

O Incidente de Deslocamento de Competência e o Princípio do Juiz Natural

Clara Maria Roman Borges*

Resumo: O presente texto busca discutir a violação do princípio do juiz natural perpetrada pelo incidente de deslocamento da competência penal previsto na Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Este princípio, originado na legislação revolucionária francesa e previsto no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1824, assegura que todo cidadão tem direito de ser processado e julgado por um juiz cuja competência se encontra definida em lei anterior ao fato. Quando se permite que o Procurador-geral da República, nos crimes praticados mediante grave violação de direitos humanos, requeira ao STJ o deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal, sob a justificativa de assegurar o cumprimento de tratados internacionais, modifica-se o juiz natural da causa e viola-se a própria Constituição.

Abstract: The present text tries to discuss the violation of the natural judge perpetrated by the shift incident of the penal competence predicted in the Constitutional Amendment no. 45, (Dec, 8th, 2004). This principle, originated in the French revolutionary legislation and predicted in the Brazilian ordination since the Constitution of 1824, assures that every citizen has the right to be sued and judged by a judge whose competence is defined in a law previous to the fact. When the Attorney General, in crimes committed by means of serious violation of the human rights, is allowed to require to the Federal Supreme Court, the shift of the competence from the state justice to the federal justice, under the justification of assuring the compliance with international treaties, the natural judge of the cause changes and the violation of the very Constitution occurs.

Palavras-chave: processo penal, princípio do juiz natural, incidente de deslocamento de competência.

Key-words: penal process, natural judge principle, incident of moving competence.

* Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR.. Professora de Direito Processual Penal na Unibrasil. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil. NUPECONST. romanborges@uol.com.br.

1 O Princípio do Juiz Natural: Dados Cronológicos-Legislativos sobre sua Origem e Aplicação

1.1 A concepção traçada no ambiente revolucionário francês

O princípio do juiz natural,¹ 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.²

Sabe-se que este rico e alvoroçado processo legislativo, deflagrado com a transformação do Terceiro Estado em Assembléia Nacional, caracterizou-se essencialmente pelas reformas que promoveu no arcabouço jurídico herdado do velho regime.³

¹ Sobre a origem da nomenclatura princípio do juiz natural, v. SOMMA, Emanuele. “‘Naturalité’ e ‘precostituzione’ del giudice nell’evoluzione del concetto di legge”, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, a. 06, fasc. 3, jul.-set., pp. 798 e ss., 1963: “A história da idéia de ‘juiz natural’ (a qual inicia bem antes da Revolução Francesa) apresenta, de resto, exemplos típicos do condicionamento da palavra e, conseqüentemente, da relatividade da própria idéia. Basta pensar – partindo do século XIII, na Itália como na França e na Alemanha – o combate sustentado pelos defensores do critério do iudex loci commissi delicti para afirmá-lo como juiz ‘natural’ em confronto ao iudex domicilii, também aspirante da mesma qualificação: então, tal luta não é nada mais do que um episódio no quadro do complexo conflito entre o princípio feudal (o qual rege o iudex domicilii) e as forças antagonistas (às quais esta ligado iudex loci). Ao invés disso, fora deste quadro, esta mesma luta se tornaria dificilmente compreensível. (...) A concessão patrimonial da jurisdição – aquela inicialmente atribuída ao senhor (isto é feudal) e depois ao titular do cargo (isto é própria da monarquia absoluta) – encarregava-se de construir a jurisdição como um direito do juiz sobre certo território, e conseqüentemente, reconhecido por todos aqueles que são, de uma forma ou de outra, ligados a este território: daqui a idéia de naturalidade da competência geral atribuída ao juiz ordinário. Desta idéia, e da conseqüente identificação entre juiz natural e juiz ordinário, é fácil encontrar nítidas formulações: ‘juiz ordinário’ encontramos, p. ex., escrito na “Encyclopédie” – é aquele que é o juiz natural do lugar, e que tem o pleno exercício da jurisdição salvo aquele que pode ser subtraído por atribuição ou privilégio, e os delegados estabelecidos para julgar certos litígios, os quais são juizes extraordinários.” [trad. da autora].

² “La formulación más madura del principio se debe, sin embargo, al pensamiento ilustrado francés del siglo XVIII y, después, a las declaraciones revolucionarias de derechos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibañez e outros. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 591).

