

## VOTO

### O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Como relatado, trata-se de ações diretas de ~~inconstitucionalidade~~ propostas por associações de magistrados, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/05, na parte em que inseriu o inciso V-A e o § 5º no art. 109 da Constituição Federal, criando o incidente de deslocamento de competência nas hipóteses de grave violação de direitos humanos.

Antes de adentrar no mérito, cabe analisar questão preliminar acerca da legitimidade ativa das associações requerentes.

#### A) Da legitimidade ativa das requerentes

A aptidão da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para inaugurar o controle abstrato de normas foi, por diversas vezes, chancelada por esta Corte, dada a adequação da instituição ao previsto no art. 103, inciso IX, da Constituição Federal (*v. g.*, ADPF nº 144/DF, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 26/2/10; ADI nº 3.896/SE, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 8/8/2008; ADI nº 3.854/DF-MC, Relator o Ministro **Cesar Peluso**, DJe de 29/6/07).

De modo similar, resta satisfeito o requisito da pertinência temática por parte da AMB, uma vez que a essa compete a defesa das prerrogativas e interesses da magistratura em âmbito nacional.

Já em relação à Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), embora represente apenas fração da classe dos magistrados, no presente caso, **há a peculiaridade de que o dispositivo impugnado veicula forma de deslocamento de competência da Justiça estadual para a Justiça Federal, cuja aplicação interfere diretamente em órbita específica de interesse da magistratura estadual**.

Ademais, a Corte já teve a oportunidade de examinar o caso específico dessa associação em situação equivalente, ratificando sua legitimidade ativa para questionar normas que afetem os predicados da magistratura estadual. Confira-se:

**"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS - ANAMAGES. NORMAS DE INTERESSE DA MAGISTRATURA ESTADUAL. ART. 78, § 1º, INC. III, IV E V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 10/1996 DO ESTADO DO TOCANTINS. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE DE MAGISTRADOS. CRITÉRIOS DIFERENTES DAS PREVISTAS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL - LOMAN. CONTRARIEDADE AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – Anamages não tem legitimidade para propor ação direta de constitucionalidade contra norma de interesse de toda a magistratura. É legítima, todavia, para a propositura de ação direta contra norma de interesse da magistratura de determinado Estado-membro da Federação. Precedentes. 2. Os incisos III e IV do § 1º do art. 78 da Lei Complementar n. 10/1996 do Tocantins criaram critérios diversos dos previstos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 80, § 1º, inc. I, da Lei Complementar n. 35/1979) para desempate na lista de antiguidade da magistratura estadual (tempo de serviço público no Estado e tempo de serviço público geral). Inconstitucionalidade por contrariedade ao art. 93 da Constituição da República. Precedentes. 3. A adoção da idade como critério de desempate na ordem de antiguidade na magistratura (art. 78, § 1º, inc. V, da Lei Complementar estadual n. 10/1996) não apresenta plausibilidade jurídica necessária para o deferimento da medida cautelar. 4. Medida cautelar parcialmente deferida para suspender a eficácia dos incisos III e IV do § 1º do art. 78 da Lei Complementar n. 10/1996 do Estado do Tocantins" (ADI nº 4.462/TO-MC, Relatora a Ministra Cármén Lúcia , DJe de 16/11/11).**

No mesmo sentido: ADI nº 4.758, Rel. Min. Cármén Lúcia , DJe 6/3/2020; ADI nº 4.580, Rel. Min. Edson Fachin , DJe 9/9/2019; ADI nº 4.816, Rel. Min. Gilmar Mendes , DJe 15/8/2019.

Também se encontra satisfeita a exigência de pertinência entre o objeto da ação e as atividades institucionais da ANAMAGES, que representa os magistrados estaduais em âmbito nacional.

Assim sendo, **reconheço a legitimidade ativa de ambas as associações para a propositura das ações .**

## B) Do incidente de deslocamento de competência, do seu histórico e dos casos já apreciados

Senhores Ministros, no caso, estamos diante de análise de emenda constitucional.

O poder de reforma constitucional, outorgado pelo constituinte originário às casas do parlamento brasileiro, representa mecanismo de relevância no nosso contexto político. Por meio dele, permite-se ao legislador equacionar as tensões e as anacronias surgidas na comunidade e que, eventualmente, confrontem com as posições políticas e jurídicas adotadas na Constituição Federal.

A solução é particularmente dolorosa no caso brasileiro, diante da característica analítica da Lei Fundamental de 1988, situação essa que, por vezes, não permite uma maior adaptabilidade do texto aos novos reclamos sociais.

Por óbvio, tratando-se de poder instituído, reconhecem-se limites ao seu exercício. E embora seja possível aferição da constitucionalidade material de emenda constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, CF/88, essa análise não se faz possível de forma tão ampla e corriqueira como se estivéssemos diante de legislação ordinária. Ao contrário. Exige-se, na espécie, uma atuação cautelosa. Nesse sentido, é a esclarecedora lição do eminentíssimo Ministro **Gilmar Mendes**:

“Não se pode negar que a aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.”

Aí reside o grande desafio da Jurisdição Constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.

As questões que envolvem as cláusulas pétreas são objeto desse intenso debate doutrinário, a evidenciar sua marcante complexidade. Admiti-las, por certo, implica uma restrição significativa à atividade legislativa ordinária e mesmo ao Poder Constituinte Derivado. Mas tal

como estão postas em nosso sistema, estabelecem limites à reforma constitucional que não têm o condão de fixar uma restrição insuperável ao exercício da democracia parlamentar. As possibilidades da atividade legislativa ordinária ou reformadora, ainda que dentro dos limites constitucionais à revisão, são muito amplas. O que há, por certo, ao nos atermos às restrições impostas pelo constituinte originário à reforma constitucional, é um dever de consistência nas formulações que procuram justificar a compatibilidade de determinada alteração constitucional com as cláusulas de imutabilidade." (ADI nº 2.395/DF, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 23/5/08).

Nesses termos, esta Corte tem assentado que

"(...) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege (...)." (ADI nº 2.024/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJe de 22/6/07).

Como visto, por força da previsão expressa do art. 60, § 4º, CF/88, não resta vedado ao poder constituinte derivado toda e qualquer restrição às chamadas cláusulas pétreas, mas somente aquelas que **atinjam núcleo essencial desses limites materiais**; vedam-se as propostas de **emendas tendentes a abolir as cláusulas pétreas**.

Partindo-se, portanto, dessa premissa, passo à análise do art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/05, mais especificamente, da parte que trata da inserção do inciso V-A e o do § 5º no art. 109 da Constituição Federal, os quais instituíram o **incidente de deslocamento de competência nas hipóteses de grave violação de direitos humanos**. Vejamos o teor dos dispositivos questionados:

"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.”

O incidente de deslocamento de competência, ora em análise, pode ser qualificado como a medida processual pela qual um processo ou um procedimento investigativo em curso pode ser retirado do âmbito de competência dos órgãos judiciários estaduais ou da esfera de atribuições dos Estados-membros quando em testilha grave violação aos direitos humanos, “*com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte*”.

Sobre o instituto leciona José Afonso da Silva:

“As causas relativas a direitos humanos, em princípio, são de competência dos juízes estaduais; mas, no caso de grave violação desses direitos, o procurador-geral da República poderá suscitar perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, que terá, assim, competência para seu julgamento, nos termos do inciso V-A do art. 109, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004. A transferência de competência, para a Justiça Federal, para o julgamento da violação dos direitos humanos, que vinha sendo reclamada há muito tempo, tendo em vista a responsabilidade do Estado Brasileiro, em face de organismos internacionais de defesa de direitos humanos, foi, assim, acolhida em forma de deslocamento de competência no caso concreto” (**Comentário Contextual à Constituição** . São Paulo: Malheiros, 2010. p. 589)

Como se verifica, a fórmula escolhida pelo poder reformador para o transporte à Justiça Federal dos feitos em que haja violação grave aos direitos humanos foi o incidente de deslocamento, provocado pelo Procurador-Geral da República e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e não a previsão de uma competência geral e aberta.

