

A TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A REFORMA DO JUDICIÁRIO

Por Luiz Edson Fachin¹

1. Introdução

A promulgação da emenda constitucional que promove alterações no âmbito do Poder Judiciário propicia examinar a questão dos direitos humanos na perspectiva da federalização do julgamento dos crimes contra os direitos humanos. Doravante, com a assim designada Reforma do Judiciário passa a ser atribuição de competência para a Justiça Federal encarregar-se de julgar os delitos que atentem contra direitos humanos.

O tema, por si só, é bastante profícuo no que respeita à sua própria importância e complexidade, entrelaçando questões como competência, definição de direitos humanos, tratados internacionais e o próprio princípio federativo.²

¹ Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Membro da Comissão ministerial vinculada à Secretaria da Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Doutor em "Direito das Relações Sociais" pela PUC/SP- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro da "International Society of Family Law", do IBDFAM, do IAB, do IAP e da APLJ – Academia Paranaense de Letras Jurídicas; autor de diversas obras e artigos.

² Artigo 1º da Constituição Federal. “A República **Federativa** do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)” Nesta singra, afirma José Afonso da Silva: “Quando se fala em federalismo em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa”. Prossegue o mesmo autor explanando que “a *federalização* consiste na *união* de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de *Estados Federados* (nome adotado pela Constituição,

A defesa do deslocamento tem amparo doutrinário, fático e legislativo. Para Schreiber e De Castro e Costa, “tal proposta encontra eco em diversas entidades da sociedade civil que se dedicam à defesa dos direitos humanos. Essas demandas se originam da percepção de que os mecanismos hoje existentes para apuração e punição de violações a direitos humanos no Brasil são ineficientes, e por isso merecem ser aprimorados.”³

Além disso, a alteração constitucional é reflexo da questão gerada pela própria experiência brasileira de desrespeito aos direitos humanos fundamentais. A simples menção a ocorrências brasileiras, como o caso do Presídio do Carandiru, em São Paulo, com 111 presos mortos, o massacre de “Eldorado dos Carajás”, resultando na morte de trabalhadores do “movimento dos sem-terra”, e ainda o caso do 42º Distrito Policial de São Paulo, com a morte de 18 presos asfixiados, basta para trazer o assunto à baila.

O atual artigo 109, inciso V, da Constituição Federal refere-se apenas ao julgamento pela Justiça Federal dos “crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

A emenda constitucional, no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para julgar crimes contra direitos humanos, partiu do Governo Federal, na Proposta de Emenda à Constituição n. 368-A, de 1996.

cap. III do tít. III), *Estados-membros* ou simplesmente *Estados*”.(grifo no original). In: SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99.

³ In: Federalização da Competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. Disponível na internet em: <http://www.teiajuridica.com/crimdirhum.htm>.

Assim sendo, assim ficou a redação do art. 109 em consonância com essa reformulação:

Art. 109.

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.

Este estudo, restrito aos seus singelos propósitos, almeja contribuir para a elucidação dos sentidos e das possibilidades dessa transformação.

2. Breve Advertência Metodológica

A definição, o conceito e a precisão da noção dos direitos humanos são temas que emergem com a federalização dos crimes atentatórios destes.

No contexto plural e multifuncional, acerca da teoria dos direitos humanos fundamentais, afirma José Afonso da Silva⁴ ser difícil imputar-lhes um conceito preciso e uno. De acordo com esse autor, atualmente, com o envolver da história, tal dificuldade mostra-se crescente, inclusive no que diz respeito a sua própria nomenclatura que não mais responde a um comando unitário; reportamo-nos a *direitos fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos do homem* entre outros.

⁴ SILVA, J. A. Op cit. p. 175.

A busca pela proteção efetiva da pessoa humana torna necessária a derrubada dos pressupostos formais frente a praxis libertadora. Nesse sentido, faz-se mister a aproximação teórica das categorias dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

Conseqüentemente, afasta-se de pronto o nominalismo, fixando a Dignidade da Pessoa Humana como pedra angular de todo sistema, sem operar distinções entre a apreensão interior e a seara externa. A proteção efetiva dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais, e dos também nominados Direitos da Personalidade, demanda uma tutela unitária desses direitos que tenha na dignidade da pessoa humana o seu centro de irradiação axiológica.

Neste influxo afirma a professora Maria Celina Bodin de Moraes:

À identificação taxativa e ao desmembramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988⁵.

