representações, algumas delas, efetivamente, deverão chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte esta a que o Brasil aderiu em relação a sua competência para lá ser julgado por tais violações. Esta é uma realidade.

Assim, segundo John Rawls (*apud* TESSLER, 2009, p. 18) o cumprimento dos direitos humanos “é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas ou em casos gravíssimos, da força militar”, sendo, portanto, a federalização da competência, instituto com escopo de pôr fim à impunidade e, conseqüentemente, evitar a ingerência internacional no âmbito interno.

Logo, a previsão estabelecida no art. 109, V-A, § 5º, da Constituição Federal, foi muito bem vinda e acertada, no sentido de adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, vez que os Estados ao serem signatários de tratados internacionais se sujeitam as obrigações jurídicas decorrentes destes, passando a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território.

Em outras palavras, o IDC representa o resultado da obrigação do Estado brasileiro em adaptar seu direito doméstico aos compromissos internacionais de direitos humanos que assumiu no plano internacional, no pleno e livre exercício de sua soberania.

Portanto, a federalização da competência, inovação constitucional trazida pela EC n.º 45/04, que transfere da Justiça Estadual para a Justiça Federal, de forma subsidiária, o processamento e o julgamento das graves violações contra os direitos humanos, objetivando o efetivo combate a sua impunidade, está em perfeita consonância com a sistemática interna e internacional vigente.

3.3 Esvaziamento ou delimitação? O caráter excepcional e subsidiário do incidente de deslocamento de competência

Após a demonstração de que o instituto da federalização da competência das graves violações aos direitos humanos está em consonância com os dizeres do bloco constitucional, este constituído pela Constituição e os tratados internacionais de direitos

humanos ratificados na forma prevista pela Constituição, passando, assim, imune à dupla análise da compatibilização vertical das normas, tem-se que “existe um consenso de que a interpretação dos requisitos deve ser restrita, sendo o deslocamento de competência um instrumento excepcional” (CASTILHO, 2005, p. 10):

Recomenda-se uma aplicação cautelosa e responsável, para não vulgarizar o IDC, ferramenta essencial para a redução da impunidade, que somente deve ser usada como via alternativa, excepcional e subsidiária para a persecução de graves violações a direitos humanos, que não tenham recebido a merecida atenção das autoridades locais, seja por omissão, leniência, demora injustificada ou conluio destas, sempre tendo como norte o cumprimento de obrigações internacionais do Brasil. (ARAS, 2005)

O julgamento do primeiro IDC pelo STJ firmou o caráter excepcional do instituto do deslocamento de competência, pois, entendeu-se que, além de estarem presentes os requisitos da grave violação aos direitos humanos e da possibilidade de responsabilização internacional da União, deve ser constatada a inoperância das autoridades estatais na persecução criminal.

Este entendimento consagra o princípio da subsidiariedade como ponto crucial para o deferimento do pedido de federalização da competência, que só será efetivada se verificada a incapacidade das instâncias locais na apuração e julgamento dessas violações aos direitos humanos:

Para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá incidência — tão somente encorajará a importância da eficácia das respostas. Para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas, ineficazes ou omissas, estará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal. A responsabilidade primária no tocante aos direitos humanos é dos Estados, enquanto que a responsabilidade subsidiária passa a ser da União. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 9)

O Princípio da Subsidiariedade, oriundo do Direito Europeu, permite, dentro do Direito Comunitário, a intervenção de um ente na esfera de outro quando este se mostrar incapaz de resolver a situação, ocorrendo, assim, uma intervenção de forma subsidiária.

Este princípio possui o escopo de induzir os Estados-membros a manterem suas competências realizando-as da melhor maneira possível, a fim de evitar uma possível intervenção do ente superior.

Ademais, conclui-se que a federalização da competência encontra-se restringido pelo princípio da proporcionalidade, devido ao subprincípio da necessidade, que prevê a escolha da medida mais suave ao alcance do fim colimado.