³ “(...)a transformação dos Estados-Gerais, ou preferencialmente do Terceiro Estado, na Assembléia Nacional; os atos que visivelmente terminaram o Antigo Regime – a Tomada da Bastilha, a prisão real, no dia 14 de julho; a assistência, pela nobreza, de seus direitos feudais em 4 de agosto de 1789; a Declaração dos Direitos; a transformação da Assembléia Nacional em uma Assembléia Constituinte que, entre 1789 e 1791, revolucionou a estrutura administrativa e a organização do país (aliás, introduzindo o sistema métrico no mundo) e que esboçou a primeira das quase vinte constituições da França moderna, uma monarquia liberal constitucional.” (HOBSBAWM, Eric. *Ecos da Marselhesa: dois séculos revêm a Revolução Francesa*, Trad. Maria Célia Paoli, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 18).

Tais modificações tiveram início no auspicioso mês de agosto de 1789, quando os rebelados decidiram cassar um a um os direitos feudais dos nobres, inclusive o que lhes concedia o chamado foro privilegiado.

Aliás, foi um decreto de 11 de agosto de 1789 que aboliu definitivamente as aristocráticas justiças senhoriais⁴ e submeteu todos os cidadãos franceses ao julgamento pelos mesmos juizes.⁵

Noutros termos, este ato legislativo proibiu a criação de tribunais extraordinários para beneficiar os nobres no julgamento de suas causas e cunhou diretrizes para a ansiada transformação do elitizado e corrupto sistema judiciário francês.

Certamente, é possível destacar Jean-Paul Marat como uma das figuras centrais na concepção dessas mudanças que levariam o sistema jurídico da França a experimentar Declarações de Direitos, Constituições e até um sistema processual penal acusatório.

Este intrépido revolucionário ficou conhecido pelo seu incessante trabalho para convencer a Assembléia Nacional de que era preciso construir uma nova justiça capaz de proteger o movimento que tirara a França dos trilhos da tirania. Dizia ele que a marcha à servidão era a inclinação natural dos povos e incitava: “Uma vez radicalmente eliminado o tirano, é preciso estabelecer os fundamentos de uma Constituição ‘justa, sábia e livre’, com base nas leis fundamentais cuja urgência é absoluta; em 1789 e 1790.”⁶

⁴ “O jogo, na verdade, não estava definitivamente decidido. Era preciso dar formas às decisões votadas. Esfriado o entusiasmo, surgiram os desacordos. O marquês de Ferrières não ocultava sua hostilidade, e o barão de Guitherny gritava, para quem quisesse ouvir, que ‘nenhum dos que fizeram sacrifícios naquela noite memorável tinham o direito de fazê-los’. Montlosier seria mais brutal: ‘A obra dos bandidos foi sancionada por outro ato de banifitismo chamado noite de ‘4 de agosto.’ As decisões, contudo, permaneceram. Apenas foram limitadas as conseqüências de uma noite um pouco louca. Foram declarados abolidos sem indenização a servidão, o direito de caça e a justiça senhorial que, no entanto, continuou provisoriamente em atividade. Todos os outros direitos foram declarados resgatáveis e continuariam a ser pagos até sua quitação. Foi o dízimo que suscitou, em 10 de agosto, as mais acirradas discussões. Mirabeau afirmava que ele era ‘um tributo opressivo que se queria cobrir com o belo nome de propriedade’. Lanjuinais e Sieyès defendiam, ao contrário, a idêia do resgate. O clero acabou cedendo ao argumento dos oradores do Terceiro Estado de que o resgate sobrecarregaria os devedores. Assim, o decreto de 11 de agosto consagrou a abolição dos resquícios feudais: proclamou a igualdade civil e fiscal, a abolição dos privilégios e da venalidade dos cargos.” (TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa. 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 68).

⁵ “A Revolução Francesa trouxe, assim, para o primeiro plano, as questões mais directamente políticas do processo penal, tendo sido ensaiadas na sua sequência, algumas modificações do sistema anterior e introduzidos institutos característicos do processo penal inglês. (...) A mudança de orientação assinalou-a relativamente ao figurino inquisitório, desde logo a Lei de 11 de Agosto de 1789, que suprimiu as justiças senhoriais.” (BARREIROS, José António. *Processo Penal - I*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 36).