Desnecessária, segundo a visão de Sylvia Helena Steiner Malheiros, a dicotomia entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Com apoio em Paulo Bonavides, declara ser uma discussão apenas de fins terminológicos. Outrossim, sustenta que:

a idéia da universalidade dos direitos humanos surgiu quando reconhecida expressamente na declaração francesa de 1789. Ao

⁵ MORAES, M. C. B. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *In*: BARRETO, Vicente. **A nova família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 174.

contrário da declaração americana, que ganhava em concretude dos direitos apontados e perdia em abrangência, a declaração francesa tinha por destinatário o ser humano. Era mais abstrata em seus princípios, porém mais abrangente.⁶

É a partir desta ordem de idéias que o presente artigo singra sua reflexão sobre os direitos humanos, aqui versados *quantum satis* em face à Reforma do Judiciário.

3. Panorama dos Direitos Humanos Fundamentais no Cenário Pátrio Contemporâneo

Nessa perspectiva de proteção e afirmação fática desses direitos é necessária a reformulação teórica de suas categorias basilares por meio das lentes da contemporaneidade.

Por todo, o professor Joaquim Herrera Flores⁷ assevera que no cenário contemporâneo os direitos humanos são um tema de alta complexidade, pois, sua natureza normativa está diretamente relacionada com a vida concreta das pessoas. Acrescenta o docente espanhol que não podemos prescindir de uma análise hodierna dos direitos humanos que parta de sua complexidade teórica e do compromisso humano que esses direitos carregam consigo.

Por essa via se compreende melhor a razão pela qual Norberto Bobbio⁸ nos coloca que o problema de fundo dos direitos humanos não é mais no que tange a sua justificação, mas sim, a sua proteção. Contudo, diz-se que ao lado desta concretização teórica torna-se

⁶ A universalidade dos direitos humanos. In: **Revista do IBCCRIM**, n. 10, p. 144.

⁷ FLORES, J. H. **El Vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón**. liberal Bilbao: Desclée, 2000. p. 19.

⁸ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

imprescindível uma verificação prática como uma forma de reafirmar o ideal de justiça que permeia as searas jurídicas.

Nesse diapasão corrobora José Joaquim Gomes Canotilho⁹ ao aduzir que os direitos fundamentais não devem responder à justiça em abstrato, mas sim, guiar-se dentro de uma teoria do direito *praxeologicamente orientada*.

É sob as lentes da dignidade da pessoa humana que a percepção presente dos direitos humanos fundamentais deve ser focada como escopo e baldrame necessários presentes no núcleo dos direitos materialmente fundamentais.¹⁰

Também nessa linha, para a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha¹¹ “a dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência um direito pré-estatal”. Assegura, dessa maneira, a dignidade da pessoa humana como um *superprincípio constitucional*.

Revela-se aí um aspecto relevante, qual seja, a recuperação do elemento político é, segundo um dos maiores teóricos sobre o tema Joaquim Herrera Flores¹², antes já citado, uma das tarefas mais importantes dentro da teoria crítica dos direitos humanos, advogando, deste modo, para a construção do que ele mesmo denomina de *teoria impura dos direitos humanos*.

Dúvida não há, no entanto, sobre a primazia do debate que se reclama tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais. Deve ser um

⁹ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1386.

¹⁰ Sobre o tema ver: SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 98.

¹¹ ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Palestra na XVII Conferência da OAB, Rio de Janeiro, 29/08 a 02/09 de 1999.

¹² FLORES, J. H. Ibid. p. 27-29.

imperativo do Estado o comprometimento com a dignidade da pessoa humana. Segundo o professor Ingo Sarlet¹³, estamos vivendo um mal-estar constitucional já que o Estado Democrático de Direito não saiu do papel para grande parte da população. Assim, esse mal-estar deve servir de impulso à transformação da atuação estatal que tem o “poder/dever” de cuidar da máxima efetividade da Constituição.

É justamente neste estro e sob esses alicerces que se erige a Reforma do Judiciário com vigência a partir de 31 de janeiro de 2005.

4. A Proteção Penal dos Direitos Humanos Fundamentais

A questão posta no viés normativo da Reforma faz também ecoar importantes reflexões e debates na perspectiva da tutela penal.