Nesta sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (*et al*, 2004, p. 69) assevera que o incidente de deslocamento de competência somente se “justificaria se inexistentes outras medidas eficientes e menos agressivas a outros direitos e princípios fundamentais”.

Este entendimento é sustentando, em parte, pela a Associação dos Magistrados Brasileiros na ADIN nº 3.486, para qual a possibilidade da polícia federal investigar, conjuntamente às corporações estaduais, as violações aos direitos humanos, prevista na lei nº 10.446/02, torna desnecessária a federalização do julgamento das causas que envolvam grave lesão aos direitos humanos.

Neste contexto encontra-se a lei nº 10.446/02, que regulamentou o art. 144, § 1º, da Constituição, ao consagrar no seu art. 1º, III, a atuação da polícia federal em casos “relativos à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte”, prevendo a atuação conjunta das corporações policiais estaduais e federais na fase investigativa, com a elaboração de dois inquéritos simultâneos.

Assim, o dispositivo da federalização da competência forma um sistema de combate à impunidade e às práticas ofensivas aos direitos humanos, conjuntamente com a Lei nº 10.446/2002:

Por isso, a atribuição da polícia federal de investigar “violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte” (art. 1º, inciso III, Lei Federal nº 10.446/2002), longe de tornar supérflua a competência jurisdicional correlata, a justifica por razões intuitivas que complementam sua dicção. (PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 9)

Desta forma, destaca Vladimir Aras (2005), de que apesar da semelhança entre a federalização da competência e a intervenção federal, “não se tem propriamente uma intervenção. **Trata-se de atuação complementar da Justiça Federal**, em virtude de negativa ou retardo de prestação jurisdicional pelos entes subnacionais”. (grifo nosso)

Logo, para José Carlos Dias e Oscar Vilhena Vieira, trata-se o incidente de deslocamento de competência de “**uma jurisdição subsidiária**, que deve ser acionada apenas naquelas circunstâncias em que os Estados-membros não se demonstrarem dispostos ou não

tiverem condições de reprimir a prática de graves violações aos direitos humanos dentro de seus territórios”. (grifo nosso)

Portanto, concluo que não há razões para, sob a análise da proporcionalidade, o incidente de deslocamento de competência ser suscitado na fase investigativa, pois o ordenamento jurídico consagrou a possibilidade da autoridade policial federal elaborar seu próprio inquérito, quando da ocorrência de crimes violadores dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais.

Assim, caberá a federalização da competência somente para dar cabo à segunda parte da persecução criminal, ou seja, da parte processual, quando o Estado-membro se mostrar incapaz de propiciar o correto andamento processual, sendo, pois, relevante instrumento para o combate à impunidade e para a garantia de justiça, entendida aqui como a submissão do caso perante o Poder Judiciário imparcial e eficaz, nos casos de graves violações de direitos humanos.

CONCLUSÃO

O incidente de deslocamento de competência é um instrumento processual hábil que possibilita às instituições federais, Ministério Público e Justiça Federal, levarem a cabo o processamento das violações aos direitos humanos quando os Estados-membros se mostrarem inoperantes no cumprimento dos objetivos inscritos na Constituição Federal e na proteção da dignidade da pessoa humana.

Foi erigido como um meio para reduzir a ocorrência de graves violações aos direitos humanos, diminuindo, deste modo, a sensação de impunidade, a insegurança da sociedade e as pressões internacionais para o combate às violações a estes direitos. Trata-se de uma medida que visa dar uma maior efetividade da tutela jurisdicional com relação às graves violações.

A federalização está inserida em um sistema de cooperação das instituições federais e estaduais na investigação e julgamento das violações aos direitos humanos. Tal sistema é formado pela Lei nº 10.446/2002 e os arts. 109, V-A, § 5º, e 34, VII, b, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, de um lado, encoraja-se a firme atuação do Estado, sob o risco do deslocamento de competência se as instituições locais mostrarem-se inoperantes na proteção dos direitos humanos. Por outro lado, aumenta a responsabilidade das instâncias federais para o efetivo combate à impunidade das graves violações aos direitos humanos, pois é possível valer-se das instâncias federais no combate a estas violações.

