

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 184
Outubro/dezembro – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos

Estudo sobre a ponderação de princípios no controle abstrato de constitucionalidade

Ana Fabiola de Azevedo Ferreira

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição e competência. 3. ADIN 3.486 e ADIN 3.493: a discussão sobre a constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência. 4. Confronto entre o incidente de deslocamento de competência e as normas constitucionais (cláusulas pétreas) sobre pacto federativo, contraditório, ampla defesa, juiz natural e segurança jurídica. 4.1. Pacto federativo. 4.2. Contraditório e ampla defesa. 4.3. Juiz natural. a) Juiz constitucionalmente competente. b) Taxatividade das competências. c) Tribunal ou juízo de exceção. d) Juízo *ex post facto*. 4.4. Segurança jurídica. 5. Ponderação de princípios. 6. Conclusão.

1. Introdução

Em fevereiro de 2005, em Anapu, Pará, foi assassinada a tiros a missionária católica americana Dorothy Stang, em meio à violência fundiária, aos delitos ambientais e à grilagem de terras da região. O crime teve ampla repercussão na mídia e desencadeou a reação de várias entidades envolvidas na proteção dos direitos humanos. Esses fatos ensejaram a propositura do primeiro *incidente de deslocamento de competência*, formulado pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, perante o STJ, com o objetivo de trazer para o âmbito da Polícia e da Justiça Federal o processamento e julgamento dos mandantes, intermediários e executores da missionária.

Ana Fabiola de Azevedo Ferreira é Mestranda em Direito Constitucional - UFPE. Mestranda em Ciências Jurídico Políticas - Faculdade de Direito de Lisboa. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada.

O *incidente de deslocamento de competência* foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, com a seguinte redação:

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

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

§ 5º – Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Durante muito tempo, preocupados com o crescente desrespeito e a flagrante impunidade dos ofensores, entidades de direitos humanos brasileiras e organismos internacionais reivindicaram a “federalização” dos crimes contra os direitos humanos. Afirmava-se a insuficiência dos mecanismos existentes até então, tais como a ação interventiva (CF, art. 34, VII, *b*) e a chamada “federalização da polícia” (Lei nº 10.446/02), por meio da qual se atribuiu à Polícia Federal a possibilidade de investigar infrações penais concorrentemente à Polícia Civil (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

O Brasil é signatário de uma série de tratados e convenções internacionais nos quais se compromete a apurar e punir esse tipo de delito, responsabilizando-se 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 (Cf. ARAS, 2005). A morosidade na apuração dos crimes e a impunidade geram a responsabilização do

país no âmbito internacional. Há vários casos contra o Brasil pendentes de apreciação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, dentre eles, alguns apontam à responsabilidade direta da União em face da violação dos direitos humanos (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

Embora a União se comprometa externamente com a repressão às violações aos direitos humanos, no âmbito interno, a responsabilidade pela apuração e punição desses crimes é dos Estados-membros por meio das polícias civis e dos Ministérios Públicos Estaduais. A criação do *incidente de deslocamento de competência* tem justamente a finalidade de corresponsabilizar a União no enfrentamento da impunidade e da morosidade na promoção da justiça, em consonância com as obrigações internacionais assumidas com a assinatura de tratados e convenções.

O trabalho se propõe a discutir a constitucionalidade do *incidente de deslocamento de competência*, tendo, como primeiro objetivo, constatar se a nova regra processual restringe um ou mais, e quais, direitos fundamentais e saber, em segundo lugar, se as eventuais restrições são constitucionalmente justificadas. Para tanto, discutiremos sobre a possibilidade de utilização da ponderação como forma de solução de conflitos entre princípios no julgamento abstrato de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que a possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal não está restrita às causas criminais, porquanto não há tal limitação na norma constitucional. No entanto, neste trabalho, o instituto será analisado apenas do prisma do processo penal.

2. Jurisdição e competência

A jurisdição, função estatal por meio da qual o Estado substitui os particulares para resolver imparcialmente os conflitos, é uma e não comporta, a rigor, divisões (Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2000, p.

229). O exercício da jurisdição, entretanto, é dividido entre os órgãos jurisdicionais com a finalidade de melhor administrar a Justiça. A parcela do exercício da jurisdição de cada órgão é chamada competência.

A competência é dividida entre as diversas *jurisdições* (inferior ou superior; comum ou especializada; estadual ou federal; contenciosa ou voluntária; ordinária ou extraordinária) pela própria Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais a partir de três critérios: a natureza da relação de direito (*ratione materiae*), a qualidade da pessoa do réu (*ratione personae*) e o território (*ratione loci*) (Cf. MIRABETE, 2001, p. 167).

A Constituição Federal não se preocupou com a distribuição da competência *ratione loci*, limitando-se a tratar das competências em razão da matéria e em razão de prerrogativa de função. Por essa razão é que se diz que ambas (competência *ratione materiae* e competência *ratione personae*) são competências absolutas e, portanto, improrrogáveis e imodificáveis.

A divisão de competências entre os juízes de primeira instância das justiças estadual e federal é feita com base no critério *ratione materiae*, tendo o constituinte originário buscado atribuir à Justiça Federal as questões que poderiam afetar direta ou indiretamente os interesses federais ou nacionais¹.

A norma introduzida no art. 109, V-A e § 5º, da CF, além de reafirmar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os feitos relativos aos direitos humanos, criou a possibilidade de modificação da competência absoluta em razão da matéria, modalidade até então inexistente no ordenamento jurídico pátrio (Cf. ARTEIRO, 2005).

Como ressaltado por Luiz Flávio Gomes, o *incidente de deslocamento de competência* não é uma forma de *declinatio fori*, que é iniciativa do próprio juiz a quem foi

distribuído um processo que não é de sua competência. Tampouco se confunde com o antigo instrumento da advocatária, já que o Procurador-Geral da República não pode chamar a si o inquérito ou processo em andamento, tendo apenas a faculdade de propor o incidente perante o STJ, a quem cabe a decisão de modificar ou não a competência. A Justiça Federal também não pode avocar o processo (Cf. GOMES, 2005).

Embora possua alguns traços semelhantes ao desaforamento do júri, o *incidente de deslocamento de competência* dele se diferencia porque o que há é uma alteração da competência em razão da matéria, e não uma simples mudança de foro como ocorre no desaforamento. Ademais, o desaforamento só pode ser formulado por quem é sujeito da relação jurídica material (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

Há que se destacar também a similitude entre o novel instituto e a ação interventiva (CF, art. 34, VII, b). O *incidente de deslocamento de competência* seria uma forma alternativa, mais sutil e menos traumática de assegurar a proteção dos direitos da pessoa humana do que a ação interventiva. Sem se tratar de uma intervenção propriamente, configura apenas uma atuação complementar da Justiça Federal a ser admitida a partir do preenchimento de certos requisitos (Cf. ARAS, 2005).