Segundo explica o Ministro Alexandre de Moraes, em obra doutrinária, a criação do instituto veio “conceder maior efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente, em face do novo § 3º do art. 5º do texto constitucional” (**Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** . 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1486).

Com efeito, um dos objetivos da reforma constitucional foi, justamente, a proteção do Estado Brasileiro contra a penalização, em nível internacional, pelo descumprimento das normas de garantia dos direitos humanos, nos casos de ineficiência das instituições internas de persecução e punição das violações aos direitos humanos.

Em verdade, a criação do nominado incidente de deslocamento de competência foi fruto da sucessiva frustração institucional na apuração e na condenação dos autores de ilícitos penais que atentavam gravemente contra os direitos humanos.

Tal fato foi constatado, por exemplo, no caso da condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes e pela omissão na investigação e na condenação dos acusados, quando verificada a ofensa aos arts. 8º e 25 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), tendo em vista as garantias e a proteção judiciais asseguradas aos familiares da vítima pelo referido tratado.

A título elucidativo, trago breve relato sobre o **iter** do processo legislativo que culminou na criação do instituto, cuja validade se verifica na seara da interpretação autêntica do poder legiferante.

A trajetória da Emenda Constitucional nº 45/04 inaugura-se em 1992, quando apresentada ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92. No texto original da PEC, não constava a inserção do § 5º no art. 109 da Constituição Federal.

O início dos debates sobre a outorga de competência à Justiça Federal para o julgamento de crimes contra os direitos humanos surgiu posteriormente, com a apresentação pela Presidência da República da PEC nº 368/96, sob a justificativa de que

“as lesões aos Direitos Humanos ficaram sob a égide do aparelhamento policial e judicial dos Estados Federados que, em face de razões históricas, culturais, econômicas e sociais, têm marcado sua atuação significantemente distanciada dessa temática” (Diário da Câmara dos Deputados de 15 de junho de 1996, p. 17130).

A referida proposta decorreu da necessidade de se realizar uma das metas de curto prazo na luta contra a impunidade fixada pelo Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), marco do compromisso do Estado

brasileiro com a proteção e a promoção dos direitos humanos e resultado de estudos acerca dos principais obstáculos para a realização desses direitos no âmbito interno. Conforme determinado no PNDH, atribuía-se expressamente à Justiça Federal, acrescentando-se dois incisos ao art. 109 da Constituição, a competência para processar e julgar

“os crimes praticados em detrimenos de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos [e] as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse”.

Essa proposta foi posteriormente incorporada à PEC nº 96/92 e, consequentemente, ao debate parlamentar da futura “Reforma do Judiciário”. O parecer da eminente relatora legislativa, Deputada Zulaiê Cobra, destacou tal inclusão:

“Nesse ponto, merecem registro a PEC nº 368-A/96, apensada e as emendas nºs 24, do Deputado MAX ROSENMAN, e 43, do Deputado JOSÉ ANTÔNIO que conferem à justiça federal a competência para julgar os crimes contra os direitos humanos. Parecemos, contudo, que o deslocamento da competência para processar e julgar tais crimes será mais consentânea com a fluidez inerente ao conceito de direitos humanos. A sugestão vem da ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Ocorrerá o deslocamento de competência para a justiça federal nos casos em que o STJ, apreciando pedido do Ministério Público, entender que se trate de grave violação de direitos humanos, **por motivos como a violação reiterada desses direitos ou ainda a demora injustificada da prestação jurisdicional ou em face de obstáculos à investigação da Justiça estadual** ” (Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento – de 14 de dezembro de 1999, p. 846).

A fórmula adotada, na qual a transferência da competência para a Justiça Federal dependeria da instauração do incidente de deslocamento suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, consta desde a redação aprovada na primeira sessão de votação na Câmara dos Deputados, permanecendo inalterada até sua aprovação final pelo Senado Federal.

Incorporado o dispositivo à Constituição Federal, o STJ julgou, até o presente, 10 incidentes de deslocamento de competência e, em cinco casos, determinou a transferência da competência para a Justiça Federal.

Em 2005, o primeiro caso ( **IDC nº 1** ) que obteve grande repercussão na esfera nacional foi o homicídio da missionária americana Dorothy Stang no Estado do Pará. Na ocasião, a Corte Superior entendeu **ausentes os requisitos autorizativos do deslocamento de competência** de julgamento da ação penal para a Justiça Federal, especialmente pela falta de prova concreta de ineficiência ou inércia das autoridades policiais e judiciais locais na apuração do ilícito. Eis o respectivo arresto:

“CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA – IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão ‘direitos humanos’, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002" (IDC nº 1/PA, 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima , DJ de 10 /10/05).

Por sua vez, em 2010, na segunda oportunidade ( IDC nº 2 ), foi objeto do incidente o assassinato do advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e atentados, supostamente em decorrência de sua atuação contra grupos de extermínio. Nesse caso, **o STJ deferiu o pedido de deslocamento, entendendo estarem presentes três elementos apontados pela Corte como de necessária configuração para a adoção dessa medida excepcional** : (i) grave violação dos direitos humanos; (ii) risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais; e (iii) incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas na apuração do ilícito. Vide a ementa respectiva:

"INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA.  
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 DENUNCIANTES. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA.

1. A teor do § 5.º do art. 109 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

2. Fatos que motivaram o pedido de deslocamento deduzido pelo Procurador-Geral da República: o advogado e vereador pernambucano MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO foi assassinado em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé.

3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social.

4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (entre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como 'Pacto de San José da Costa Rica') é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. Além do homicídio de MANOEL MATTOS, outras três testemunhas da CPI da Câmara dos Deputados foram mortos, dentre eles LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO, ex-

pistoleiro, que decidiu denunciar e testemunhar contra os outros delinquentes. Também FLÁVIO MANOEL DA SILVA, testemunha da CPI da Pistolagem e do Narcotráfico da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, foi assassinado a tiros em Pedra de Fogo, Paraíba, quatro dias após ter prestado depoimento à Relatora Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrarias ou Extrajudiciais. E, mais recentemente, uma das testemunhas do caso Manoel Mattos, o Maximiano Rodrigues Alves, sofreu um atentado a bala no município de Itambé, Pernambuco, e escapou por pouco. Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juízes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais.

5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento uníssono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba.

6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se, portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais.

7. Pedido ministerial parcialmente acolhido para deferir o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba da ação penal n.º 022.2009.000.127-8, a ser distribuída para o Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal; bem como da investigação de fatos diretamente relacionados ao crime em tela. Outras medidas determinadas, nos termos do voto da Relatora" (IDC nº 2/DF, 3<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora a Ministra Laurita Vaz , DJe de 22/11/10).

Em 2013, no **IDC nº 3**, a PGR solicitou deslocamento para a Justiça Federal de nove investigações em Goiás, relativas a crimes supostamente praticados por membros de unidades militares de elite. Segundo o pedido, o governo de Goiás não só era omisso a respeito da situação, como atuava no sentido de legitimar a atuação policial violenta. O STJ **deslocou a competência** para a Justiça Federal de três dos nove casos citados no pedido inicial.

Na sequência, em 2014, o STJ **deferiu o pedido de federalização** da investigação sobre o homicídio de um promotor de Justiça de Pernambuco, vítima de grupos de extermínio atuantes no interior do estado, no chamado Triângulo da Pistoleira ( **IDC nº 5** ). A Corte especial entendeu evidenciada a incontornável dificuldade do Estado de Pernambuco de reprimir e apurar crime praticado com grave violação de direitos humanos, em descumprimento a obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

Já em 2018, no **IDC nº 14**, a PGR pediu a federalização da apuração dos fatos ocorridos na greve protagonizada pelos policiais militares do Estado do Espírito Santo em 2017. O STJ entendeu que não houve inércia das instâncias locais em julgar os supostos crimes militares nem havia risco de responsabilização internacional do Brasil e, por isso, **negou o deslocamento**.