A federalização introduz no Brasil a adoção de um sistema multinível de responsabilização pelos Direitos Humanos, no qual, se uma esfera judicial não conseguir dar a resposta adequada na apuração e julgamento dessas violações, a responsabilidade passa para a outra esfera, desde que estejam presentes os três requisitos da federalização: a grave violação aos direitos humanos, o descumprimento de obrigação decorrente de tratado internacional firmado pelo país e a incapacidade do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida investigação, processamento e julgamento das violações.

A análise da convencionalidade do incidente de deslocamento de competência demonstrou que, com razão, a comunidade internacional brandia frente ao lastro de impunidade aos violadores dos direitos humanos, pois o Estado brasileiro não conseguia

garantir a investigação, processamento e julgamento dessas lesões, fazendo com que a União deixasse de cumprir as obrigações contraídas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, a federalização é um remédio processual constitucional que está de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, visto que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos permite a subsunção de um caso à análise de organismos internacionais quando o Estado é ineficaz ou omissivo na proteção dos direitos em questão.

No controle de constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência, restou demonstrado que os argumentos prós e contras muito se assemelham, sendo utilizados os princípios para sustentarem e refutarem a constitucionalidade do incidente. É neste embate entre princípios que se analisou a proporcionalidade do incidente de deslocamento.

Desta forma, tem-se que o incidente de deslocamento de competência está em consonância com a Constituição, seus princípios e a sistemática processual vigente. Está de acordo, principalmente, com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Por todo exposto, tem-se que o STF, no julgamento das ADINs nº 3.486 e 3.493, deverá confirmar o entendimento já preceituado pelo STJ na análise dos IDCs nº 1 e 2, reconhecendo a constitucionalidade e convencionalidade do presente instrumento processual por estar em conformidade com o bloco constitucional.

Contudo, deverá ser restringida a aplicabilidade do incidente de deslocamento somente à fase de processamento e julgamento das violações, pois já existe remédio hábil que possibilita à União, através da Polícia Federal, realizar as investigações das violações aos direitos humanos. Trata-se da aplicação da medida menos gravosa para se chegar ao fim colimado, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Ademais, destaca-se, outro importante ponto em relação ao incidente de deslocamento de competência, qual seja: a legitimidade ativa, que hoje, encontra-se restringida à pessoa do Procurador-Geral da República, sendo defendida, por quase toda a totalidade da doutrina, um aumento deste rol, vez que, primeiramente, não se teria como recorrer da decisão que indefere o pedido da representação protocolada junto ao PGR e também por possibilitar aos violados o acesso ao Judiciário.

Ainda, diante de uma sociedade multifacetada, diversificada, sendo prezado o respeito às diferenças e minorias, pergunta-se como ficaria a utilização do incidente de

deslocamento de competência, com aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, para grupos étnicos e culturais minoritários existentes dentro da sociedade brasileira? Deveriam eles ser submetidos ao cumprimento destes tratados ou devem ser respeitadas as diferenças e traços de identificação cultural de cada grupo?

O incidente de deslocamento de competência, portanto, é absolutamente necessário por ser mais uma tutela aos direitos humanos, possibilitando às instituições federais o combate à impunidade e a garantia de observância pelo Estado brasileiro dos tratados internacionais sobre estes direitos. Defende-se, aqui, a compatibilidade da federalização da competência com o bloco constitucional e a delimitação do mesmo à fase processual, por existir medida menos gravosa na fase investigativa das violações aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora; LENZA Pedro; TAVARES André Ramos (Coords.). *Reforma do judiciário. Analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

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

ANNAN, Kofi. Prefácio: CASTRO, Reginaldo Oscar de (Coord.). *Direitos Humanos: conquistas e desafios*. 2. ed. Brasília: Letraviva, 1999.

ARAS, Vladimir. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Jus Navegandi. Teresina: a. 9, nº 687, 23 mai. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 28 set. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONSAGLIA, Mario Luiz. *Federalismo e direitos humanos*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, f. 470.