O constituinte derivado preferiu a modificação ulterior da competência à atribuição imediata desses feitos à Justiça Federal. Por esse motivo é que o instrumento tem despertado fervorosos debates acerca de sua constitucionalidade, como se verá.

3. ADIN 3.486 e ADIN 3.493: a discussão sobre a constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência

Antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04, a constitucionalidade da norma que prevê a federalização das causas relativas aos direitos humanos já era objeto de debate na seara jurídica

¹ Nesse sentido, OLIVEIRA (2005, p. 30).

e no próprio Congresso Nacional. Várias propostas de alteração da redação original foram formuladas, inclusive com objetivo de se evitar a ulterior inaplicabilidade da regra sob o argumento da inconstitucionalidade (Cf. BONSAGLIA, 2005).

Com efeito, como se previu, o debate sobre a constitucionalidade do *incidente de deslocamento de competência* foi reacendido tão logo a EC nº 45 foi promulgada, sendo que, imediatamente após o primeiro incidente ser instaurado no STJ, foram interpostas duas ADINs contra o inciso V-A e o § 5º do art. 109 da CF. As ações foram intentadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES).

As ADINs são o reflexo da ampla insatisfação que a norma provocou nas classes de magistrados e membros dos Ministérios Públicos estaduais. De uma forma geral, afirma-se que a proposta é uma afronta às instituições estaduais, que estariam sendo consideradas incapazes ou não isentas para proceder à repressão dos crimes contra os direitos humanos, gerando-se uma discriminação odiosa entre entes federais e estaduais. A norma possibilitaria a interferência nos Ministérios Públicos estaduais, criando-se uma chefia do Procurador-Geral da República sobre os Procuradores-Gerais de Justiça, e conduziria a uma demasiada centralização das decisões nos entes federais. Além disso, o instituto seria plenamente desnecessário diante dos instrumentos já disponíveis, o desaforamento do júri, a ação interventiva federal e a “federalização” das investigações policiais².

Do ponto de vista jurídico, as duas ADINs têm fundamentações semelhantes. Argumenta-se que o *incidente de deslocamento de competência* fere a garantia do juiz natural e outras garantias do devido processo legal, o princípio da segurança jurídica, o pacto federativo e o princípio

² A esse respeito, ver nota do CONAMP disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33375,1>>.

da proporcionalidade, cláusulas pétreas da Constituição e, portanto, intangíveis. Além disso, a nova regra não teria auto-aplicabilidade, consistindo em uma norma de eficácia limitada.

O juiz natural estaria sendo duplamente violado. Destinado a garantir a imparcialidade do juiz, a segurança do cidadão contra o arbítrio estatal e a isonomia entre os jurisdicionados, alega-se que essa garantia, que se apresenta nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, tem três desdobramentos: só são órgãos do judiciário aqueles instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após o fato; entre os órgãos pré-constituídos, vigora uma ordem taxativa de competências (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115).

O *incidente de deslocamento de competência* feriria, então, a proibição dos tribunais *ex post facto*, na medida em que a modificação da competência só ocorre após o crime, bem como a taxatividade de competências constitucionalmente atribuídas, uma vez que a instauração de tal incidente ficaria a depender da conveniência e oportunidade do Procurador-Geral da República, que não está obrigado a provocá-lo e tem, inclusive, expressa permissão para o fazer a qualquer tempo. Isso porque a norma constitucional, argumenta-se, carece de objetividade, posto que não define quais sejam os crimes contra os direitos humanos que deveriam ser julgados pela Justiça Federal, sendo que o termo “grave” é impreciso e elástico, cabendo, dessa forma, ao Procurador-Geral da República eleger quais os crimes que mereceriam deslocamento de competência.

Ao basear-se num critério vago e sem objetividade, qual seja, a gravidade do crime, impossibilitando-se, assim, a determinação do juízo competente no momento da prática da infração penal, o poder reformador estaria violando também o princípio da segurança jurídica, em razão do qual “todos os aspectos relacionados à existência e à valorização do crime, bem como à persecução e à condenação penal devem ser previamente

fixados em lei”³ e que tem como corolário o respeito à legalidade estrita.

Entretanto, afirma-se que nesse aspecto a inconstitucionalidade poderia ser sanada se a norma fosse entendida como norma de eficácia limitada, publicando-se uma lei regulamentadora que fixasse critérios objetivos, inclusive os parâmetros de gravidade de um crime. Em observância à legalidade estrita, deveriam ser precisados todos os elementos que atribuem competência ao juiz, porque, de outro modo, deixa-se margem à manipulação da distribuição dos feitos.

Por outro lado, a norma introduzida na Constituição atingiria o devido processo legal por não estabelecer a garantia do contraditório com o réu e com os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-membros. Ignoraria também a garantia da ampla defesa ao criar a dificuldade de produção de prova para o réu, em razão do elemento distância, pois poucos são os municípios que contam com uma vara da Justiça Federal.

Retirando um crime de competência originária da Justiça Estadual para o âmbito da Justiça Federal, estar-se-ia procedendo a uma intervenção da União no Estado-membro, alargando o rol taxativo do art. 34 da Constituição Federal, que estabelece as hipóteses em que é possível relativizar a autonomia dos Estados-membros, assegurada no art. 18 da CF. Na verdade, não há hierarquia entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, diferenciando-se estas apenas pelos âmbitos em que atuam (Cf. CORRÊA, 2005). Alterar a competência significaria, em outras palavras, afirmar que a Justiça Federal é superior à Justiça Estadual, além de mais capaz e eficiente, porquanto outra razão não haveria para proceder-se à modificação.

Por fim, o deslocamento da competência consistiria em medida desproporcional, desconsiderando-se o princípio de proibição do excesso de poder, por ser desne-

cessária e inadequada para os fins a que se propõe. Inadequada porque dificulta a produção de provas, fere o juiz natural e o pacto federativo e cria uma discriminação odiosa entre os entes da federação. Desnecessária porque a Lei nº 10.446/02 já havia introduzido a chamada “federalização das investigações”, existindo também a possibilidade de utilização dos instrumentos do desaforamento do júri e da intervenção federal.

4. Confronto entre o incidente de deslocamento de competência e as normas constitucionais (cláusulas pétreas) sobre pacto federativo, contraditório, ampla defesa, juiz natural e segurança jurídica

Passamos, então, à análise da compatibilidade do incidente de deslocamento de competência com algumas das cláusulas pétreas da Constituição Federal, que estariam, supostamente, sendo violadas. Antes, contudo, deve-se ressaltar que as cláusulas pétreas, embora não possam ser abolidas sequer pelo poder reformador – e da mesma forma que qualquer outro princípio constitucional –, podem sofrer restrições, desde que tais restrições sejam constitucionais, isto é, desde que tais restrições possam ser justificadas por outras cláusulas pétreas que, em determinadas circunstâncias, devam prevalecer.