No **IDC nº 10**, igualmente julgado em 2018, a Corte especial também **negou o deslocamento da competência** relacionada ao caso da Chacina do Cabula, operação policial conduzida em Salvador/BA que resultou na morte de 12 pessoas entre 15 e 28 anos. Considerou-se que não ocorreu deficiência de funcionamento tampouco comprometimento ideológico ou subjetivo do Judiciário estadual que dificultasse a análise isenta dos fatos.

Em 2020, o STJ julgou **improcedente** o incidente de deslocamento de competência ( **IDC nº 24** ) ajuizado pela PGR que buscava transferir para a esfera federal a investigação sobre os mandantes do assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes. A Corte entendeu que o caso não preenchia os requisitos necessários para a federalização, eis que não se verificou desídia ou desinteresse por parte das autoridades estaduais nas investigações para solucionar o crime.

Em 2021, no **IDC nº 21**, o STJ também julgou **improcedente** o pedido apresentado pela PGR em busca de deslocar para a Justiça Federal a competência para a condução de investigações e ações penais já ajuizadas contra autoridades policiais supostamente responsáveis pelas chacinas ocorridas na Favela Nova Brasília no Estado do Rio de Janeiro. Entendeu-se que não havia sido evidenciada a incapacidade, ineficácia, omissão ou mesmo inércia da Justiça estadual, no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento do caso.

Mais recentemente, em 2022, a Corte especial julgou **parcialmente procedente** o pedido da PGR, no **IDC nº 15**, para transferir à esfera federal

a continuidade de inquéritos policiais e para processar e julgar a ação penal relativa aos fatos denominados Caso do Lagosteiro, que envolve crimes contra a vida praticados por integrantes de grupos de extermínio no Ceará.

Nessa mesma ocasião, o STJ igualmente **decidiu federalizar** o caso dos homicídios ocorridos em maio e dezembro de 2006, na cidade de São Paulo, que ficou conhecido como Chacina do Parque Bristol, no contexto do Maio Sangrento, em represália à rebelião nos presídios paulistas ( **IDC nº 9** ).

Em ambos os casos a Corte especial entendeu que havia inércia dos agentes públicos estaduais na condução das investigações e possível risco de responsabilização internacional.

De mais a mais, é pertinente ressaltar que tramitam no STJ outros incidentes de deslocamento de competência ainda pendentes de julgamento.

Partindo, então, desse contexto, passo à análise do mérito da ação.

### C) A constitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência

Ambas as ações apresentam diversas afirmações vocacionadas ao reconhecimento da inconstitucionalidade da emenda constitucional, as quais podem ser agrupadas em dois eixos de impugnação.

O primeiro, fundado no art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, parte da premissa de que a criação da regra de deslocamento de competência ofenderia o **pacto federativo**, já que retiraria parcela de jurisdição conferida originalmente à Justiça estadual.

O segundo, sob o manto do inciso IV do mesmo artigo, reúne as manifestações defensoras da existência de violação dos **direitos e garantias do indivíduo**, sob a óptica da proteção das garantias conferidas aos acusados da prática de ilícito penal.

Nesse ponto, de início, é importante esclarecer que, embora a argumentação das autoras tenha sido apresentada sob a ótica das garantias processuais penais, as causas cujo processamento pode ser objeto de deslocamento da Justiça estadual para a Justiça Federal não são necessariamente as criminais, podendo ser, inclusive, ações e inquéritos civis, pois “grave violação dos direitos humanos” pode decorrer tanto de ilícito civil como penal. Nesse sentido, o texto constitucional mencionou,

genericamente, “em qualquer fase do inquérito ou processo”, não se restringindo apenas aos feitos criminais.

Adiantando o posicionamento que passo a expor, ressalto que **não verifico, no caso, quebra de cláusula pétrea pela emenda constitucional**, uma vez que a criação do instituto representa, no meu sentir, a adoção de mecanismo de equacionamento jurídico da problemática da ineficiência do aparato estatal de repressão às graves violações dos direitos humanos, tendo presente, especialmente, o papel da União como garante, em nível interno e externo, dos compromissos internacionais firmados pelo Estado Brasileiro na seara dos direitos humanos (art. 21, inciso I; art. 49, inciso I; e art. 84, inciso VIII, da CF/88).

Na defesa de Ubiratan Cazetta, em obra específica sobre o tema:

“(...) estruturou-se um instrumento que, respeitando a estrutura federal de nosso Estado, atribuiu a um tribunal superior, já responsável pela defesa e pela uniformização da ordem infraconstitucional, o papel de identificar os casos concretos em que haja efetiva necessidade da atuação do ente federal. Concebeu-se, então, um cuidadoso mecanismo que envolve manifestação fundamentada, em processo judicial, e que terá por resultado a redistribuição do feito a um juízo também previamente reconhecível, dotado do plexo de garantias institucionais típicas do Poder Judiciário e do Ministério Público.

(...) De outro lado, o instrumento escolhido preserva a estrutura federativa e resguarda uma noção ampla do *due process of law*, tanto no que diz com o juiz natural, quanto nos aspectos da ampla defesa e do devido processo legal. (...)

(...)

O IDC preserva os contornos do federalismo brasileiro, assegura o respeito aos princípios do juiz natural e do promotor natural e não ofende o devido processo legal, pois assegura ao réu ampla defesa, além de configurar um importante meio de pressão para manter alerta o aparato estatal. Em contrapartida, assegura o ente central mecanismos que lhes permitam atuar diretamente nos casos concretos de grave violação de direitos humanos, munindo-se de instrumento que lhe permitirá afastar a responsabilidade internacional que decorre do desrespeito aos atos internacionais ratificados.” ( **Direitos Humanos e Federalismo** : o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009. p. 92-93).

É nesse quadro que se insere a denominada “federalização dos crimes contra os direitos humanos”, de forma a ressaltar e destacar essa finalidade primordial da reforma constitucional que é criar um **instrumento apto a equacionar a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos.**

No meu sentir, o aspecto essencial a ser destacado acerca do instituto não é, como tem sido realçado por parte da teoria jurídica e pelo Superior Tribunal de Justiça, a suposta ineficiência ou a omissão das justiças estaduais na repressão às graves violações dos direitos humanos, mas, sim, o fato de **a responsabilidade internacional do Brasil, nos casos de violações dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, recair sobre a União, e não sobre os Estados-membros**. Em razão disso, a EC nº 45/04 concedeu-lhe também a responsabilidade nacional para investigar, processar e punir os casos de grave violação de direitos humanos em que haja risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

De acordo com os dados juntados aos autos pelo **amicus curiae** Terra dos Direitos, em 2006,

“[d]os sessenta e oito casos contra o Brasil pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), apenas dois apontam à responsabilidade direta da União em face da violação (um deles refere-se a trabalho escravo e outro à morte de indígena). Nos outros 97% dos casos a responsabilidade é de Estado membro” (fl. 1161).

Já faço a advertência de que, **de forma alguma, se quer aqui dizer que a Justiça Federal é mais eficiente que a Justiça estadual**. Pelo contrário, o meu voto, como se verá mais adiante, parte de uma premissa que deixa de lado tal afirmação, que é bastante comum quando se está analisando o instituto ora em debate e da qual não comungo. Até porque, como alertam Ingo Wolfgang Sarlet, Leonardo Furian e Tiago Fensterseifer, o exame desses dados estatísticos deve ser relativizado pela circunstância de que a Justiça estadual responde pela maioria esmagadora dos casos que envolvem violação de direitos humanos, o que poderia explicar a quantidade bem maior de casos sob responsabilidade dos Estados-membros.