A concepção de um Direito Penal direcionado à tutela de bens jurídicos de natureza individual, resguardando basicamente o patrimônio e a integridade física, é hoje uma orientação felizmente superada. Na experiência comparativa, pode-se constatar a incidência da norma penal em âmbitos anteriormente desconhecidos, como é o caso do meio ambiente, do sistema financeiro, das relações de consumo, da ordem tributária, do sistema previdenciário entre outras searas.

A justificativa para a mudança dessa intervenção recebe suporte nos textos constitucionais modernos, *v.g.* a Constituição da Espanha de 1978, de Portugal de 1976 – entre outras – e, sobretudo na nova relação entre Estado e indivíduo, da qual se deduz que é função do Estado garantir não apenas uma convivência pacífica, mas também a realização pessoal de cada cidadão. Nessa ordem, cumpre ao Direito Penal tutelar valores diretamente relacionados à realização desse fim.

¹³ SARLET, I. W. *Ibid.*

A doutrina nacional¹⁴ não tem medido esforços para acompanhar a mudança do paradigma individual para o denominado coletivo ou supraindividual do bem jurídico. Essa reflexão também é verificada no tocante ao tema dos direitos humanos. Como afirmou Ana Messuti:

direito penal e direitos humanos. Se excluimos o substantivo, num caso singular e noutra plural, ficam frente à frente os dois adjetivos: penal e humanos. Penal de pena, humanos de homem, de seres humanos. Uma pena por um lado e os seres humanos por outro. Mas não há que esquecer que ambos adjetivos estão qualificando um substantivo: direito e direitos, respectivamente. Num sentido literal, o direito penal é o direito que aplica penas aos seres humanos e os direitos humanos são os direitos que têm os seres humanos, sobretudo, de não sofrerem penas.¹⁵

A legislação penal pátria é receptiva a resguardar os bens jurídicos individuais e coletivos numa dimensão que extrapola o alcance dos tipos contidos na Parte Especial do Código Penal de 1940. Cite-se, por exemplo, a Lei 9. 455/97 que define os crimes de tortura, bem como a Lei n. 9459/97 que define os crimes resultantes de preconceito, de raça ou de cor. Referente a sua aplicabilidade imediata, salvo questões atinentes à competência, supre-se - acima de tudo - uma demanda de natureza constitucional, acolhendo um dos princípios fundamentais da República, qual seja o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1, inciso III da CF) e de forma mediata se observa os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais (art. 5, par. 2º).

Destarte, a mirada dos direitos humanos fundamentais através das lentes do direito penal é apenas uma das possibilidades de tutela

¹⁴ Vide, por exemplo, o texto de PRADO, L. R. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁵ Direito Penal e Direitos Humanos. Os círculos hermenêuticos da pena. In: **Revista do IBCCRIM**, n. 28, p. 28.

efetiva destes que podemos vislumbrar. A alteração constitucional é louvável ao tornar federal o foro para os delitos contra os direitos humanos. Todavia, é necessário ter em mente que este é apenas um dos vários aspectos que tangem à prática protetiva dos direitos humanos fundamentais.

5. Os Benefícios da Emenda Constitucional

Situados os pressupostos teóricos, em especial os constitucionais e penais, que compreendem o debate pretendido, estendemo-nos à análise das conseqüências provocadas pela alteração em foco.

Naquilo que respeita diretamente à justificativa da proposta, o melhoramento desta mutação constitucional do art. 109 é direto e incontestável. Conforme muito bem afirmou a professora Flávia Piovesan:

(...) em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua violação. Vale dizer, é sob a pessoa da União que recairá a responsabilidade internacional decorrente da violação de dispositivos internacionais que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder.¹⁶

¹⁶ PIOVESAN, F. **Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização.** Disponível na internet: www.anpr.gov.br/boletim/boletim16/direitos.htm

Inserindo, assim, o inciso V-A e o respectivo §5º no artigo 109 da Constituição Federal, sanar-se-ia, ao menos, esta desfavorável realidade normativa. Por outro lado, cabe mencionar que, atualmente, sem a inserção de reformas no texto constitucional, “sob o prisma jurídico, que em razão do chamado pacto federativo (art. 60, parágrafo 4º, inciso I, CF), os órgãos federais (Polícia, Ministério Público e Judiciário), não têm competência para averiguar crimes graves que atentem contra os direitos da humanidade”.¹⁷

Anteriormente, o denominado Relatório Azul sobre as Garantias e Violações dos Direitos Humanos elaborado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, entre os anos de 1996 a 1999 fala por si só –e por isso merece reprodução e atenção-:

Em favor do governo federal – responsabilizado pelas violações frente à opinião pública internacional – existe o fato bruto da limitação constitucional de sua capacidade de intervenção na esfera estadual, onde ocorre a maioria das violações. Tanto o sistema prisional quanto às polícias militar e civil são administradas pelos governadores estaduais. No caso de violações, é a justiça estadual que deve apreciar o caso preliminarmente. No regime federativo, o governo federal apenas pode intervir quando forem claros os indícios de que não se está fazendo o suficiente na esfera estadual para responsabilizar os violadores, depois de esgotadas todas as iniciativas no âmbito local. Desnecessário dizer que esta é uma intervenção muito delicada e até o momento nenhum governo federal interveio em qualquer estado em razão de violações aos direitos humanos. (...).

Esta limitação não exime o governo federal por sua inação, uma vez que a Constituição, em seu artigo 34, permite que a União

¹⁷ CAMPOS JÚNIOR, N. **Proteção dos Direitos Humanos pela Justiça Federal.** Conveniência do Governo Federal. Disponível na internet: www.conamp.org.br/eventos/teses/tese022.htm

interfira nos Estados para assegurar os direitos da pessoa humana, caso exista um padrão sistemático de violações. Trata-se, contudo de uma possibilidade de interferência sobre o executivo estadual e não sobre o poder judiciário, pois tal intervenção violaria o princípio da independência dos poderes. **Sem uma lei específica criminalizando crimes contra os direitos humanos e atribuindo a possibilidade da União de processar e julgar tais casos, o governo federal fica a mercê dos judiciários estaduais, que freqüentemente deixam impunes aos violadores. (...)**

Daí a importância da aprovação, pela Câmara de Deputados, da proposta de emenda constitucional que permite o deslocamento de competência para a Justiça Federal, nos casos de violações aos direitos humanos. De acordo com o dispositivo em discussão, apenas no caso de "graves violações" o Procurador Geral da República poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Este incidente poderá ocorrer em qualquer fase do inquérito ou do processo e seu objetivo, expresso no dispositivo, é assegurar o cumprimento de obrigações internacionais, decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

A possibilidade desse deslocamento de competência não decorre de qualquer presunção de superioridade técnica ou ética das instâncias federais em relação às estaduais, mas do simples fato de que, **em determinadas circunstâncias, as autoridades federais se encontram em uma posição de maior isenção do que as estaduais.** Quando as violações são perpetradas por aqueles que teriam por obrigação investigá-las, ou quando envolvem altas autoridades que exercem grande influência sobre as instâncias estaduais de aplicação da lei, a impunidade tem, infelizmente, se tornado regra. Assegurar a possibilidade de que a apuração e responsabilização dos culpados sejam realizadas por autoridades que não tem qualquer tipo de envolvimento, funcional, hierárquico ou político, com o caso, certamente contribuirá para uma apuração mais eficiente dessas graves violações.

Não houve no projeto uma federalização automática da jurisdição e sim a **possibilidade do deslocamento de competência.** Trata-se de uma jurisdição subsidiária, que deve ser acionada apenas naquelas circunstâncias em que os Estados membros não se demonstrarem dispostos, ou não tiverem condições de

reprimir a prática de graves violações aos direitos humanos, dentro de seus territórios. Assim como hoje aceitamos jurisdições internacionais, quando as nacionais falham, por que não aceitar a jurisdição federal, quando a estadual se demonstrar insuficiente.

A possibilidade desse deslocamento de competência desencadeará ainda uma saudável pressão sobre as autoridades estaduais. Se o deslocamento fosse automático e para todos os casos, isto simplesmente desestimularia as autoridades estaduais. Afinal, não teriam mais nenhuma responsabilidade por punir aqueles que violassem os direitos humanos. **Pela formula adotada, a responsabilidade original permanece com os Estados membros. Estes apenas perderão a jurisdição sobre um caso concreto quando, de fato, não estiverem dispostos a apurá-lo.**

Esta salutar competição entre as instâncias estaduais e federal, quebrando com a nossa tradição de monopólio na responsabilização penal, certamente contribuirá para redução da impunidade dentro dos próprios Estados federados. Por outro lado, a criação desse incidente de deslocamento de competência, também aumenta a responsabilidade das autoridades federais, que não mais poderão ser isentas de culpa quando grassar a impunidade para aqueles que violam direitos humanos.