Não fosse assim, não poderíamos, por exemplo, admitir que a liberdade de manifestação (art. 5º, IV, CF) sofresse restrições em nome da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), ambos direitos protegidos na forma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

Quanto às cláusulas pétreas, vale ressaltar, a Constituição Federal veda as emendas tendentes a *aboli-las*. Nada impede que a configuração dada pelo constituinte a tais normas sofra alterações, respeitado o procedimento de reforma e considerando-se, em todo o caso, a necessidade de preservar a essência de tais normas.

³ ADIN 3486.

4.1. Pacto federativo

O *incidente de deslocamento de competência* não está em dissonância com o pacto federativo estabelecido em sede constitucional. José Frederico Marques já lembrava que não prevalece mais o federalismo dual, destacando que, fosse para seguir estritamente o princípio federativo, dever-se-ia atribuir aos juízes estaduais competência para aplicar apenas leis estaduais, deixando para os juízes federais a aplicação de leis federais (Cf. MARQUES, 2000, p. 79). A graduação de distribuição de competência entre União e Estados-membros varia de federação para federação de acordo com condições históricas. Sabe-se que o processo histórico de formação da federação brasileira contou com algumas peculiaridades, jamais tendo os Estados-membros gozado de autonomia absoluta. Mas o fato é que não se pode falar em autonomia absoluta dos entes subnacionais nem mesmo nos Estados em que o processo histórico de formação nacional propiciou inicialmente uma autonomia rígida, com base em âmbitos de poder mutuamente excludentes (Cf. SCREIBER; COSTA, 2005).

O instrumento do *incidente de deslocamento de competência* está inserido na sistemática do federalismo cooperativo, nascido a partir da crise do Estado Liberal clássico. Em razão da crescente demanda de intervenção estatal na economia e de efetivação da justiça social, escopo do *Welfare State*, a União foi assumindo cada vez mais competências, algumas novas, outras transferidas dos Estados-membros (Cf. SCREIBER; COSTA, 2005). A cooperação de competências jurisdicionais faz-se necessária sempre que os órgãos dos entes subnacionais não se revelem suficientes para cumprir as prescrições constitucionais, quer por negligência ou inércia, quer por falta de vontade política ou de condições reais para tal. Quando o poder local não consegue desempenhar determinadas tarefas, deve caber à União, em caráter subsidiário, o papel de assumi-las.

Foi justamente imbuído desse espírito que o constituinte previu a possibilidade de intervenção federal da União nos Estados e Municípios (CF, art. 34), medida muito mais drástica que o simples deslocamento de competência e que tem como um de seus fundamentos justamente a proteção dos direitos humanos (art. 34, VII, *b*).

A EC nº 45 não fez mais do que tornar expresso o interesse da União na apuração e repressão de delitos contra os direitos humanos, pois, como já dito, a impunidade nos casos envolvendo direitos humanos pode levar à responsabilização direta da União, que é signatária de uma série de tratados internacionais que tutelam tais direitos. O rol de atribuições da Justiça Federal, definido no art. 109 da CF, já continha a previsão de atuação nos casos de “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União”. Não se pode negar que há evidente interesse nacional na apuração dos crimes dessa natureza, em razão do comprometimento do país no âmbito internacional. Se já se podia dizer isso antes da EC nº 45, com mais razão ainda pode-se dizê-lo atualmente, porque a referida emenda atribuiu *status* constitucional ao conteúdo normativo de tratados e convenções sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, da CF), o que, por si só, já demonstra cristalinamente o interesse da União no cumprimento dessas normas internacionais (Cf. ARTEIRO, 2005).

É normal, e até mais lógico, que os crimes estabelecidos em textos internacionais sejam de competência do sistema federal de justiça. Entretanto, ao invés de retirar a competência estadual para a investigação, processamento e julgamento desses delitos, a norma da “federalização” dos crimes contra os direitos humanos reafirmou a competência dos órgãos judiciais estaduais, limitando-se a disponibilizar um instrumento subsidiário e extraordinário a ser aplicado apenas quando esteja ameaçado o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

4.2. *Contraditório e a ampla defesa*

A competência para julgamento do *incidente de deslocamento de competência* é do STJ. Possivelmente, a opção do legislador se deu em razão de ser esta corte a competente para dirimir os conflitos de competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal (art. 105, I, *d*, da CF). A Resolução nº 06/05 da presidência do Superior Tribunal de Justiça determinou que a apreciação do *incidente de deslocamento de competência* seja feita pela 3ª Seção da corte. Essa mesma resolução determinou que fosse ouvida a autoridade judiciária estadual suscitada no incidente.

Discordamos, portanto, da afirmação de que o inciso V-A e o § 5º do art. 109 da CF ferem o devido processo legal por não haver a previsão de contraditório. A norma não prescreve o procedimento do *incidente de deslocamento de competência*, limitando-se a definir a legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça e a competência para julgamento do incidente do Superior Tribunal de Justiça. Isso não significa que a garantia do contraditório não será observada. Pelo contrário, no julgamento do IDC nº 01, o relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, requisitou informações ao Presidente do Tribunal de Justiça do Pará, intimou os réus para manifestação sobre o deslocamento da competência e recebeu as informações espontaneamente oferecidas pelo Procurador-Geral de Justiça do Pará e pelo irmão da vítima, integrante do processo na qualidade de assistente do Ministério Público. Embora não haja previsão expressa no inciso V-A e no § 5º do art. 109 da CF, não há dúvida de que o contraditório deva ser garantido no julgamento do incidente.

A Constituição Federal também não estabeleceu normas específicas de contraditório para o processo penal, em geral, nem para o processo civil, contentando-se em determinar que o legislador, ao regulamentá-los, observasse a garantia do contraditório. Não haveria de ser diferente com o incidente de deslocamento de competência.

Quanto à garantia da ampla defesa e ao argumento de que o deslocamento da competência gerará dificuldade de produção de prova para o réu, em razão do elemento distância, sendo poucos os municípios que contam com uma vara da Justiça Federal, temos que ressaltar, em primeiro lugar, que tal dificuldade poderá não ocorrer no caso concreto.

Vale dizer, que o deslocamento pode se dar a qualquer tempo, inclusive em grau de recurso, de forma que, quando da ocasião do deslocamento, poderá já estar concluída a instrução probatória. Pode ocorrer, ainda, o caso de a comarca onde se desenrolava o processo ser também sede de seção judiciária federal. Ainda que não se trate de nenhum desses casos, eventual restrição à ampla defesa, longe de constituir violação da garantia, poderá estar justificada no caso concreto, como adiante se explicitará. Contentamo-nos, por ora, em sublinhar que não se pode afirmar, no plano abstrato, a ocorrência de afetação à garantia da ampla defesa pelo deslocamento da competência para a Justiça Federal.

4.3. *Juiz natural*

O juiz natural remonta à Carta Magna inglesa. Originalmente, representava a garantia de julgamento por órgãos e pessoas do local onde o delito foi cometido. Posteriormente, incorporou-se a proibição de juízos extraordinários, exigindo-se o pré-estabelecimento das regras de competência (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115). Histórica e geograficamente, a amplitude do juiz natural é variável. Na França, por exemplo, inicialmente implicava não somente a vedação de juízos extraordinários e da derrogação da competência, como também a proibição de juízos especiais, sendo depois restringido à proibição de juízos extraordinários (Idem).