Contudo, não há como negar que a responsabilidade pelas violações de direitos humanos, **no plano internacional, é única e exclusivamente da**

**União, como ente central da Federação brasileira**, dispondo de personalidade jurídica na ordem internacional. Compete, portanto, à União apresentar a defesa do Estado brasileiro perante as Cortes Internacionais, bem como adotar as medidas, no âmbito interno, necessárias ao cumprimento de eventuais condenações, inclusive as garantias de não reincidência. A Convenção Americana de Direitos Humanos contém, a propósito, normas explícitas a esse respeito em seu art. 28:

**“Artigo 28 - Cláusula federal**

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.”

Todavia, como salienta Flávia Piovesan,

“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” (Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** , v. 54, p. 5, Mai/2005).

Desse modo, as disposições ora impugnadas buscam justamente permitir que a União, além da responsabilidade internacional, passe a ter também a responsabilidade de agir internamente nos casos de grave violação de direitos humanos, em cumprimento ao disposto no art. 28 da mencionada Convenção. Assim, a EC nº 45/04 torna expresso o **interesse** da União na apuração e na repressão de delitos contra os direitos humanos, inclusive para prevenir condenações internacionais, já que eles podem levar à responsabilização direta do ente federal.

Nas palavras de Ubiratan Cazetta,

“[o] objetivo almejado, com o IDC, é criar um instrumento que permita uma ampliação qualitativa da proteção dos direitos humanos, conferindo-se meios ao ente central para realizar, diretamente, a resposta judicial a casos de grave violação dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Ao reconhecer a função de garante da concreção dos direitos humanos atribuída à União, matiza o instrumento a ideia de atribuir-lhe o papel de, diretamente, investigar e decidir lides que tenham como objeto situações concretas de desrespeito à dignidade humana.” (op. cit., p. 92-93).

A criação do Judiciário Federal remonta à Constituição de 1891 e é contemporânea da nossa Federação, tendo-se consagrado no art. 60, alínea “h”, daquele documento, que seria ela competente para julgar “*as questões de direito criminal ou civil internacional*”.

De longa data, portanto, como na atualidade, eram afetas à competência da Justiça Federal as matérias de índole internacional, não por sua maior ou menor relevância institucional, mas em razão dos papéis de representante e de garante desempenhados pela União no que tange às obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro.

Sendo o Judiciário Federal instituído e permeado pelo julgamento das causas de interesse do ente central, nada mais consentâneo que esse mesmo Judiciário julgue as causas que possam implicar na sua responsabilização. Afinal, é a União quem apresenta, perante as cortes internacionais, a defesa do Estado brasileiro, incumbindo a ela, também, tomar as providências necessárias ao cumprimento de eventuais condenações ou recomendações advindas de deliberações internacionais. É evidente, portanto, o interesse jurídico da União nessas hipóteses.

Eugenio Pacelli de Oliveira ressalta que se trata de mais uma hipótese de competência originária federal em razão da matéria, assim como ocorre em relação aos tratados e convenções internacionais. Conforme destaca:

“A nosso aviso, quando se tratar de grave violação a direitos humanos, e quando se revelar necessária a intervenção de instituições federais para cumprir suas obrigações formadas com Estados e organizações internacionais, a competência será, originariamente, da Justiça Federal. É dizer: será da Justiça Federal em razão da matéria,

do mesmo modo que ocorre em relação aos tratados e convenções internacionais (...)" ( **Curso de Processo Penal** . 13. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. p. 269-270).

De igual modo, salienta Mario Bonsaglia:

"Na verdade, o Incidente de Deslocamento de Competência, em última análise, pode ser visto como mero instrumento processual instituído pela E.C. nº 45 para fazer valer, de modo mais efetivo, no que tange às violações dos direitos humanos, o que já estava disposto no inc. IV do art. 109 da mesma Constituição, que dispõe ser da competência dos juízes federais o processo e julgamento das 'infrações penais praticadas em detrimento de [...] interesses da União'." (BONSAGLIA, Mario Luiz. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos** ).

Examinando a matéria por essa perspectiva, a emenda constitucional poderia ter atribuído à Justiça Federal, de plano, a competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos, como constava na Proposta de Emenda Constitucional nº 368/96, mas o poder constituinte reformador preferiu estabelecer apenas a possibilidade de deslocamento da competência como modo de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Trata-se, portanto, de instrumento subsidiário que reafirmou como regra geral a competência da Justiça estadual. Inclusive essa é a interpretação que mais respeita as instâncias locais. Preserva-se, com isso, o tratamento igualitário das instituições envolvidas.

Partindo desses esclarecimentos, sigamos, então, de forma pormenorizada.

#### **D) Da ausência de ofensa ao pacto federativo: a não intangibilidade da distribuição de competência jurisdicional e o caráter de unidade do Poder Judiciário**

Não paira dúvida de que a criação do incidente de deslocamento de competência foi uma medida de rearranjo da distribuição da competência processual em nível constitucional, a qual influiu nas órbitas de exercício da

Justiça comum estadual e da federal, possibilitando o deslocamento do inquérito ou do processo do âmago da Justiça estadual para a Justiça Federal, quando presentes os requisitos constitucionais.

Frise-se, de início, que a mera modificação das regras de competência jurisdicional não enseja ofensa ao pacto federativo ou a qualquer cláusula de autonomia dos órgãos judiciários locais. Isso porque o Poder Judiciário, na esfera de desempenho de sua função precípua, é pautado pelo caráter da unidade, a despeito da diversidade de sua organização administrativa.

São provas sobrejas desse formato unitário, entre outras, a iniciativa do Supremo Tribunal Federal para a proposição legislativa de um estatuto único para toda a magistratura, hoje consubstanciado na LOMAN, tanto quanto a competência da Suprema Corte para julgar as causas de interesse de toda a classe; o sistema recursal hierarquizado, em que os órgãos judicantes superiores podem revisar as decisões dos órgãos inferiores; a possibilidade do juízo de constitucionalidade de lei federal feito pelo magistrado estadual, e vice-versa; ou a existência de um órgão central de coordenação administrativa de todo o Poder Judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça.

Acerca deste último, vale reprimir o trecho do voto do eminente Ministro **Cesar Peluso**, proferido na ADI nº 3.367/DF, em que se questionava a constitucionalidade de criação do CNJ pela EC nº 45/04. Na ocasião, o Ministro **Cesar Peluso** fez considerações muito pertinentes sobre o caráter unitário e indivisível do Judiciário, na qualidade de parcela de expressão do poder estatal soberano, bem como sobre a atenuação da incidência do princípio federativo no seu caso específico, **in verbis**:

“O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, ‘*Judiciários estaduais*’ ao lado de um ‘*Judiciário federal*’.

A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, *em Justiças*, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competência pela malha de órgãos especializados, que, não obstante

portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em *Justiça Federal e Estadual*, tal como se fala em *Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral*, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos.

(...)

Nesse diagrama constitucional, nunca se ouviu sustentar que as particularidades concretas da organização da estrutura judiciária violassem o pacto federativo. E não se ouviu, porque perceptível sua natureza nacional e unitária, embora decomposta e ramificada, por exigências de racionalização, em múltiplos órgãos dotados de sedes e de âmbitos distintos de competência” (ADI nº 3.367/DF, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 17/03/06).

Sob o prisma do Estado Federal, a retirada de parcela da competência jurisdicional dos órgãos judiciários mantidos pelos Estados-membros não enseja ofensa ao art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, justamente em razão desse caráter único e nacional do Poder Judiciário.

Ressalte-se que a competência da “justiça estadual”, na feição dada pelo constituinte originário, é residual, ou seja, enquanto os demais órgãos judicantes tem a competência enumerada (expressa), os Tribunais de Justiça e os Juízes de direito são responsáveis pelas causas não afetas aos outros ramos do Poder Judiciário. Nesse passo, a atribuição à Justiça Federal da tarefa de julgar os processos ligados a graves violações a direitos humanos, por meio do incidente de deslocamento, simplesmente retira parcela de jurisdição antes englobada residualmente ao corpo de competências da magistratura estadual.

Tampouco se diga que a aplicação do incidente seria restrita ao âmbito processual penal ou vedada sua utilização em momento anterior à propositura da ação penal, quando ainda em curso investigação ou inquérito policial.