Para o Governo Federal esse é um instrumento indispensável em função das obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil. O maior beneficiário, no entanto, é o cidadão comum, já que a finalidade última desse novo instituto é coibir e reprimir as graves violações aos seus direitos mais essenciais.”¹⁸(grifo nosso)

Impende adicionar, ainda, segundo Schreiber e De Castro e Costa¹⁹, que o deslocamento de competência tem muitos aspectos positivos.

Em suma, tais enfoques privilegiados seriam: (i) não paira qualquer dúvida quanto à sua compatibilidade com a independência do Judiciário, uma vez que seria um órgão judicial – o Superior Tribunal de

¹⁸ Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. 1996 a 1999. Disponível na internet: www.conjunturacriminal.com.br/boletins/dh90.htm

¹⁹ Op. cit.

Justiça – que poderia determinar o citado deslocamento; (ii) guarda perfeito paralelismo com a regra do esgotamento dos recursos internos como condição para que a questão possa ser levada ao conhecimento da Corte Interamericana - pois ambos são mecanismos marcados pela subsidiariedade, em que o órgão que primeiro tem competência para apreciar o fato funciona mal, e somente em decorrência deste “mau funcionamento” abre-se a possibilidade de submeter-se a questão a outra instância; e (iii) tal incidente não é estranho ao direito brasileiro, pois é instituto bastante assemelhado ao desaforamento (deslocamento da competência do tribunal de júri, nos termos do art. 424 do Código de Processo Penal).

6. Problematizações

Em que pese os benefícios trazidos com a mudança constitucional, ainda existem algumas faltas e hiatos, ora de maiores ora de menor monta. Todavia, no que diz respeito à federalização dos crimes contra os direitos humanos a cognominada Reforma do Judiciário operou corretamente.

A alteração da competência para os crimes contra os direitos humanos vem justamente ao encontro das garantias do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, materialmente concebida²⁰, expostas no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

²⁰ Não são poucos os autores que refutam a idéia da dignidade da pessoa humana como valor palpável, recepcionado pelo ordenamento jurídico porque possui uma aplicabilidade concreta. Ao contrário, há a afirmação, por parte da doutrina de que a dignidade da pessoa humana é um conceito por demais abstrato. Recusando esta visão afastada de uma práxis transformadora, a filosofia do Direito traz, atualmente, um argumento definitivo para fundamentar o caráter concreto e auto-aplicável da dignidade da pessoa humana. Trata-se,

Todavia, erigem-se eventuais ponderações e problematizações acerca desta modificação específica que merecem ser analisadas não apenas pela sua relevância, mas também, pelo importante exercício dialético²¹ que representa.

6.1. A Inexistência de um Rol Típico Explícito

Alguns doutrinadores de nomeada afirmam que, em conjunto com as alterações no texto constitucional, deveria constar rol típico explícito dos crimes violadores dos direitos humanos julgados agora pela Justiça Federal. A crítica, neste sentido, não está dirigida exatamente à mudança de competência operada pela Reforma, mas sim, ao *modus operandi* desta.

Em consonância com as ponderações da professora Flávia Piovesan²², no texto constitucional deveria estar a inclusão específica da

pois, do paradigma, recentemente difundido, da vida concreta de cada sujeito. Nesta perspectiva, a vida deixa de ser o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e, que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna. Este paradigma impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida enquanto um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim sendo, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto físico e biológico. Nesta perspectiva, portanto, este novo paradigma filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana, soterrando as críticas quanto a sua feição abstrata e intangível. Ver: Maturana, H. & Varela, F. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

²¹ “A noção de dialética nas ciências humanas modernas foi introduzida por Kant e posteriormente difundida por Hegel e sobretudo Marx. Trata-se de um instrumento analítico, isto é, de uma linha de raciocínio, que desenvolve-se a partir do estabelecimento de um paradoxo. Paradoxo é uma situação contraditória, onde a busca de um determinado objetivo muda o próprio ambiente em que este se encontra, provocando efeitos colaterais que muitas vezes impedem o seu alcance. Desta forma, a dialética implica na idéia de um processo contínuo de realimentação entre as partes envolvidas e, portanto, de constante mutação.” In: Enciclopédia Digital, verbete Dialética.