_____. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Federaliza%C3%A7%C3%A3o+dos+crimes+contra+os+direitos+humanos>> Acesso em: 14 out. 2012.

_____. *A questão da proteção federal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?ID_MATERIA=78&ID_TEMPLATE=29>. Acesso em 22 out. 2012.

BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. PEC nº 96/1992a. Tramitação na Câmara dos Deputados. Introduce modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>>. Acesso em: 07 ag. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.601/SP. Relator ministro Celso de Melo, julgado dia 24.11.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1541020>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Decreto nº 678/1992b. Ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Pacto São José da Costa Rica. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. PEC nº 368 de 1996. Relator: Deputado Gilvan Freire. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/pec368.htm>>. Acesso em: 15 ag. 2012.

_____. Programa Nacional de Direitos Humanos. PNDH I. 1996a. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh1.pdf>>. Acesso em: 15 ag. 2012.

_____. Proposta de EC nº 29/2000. Tramitação no Senado Federal. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44577>. Acesso em: 10 ag. 2012

_____. Constituição (1988). EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de deslocamento de competência n. 01. Homicídio da irmã Dorothy Stang. Suscitante Procurador-Geral da República e suscitado Justiça Estadual do Pará. Relator ministro Arnaldo Esteves Lima. 08 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200500293784&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 01 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3486. Impugna a introdução feita pelo art. 1º da EC nº 45/2004, do inciso V-A e § 5º ao art. 109, da Constituição Federal. Movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). 2005a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2293221>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 6, de 2005b. Dispõe sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela EC nº 45/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?numero=%226%22&norma=%27RES%27&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 nov. 2012

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6.647, de 2006. Regulamenta o § 5º do art. 109 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3214EF27898036FB261832E83850DFC9.node1?codteor=380292&filename=Avulso+-PL+6647/2006>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de deslocamento de competência n. 02. Justiças Estaduais dos Estados da Paraíba e de Pernambuco. Homicídio de Vereador, notório defensor dos Direitos Humanos, autor de diversas denúncias contra a atuação de grupos de extermínio na fronteira dos dois Estados. Ameaças, atentados e assassinatos contra testemunhas e denunciante. Atendidos os pressupostos constitucionais para a excepcional

medida. Suscitante Procurador-Geral da República e suscitados Justiça Estadual da Paraíba e Justiça Estadual de Pernambuco. Relatora Ministra Laurita Vaz. 27 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901212626&pv=0100000000&tp=51>>. Acesso em 01 out. 2012.

CALETTI, Cristina. *Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira*. Jus Navigandi. Teresina: a. 7, n° 64, abr. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 30 abril 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARAM, Marselha Bortolan. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC), n. 10, p. 313-355, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-313-Marselha_Bortolan_Caram.pdf>. Acesso em: 28 out. 2012

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Federalização de violações contra Direitos Humanos*. IBCCRIM. Boletim. [Editorial]. São Paulo, ano 12, n. 148, p. 1, mar/2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15289-15290-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2012.

CAZZETA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Sobre a Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos*. Palestra proferida na Associação dos Magistrados do Estado do Pará – AMEPA, em Belém, 06 maio 2005. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/455/406>>. Acesso em: 14 out. 2012

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. São Paulo: Lte, 1998.

_____. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. As garantias institucionais dos direitos humanos. In: Boletim dos Procuradores da República, n° 40, p. 3-8, ago. 2001.

_____. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: CONAMP. *Federalização dos crimes*. Brasília. mar. 2005. Disponível em: <<http://www.aesmp.org.br/conamp.htm>>. Acesso em: 25 set. 2012.

CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil: Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal*. Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr em 14/12/1997, Roma. In: *Boletim IBCCRIM* n° 77, São Paulo. abril 1999.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al.* (Coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 447-466.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O poder constituinte*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flavio. *Federalização dos crimes graves: o que é isso?*. Mundolegal: São Paulo. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?fuseaction=artigo_detalhar&did=16221>. Acesso em: 25 abril 2012.