Sabe-se que a problemática da atribuição investigativa, ou seja, a definição da organização policial responsável pela apuração do ilícito penal, já se encontrava resolvida na esfera infraconstitucional antes da edição da EC nº 45/04. A Lei federal nº 10.446/02 previu a possibilidade de o Departamento de Polícia Federal realizar investigação de crimes relativos à violação de direitos humanos, sem prejuízo da atuação das Polícias Militares e Civis dos Estados. **Vide**:

“Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

(...)

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte.”

Ademais, é de se ressaltar que a própria Constituição Federal, em sua redação originária, admite, expressamente, a hipótese de intervenção da União nos Estados-membros e no Distrito Federal para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana” (art. 34, inciso VII, alínea “b”, CF/88). Vê-se, portanto, que o incidente de deslocamento de competência consiste em procedimento bem menos agressivo que o instrumento da intervenção federal, marcado pela característica da expressa excepcionalidade, como já asseverado por esta Corte na Intervenção Federal nº 114/MT, nos termos da ementa seguinte:

“Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos ‘direitos da pessoa humana’, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de ‘condição mínima’, no Estado, ‘para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida’. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra ‘b’, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea ‘b’, da Constituição de 1988, quanto aos ‘direitos da pessoa humana’. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa ‘direitos da pessoa humana’, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está

procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida mas julgada improcedente." (IF nº 114/MT, Rel. Min. Néri da Silveira , DJ de 27/9/96).

Concluo, portanto, que a criação do incidente de deslocamento **não atenta** contra a preservação do pacto federativo.

#### **E) Da consonância do incidente com a cláusula do juiz natural e com os princípios da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal**

A cláusula do juiz natural se reveste de alta carga de significação histórica e jurídica, pois se traduz em fórmula de garantia contra o arbítrio estatal e assegura o exercício do poder jurisdicional de forma imparcial. Sua concepção moderna, " *tal como definido nos atuais sistemas jurídicos de matriz européia-continental, teve suas nuances matizadas ao longo da tumultuada empreitada legislativa levada a cabo pelos revolucionários franceses* " (BORGES, Clara Maria Romam . O incidente de deslocamento de competência e o princípio do juiz natural. **Raízes jurídicas** , v. 4, n. 1, p. 101/102, jan./jun. 2008), gerando inicialmente a quebra dos foros judiciais privilegiados deferidos aos nobres e a proibição de criação de tribunais extraordinários que os beneficiasse, submetendo " *todos os cidadãos franceses ao julgamento pelos mesmos juízes* " ( op. cit , p. 102).

Vê-se, por sua vez, que referida garantia, ainda que formalmente, já se encontrava na Carta de 1824, no seu art. 179, da forma seguinte:

"Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança

individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta."

A redação transportou-se no tempo para a Constituição Federal de 1988, sem muitas modificações textuais, passando a constar no inciso LIII do art. 5º, o qual, acompanhado pelo inciso XXXVII do mesmo artigo, forma o conjunto normativo constitucional que dá suporte ao princípio do juiz natural. **Vide**:

"Art. 5º (...)

(...)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;"

A leitura rasa da Lei Fundamental, contudo, leva a crer que a figura do juiz natural se exaure nas proibições aí contidas, quais sejam, a limitação de criação de órgãos julgadores extraordinários, destinados à apreciação de casos específicos ou ocorridos antes de sua institucionalização, e a determinação de que a atuação jurisdicional (e administrativa quando se tratar da função de julgar/decidir/processar) se apresente com a observância de regras de competência estabelecidas previamente.

Já tive a oportunidade de salientar em outros julgados que a cláusula da naturalidade do juízo não se encerra nessas premissas, podendo ter escopo maior do que o conferido literalmente pelo texto constitucional.

Nesse sentido, **Araújo Cintra**, **Grinover** e **Dinamarco** ampliam a dimensão normativa do princípio como se segue:

"(...) o princípio do juiz natural apresenta um duplo significado: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através do **bill of attainder**); no segundo impede a criação de tribunais **ad hoc** e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.

Mas as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo* . 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 52).

Cabe, portanto, verificar a consistência constitucional do dispositivo ora impugnado diante dos elementos acima elencados, concernentes ao conteúdo normativo-protetivo do princípio do juiz natural.

O primeiro elemento está relacionado à alegação de **inexistência de regularidade / legitimidade constitucional do órgão julgador** pelo fato de o órgão ter sua criação embasada em norma de hierarquia superior.

Nesse ponto, observa-se que resulta da própria função estruturante desempenhada pela Constituição Federal que o delineamento das funções e dos órgãos dos poderes instituídos, tal qual a estruturação dos órgãos do Poder Judiciário, em especial da Justiça Federal, se dê em sua sede, como previsto no art. 109 da Lei Fundamental.

A Justiça Federal, cujo plexo de competências jurisdicionais está definido na Carta de 1988 (art. 109), é, destarte, instância legitimada e regularmente estruturada em nível constitucional, daí porque a previsão do incidente de deslocamento de feitos para a sua esfera de atuação, sob esse aspecto, **não ofende** o postulado do juízo natural.

Com efeito, se é a própria Constituição que distribui a competência em razão da matéria e estabelece, expressamente, a competência da Justiça Federal, não há óbice de que emenda constitucional disponha sobre o deslocamento de competência em determinados casos.

**É evidente que o incidente de deslocamento de competência não poderia ter sido instituído por legislação infraconstitucional**. Justamente por isso foi estabelecido por emenda à Constituição. Portanto, pode-se afirmar que a garantia contida no art. 5º, inciso LIII, da Carta da República foi devidamente respeitada sob esse aspecto.

O segundo elemento do conteúdo-normativo do princípio do juiz natural diz respeito à instituição de juízo de exceção, na vertente, ora aplicada ao caso, da proibição de se estabelecer regra de competência (criação do juízo) posteriormente ao fato delituoso ou direcionada a fato específico.

Sobre o tema, vale reprimir aresto desta Corte em que se descreve o conceito de tribunal ou juízo de exceção:

“(...) O princípio da naturalidade do juízo - que reflete noção vinculada as matrizes político-ideológicas que informam a concepção do Estado Democrático de Direito - constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo. **O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado** - que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção -, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*. (...)” (AI nº 177.313/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello , DJ de 17/5/96, destacamos).

Na mesma direção, Rogério Lauria Tucci afirma que:

“Em suma, excluindo-se, necessariamente, em matéria penal, os órgãos jurisdicionais **ad hoc** e **ex post facto**, a garantia do juiz natural, na Justiça Criminal, presta-se duplamente, a saber:

- a) ao imputado confere a certeza da inadmissibilidade de processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido como competente à época da prática da infração penal; e,
- b) à jurisdição penal, a segurança de que os regramentos da unidade e do monopólio da administração da justiça, assim como o determinante da independência de seus agentes, não serão ameaçados pela constituição de tribunais ou órgãos excepcionais e submissos a outro poder do Estado” (**Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103).

De igual modo, a criação do incidente de deslocamento não agride o princípio do juiz natural sob esse aspecto, já que se trata de regra abstrata de competência, estabelecida previamente ao fato delituoso ao qual se pretende aplicar.

Cabe ressaltar que as investigações e os processos versados sobre delitos cometidos anteriormente à edição da EC nº 45/04 não podem ser objeto do incidente de deslocamento de competência, em razão da vedação da projeção retrospectiva dessa salvaguarda constitucional. Se houvesse tal possibilidade, aí, sim, se estaria diante de nítido juízo **ex post facto**. Diga-se, em complemento, que os casos já apreciados pelo STJ (IDC n. 1 e 2), nesse exato sentido, referiam-se a crimes praticados posteriormente à previsão do incidente (*v.g., Dorothy Stang – 12/02/2005 e Manoel Bezerra de Mattos Neto – 24/01/2009*).

Em verdade, como tem sido salientado pela teoria jurídica, o incidente de deslocamento de competência aproxima-se do desaforamento nos casos de competência do Tribunal do Júri.