O juiz natural previne que o réu seja prejudicado pela manipulação dos órgãos julgadores, garantindo a imparcialidade do juízo e impedindo, dessa forma, a

perpetração de injustiças. Por isso, representa importante instrumento do cidadão contra o arbítrio estatal, além de assegurar a aplicação do princípio da isonomia, ao impedir o tratamento discriminatório entre os jurisdicionados.

No Brasil, o juiz natural representa uma dúplice garantia, estando estabelecido por duas regras. O art. 5º, XXXVII, da CF, ao prescrever que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, veda a constituição de juízos extraordinários e o art. 5º, LIII, institui a garantia do juiz competente ao definir que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, respeitando a necessidade da investidura dos órgãos jurisdicionais e proibindo a derrogação da competência. Fala-se ainda em vedação de juízo *ex post facto* e taxatividade das competências (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115). Vejamos a abrangência conferida pelas normas constitucionais no caso brasileiro.

a) Juiz constitucionalmente competente

José Frederico Marques nos ensina que juiz natural ou autoridade competente é apenas aquela cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais (Cf. MARQUES, 2000, p. 67). Isso porque, além de prever as autoridades judiciárias, a Constituição ainda distribui a competência *ratione materiae* e *ratione personae* entre elas. Assim, a garantia estabelecida no art. 5º, LIII, refere-se apenas ao juiz *constitucionalmente* competente (Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 57). *A contrario sensu*, depreende-se que a competência *ratione loci*, por ter sido delegada à legislação infraconstitucional, não se impõe como juiz natural (Cf. OLIVEIRA, 2005, p. 17).

Tratando-se de modificação da jurisdição competente em razão da matéria, e não de mera alteração de foro, o *incidente de deslocamento de competência* não poderia ser introduzido por meio de lei infraconstitucional. Tendo sido estabelecido mediante emenda constitucional, entretanto, pode-se afirmar que a garantia contida no inciso LIII,

art. 5º, da CF foi devidamente respeitada. Se a própria Constituição distribui a competência em razão da matéria, pode ela mesma prever o deslocamento da competência em determinados casos. O poder reformador poderia, inclusive, ter atribuído de plano a competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos à Justiça Federal, mas preferiu prever apenas a possibilidade de deslocamento quando necessário.

b) Taxatividade das competências

Por necessidade de um rol taxativo de competências quer-se, a nosso ver, sustentar exatamente a impossibilidade de que surjam novas hipóteses de processamento e julgamento não previstas no rol constitucional de competências do juiz. Tal taxatividade seria decorrência necessária da regra inscrita no art. 5º, LIII, da CF: se se exige o julgamento por juiz constitucionalmente competente, tal competência deve estar expressamente atribuída.

É justamente o que ocorre no caso do processamento e julgamento das violações de direitos humanos pela Justiça Federal, hipótese expressamente prevista no art. 109, V-A, da Constituição.

c) Tribunal ou Juízo de exceção

Tribunal ou juízo de exceção, vedado pelo inciso XXXVII, art. 5º, da Constituição, é aquele instituído para o julgamento de determinado fato ou pessoa específica, consistindo numa exceção transitória, arbitrária e casuística. Admitir a constituição de um órgão judiciário com o propósito exclusivo de julgar determinada infração penal é, com efeito, um atentado à imparcialidade do juízo e à isonomia entre jurisdicionados. O deslocamento de competência para a Justiça Federal, entretanto, embora tenha caráter excepcional, só poderá ocorrer se forem preenchidos determinados requisitos, e não de forma arbitrária como ocorre com os tribunais *ad hoc*.

O fator determinante para a procedência do *incidente de deslocamento de competência* tem menos a ver com a pessoa do réu e com as circunstâncias do delito do que com a

atuação insatisfatória dos órgãos estatais de repressão do ilícito. Fica, em princípio, afastada a possibilidade de utilização do instrumento para submeter o réu a julgamento parcial, porque a norma tem como finalidade assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais, devendo ser utilizada apenas quando esse escopo estiver ameaçado. Não apenas a redação constitucional, como também os debates que cercaram a aprovação da emenda constitucional deixam claro que a finalidade da norma é garantir a apuração e a punição dos delitos contra a dignidade da pessoa humana, e não submeter os réus a juízos suspeitos. Até mesmo porque os julgadores não serão livremente escolhidos, respeitando-se a pré-existência de juízes federais e procuradores da república, aleatoriamente designados.

Certamente, o Procurador-Geral da República e o STJ poderão perpetrar alguma arbitrariedade, procedendo ao deslocamento quando este não é devido. Nesse caso, contudo, estar-se-á diante da má utilização do instrumento, o que é bastante diferente da inconstitucionalidade da norma em abstrato, por violação da regra contida no art. 5º, inciso XXXVII, da CF/88.

d) Juízo *ex post facto*

Costuma-se dar uma definição ainda mais ampla ao juízo de exceção afirmando-se que todo órgão jurisdicional criado ou designado após a prática do ilícito penal a que se lhe atribui competência para julgamento viola o juiz natural. Esse entendimento, ressalte-se, não prevalece na doutrina e jurisprudência nacionais, tanto que se admitiu que infrações de menor potencial ofensivo ocorridas antes da criação dos Juizados Especiais Criminais fossem julgadas perante os novos órgãos (Cf. MIRABETE, 2001, p. 48). Da mesma forma, tem-se admitido que novas varas judiciais julguem fatos anteriores a sua criação⁴,

⁴ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Conflito de Competência 03008286-2-SP, Diário da Justiça. 05.03.1996: "A modificação da competência criminal,

em que pese valorosa opinião em sentido contrário (Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 62-64).

A Constituição não prevê claramente, como no caso da vedação de tribunal ou juiz de exceção e da necessidade de julgamento por juiz competente, a vedação de julgamento por juízo constituído ou designado após o fato, embora proíba expressamente o julgamento por juízo transitório, arbitrário e casuístico, por meio do art. 5º, inciso XXXVII, como vimos. No entanto, aquela vedação parece-nos ser decorrência de uma interpretação plausível do inciso LIII, art. 5º, da CF: se a norma exige o julgamento por juiz constitucionalmente competente, competência que deve estar expressa em rol taxativo, é porque a norma exige também o pré-estabelecimento das regras de competência na Constituição, isto é, exige um juiz constituído à época do fato e, mais, exige que à época do fato a atribuição para julgá-lo já esteja arrolada entre as demais hipóteses de sua competência. Mas, mesmo que seja essa a interpretação adotada, não nos parece que tal interpretação torne inconstitucional o art. 109, § 5º, da CF.