⁶ COQUARD, Olivier. Marat. Trad. C. H. Silva, São Paulo: Scritta, 1996, p. 313.

Tem-se notícia que a língua ferina de Jean-Paul Marat não perdoava qualquer deslize da Comissão de Constituição e a sua intolerância restava evidente no obstinado descontentamento que expressava frente aos projetos de Declaração de Direitos por ela apresentados.

O implacável “Amigo do Povo”, apelido que o imortalizou nos estrados das tribunas, chegou inclusive a apresentar publicamente seu próprio projeto de Declaração acompanhado de um plano de Constituição.⁷

Não obstante o desprezo da Assembléia por seus textos legislativos, não se pode ignorar o importante papel que suas contundentes críticas desempenharam no processo legislativo pós-revolucionário, sem dúvida seus discursos e suas vaias irritaram alguns, mas inspiraram muitos.

Aliás, foi sob os gritos desse homem inquieto e rebelde que a Constituinte seguiu com seus trabalhos rumo “a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo.”⁸

Em 26 de agosto de 1789, as primeiras mudanças antevistas na Assembléia seriam concretizadas na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, cujo texto final trazia 17 artigos que asseguravam os direitos naturais e imprescritíveis do homem e a separação dos poderes do Estado, de modo a impedir que o poder se concentrasse nas mãos do rei e a Revolução entrasse num processo de refluxo.

Ademais, para tornar efetivos esses dispositivos no processo penal, foi promulgada em 1º de outubro de 1789 uma lei que colocava um ponto final na chamada *justice retenue* ou na possibilidade de intervenção do rei no julgamento dos casos e estabelecia que a justiça seria administrada por tribunais legalmente estabelecidos,⁹ tal como reza o princípio do juiz natural.

⁷ “Proseguindo em seus trabalhos para conseguir a publicação do seu jornal, Marat não olvida o que julga seu dever cívico por excelência. Continua as tentativas para se fazer notado nos meios políticos. Dirige cartas pessoais a certos deputados notáveis, que considera como inteiramente dedicados à causa da liberdade: Barnave, Chapelier e Mirabeau, entre outros. Uns vinte ao todo. Nenhum deles se dá ao trabalho de responder. O silêncio não o desanimou. Acompanha de perto os trabalhos da Assembléia Nacional, porém mais especialmente os da Comissão de Constituição. Nenhum, dos projetos da ‘Declaração dos Direitos do Homem’ lhe agrada. O de Trajet é ‘um tecido de apofemas de moral e jurisprudência’; o de Mounier não vale mais do que esse. Marat é um pouco mais indulgente para com o padre Sieyès; porém, de modo geral, afirma, ‘todos demonstraram esforços importantes’. Diante da carência parlamentar e já que parecem desdenhar ostensivamente seus conselhos, julga necessário apresentar ao público um projeto-moêlo, que porá em franca evidência os defeitos e lacunas dos projetos oficiais. Seu ‘Projeto de Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, seguido dum plano de Constituição justa, sábia e livre apareceu a 23 de agosto (...)’ (WALTER, Gérard. Marat, o amigo do povo. Trad. Gustavo Barroso. 2. ed., Rio de Janeiro: Vecchi, 1968, p. 57).

⁸ HOBSBAWM, Eric. *J. A era das revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 82.

⁹ “Caem com a Bastilha (onde estavam reclusos sem processo os atingidos pelas lettres de cachet) os resíduos da *justice retenue*, sob regência do art. 19 l. 1 outubro 1789: ‘o poder judiciário não poderá, em nenhum caso, ser exercido pelo rei’, nem mesmo ‘pelo corpo legislativo’, sendo separado de ambos; ‘a justiça será administrada em nome do rei, pelos tribunais estabelecidos na

Nesta mesma época também entrou em vigor o decreto 8-9 de outubro/3 de novembro 1789, que modificava alguns pontos da justiça criminal e esboçava as formas que aproximariam o processo penal francês de uma tendência acusatória, assim como sugeria a referida Declaração.