Sobre o instituto do desaforamento, Fernando Capez afirma:

"[Há] o deslocamento de competência territorial do Júri, para a comarca mais próxima, sempre que houver interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou sobre a segurança do réu (CPP, art. 427), ou, quando, por comprovado excesso de serviço, após ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis), contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia (CPP, art. 428)" ( *Curso de Processo Penal* . 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 645).

Cabe ressaltar que a Corte, quando enfrentou o tema da constitucionalidade do desaforamento, confirmou sua compatibilidade com a Lei Fundamental e, ainda, com o princípio do juiz natural, nos termos da ementa seguinte:

"'HABEAS CORPUS'. JÚRI. JUIZ NATURAL. TRIBUNAL DE EXCEÇÃO. DESAFORAMENTO. REAFORAMENTO. 1. NÃO E DE SER CONHECIDO O 'HABEAS CORPUS', NO PONTO EM QUE SE IMPUGNA O DESAFORAMENTO DEFERIDO, PORQUE PRETENSAO IDÊNTICA JA FOI REPELIDA POR DUAS VEZES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. JUIZ NATURAL DE

PROCESSO POR CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA É O TRIBUNAL DO JÚRI. MAS O LOCAL DO JULGAMENTO PODE VARIAR, CONFORME AS NORMAS PROCESSUAIS, OU SEJA, CONFORME OCORRA ALGUMA DAS HIPÓTESES DE DESAFORAMENTO PREVISTAS NO ART.424 DO C.P. PENAL, QUE NÃO SÃO INCOMPATIVEIS COM A CONSTITUIÇÃO ANTERIOR NEM COM A ATUAL (DE 1988) E TAMBÉM NÃO ENSEJAM A FORMAÇÃO DE UM 'TRIBUNAL DE EXCEÇÃO'. 3. NÃO SE JUSTIFICA O RESTABELECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO FORO DE ORIGEM ('REAFORAMENTO'), SE PERMANECEM AS RAZOES QUE DITARAM O DESAFORAMENTO. 'H.C.' CONHECIDO, EM PARTE, E NESSA PARTE, INDEFERIDO" (HC Nº 67.851/GO, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 18/5/90).

Com efeito, o incidente de deslocamento de competência, nos casos de grave violação de direitos humanos, mais se adéqua ao grupo de causas de modificação de competência do que às regras primárias de competência.

Refletindo sobre as modalidades de competência, vê-se que algumas são de caráter primário, ou melhor, surgem como regras abstratas que condicionam o juízo natural de propositura da ação penal em um momento inicial. Assim são, em regra, as competências materiais, funcionais, territoriais, entre outras.

Contudo, o ordenamento jurídico processual não elimina a existência de causas de modificação / correção dessa competência inicial, em razão de elementos ulteriores (ou anteriores, se revelados posteriormente à propositura da ação), em função:

- i) da modificação da situação pessoal dos participantes do processo (assunção de cargo público que goza de prerrogativa de função, p. ex.);
- ii) da extinção de um órgão jurisdicional (v.g. extinção dos tribunais de alçada);
- iii) do comprometimento da imparcialidade dos órgãos jurisdicionais (exceções de suspeição e de impedimento; previsão da competência originária do STF para as causas em que mais da metade dos membros de Tribunal são impedidos – art. 102, I, n, CF/88);
- iv) da conexão e da continência;

v) (e, por que não) de razões de interesse público (desaforamento e incidente de deslocamento de competência).

Todas essas hipóteses abstratas têm sua previsão legal antecedente à sua aplicação, não havendo que se falar, por isso, em ofensa ao princípio do juiz natural. Nesse particular, salienta José Frederico Marques que

“[t]ambém não violam o princípio do juiz natural as modificações de competência, imediatamente aplicadas, contidas em leis e regularmente publicadas, visto que, naquele princípio não se encerra nenhuma regra de direito intertemporal” ( **Elementos de direito processual penal** . p. 216).

Desse modo, a intangibilidade das regras de competência não é parte da cláusula do juiz natural, sob pena de se inviabilizar o próprio exercício da jurisdição e se amesquinharp, inclusive, outras garantias, como a imparcialidade do juízo ou até sua integridade, como no caso do desaforamento ocorrido por motivo de risco à segurança do réu.

Não concordo, portanto, com a assertiva dos requerentes de que o incidente agrediria os princípios do juiz natural e da segurança jurídica, em razão da alteração de competência ocorrer **ex post facto** .

A fórmula estampada no texto questionado foi estabelecida de forma abstrata e prévia. O elemento variante é o suporte fático da regra, consistente na “grave violação de direitos humanos” e “[n] a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”.

Notadamente, a incerteza não pode figurar na definição jurídica das regras de competência, que devem ser previamente estabelecidas. Tal situação, porém, não se confunde com a incerteza do futuro acontecimento da causa de modificação de competência, a qual pertence ao mundo fenomênico e não ao jurídico. Havendo norma anterior que a defina, não há óbice à modificação da competência, bastando que o fato erigido pelo legislador como causa de modificação de competência efetivamente ocorra.

Nesse passo, verifica-se que a norma ora atacada atende à cláusula do juízo natural, já que se trata de regra de alteração de competência definida anteriormente aos fatos a que se aplicam.

Por fim, cumpre apreciar o incidente de deslocamento de competência sob o prisma da suposta discricionariedade constitucional outorgada ao Procurador-Geral da República. Aqui reside a maior crítica feita ao instituto por aqueles que defendem a constitucionalidade do incidente, na medida em que a concessão ao Procurador-Geral da República da atribuição de suscitar o incidente, ao seu exclusivo juízo, ofenderia o postulado do juiz natural, tanto quanto os princípios da segurança jurídica e da legalidade.

Da simples análise da semântica do texto constitucional, e tendo, por base empírica, o histórico de utilização do incidente de deslocamento, verifica-se que o caráter que se vem imprimindo ao instituto é o da excepcionalidade da medida.

Por óbvio que o controle objetivo de constitucionalidade não se pauta por questões fáticas e concretas, mas o que se vê da construção e da utilização dada ao instituto pela Procuradoria-Geral da República é a **abstenção de utilização desmedida dessa figura jurídica**, daí porque o juízo deve ser feito pelo prisma da máxima legitimidade institucional do agente incumbido da provocação do incidente. Sua importância para o Estado é indiscutível, já que, dentre outras atribuições, compete-lhe, sobremaneira, atuar junto ao Supremo Tribunal Federal, emitir pareceres e provocar, quando entender necessário, a jurisdição constitucional, bem assim, requerer a decretação de intervenção federal.

Feito esse corte interpretativo, percebe-se que o papel atribuído ao Procurador-Geral da República não é constitucional.

De fato, a EC nº 45/04, ao dispor sobre o incidente de deslocamento de competência, prevê que **poderá** o Procurador-Geral da República suscitar o incidente de deslocamento de competência. Todavia, embora conste do texto constitucional a expressão “poderá”, não vejo aqui uma faculdade ou um poder discricionário, infinito e desmedido conferido ao Procurador-Geral da República, como pretende a autora.

A realização de um **juízo subjetivo** pelo Procurador-Geral da República sobre a existência ou não de grave violação dos direitos humanos, ainda quando implique na valoração do termo “grave”, não se confunde com um **juízo de discricionariedade**, uma vez que ele não pode simplesmente escolher, por conveniência ou oportunidade, o caso que deseja submeter ao Superior Tribunal de Justiça.

Não se tem, no caso, poder absoluto conferido ao Procurador-Geral da República. O próprio dispositivo constitucional traz os requisitos a serem

preenchidos para que se torne possível o deslocamento: há que se tratar de caso que envolva grave violação de direitos humanos e presente a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Sendo assim, o deslocamento se dará quando preenchidos os critérios estabelecidos constitucionalmente, não se podendo falar, no caso, em discricionariedade ou conveniência e oportunidade. Verificado, no caso concreto, os requisitos impostos na Constituição, o Procurador-Geral da República, em consonância com sua missão constitucional, tem o **dever-poder** de suscitar o deslocamento.