²² Op. cit.

competência da Justiça Federal para o julgamento dos seguintes delitos: a) tortura; b) homicídio doloso qualificado perpetrado por agente funcional de quaisquer dos entes federados; c) aqueles praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; d) homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e) uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Não obstante, muitas vezes o intento de esgotar a matéria, disciplinando (sob a égide do princípio da estrita legalidade) de maneira exaustiva, como quer a ilustre professora, é capaz de ocasionar problemas. Enfim, é de ser admitido um certo nível de imprecisão nas disposições legais, como é o caso da simples menção a “direitos humanos”, mas sem a intenção de definir os crimes que atentassem diretamente a eles.²³

A maior exatidão e exaustividade nunca se pode conseguir sem incorrer em determinados custos – e disto é imprescindível estar-se ciente. Os custos são aqui denominados de risco de “infrainclusão” da lei penal (*underinclusiveness*) e de “sobreinclusão” (*overinclusiveness*). Assim sendo, sob os auspícios de extrema precisão o legislador corre o risco de deixar fora do âmbito de punição uma série de condutas que na realidade desejava sancionar e, por outro lado, pode também sancionar outra série de condutas que de forma alguma achava merecedoras da pena.

²³ Sobre o tema da taxatividade em matéria penal vide FERRERES COMELLA, V. **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia** (una perspectiva constitucional). Madrid: Civitas, 2002. p. 34 e segs.

6.2. A Questão do Princípio do Juiz Natural

A par das discussões acerca do modo e método dessa alteração constitucional, levantam-se também críticas de fundo. É neste ponto que se coloca a questão do juiz natural.

O princípio do juiz natural, ligado à racionalidade iluminista e à Revolução Francesa, é demonstração do princípio da isonomia e também da imparcialidade. Surge justamente com o intuito de extinguir os privilégios das justiças senhoriais, bem como de afastar a criação de tribunais de exceção, nominados *ad hoc* ou *post factum*.

A ofensa e desrespeito ao princípio do juiz natural, constitucionalmente garantido, constitui crítica material que, todavia, não merece subsistir. Este argumento tem concentrado algumas resistências doutrinárias no que diz respeito à federalização dos crimes contra os direitos humanos.

O princípio do juiz natural encontra-se alicerçado na Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 5º, por uma base dual:

“XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Desta feita, o princípio do juiz natural, conforme as lições do professor Luiz Alberto David Araújo, “pode ser resumido na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o

processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais ou juízos para casos determinados”.²⁴

Sustenta Pontes de Miranda que o princípio em tela é decorrência direta da regra da igualdade, pois, “a proibição dos tribunais de exceção representa, no direito contemporâneo, garantia constitucional: é direito ao juízo legal comum”²⁵. Assim sendo, viola a isonomia a submissão a determinado tribunal que não o aproveitado pela coletividade.

Por sua vez, Marinoni apregoa que pelo princípio do juiz natural “em toda a estrutura constitucional concebida, haverá um – e apenas um – órgão jurisdicional competente para examinar cada uma das causas existentes”. Portanto, segue o autor, “a lei prefixa a atribuição outorgada a cada um dos órgãos que exercem a jurisdição, esmiuçando a função que devam exercer”²⁶.

Nesta toada, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

o postulado do juiz natural, por expressar uma efetiva 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*.²⁷

De acordo com o reconhecido professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o princípio do juiz natural é um dos elementos axiológicos fundamentais do sistema processual penal brasileiro no que

²⁴ ARAÚJO, L.A.D. e NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2001. p. 130.

²⁵ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. p. 225.

²⁶ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual do Processo do Conhecimento**. São Paulo: RT, 2003. P. 49.

²⁷ STF, RTJ 160/1056.

tange à jurisdição. Assim sendo, de acordo com o ilustre Professor mencionado, assim se garante que “cada um seja julgado pelo “seu” juiz o qual encontra-se com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, uma lei vigente antes do crime (da conduta).”²⁸

Desse modo, explicitado o conteúdo do princípio evidencia-se que emerge essa questão a partir da mudança operada pela Reforma do Poder Judiciário. O sentido dessa Reforma é também aquele que vem justamente ao encontro dos direitos e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, elencados na Carta Magna, dentre os quais inclui-se o princípio do juiz natural.

A federalização dos crimes contra os direitos humanos é decorrência direta da supremacia da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos materialmente fundamentais uma vez que prevê sua maior proteção e efetivação.