Como já dito, o *incidente de deslocamento de competência* atende à pré-existência de órgãos jurisdicionais, juízes e procuradores na esfera da Justiça Federal, de modo que não se pode falar de criação de juízo *ex post facto*, isto é, não se pode falar em constituição de juízo após o fato, como se deu por

decorrente da criação de nova vara englobando o local do crime, não viola o princípio do juiz natural, dado que na Constituição brasileira esse primado não tem o mesmo alcance daquele previsto em constituições de países estrangeiros, que exige seja o julgamento realizado por juízo competente estabelecido em lei anterior aos fatos, tanto que o inciso LIII do art. 5º da Carta Magna somente assegurou o processo e julgamento frente a autoridade competente, sem exigir deva o juízo ser preconstituído ao delito a ser julgado. Não viola o princípio do juiz natural a redistribuição de processos criminais a uma nova vara criada, mesmo após ter sido instaurada a ação penal, desde que a modificação de competência tenha se operado em obediência aos cânones constitucionais e legais, expressos, no caso presente, no artigo 110 da Constituição Federal, art. 46º da Lei nº 8.416/92 e provimentos do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região."

ocasião da criação dos Juizados Especiais Criminais. Por outro lado, é inegável que a designação da Justiça Federal para o julgamento se dá após a prática da infração penal. Contudo, essa possibilidade atende à necessidade de pré-estabelecimento das regras de competência, uma vez que é a própria Constituição Federal que prevê a possibilidade de deslocamento. Isso significa dizer que, embora o deslocamento da competência se dê após o fato, não se dá qualquer alteração nas regras de competência estabelecidas constitucionalmente.

O que a vedação de juízo *ex post facto*, se admitida, proíbe é o deslocamento da competência para julgamento de fatos anteriores à vigência da EC nº 45/04, bem como o deslocamento para Vara da Justiça Federal criada após o fato.

Em suma, estando o órgão da Justiça Federal pré-constituído ao fato em julgamento e estando pré-estabelecida a regra que atribui competência à Justiça Federal para julgamento de graves violações aos direitos humanos, nas hipóteses de deslocamento, não há que se falar em violação à vedação de juízo *ex post facto*.

4.4. Segurança jurídica

Embora abstratamente seja conhecida a possibilidade de julgamento pela Justiça Federal, no momento do crime, o réu não terá possibilidade de saber com absoluta certeza qual juiz proferirá a sentença ou qual tribunal julgará eventual recurso. Aqui se destaca a semelhança entre o novo instituto e o desaforamento do júri, em que a determinação do julgador também se dá em momento ulterior à prática do ilícito. Sobre o assunto, afirma Greco Filho (apud FERNANDES, 1999, p. 118):

“quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório de sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha. É certo que há situações de deslocamento da competência

como o caso do desaforamento, no procedimento do júri (CPP, art. 424), mas são especialíssimos e determinados pelo interesse público e da justiça, sem prejuízo para o julgamento justo”

Assim como ocorre com o desaforamento do júri, o deslocamento de competência tem caráter excepcional. A relativa incerteza jurídica introduzida pela norma pode ser justificada pelo interesse público de combate à impunidade e repressão desses delitos e mesmo, em alguns casos, pela garantia da imparcialidade do juízo. A rigor, não se estaria violando qualquer princípio constitucional, mas ponderando a aplicação desses princípios, a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade, como veremos mais adiante.

Importa, antes, discutirmos se a afetação da segurança jurídica se dá com a mera existência da norma que prevê a possibilidade de deslocamento da competência no ordenamento jurídico ou se, de outro modo, só ocorrerá nos casos em que efetivamente se der o deslocamento.

Temos necessariamente que discordar da afirmação de que a norma introduzida pela EC nº 45/04 impossibilita a determinação do juízo competente no momento da prática da infração penal. O juízo competente é o estadual e a norma não alterou isso, tampouco introduziu a facultatividade de juízos. Não se trata de definição aleatória do juiz competente. O que a norma prevê é a possibilidade de deslocamento ulterior do processo para outra Justiça, em razão de *circunstâncias supervenientes*. Além do mais, o deslocamento não se dará arbitrariamente e, sim, mediante o preenchimento de certos critérios que teremos oportunidade de sublinhar, não se podendo em hipótese alguma falar em “conveniência e oportunidade” do Procurador-Geral da República.

Por isso, inclinamo-nos a pensar que a mera introdução da norma no ordenamento não causa insegurança jurídica, uma vez que não consagra o arbítrio de instância

qualquer que seja. Por outro lado, reconhecemos que o efetivo deslocamento da competência tem o condão de frustrar as expectativas de julgamento pela Justiça Estadual, consistindo num inconveniente ao réu a simples alteração da instância processante e julgadora. Nesse sentido é que entendemos haver uma afetação do direito à certeza e previsibilidade quanto às circunstâncias relacionadas ao processo, decorrente do princípio constitucional da segurança (CF, art. 5º, *caput*), nas hipóteses em que haja efetivo deslocamento. Resta saber se tal afetação é ou não legítima.

5. Ponderação de princípios

Vimos, então, que o efetivo deslocamento da competência frustra as expectativas de processamento e/ou julgamento perante as instâncias estaduais, causando, assim, a afetação do direito à certeza e previsibilidade quanto às circunstâncias relacionadas ao processo, decorrente do princípio constitucional da segurança. Da mesma forma, vimos que o deslocamento da competência para a Justiça Federal pode, eventualmente, restringir, de alguma forma, a garantia da ampla defesa.

A questão é: tais restrições podem ser justificadas? Há razões, também constitucionais, que devam ser consideradas mais importantes do que a segurança jurídica, e, eventualmente, do que a ampla defesa, especificamente nas hipóteses previstas pelo § 5º, art. 109, da CF, e que desta forma justifiquem sua restrição?

Certamente, há princípios igualmente constitucionais e também revestidos da proteção de cláusulas pétreas, da mesma forma que a segurança jurídica e a ampla defesa, que justificam ou ao menos pretendem justificar o deslocamento de competência. É o caso do princípio da justiça, previsto no preâmbulo da Constituição Federal, em nome do qual há inegável interesse público na repressão aos crimes em geral e consequente vedação da impuni-

dade; do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), donde decorre o dever de repressão aos crimes que violem gravemente os direitos humanos, razão, inclusive, pela qual a própria Constituição Federal comanda a assinatura de tratados com o escopo de protegê-los (CF, art. 4º, II); do princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII); assim como do princípio do respeito às normas internacionais (CF, art. 5º, §§ 3º e 4º).

Há, portanto, razões constitucionais em favor do deslocamento de competência e razões igualmente constitucionais contra o deslocamento de competência. Saber quais delas devem prevalecer equivale à questão de saber qual é a solução para o conflito entre tais princípios.