Por outro lado, por se tratar de ato que se submete ao crivo do colegiado do Superior Tribunal de Justiça, cuja apreciação se pauta por critérios jurídicos e não políticos, não há que se falar em arbitrariedade na sua formulação.

Ressalte-se que a utilização pela lei de conceitos abertos e da intermediação subjetiva de uma autoridade pública para se dar aplicabilidade ao instituto tem por fundamento a **impossibilidade de o legislador elencar normativamente todas as situações concretas passíveis de ocorrência no mundo fenomênico e que causem grave violação dos direitos humanos**. Some-se a isso a imprevisibilidade, **in abstrato**, da necessidade de se assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Celso Antônio Bandeira de Mello pondera sobre os espaços normativos conferidos ao juízo subjetivo:

“Ora bem, toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de direito. O grau dessa objetividade é que varia.

A dizer, em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie.

Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação ao Direito” (**Curso de Direito Administrativo** . 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 885).

O insigne professor, ao mencionar o pensamento de Afonso Rodrigues Queró, registra que há

“(...) um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito” (*op. cit.*, p. 889).

Como visto no retrospecto histórico do processo legislativo, inicialmente houve a tentativa de **criação de uma forma de competência completamente abstrata para as causas de violação dos direitos humanos, conferindo essa competência diretamente à Justiça Federal**. Tal formulação, contudo, encontrou óbice na dificuldade de equacionamento jurídico da regra, que, se aplicada na inteireza, provocaria o esvaziamento da jurisdição desempenhada pelas cortes e juízos estaduais.

Nesses termos, a intermediação do Procurador-Geral da República foi eleita como mecanismo de equilíbrio e ponderação, a fim de evitar que todo e qualquer caso de violação de direitos humanos fosse deslocado para a Justiça Federal. Em contraponto, conferiu-se ao Estado um mecanismo de solução particular para os casos em que essa violação fosse considerada “grave” e pudesse culminar na responsabilização da União internacionalmente em nome da República Brasileira.

Para além da alegação de violação do princípio do juiz natural, tem-se afirmado que o incidente de deslocamento de competência violaria o princípio da legalidade, ou mais especificamente, o da reserva legal (tipificação). Sendo tal princípio estatuído como garantia em favor do réu, afirma-se que não se poderia admitir causa de modificação de competência fundada em ato discricionário do Procurador-Geral da República ou estabelecida com base em expressões vagas e imprecisas como “grave violação a direitos humanos”, o que ofenderia, também, o postulado da segurança jurídica.

Não há dúvida de que se deve exigir, **tanto quanto possível**, que os textos normativos sejam claros e inequívocos quanto à definição da autoridade judiciária competente para o julgamento dos delitos criminais.

Todavia, como visto, a utilização intencional do termo “grave” pelo legislador constitucional buscou evitar o deslocamento à Justiça Federal de

todos os casos que envolvessem violação de direitos humanos. Embora se trate de conceito **semanticamente** indeterminado, essa previsão, por si só, não atenta contra o princípio da legalidade ou da segurança jurídica, porquanto a utilização do requisito da gravidade, ou da intensidade e repercussão do ato na conjuntura social, são comumente utilizados para tipificar ou justificar a adoção de medidas no âmbito penal, processual penal e até institucional, **vide**, por exemplo:

- i) as elementares dos delitos de constrangimento ilegal, de roubo, de atentado contra a liberdade do trabalho, de estupro, entre outros, quando mencionam o requisito de grave ameaça à pessoa (arts. 146, 157, 197 e 213 do CP);
- ii) a noção de crime hediondo, estabelecido na Lei nº 8.072/90;
- iii) a noção de ameaça à ordem pública como causa justificante da prisão preventiva e do desaforamento (arts. 312 e 427 do CPP);
- iv) as causas de decretação de intervenção federal (grave comprometimento da ordem pública), do estado de defesa (grave e iminente instabilidade institucional) e do estado de sítio (comoção grave de repercussão nacional).

Ressalte-se, ademais, que esses conceitos abertos se fazem presentes, de igual modo, no caso de desaforamento, tendo como justificadoras situações como “interesse da ordem pública” e “segurança pessoal do réu”, a exigir a interpretação e a ponderação de fatos e situações para, só então, se decidir pelo desaforamento.

Quanto ao uso da terminologia “direitos humanos”, vê-se que o poder reformador foi preciso e quis dar enfoque ao aspecto transnacional dos direitos da pessoa humana.

Não se olvida que os direitos humanos carecem de uma maior substancialização conceitual, já que pautados pela marca da historicidade e pela constante agregação de direitos e valores à figura do ser humano e da vida com dignidade.

Constata-se, porém, que a Constituição usou com propriedade o termo, diferenciando-o topicamente dos direitos fundamentais protegidos na órbita interna, já que manejado para qualificar os direitos da pessoa humana numa conjuntura internacional, como se pode observar nos seguintes preceitos:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;”

“Art. 5º(...)

(...)

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

#### **ADCT**

“Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

Dessa forma, a expressão grave violação dos direitos humanos, que faz parte do núcleo semântico do instituto do deslocamento, ora em análise, pode ser compreendida como **todo atentado de grande monta aos direitos humanos previstos em instrumentos normativos internacionais de proteção a cuja aplicabilidade o Brasil tenha formalmente aderido**. A título de exemplo, é possível citar como graves violações dos direitos humanos as práticas de tortura, genocídio, exploração de trabalho escravo, prostituição infantil, violência contra mulheres, indígenas e minorias em geral.

Nesse sentido, o conceito em questão, embora não remeta a um rol taxativo e restritivo, é plenamente identificável, na medida em que o rol de direitos deve ser definido com fundamento nas normas consuetudinárias internacionais ou nos tratados e instrumentos normativos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Na linha defendida por Valério Mazzuoli:

“Direitos humanos – são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar de Direito Internacional Público. Dizer que os ‘direitos fundamentais’ são mais facilmente visualizáveis do que os ‘direitos humanos’, pelo fato de estarem positivados no ordenamento jurídico interno (Constituição) de determinado Estado é afirmação falsa. Basta compulsar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) para se poder visualizar nitidamente quantos e quais são os direitos protegidos” (**Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed., 2010. p. 804).

Tampouco há no caso, como afirmam as requerentes, a necessidade de normal legal regulamentadora do instituto. É legítima e imperiosa a sua aplicabilidade imediata, atribuindo-se ao Procurador-Geral da República a incumbência de verificar a ocorrência de grave violação dos direitos humanos (previstos em instrumentos normativos internacionais), sem o intermédio de uma legislação de regência, uma vez que o dispositivo possui todos os elementos qualificadores necessários à sua incidência, tão logo vigente.

Em verdade, por se tratar de normas concernentes aos direitos humanos, sequer se pode esperar a definição legal de quais são os crimes que causam “grave violação de direitos humanos”, como requerem os autores. Como destaca a douta Procuradoria-Geral da República:

“Com efeito, a amplitude semântica dessa expressão [grave violação de direitos humanos] decorre da própria natureza das normas constitucionais, que são abertas e polissêmicas. E são assim com um propósito: permitir que a interpretação, seja do legislador ou do juiz, possa definir-lhes o conteúdo em face dos fatos sociais, que são mutantes por natureza.

Nesse sentido, a tentativa de especificar os crimes contra os direitos humanos poderia ser desastrosa para a própria eficácia jurídica e social dessas normas, tendo em vista a impossibilidade natural de se estabelecer uma enumeração exaustiva. (...).

Portanto, qualquer tentativa de regulamentação poderia frustar os objetivos visados pela Reforma do Judiciário. A abertura semântica da norma constitucional permitirá uma interpretação evolutiva adequada à ideia de direitos humanos como categoria histórica, ainda em construção. Definir o que seja, hoje, grave violação de direitos humanos, impedirá que se diga, amanhã, o que o seja.” (fl. 1141).