O direito de ser julgado pelo juiz natural não integrava o rol dos direitos naturais e imprescritíveis e seria garantido de forma clara e efetiva aos cidadãos franceses em agosto de 1790, por uma lei que em seus artigos 16 e 17 estabelecia: “todos os privilégios em matéria de jurisdição estão abolidos, todos os cidadãos, sem distinção, defender-se-ão da mesma forma e perante os mesmos juizes, nos mesmos casos”¹⁰ e, ainda, “a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser alterada, nem os jurisdicionados afastados de seu juiz natural por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações diversas daquelas que estão determinadas na lei”.¹¹

É importante salientar que neste momento o princípio do juiz natural tinha sua formulação um pouco distinta da atual ou daquela consagrada na Constituição francesa de 1830,¹² pois admitia o afastamento do juiz competente nos casos em que a lei determinasse, até porque para os legisladores franceses esta era fruto da vontade geral, do povo.

Aliás, tal concepção seria claramente enunciada pelo Comitê Constitucional, no projeto inspirador da Constituição de 3 de setembro de 1791, que explicitava a impossibilidade de um cidadão ser afastado do juiz que lhe fora garantido por lei, bem como as prerrogativas da nação francesa para determinar a constituição de seus tribunais e qualquer mudança na organização do Poder Judiciário.¹³

lei': é portanto inválida cada regra não legislativa sobre competência.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 1985, p 113) [trad. da autora].

¹⁰ Trad. da autora: “tout privilège en matière de jurisdiction est aboli, tous le citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devan les mêmes juges, dans les mêmes cas.”

¹¹ Trad. da autora: “l'ordre constitutionnel des jurisdictions ne pourra être troublé, ni des justiciables distraits de leur juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées para la loi.” Veja-se que neste momento o juiz natural era aquele diverso do extraordinário (daí porque até hoje alguns países utilizam a nomenclatura princípio do juiz ordinário), ou seja, deveria ser constituído por lei.

¹² “Nas fórmulas derivadas “natural” aparece melhor especificado pelo referimento negativo ‘extraordinário’: por exemplo, são as tais ‘jurisdiction prévôtales’, reconstituídas no ano IX e passadas ao código de instrução criminal (em ambos os casos o ato institutivo é uma lei), mas a Constituição de 1814 contempla uma modificação, admitindo ‘se seu restabelecimento se julgou necessário’, serão definitivamente excluídas pelo art. 54 da Constituição 1830.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1991, p.113). [trad. autora].

¹³ “Se dispone, por tanto, que solamente la ley, como expresión de la soberanía nacional, podría disciplinar la materia del ordenamiento judicial y lo relativo a sua organización, empleando aquella de 1790 el término ‘Juiz natural’, sustituyéndolo la de 1791 por el de Juez designado por la ley. Esa idea era expresada más claramente en el proyecto elaborado por el Comité Constitucional para la constitución de 1791, que estableció en su artículo 1 que ‘entre tanto la nación tenga el derecho de determinar la constitución de los Tribunales, ningún cambio puede ser hecho en la organización del Poder Judicial sin que se haya ordenado y sin que se haya consentido por medio de sus represento-

Note-se que concluídos os trabalhos para elaboração do referido texto constitucional, a Assembléia Constituinte foi dissolvida para dar lugar à Assembléia Legislativa, cujos membros foram eleitos por voto censitário e, conseqüentemente, integram em sua maioria a classe burguesa.

Sob pressão da comuna insurrecional,¹⁴ os novos legisladores, ainda inseguros e inexperientes, deram continuidade aos trabalhos iniciados pelos antecessores constituintes e trataram de operacionalizar as garantias estabelecidas na recém aprovada Constituição. No que se refere especificamente ao processo penal, a legislação responsável por esta regulamentação foi famoso o decreto 16-29 de setembro de 1791, que importou as técnicas inglesas para o processo francês.¹⁵

Não obstante os evidentes avanços legislativos no sentido de intensificar a concretização das conquistas constitucionais, nesta mesma época a Revolução foi assolada por um perigoso processo de radicalização que mais tarde ocasionaria inclusive o seu recuo e abriria espaço às tentativas de restauração do Ancien Régime.