Se entendermos que o princípio da segurança jurídica e o da ampla defesa devem ceder em face das outras normas constitucionais, também consagradas como cláusulas pétreas, em virtude das quais se procede ao deslocamento de competência, concluiremos que a restrição à segurança jurídica e a possível restrição à ampla defesa estão justificadas, inexistindo inconstitucionalidade. Se, por outro lado, entendermos que devem prevalecer a segurança jurídica e ampla defesa em detrimento dos demais princípios em jogo, isso significa que o deslocamento da competência constitui verdadeira violação daqueles dois princípios, pelo que não resta outra solução senão considerá-lo inconstitucional.

A solução de um conflito entre princípios pode ser encontrada a partir da ponderação, do chamado teste da proporcionalidade. Haverá que se analisar se a medida que restringe determinado princípio – no caso, o deslocamento de competência, que restringiria o princípio da segurança jurídica e da ampla defesa – é necessária e adequada à salvaguarda dos princípios em nome dos quais é imposta. Além disso, haverá que se analisar se a restrição que tal medida causa é proporcional aos valores que se pretende sejam protegidos, segundo

a máxima da ponderação, que se exprime da seguinte forma: “quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro” (ALEXY, 1993, p. 161).

Antes de procedermos ao balanceamento desses princípios, colocamos ainda a seguinte questão: a ponderação de princípios deve ser feita tendo em conta a norma em abstrato ou a aplicação da norma no caso concreto?

Como sabemos, a ponderação é uma forma de solução de conflitos no caso concreto e isso em razão da própria natureza dos princípios, normas que comandam a otimização de determinado valor, isto é, normas que determinam que dado valor seja realizado ao máximo, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas na sua realização (Cf. ALEXY, 1993, p. 86).

Não se trata, em princípio, da avaliação da (in)constitucionalidade de uma norma considerada abstratamente, e, sim, da avaliação de uma medida restritiva a um direito fundamental num caso concreto. Por vezes, sequer há uma lei envolvida na ponderação. Mas poderíamos cogitar de uma restrição imposta por uma lei. Nesse caso, não caberia averiguar a (in)constitucionalidade de dita lei em abstrato?

Como vimos, no caso em apreço, há uma diferença entre a restrição à ampla defesa e a restrição à segurança jurídica, pois, enquanto a primeira poderá ou não ocorrer, a depender das circunstâncias fáticas, havendo o deslocamento, a segunda certamente ocorrerá. Quanto à ampla defesa, como dissemos, portanto, não poderemos afirmar a inconstitucionalidade da norma que prevê o deslocamento de competência em abstrato, uma vez que poderá nem mesmo haver a restrição à ampla defesa; e, mesmo que tal restrição ocorra, ela poderá estar justificada pelas circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, quanto à segurança jurídica, sabemos que o deslocamento de competência

acarretará necessariamente uma restrição a tal princípio. Então, coloca-se a questão de saber se poderíamos desde logo julgar a (in)constitucionalidade da restrição à segurança jurídica, resolvendo o conflito de princípios em abstrato.

Essa pergunta está associada a uma outra: é possível ao legislador – ou, como no caso, ao poder reformador limitado por cláusulas péticas – ponderar os princípios abstratamente, estabelecendo uma solução para tal conflito por meio de uma lei – ou de uma emenda? Nos dois casos, trata-se de saber se é possível ponderar abstratamente, isto é, sem ter em conta a aplicação dos princípios a um caso concreto. No primeiro caso, a ponderação seria realizada pelo órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, o STF na esfera da Constituição Federal, e, no segundo caso, pelo próprio Congresso Nacional, que elabora as leis e emendas.

A bem da verdade, quando o legislador, por meio de uma lei, privilegia um ou mais princípios em detrimento de outros, tendo em vista determinadas hipóteses legais, nada mais faz do que uma ponderação entre tais princípios (Cf. PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 146). Como regra geral, poderíamos afirmar, inclusive, que tal ponderação realizada abstratamente dispensa a realização de uma ponderação por parte dos juizes. Tomemos o exemplo mais simples possível: o artigo 121 do Código Penal, ao estabelecer a pena de reclusão aos homicidas, privilegiou a vida e a segurança pública, em detrimento da liberdade. Do juiz que se deparar com um caso de homicídio não se espera que proceda à ponderação entre tais valores, a fim de saber se a restrição da liberdade do homicida é legítima. Tal ponderação já foi feita pelo legislador. E corretamente, tendo em vista que não se questiona a constitucionalidade do art. 121 do Código Penal.

Imaginemos, agora, a hipótese em que o legislador, ponderando dois princípios, estabeleceu determinada norma penal que

comina ao crime de dano reclusão de 6 a 20 anos. Ao Supremo Tribunal Federal seria admissível julgar tal norma inconstitucional por ter previsto punição desproporcional. Nesse caso, o legislador teria ponderado em abstrato a propriedade e a liberdade, assim como o Supremo Tribunal Federal, embora chegando a uma solução diversa quanto à proporcionalidade da medida de restrição da liberdade daquele que afeta a propriedade alheia. Tanto num caso como no outro, ressalte-se mais uma vez, trata-se da ponderação realizada abstratamente⁵.

Vemos, então, que a lei, mesmo que seja o produto de uma ponderação realizada pelo legislador, pode ela mesma ser objeto de um juízo de ponderação por parte do judiciário. Tal ponderação poderá ser realizada em abstrato, pelo STF (como no exemplo sobre a desproporcionalidade da pena cominada hipoteticamente ao crime de dano), ou em concreto, pelo juiz do caso. Resta, então, sabermos em que caso deve tal ponderação ser feita em abstrato e em que caso, em concreto.

Concordamos nesse ponto com Prieto Sanchís (2005, p. 149), para quem o fator determinante é o grau de concreção da norma veiculada pela lei. Nesse sentido, quanto maior a generalidade da norma questionada, mais difícil o controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, e mais provável a necessidade de ponderação em concreto pelo juiz singular. Por outro lado, quanto maior a densidade da norma questionada, maior é a possibilidade de controle abstrato e menor é a necessidade de ponderação pelo juiz no caso concreto. Nesse caso, essa menor necessidade de ponderação do juiz do caso concreto dá-se justamente porque o legislador já ponderou adiantadamente, prevendo que, em determinada circuns-

tância *x*, deve prevalecer o princípio *y*, em detrimento do princípio *z*. Isso, como se viu, diminui consideravelmente o espaço para a ponderação judicial, embora não a elimine totalmente.

Essa solução parece, inclusive, a melhor tendo em conta a perspectiva do princípio democrático, pois, havendo a possibilidade de aplicação constitucional da norma veiculada pela lei, não se poderia, de plano, retirar-lhe eficácia. Uma norma mais genérica, sem previsão específica das circunstâncias de sua aplicação, terá mais possibilidades de aplicação do que uma norma menos genérica, e, com isso, mais probabilidade de uma, ou mais de uma, entre tais possibilidades ser justificada, ou melhor dizendo, constitucional. Por outro lado, quanto mais densa for a norma e mais específicos os seus pressupostos de aplicação, maior a previsibilidade das hipóteses concretas de sua aplicação, de forma que mais facilmente se poderá antever a improbabilidade de uma aplicação constitucional da norma, justificando-se que seja de plano retirada do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, então, podemos voltar ao nosso problema. O Supremo Tribunal Federal pode, no julgamento das mencionadas ADINs, considerar o § 5º do art. 109 da CF, introduzido pela EC nº 45/04, inconstitucional por constituir-se em medida excessiva e injustificadamente restritiva ao direito fundamental à segurança jurídica dos acusados?