O importante, para tanto, é que esses elementos sejam submetidos ao crivo de autoridades constitucionalmente constituídas e competentes.

Se tal norma veio com o intuito de dar aplicabilidade aos direitos da pessoa humana, nada mais consentâneo com a sua natureza do que a sua aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º, da Lei Maior.

Outrossim, os tratados recepcionados com status de norma constitucional (art. 5º, § 3º, CF) não podem ter sua incidência obstada, por obra de sua força normativa ínsita. Os outros tratados de direitos humanos

também possuem força cogente, cabendo, inclusive, ao STJ conferir e resguardar a sua aplicabilidade, como partes do ordenamento jurídico federal instaladas logo abaixo da Constituição da República.

Portanto, a conjugação feita pelo legislador constitucional do elemento de gravidade com a expressão “direitos humanos” não ofende os princípios da legalidade e da segurança jurídica, já que estabelecida em conformidade com o núcleo de proteção desses postulados.

Quanto à observância das demais cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não é essa olvidada no incidente, na medida em que os investigados ou acusados participam do processamento do incidente, oferecendo suas razões. A decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça é, assim, antecedida por um procedimento realizado em contraditório. Além disso, gozam as partes de todas as prerrogativas processuais definidas nas normas constitucionais e processuais, independentemente de tramitar o processo na Justiça estadual ou na Federal.

Ademais, a previsão do deslocamento não agride a competência do Tribunal do Juri, já que, na Justiça Federal, também se observa a reserva de jurisdição da Corte popular. Desse modo, nos casos de crimes dolosos contra a vida, instalar-se-á o procedimento do Júri Federal, como previsto art. 4º do Decreto-Lei nº 253, de 28 de fevereiro de 1967.

Sem dúvida, o incidente de deslocamento constitui medida excepcional e subsidiária. De acordo com a sistemática desenhada na Constituição Federal, havendo “grave violação aos direitos humanos” e o risco de responsabilização internacional da União, em nome da República Federativa do Brasil, resta presente concretamente a situação ensejadora do deslocamento, devendo o feito, mediante o incidente de deslocamento de competência, ser remetido a juízo da Justiça Federal .

O Procurador-Geral da República será, então, a autoridade responsável por suscitar o incidente perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo esse o tribunal constitucionalmente competente para uniformizar a interpretação dos tratados e da legislação federal e para apreciar os conflitos de competência entre o Poder Judiciário estadual e o Federal.

Destaque-se que caberá ao Superior Tribunal de Justiça fazer o **juízo de admissibilidade do incidente**, com a verificação dos requisitos constitucionais de cabimento do pedido.

Nesse ponto, gostaria de destacar a minha discordância com a interpretação que tem levado a uma adoção demasiadamente restritiva do instituto.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os incidentes de deslocamento de competência levados a seu juízo, além dos dois requisitos prescritos pelo art. 109, § 5º, da Constituição – grave violação de direitos humanos e a finalidade de assegurar o cumprimento pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais -, tem exigido a presença de um terceiro requisito: **a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas**.

Com a devida vênia, ao contrário do que vem entendendo o STJ, no meu sentir, não se deve ter como pressuposto do IDC a suposta ineficiência ou a inação das autoridades estaduais.

Como já antes asseverado, o incidente não deve ser visto como uma solução para os problemas da Justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, como se, no âmbito federal, tais problemas não existissem.

No meu sentir, o texto constitucional é claro: o incidente tem a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações internacionais nos casos em que houver “grave violação de direitos humanos”.

A Constituição não especificou as hipóteses de incidência do deslocamento e não disse que somente deverá haver o deslocamento quando for constatada a incapacidade das instâncias e das autoridades locais de oferecer respostas efetivas.

Os pressupostos constitucionais, em verdade, são apenas dois: a grave violação de direitos humanos e a finalidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais. Ou seja, além da identificação da grave violação de direitos humanos, necessária será, ainda, a demonstração de que, no campo internacional, poderá o Brasil vir a ser responsabilizado pela ofensa. Exige-se, portanto, demonstração de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, **não necessariamente resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou condições reais do Estado-membro de, por suas instituições, proceder à devida persecução penal**.

Não há dúvida de que a lentidão e a ineficácia das investigações, ou, ainda, o prolongamento injustificado de ações penais são as causas mais frequentes de denúncias do Brasil nas cortes internacionais. É evidente que

o risco de descumprimento das obrigações internacionais restará configurado se for constatado que as autoridades locais não estão agindo com eficiência e celeridade na persecução penal. Nesses casos, estaremos mais facilmente diante da finalidade de assegurar o cumprimento pelo Brasil de obrigações decorrentes de tratados internacionais.

Contudo, nada impede que o risco de descumprimento seja fundamentado em outras hipóteses, pois o essencial é a demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, situação essa que pode resultar da inércia, da negligência, da falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, mas também de outras razões, tais como o fato de o Estado brasileiro já ter sido denunciado às Cortes Internacionais ou de estar em vias de sê-lo, ou, ainda, em virtude da extrema gravidade da violação de determinado direito humano, o que, por si só, pode configurar esse risco.

Dessa forma, a aferição do que pode configurar descumprimento pelo Brasil de obrigações assumidas no plano internacional deve ser feita caso a caso, podendo envolver diversos outros fatores que independem da correta, diligente e proba atuação das autoridades administrativas e judiciárias estaduais.

**A meu ver, o incidente pode, inclusive, ser manejado de forma preventiva, com vistas a evitar uma responsabilização futura do Estado brasileiro.**

Assim sendo, não se faz necessário aguardar a instalação de lides internacionais ou mesmo que haja descumprimento já configurado para que a União intervenha. O incidente de deslocamento de competência deve ser utilizado para evitar que o descumprimento da obrigação internacional ocorra, e não apenas depois de constatado o dano.

Mais uma vez, como adverte Ubiratan Cazetta:

"Será necessário esperar a efetivação concreta do abuso, com a negação de acesso judicial, a inércia do Estado e a desarrazoada duração do processo, para que se pretenda o deslocamento de competência? Ou, em atitude preventiva e cautelosa, identificada a possibilidade concreta de que se implemente tal quadro de fatores, poderá o interesse federal incidir, atraindo o feito?

Mesmo reconhecendo a dificuldade de identificar, em abstrato, quais seriam os sinais perceptíveis e controláveis de uma 'tragédia que se anuncia' (o descumprimento das obrigações internacionais), parece

mais consentâneo com a concretização dos direitos humanos uma atuação que se mostre preventiva ou, ao menos, que não exija uma situação de fratura exposta para promover o deslocamento de competência." (op. cit., p. 179-180).

E conclui o referido autor:

"A interpretação que se propõe envolve a compatibilização do caráter excepcional de que se deve dotar o IDC com a necessidade de evitar-se a consolidação da responsabilização, permitindo que o interesse federal atue desde o primeiro momento em que seja possível verificar a presença dos requisitos aludidos na jurisprudência internacional." (op. cit. p. 179)

Nesses termos, além de condizente com a finalidade constitucional, o incidente de deslocamento, como já salientado anteriormente, deixa de ter como fundamento uma suposta debilidade da Justiça estadual ou uma putativa superioridade da Justiça Federal, fincando-se na máxima proteção dos direitos humanos e na possibilidade de a União atuar, inclusive internamente, como garantidora do cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Dessa forma, para além dos casos de ineficiência do aparato estadual, o incidente se justifica por fatores outros que estejam pondo ou possam pôr em ameaça o cumprimento de normas internacionais.

Com essas considerações, visto que o art. 1º da Emenda à Constituição nº 45/04 **não afronta cláusulas pétreas** ao incluir o **inciso V-A e o § 5º no art. 109** da Constituição Federal, concluo pela **insubsistência dos pedidos formulados** pelas requerentes.

Ante o exposto, **julgo improcedentes** os pedidos formulados nas ações diretas de constitucionalidade.

É como voto.