Ressalte-se que no ano seguinte à promulgação da Constituição a situação econômico-social da França era assaz preocupante, o descrédito da população em relação ao movimento se tornava cada vez mais evidente e os cidadãos famintos trocavam seus direitos por pão. Os chamados traidores da Revolução (ou todos aqueles que defendiam a necessidade de se moderar o movimento revolucionário) se multiplicaram e os membros da comuna, juntamente com seus clubes aliados, dentre eles o dos jacobinos e *cordeliers*, iniciaram um terror sem precedentes, que culminaria inclusive com uma guerra entre a França revolucionária e a coalizão de algumas potências contra-revolucionárias, concomitantemente às insurreições internas.

tes'. La distracción del ciudadano al Juez natural podía verificarse según la Ley francesa de 1790 y la Constitución, que verificó el orden judicial francés a través del uso de los poderes de Comisiones, de atribuciones y de evocaciones."(LADRON DE GUEVARA, Juan Burgos. *El juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 20, 21).

¹⁴ "À municipalidade provisória de 1789 e, a seguir, à municipalidade constitucional de 1790 sucede, portanto, na alvorada de 10 de agosto, a comuna insurrecional. A evolução do vocabulário reflete o processo de crescimento da Revolução. O novo conselho geral é formado por aqueles agitadores surgidos das tribunas e por cidadãos ativos de idéias avançadas." (TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 137).

¹⁵ "Não sobrevive quase nada da velha máquina. Esta reforma golpeou nos pontos nodais, ação e decisão. Decomposto o ministério público em duas pessoas, comissário do rei e encarregado da acusação, desapareceu o ator funcionário público: oito jurados instauram o processo decidindo sobre a acusação; o impulso vem da demanda do ofendido ou de uma denúncia, excluídos os casos nos quais a iniciativa, obrigatória ou não, pertence ao juiz de paz; tais regras operam uma notável difusão do poder de agir. Os novos mecanismos decisórios também apontam no sentido anti-burocrático: ato importantíssimo os quesitos formulados pelo presidente, mas, de fato, ditam-nos os litigantes; o trabalho dos togados influi relativamente pouco no resultado (...)."(CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 64). [trad. autora].

Ainda em 1792, os franceses assistiriam à abolição completa da monarquia e a instituição da República Jacobina, que representaria uma nova era, simbolizada inclusive por um novo calendário. Jean Tulard ao descrever este momento político da França ressalta que “até 10 de agosto de 1792, a violência sempre teve como contraponto a preocupação em respeitar as aparências legais. Mas eis que a interferência da comuna insurrecional de Paris no curso dos acontecimentos, comuna que, sem outra legitimidade além da força, não hesita em intervir politicamente não apenas na capital como também na província, faz a Revolução sair do mundo dos rúbulas para cair no do *sans culottes*. O jurista cede sua vez ao militante.”¹⁶

Aliás, em 11 de agosto de 1792, uma comissão extraordinária formada após a queda de monarquia já convocava o povo francês para integrar uma Convenção Nacional, a qual tinha por objetivo eleger os membros da Assembléia Legislativa que deliberaria sobre a forma de governo. Na Convenção, dois partidos se debatiam: os girondinos (conhecidos por serem belicosos no exterior e moderados em casa, bons oradores que representavam a grande burguesia provinciana), em maior número, liderados por Vergniaud, Brissot, Condorcet e Petion, e os montanheses, liderados por Robespierre, Danton e Marat.

Depois de descobrir documentos que comprometiam o rei com a contra-revolução, a Convenção se encarregou de colocar um misericordioso fim na agonizante monarquia e em janeiro de 1793 condenou à morte o rei Louis XVI.

Alguns escritos recordam que “o tempo estava ruim, as lojas fechadas, as oficinas abandonadas. Haviam sido reunidos 20 mil homens. Às dez horas, chegou à praça a carruagem que conduzia o rei, cercada por 1 mil e 500 homens. Luís XVI desceu após alguns instantes de espera, manifestou alguma resistência quando Sanson quis atar-lhe as mãos e cortar-lhe os cabelos, depois subiu com firmeza ao cadafalso. Quis falar, mas, por ordem de Santerre, que comandava o dispositivo de segurança, os tambores encobriram sua voz. ‘Povo, sou inocente! Eu perdôo...’. Ele ainda estava gritando quando o cutelo caiu. Sua cabeça foi apresentada à multidão, que berrou: ‘Viva à nação!’.”¹⁷

Por razões óbvias, todos esses acontecimentos fizeram emergir uma grande força contra-revolucionária, interna e externa, que passou a amedrontar os revolucionários. Criou-se, então, um Comitê de Salvação Pública para forçar uma união entre as várias facções presentes na Convenção e adotar as medidas necessárias à proteção da pátria. Danton era o chefe desse Comitê, que contava ainda com a

¹⁶ TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 135.