Se entendermos que o poder reformador procedeu a uma ponderação definitiva, estabelecendo especificamente os pressupostos de incidência do deslocamento de competência, de forma a possuir norma um grau relativamente alto de densidade -, e que, por consequência, ao STJ, instância competente para decidir sobre o IDC, não restaria espaço para realização da ponderação entre os princípios envolvidos no conflito -, seremos levados a concluir pela possibilidade de juízo de ponderação por parte do STF.

⁵ Sem embargo, não se pode excluir totalmente a possibilidade de ponderação por parte de um juiz no caso concreto mesmo nos casos em que o legislador - e eventualmente também o STF, ao julgar constitucional determinada lei - já realizou uma ponderação. Ver a respeito Prieto Sanchís (2005, p. 148).

Por outro lado, se entendermos que o § 5º do art. 109 da CF se apresenta como uma norma genérica, uma vez que não foram previstas de forma especificada as circunstâncias fáticas que determinam sua aplicação, seremos levados a concluir pela necessidade de ponderação do juiz do caso concreto e pela impossibilidade de ponderação por parte do STF, em razão da não especificação das circunstâncias em que será aplicada a norma e, consequentemente, deslocada a competência para a Justiça Federal.

Analisemos, então, o novo texto constitucional. O § 5º do art. 109 prescreve:

“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” (grifos nossos).

Do texto, depreendemos que o *incidente de deslocamento de competência* só se dará com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais. Daí resulta um primeiro requisito: a violação sobre a qual versa o processo deve estar arrolada entre as quais a União tem o dever de reprimir em decorrência da assinatura de algum tratado internacional. Esse é um requisito objetivo e expresso. Mas dele decorre um outro requisito: o deslocamento de competência, sendo, como é, uma medida excepcional, só poderá dar-se se o cumprimento de obrigação decorrente de tratado estiver ameaçado, se houver motivos que levem a crer que haverá a violação de alguma cláusula de tratado do qual o Brasil é signatário.

Cabe insistirmos na ideia de que a modificação da competência é notoriamente um instrumento subsidiário, pois, de outro

modo, teria o poder reformador atribuído diretamente à Justiça Federal a competência para julgar tais causas. Se não procedeu dessa forma foi porque preferiu reafirmar a competência do Estado federado, transferindo para o âmbito da União apenas os casos em que fosse necessária a cooperação, mesmo porque a Justiça Federal não teria condições de absorver todos os processos envolvendo direitos humanos.

Justamente por ser excepcional, restritivo de direitos, e por ter caráter subsidiário, em função do pacto federativo, só poderá ocorrer se for necessário para assegurar o cumprimento de uma obrigação internacional, isto é, se não houver outra medida menos gravosa que permita alcançar a mesma finalidade. Da mesma forma, o deslocamento haverá de ser uma medida adequada para assegurar o cumprimento da obrigação internacional ameaçada de descumprimento. Por exemplo, se a obrigação que estiver em jogo for a de punir determinada espécie de crime, será necessário averiguar, no caso concreto, se o deslocamento da competência é medida necessária e adequada para evitar a impunidade.

No entanto, não podemos afirmar, sem referência a um caso concreto, que o deslocamento de competência fere os requisitos da necessidade e da adequação e isso, simplesmente porque o § 5º do art. 109 não especificou as hipóteses de incidência do deslocamento. Não disse, por exemplo, que deverá haver o deslocamento quando houver fortes suspeitas de corrupção dos agentes policiais locais – caso em que o deslocamento de competência seria desnecessário, tendo em vista a possibilidade de “federalização da polícia”, podendo ser também inadequado se o inquérito for conduzido por autoridade policial, e não judicial, e os agentes policiais federais também estiverem sob suspeitas.

Ao prever que o Procurador-Geral da República poderá suscitar o incidente, a norma certamente não previu um poder

discricionário do chefe do Ministério Público. Trata-se, numa melhor interpretação, do fato de que não basta haver uma violação a direito humano sobre a qual verse algum tratado subscrito pelo Brasil, exigindo-se outros requisitos, que deverão ser averiguados no caso concreto.

Assim, além de violação a algum direito humano previsto como tal em norma internacional, para a modificação da competência, deve estar inequivocamente demonstrado que os órgãos de repressão do Estado-membro foram omissos ou atuaram com negligência, descaso, desinteresse, inércia, ausência de vontade política ou não tiveram condições pessoais ou materiais de apurar e punir os envolvidos na violação. Também tem de estar comprovada a possibilidade concreta de a situação ser resolvida no âmbito da União, sem o que não há utilidade em se proceder ao deslocamento.

O § 5º do art. 109 também prevê um outro requisito para o deslocamento da competência, qual seja, o processo deve versar sobre uma violação grave a direito humano. A finalidade da norma constitucional é clara – assegurar o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário – e permite que, sem muito esforço, identifiquemos os feitos relativos a direitos humanos, em princípio, sujeitos ao incidente. Serão justamente as causas que versarem sobre as condutas tipificadas pelo direito pátrio e que encontrem ressonância em tratados firmados pelo Brasil

“seja quanto ao bem jurídico objeto de tutela (integridade física, psíquica, dignidade humana etc.), seja quanto à natureza da violação (tortura, privação da liberdade, seqüestro para tráfico de pessoas etc.), seja, por último, quanto ao reconhecimento, no plano internacional, da lesão aos direitos humanos, tal como ali estabelecido” (OLIVEIRA, 2005, p. 202).

Portanto seria desnecessário elencar os tipos penais sujeitos ao deslocamento de

competência, até mesmo porque um rol em sede constitucional poderia restringir por demais a norma, afastando-a de sua finalidade. Sem contar que há sempre a possibilidade de o Brasil assinar novos tratados para repressão desses delitos.

Mas é interessante observar que, ao exigir uma violação *grave* como requisito, o poder reformador atentou exatamente para a exigência de proporcionalidade da medida restritiva, isto é, para a necessidade de o grau de não satisfação ou afetação de um princípio ser proporcional à importância de satisfação do outro. Assim, para se permitir o deslocamento de competência, restringindo-se a segurança jurídica e, quicá, a garantia da ampla defesa, é necessário que haja uma justificativa forte para isso, o que exige primeiramente uma violação, não a qualquer bem jurídico, mas uma violação a algum dos direitos humanos e que tal violação seja proporcionalmente grave à medida restritiva.