_____. *Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/12241>>. Acesso em: 3 set. 2012.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAPIASSU, Carlos Eduardo. *O Tribunal Penal Internacional: A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LYRA, Daniel Henrique de Sousa. *A Federalização dos Crimes de Graves Violações dos Direitos Humanos: a razoável duração do processo como garantia no combate à impunidade ou instrumento retórico?* Lex humana, nº 2, p. 106-121, 2009. Disponível em: <http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/33447_4268.PDF>. Acesso em: 09 nov. 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALULY, Jorge Assaf. *A Federalização da competência para julgamento dos crimes praticados contra os Direitos Humanos*. Boletim IBCRIM. São Paulo, v. 12, nº 148, p. 4-6, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=83>>. Acesso em: 03 out. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista direito e justiça: Reflexões Sociojurídicas, Ano IX, nº 12, Março de 2009^a, p. 235-276.

_____. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. LFG, 2009b. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403113812567&mode=print>. Acesso em: 20 de out. 2012.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Ana Luisa Zago de; NETO, Daniel Lena Marchiori. *Federalização das Graves Violações aos Direitos Humanos: motivações e abrangência do instituto*. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Março de 2006, Vol. 1, n. 1, p. 33-50.

NEVES, Fernanda Mostaro. *A federalização dos crimes contra os direitos humanos*. [S.l. s. n. 200-?]. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_40004.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MESQUISTA NETO, Paulo de. *Primeiro relatório de direitos humanos/Direitos humanos: realizações e desafios*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudo da Violência, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização*. São Paulo. Boletim dos Procuradores da República nº 16, Ag/1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/miliatntes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001. p. 71-104.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 13, nº 54, p. 169-183, mai./jun. 2005.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos Humanos e jurisdição internacional*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; VIEIRA, Renato Stanziola. *Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer?*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, Ano 13, nº 150, maio de 2005, p. 8-9. Disponível em: <http://www.kehdievieira.com.br/site/artigos/federalizacaoibccrim.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIALS, Stéphane. *La declaration des droits de l'homme et du citoyen*. Paris: Hachette, 1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços Constitucionais da Organização Político Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Palestra na XVII Conferência da OAB, Rio de Janeiro, 29/08 a 02/09/1999. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2012

ROCHA, João de Deus Duarte. *Federalização dos crimes. Nota oficial da Conamp*. Disponível em: <<http://www.ampep.com.br/apresentasite.asp?O=100&T=236>>. Acesso em: 28 set. 2012.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Weliton Militão dos. *Crimes contra os Direitos Humanos: julgamento e competência*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero10/artigo6.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *A reforma (deforma?) do Judiciário e assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. v. 1, t. 1, p. 49-106.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3. ed., 2003

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo*. Florianópolis: Conceituo Editorial, 2007.

SCHREIBER, Simone; CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos*. 2002. Boletim dos Procuradores da República, v. 5, n. 53, p. 19-25, set. 2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21436/federalizacao_competencia_julgamento_crimes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivado*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abril 2002, p. 23-50.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O poder reformador na Constituição brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TESSLER, Marga Inge Barth. *Competências Judiciárias estabelecidas pela EC nº 45 de 31-12-2004: Reforma do Judiciário*. In: Seminário Internacional O Poder Judiciário em Discussão, da Escola Superior de Magistratura, 19 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/curriculo_juizes/competencias_judiciarias_estabelecidas_pela_ec_45.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 2000.

_____. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

_____. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2ª ed. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

_____. *Direito Internacional e Direito Interno: sua Inteiração na proteção dos Direitos Humanos*. In: REDE Direitos Humanos e Cultura. São Paulo: 2005. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo penal e direitos humanos no Brasil*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 755, p. 455-481, set. 1998.

VELOSO, Zeno; GUSTAVO, Vaz Salgado (Orgs.). *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; DIAS, José Carlos. *Monopólio da Impunidade*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17416-17417-1-PB.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2012.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.