¹⁷ TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 159.

participação de Buzot e Vergniaud, Fabre d'Eglantine e Demoulins, Condorcet e Cambacérès, Barère e Dubois-Crancé, ou seja, de todas as tendências revolucionárias.

Entretanto, a situação econômica da França piorara e as diferenças entre os membros da Convenção e do Comitê se acirravam. Girondinos e montanhese se enfrentavam e se acusavam mutuamente de contra-revolucionários, até que os primeiros foram gradativamente perdendo influência política. Afinal, a queda dos girondinos foi inevitável e a ascensão dos montanhese levaria à instauração de um terror sem precedentes.

Em 1793, explodiu a revolta federalista e as províncias se insurgiram contra Paris e resolveram lutar pela formação de uma federação de departamentos mais ou menos autônomos e iguais. Começava a caça daqueles considerados responsáveis pelos desmandos parisienses e no dia 13 de julho Marat foi assassinado em sua banheira por Charlotte Corday, de Caen, um dos centros insurretos.

Para manter seu comando, os montanhese trataram de organizar uma nova Constituição, que foi aprovada no dia 24 de junho de 1793 e jamais vigorou por força da crise política em que estava mergulhada a França, conforme declarou Sain-Just: "Nas circunstâncias em que se encontra a República, a Constituição não pode ser implantada; ela mesma se imolaria, se tornaria a garantia dos atentados contra a liberdade, porque lhe faltaria a violência necessária para reprimi-los."¹⁸

Aliás, frente à desordem que assolava o território francês, acreditava-se que a única saída para conter a contra-revolução que rondava e ameaçava as conquistas revolucionárias era o recrudescimento das medidas policiais e penais. Noutras palavras, a força surgia como única forma de salvar os franceses dos traidores da pátria.

É verdade que Danton e Demoulins apostaram numa redução das execuções e num trabalho de conscientização dos franceses para refrear a violência revolucionária, entretanto, ambos acabaram presos sob a desculpa de envolvimento na corrupção que acompanhou a extinção da Companhia das Índias e foram processados pelo Tribunal que ajudaram a criar quando integravam o Comitê de Salvação Pública.

Durante o julgamento, Danton dominou todos os debates, até ser excluído deles por um decreto aprovado de última hora pela Convenção que impedia os acusados de conspiração de participar dos debates. Ao final, previsivelmente foram todos guilhotinados.

A partir deste momento, a Revolução contava apenas com Robespierre e a crise política parecia irreversível. Em Paris, reinavam "o *sans culotte*: barrete frígio, casaca tipo *carmagnole* e largas calças listradas abotoadas ao casaco, um pique na mão, um sabre à cinta se a situação exigir. Os grandes bigodes e o cachimbo completam a figura. Sua linguagem proscreve o termo senhor, substituindo-o por cidadão. É imperativo que os

¹⁸ TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 195.

‘homens livres’ se tratem de tu, mesmo que isso irrite Robespierre e a Montanha.(...) Terror, escassez e descristianização: nestas três palavras se resume o primeiro semestre de 1794, enquanto se afasta para as fronteiras o barulho do canhão.’¹⁹

As guerras externas agravavam ainda mais este quadro, na medida em desmobilizavam o povo com a imposição de controle de preços, racionamento, congelamento de salários, confisco dos alimentos produzidos pelos camponeses.

Frente a todos esses revezes, Robespierre não consegue resistir por muito tempo e perde progressivamente sua influência até ser deposto no célebre episódio do nono termidor, segundo o calendário revolucionário (27 de julho de 1794).