Sem embargo, os críticos da alteração constitucional argumentam justamente que a gravidade da violação é um critério muito elástico e impreciso. Com efeito, uma vez que não foram pré-fixadas as violações que fazem jus ao qualificativo de “*graves*”, não se sabe, de antemão, quais as hipóteses que permitirão o deslocamento da competência. Isso não significa que o deslocamento poderá se dar em qualquer caso. Mas, por outro lado, não podemos dizer, sem referência a um caso concreto, se o deslocamento está ou não justificado.

Se a norma que institui a possibilidade de deslocamento de competência não prevê as circunstâncias específicas em que se dará o deslocamento, isto é, não especifica em quais circunstâncias fáticas pode se falar num risco de descumprimento de obrigação assumida em tratado, nem especifica quais violações são consideradas graves o suficiente para deslocar a competência, como poderíamos, então, afirmar que tal norma fere os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade?

Muito pelo contrário, o que a norma faz é justamente comandar a ponderação nos casos concretos. O que o art. 109, § 5º, determina é que o Procurador-Geral da República, que deve suscitar o incidente, e o STJ, que deve julgá-lo, observem se o deslocamento da competência é uma medida necessária, adequada e proporcional em cada caso.

O simples fato de prever uma medida restritiva, mas sem especificar as hipóteses em que tal medida deverá ser tomada, não impinge à norma o vício de inconstitucionalidade. Seria, de plano, inconstitucional se verificássemos, de antemão, que toda e qualquer vez que fosse aplicada seria uma medida injustificada, seja porque desnecessária, seja porque inadequada, seja porque desproporcional. No entanto, uma vez que a norma é genérica, que não indica as circunstâncias concretas em que deverá haver deslocamento, e diante do fato de que haverá casos em que tal deslocamento estará justificado e outros em que não estará, só no caso concreto é que poderemos averiguar se a medida é excessivamente restritiva ou não.

A norma é valorosa, contudo, por ter indicado ao PGR e ao STJ os parâmetros que devem utilizar para verificarem se a medida é justificada ou não no caso concreto: a necessidade e adequação da medida para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em tratado internacional e a proporcionalidade da medida, a ser aferida a partir da gravidade da violação em questão.

Nessa linha de raciocínio baseou-se o Min. Arnaldo Esteves Lima, no julgamento do IDC nº 01, ao afirmar que “aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” e ao afastar o deslocamento da competência, ao argumento de que, no caso do homicídio

da missionária Dorothy Stang, não restava configurada a necessidade da medida restritiva⁶.

Ao contrário do que se pretende na ADIN nº 3.493, interposta pela ANAMAGES, o teste da proporcionalidade não deve, no caso, ser feito abstratamente, mas no caso concreto. Assim é que, analisando a situação de fato, deve-se perquirir se o deslocamento da competência para a Justiça Federal é atitude necessária – ou seja, insubstituível por outro meio menos gravoso –, adequada – apta e útil – para garantir o cumprimento das obrigações internacionais a respeito de direitos humanos e, ainda, se estabelece uma relação ponderada entre o interesse que se busca preservar e as eventuais restrições que poderá causar.

Enfim, embora não tenha especificado as hipóteses de deslocamento de competência, a norma estabelecida no art. 109, V-A e § 5º, da CF estabeleceu os requisitos e parâmetros para tal deslocamento. Podemos afirmar, portanto, que, apesar de constituir uma regra a excepcionar a competência da Justiça Estadual, não está sujeita ao arbítrio estatal ou de quem quer que seja.

Se é certo que a modificação da competência em momento posterior à prática do delito gera certa insegurança jurídica, não se pode dizer que tal ocorrerá de forma discricionária ou arbitrária e em prejuízo de um julgamento justo, mas, sim, em atendimento ao interesse público e à aplicação da Justiça.

⁶ Afirmou o Ministro Relator em seu voto: “Em suma, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração de tais fatos, visando punir os eventuais responsáveis, refletindo a intenção e o dever do Estado do Pará em dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade do deslocamento da competência originária para a Justiça Federal de forma subsidiária, sob pena, inclusive, no caso, de tumultuar o andamento do processo criminal e procrastinar a solução da lide, utilizando-se o instrumento criado pela norma constitucional (art. 109, § 5º) em desfavor da sua própria finalidade, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos.”

6. Conclusão

A título conclusivo, apresentamos as seguintes considerações:

a) O incidente de deslocamento de competência está respaldado por várias cláusulas pétreas constitucionais, tais como as de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 4º, II), respeito às normas internacionais (art. 5º, §§ 3º e 4º) e celeridade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII).

b) O § 5º do art. 109, CF, não viola o juiz natural, o contraditório, nem o pacto federativo.

c) O teste da proporcionalidade é mecanismo de solução de conflitos entre princípios no caso concreto, mas pode ser usado para averiguação da constitucionalidade em abstrato, desde que a norma não seja demasiado genérica.

d) O § 5º do art. 109, CF, não viola absolutamente a ampla defesa e a segurança jurídica, porque não foram especificadas as hipóteses de aplicação da norma. A ampla defesa poderá nem mesmo ser afetada – e, havendo afetação, a verificação de sua legitimidade será feita tendo em conta o caso concreto. Quanto à segurança jurídica, mesmo admitindo-se que sempre restará restringida com o deslocamento, não é possível decidir sobre a legitimidade de tal restrição sem considerar as circunstâncias fáticas, pois não há previsão específica das hipóteses de deslocamento de competência.

e) Sendo assim, o deslocamento de competência pode ou não estar justificado no caso concreto. O § 5º do art. 109, CF, fornece os parâmetros para a verificação da constitucionalidade da medida restritiva no caso concreto. Tais parâmetros são: a necessidade e a adequação do deslocamento para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em tratado internacional e a proporcionalidade da medida, a ser aferida a partir da gravidade da violação em questão.

Espera-se que o esforço doutrinário e legislativo produza bons resultados, traduzindo-se num importante passo rumo ao combate à violência e à impunidade. Para isso é importante que o instrumento não seja banalizado, sob pena de desprestígio dos órgãos de justiça estaduais e de comprometimento do trabalho da Justiça Federal pelo grande afluxo de processos, o que poderia acarretar ainda mais impunidade e morosidade na promoção da justiça.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Jus Navigandi*, a. 9, nº 687, 23 mai. 2005. Disponível na internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

ARTEIRO, Rodrigo. *O Incidente de Conversão de Competência e o Federalismo Cooperativo na Defesa do Direitos Humanos*. Disponível na internet: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 24 jun. 2005.

BONSAGLIA, Mario Luiz. A questão da proteção federal dos direitos humanos. *ANPR On line*. Disponível na internet: <<http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos/bonsaglia.html>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CORRÊA, Lanna Schmitz. Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 702, 7 jun. 2005. Disponível na internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6853>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. “Federalização dos crimes graves”: que é isso? *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível na internet: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=12427&kw=direitos+humanos>. Acesso em: 26 jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

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

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que*

temer? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13 - n° 150, p. 8-9, maio/2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 123-158.

SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino Castro e. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos*. Disponível na internet: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim53/simone.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2005.