Destarte, o deslocamento de competências possui como escopo e baldrames a concretização prática dos direitos humanos fundamentais e de sua defesa, conforme assevera a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam conhecidos pela Constituição ou pela lei.”

Conclusão

Realizada a travessia preambularmente proposta impende arrematar.

²⁸ COUTINHO, J. N. de M. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 30. UFPR: 1998, P. 163-198.

A Reforma do Judiciário, no tocante ao aumento da competência da Justiça Federal incluindo também os crimes relativos aos direitos humanos, abrolha como conseqüência do desrespeito e impunidade auridos da experiência brasileira nestes casos específicos.

Portanto, a concepção de direitos humanos não deve ser aqui apreendida em sentido apoucado e estrito, vinculada apenas à cena internacional. Ao falar-se em crimes contra direitos humanos deve-se ter em mente o rol dos direitos fundamentais constitucionalmente materiais que encontram na tutela da dignidade da pessoa humana seu desígnio e baseamento.

A análise dos direitos humanos fundamentais deve ser encarada à luz de sua contemporaneidade e complexidade. O grande desafio, seja do aparelho estatal ou da sociedade civil organizada, ou individualmente, como exercício de cidadania é transpor o fosso abissal que subsiste entre o discurso teórico e a prática efetiva de tais direitos.

Esse caminho apenas poderá ser trilhado recuperando o viés político da discussão e o conseqüente comprometimento do Estado Democrático de Direito com a efetivação dos direitos fundamentais. É nesta singra que aponta a Reforma aqui em discussão.

Neste influxo é que o direito penal se transmuda para oferecer guarida a esta ordem de direitos. Contudo, repise-se o caráter parcial desta proteção que também demanda medidas de outra ordem.

Em que pese algumas pontuais e lúcidas ponderações efetuadas pela melhor doutrina acerca da alteração constitucional, a Emenda, no que cinge à federalização dos crimes contra os direitos humanos fundamentais, é um importante passo legislativo para a diminuição do fosso abissal que há entre o discurso teórico e a prática efetiva dos direitos humanos.

Dá-se conforme a afirmação de Sérgio Renault: “é necessário reconhecer que a reforma não se esgota com a alteração constitucional. A emenda 45/04 é um passo importante, mas não o único. A reforma deve ter o sentido de um processo dinâmico que acompanhe a demanda social por um sistema mais justo”.²⁹

Destarte, esta mutação do rol de competências da Justiça Federal está em acordo com o clamor de Kofi Annan quando afirma que “*Não há volta na revolução dos direitos humanos*”.³⁰

²⁹ FSP. Folha A3. Seção “OPINIÃO”. Em 09 de Dezembro de 2004.

³⁰ ANAAN, K. Prefácio da obra: **Direitos Humanos**: conquistas e desafios. Brasília: Letraviva, 1999.

Bibliografia

ANAAN, K. **Direitos Humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999.

ARAÚJO, L.A.D. e NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2001.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

CAMPOS JÚNIOR, N. **Proteção dos Direitos Humanos pela Justiça Federal**. Conveniência do Governo Federal. Disponível na internet: www.conamp.org.br/eventos/teses/tese022.htm

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

COUTINHO, J. N. de M. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 30. UFPR: 1998, P. 163-198.

DE CASTRO E COSTA e SCHREIBER. **Federalização da Competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos**. Disponível na internet em: <http://www.teiajuridica.com/crimdirhum.htm>.

FERRERES COMELLA, V. **El principio de taxatividad em materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia** (una perspectiva constitucional). Madrid: Civitas, 2002. p. 34 e segs.

FLORES, J. H. **El Vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón**. liberal Bilbao: Desclée, 2000.

MALHEIROS, S. H. S. A universalidade dos direitos humanos. In: **Revista do IBCCRIM**, n. 10, p. 144.

MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual do Processo do Conhecimento**. São Paulo: RT, 2003.

MESSUTI, A. Direito Penal e Direitos Humanos. Os círculos hermenêuticos da pena. In: **Revista do IBCCRIM**, n. 28, p. 28.

MORAES, M. C. B. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *In*: BARRETO, Vicente. **A nova família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos internacionais e jurisdição supranacional**: a exigência da federalização. Disponível na internet: www.anpr.gov.br/boletim/boletim16/direitos.htm

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. S.l.: s.n., s.d.

PRADO, L. R. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Palestra na XVII Conferência da OAB, Rio de Janeiro, 29/08 a 02/09 de 1999.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.