Quando o terror chegou a limites insuportáveis, em que a luta havia extenuado a todos e o sangue das cabeças cortadas começava a respingar na conservadora burguesia, a Convenção finalmente decidiu que era hora de acabar com a Revolução e encontrar um caminho em que a esquerda e a direita pudessem seguir unidas. Assim, os girondinos ficaram encarregados de redigir uma nova Constituição, aprovada em 22 de agosto de 1795, cujo texto estabelecia o sufrágio censitário, ironizava a igualdade absoluta, consagrava a igualdade civil, assegurava a aplicação do princípio do juiz natural e concebia um Poder Executivo composto por cinco membros, dos quais um quinto se renovaria a cada ano: eram os chamados diretórios.

Tratava-se, em suma, de um regime de moderado liberalismo e muita corrupção, que buscava por meio das ações do Comitê de Salvação Pública moralizar o terror para torná-lo mais eficiente.

No que diz respeito ao sistema penal, os diretórios tornaram as leis ainda mais severas e no mês de outubro de 1795 a Convenção imbuída na missão de restaurar a ordem votou o chamado *Code des délits et des peines*, responsável por operar uma verdadeira inversão na tendência acusatória do sistema processual estruturado pelo decreto 16-29 de setembro de 1791.

Segundo Franco Cordero, a nova legislação era viciosamente perfeita, mas fortemente defeituosa na prática, pois combinava escrupulo analítico e espírito garantístico. Além disso, concedia amplos poderes ao juiz presidente do júri, que estava autorizado a empregar todos os esforços úteis para descoberta da verdade.²⁰

¹⁹ TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789-1799*. Trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 222 e 226.

²⁰ “Que seja virtuoso na composição legal, resulta num corte arquitetônico: jamais visto um sistema tão compacto; retrata a inteira gama do previsível; tão viciosamente perfeito, dizem os entendedores, para ser ‘fortemente defeituoso na prática’, porque, ‘mecanismo admirável’, não tem em conta os atritos, combinando escrupulo analítico ao espírito garantístico, dissemina excesso de nulidade. Acrescidos, enfim, os poderes do presidente: ‘em virtude do poder discricionário do qual ele é investido’, dispõe de ‘tudo o que ele creê útil para descobrir a verdade’; à ‘sua reputação e [à] sua consciência’...empregar todos os seus esforços para tal fim.” (CORDERO, Franco. *Guida all’ procedura penale*. Torino: Utet, 1986, pp. 65, 66). [trad. da autora].

Os Diretórios duraram até 1799, quando em razão de sua inabilidade política e das crises externas foram substituídos por uma ditadura militar mal disfarçada no episódio que ficou conhecido como Dezoito Brumário. Tratou-se de um golpe perpetrado por um jovem general bem-sucedido, Napoleão Bonaparte, que fez emergir na França o regime do consulado para, mais tarde, em 1804, auto-aclamar-se Imperador.

Ao tornar-se soberano, Napoleão anunciou um novo período revolucionário na França e impulsionou uma longa jornada legislativa, que tinha por objetivo modificar todas as leis editadas durante a República Jacobina. No campo jurídico, assim como no campo político, assistiu-se a um nítido retorno do fantasma do Ancien Régime.

Aliás, em 1811, o ditador trouxe a lume o *Code d'Instruction Criminelle*, responsável pela estruturação do que atualmente se convencionou chamar sistema misto, mas que na verdade se tratava de um sistema inquisitório cujas raízes estavam fincadas na malfadada *Ordonnance Criminelle*, de 1670.

Após expressivas derrotas militares de Napoleão, em abril de 1814 foi restaurada a dinastia dos Bourbons, que de imediato fez vigorar uma nova Constituição cujas previsões não promoveram significativas mudanças no arcabouço jurídico francês. Em relação ao princípio do juiz natural, o novo texto repetiu a vedação referente ao estabelecimento das comissões e tribunais extraordinários e deixou claro que ninguém em hipótese alguma poderia ser afastado de seu juiz natural, nem mesmo por instituição legal da vontade geral.

Esta formulação da garantia do juiz natural também foi impressa nas Constituições de 1830, com a proibição à criação dos tribunais *post factum*, e de 1848, com a mera repetição do texto anterior, a única Constituição francesa que não conferiu explícita vigência ao princípio foi promulgada em 1958 e tal ausência se pode atribuir à supressão da palavra Poder Judiciário dos textos legais, já que este se encontrava subordinado ao Poder Executivo.²¹

Noutras palavras, a restauração do regime monárquico não foi capaz de eclipsar a legislação francesa napoleônica, que ganharia o mundo a servir de modelo para os demais países da Europa-continental e a difundir a garantia do juiz natural para além das fronteiras da França.

Na Itália, o princípio do juiz natural seria consagrado nos termos da Constituição francesa de 1830, no chamado Estatuto Albertino (1848), que em seu art. 71 precisava: “niuno può essere distolto dai suoi giudice naturale. Non potranno perciò essere criati tribunali o commissioni straordinarie”.²² Aliás, é neste estatuto que o princípio

²¹ “...quizás ello se deba a que en Francia la concepción de Montesquieu sobre el Poder Judicial de no poder ser confiado a una concreta fuerza social o profesión determinadas, sino a todo el pueblo, pues la expresión Poder Judicial há desaparecido desde 1848, siendo el caso francés, como señala Montero, un paradigma por la subordinación de los Jueces al Poder Ejecutivo.” (LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. *El juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas, 1990, p. 22).

²² Trad. autora: “Ninguém pode ser subtraído de seus juizes naturais. Não podem por isso serem criados tribunais ou comissões extraordinárias.”

do juiz natural recebe dupla caracterização: com a proibição dos tribunais extraordinários e a vedação de transferência das causas para juízes incompetentes.

Nas Constituições estrangeiras do século passado, é possível verificar que a garantia do princípio do juiz ordinário, juiz legal ou predeterminado em lei, está prevista no artigo 101.1 da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949 (“Serão inadmissíveis os Tribunais de exceção. Ninguém poderá ser subtraído de seu juiz legal”),²³ enquadrado na redação da Lei Orgânica dos Tribunais, de 27 de janeiro de 1877 (reformada em 09 de maio de 1975); na Itália, no art. 25.1 da Constituição de 1948 (ninguém pode ser subtraído do juiz natural preconstituído pela lei) e, na Constituição Espanhola, no art. 24.2 (“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley”).

Entretanto, é preciso salientar que esta larga tradição legislativa europeia na proteção formal da garantia não tornou imperiosa a sua concretização no dia a dia das práticas judiciais, isto é, não implicou a sua imediata adoção como instrumento para assegurar o julgamento realizado por um juiz cuja competência vem estabelecida de forma taxativa em lei anterior ao fato, pois esta só viria tardiamente com a supressão da matriz inquisitória no processo penal, e em alguns países jamais teria lugar.

Tem-se como exemplo o que ocorreu na Itália, onde o princípio do juiz natural se encontrava legalmente previsto, mas foi alvo de inúmeras manipulações fascistas que artificialmente o esvaziaram de seu conteúdo mais democrático e o reduziram à simples proibição dos chamados tribunais extraordinários ou de exceção.²⁴

Aliás, um dos grandes entraves para a concretização da garantia do juiz natural sempre foi a ambigüidade dos textos legais que o definem e o tornam vulneráveis a uma hermenêutica ardilosa cujo objetivo é deixá-lo desimportante ou diminuto, como se esta insistência em dizer que o juiz deverá ter sua competência definida taxativamente em lei anterior ao fato fosse mais um capricho dos processualistas.

1.2 A introdução do princípio do juiz natural no texto constitucional brasileiro

No Brasil, o princípio do juiz natural ganhou previsão logo na primeira Constituição, cujos trabalhos foram bastante tumultuados e terminaram com a dissolução da Assembléia Constituinte.

²³ Na Alemanha, o princípio do juiz natural ganha a denominação de princípio do juiz legal, como nos revela Ellen Schlüchter: “Como una concreción del juez legal, de cuyas exigencias nadie debe ser privado (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), actúan Salas de justicia en todos los órdenes jurisdiccionales y, naturalmente, también en el orden jurisdiccional penal (§13 GVG). (...) Para hacer efectiva la garantía del juez legal se tienen que determinar con carácter previo los órganos jurisdiccionales competentes para la decisión.” (SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Trad. Iñaki Esparza Leibar. Andrea Planchadell Gargallo) 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1999, p. 17-18).

²⁴ V. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudo Criminal em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salo Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 203, 204.

Sabe-se que o afã dos constituintes liberais em limitar os poderes do Imperador e a resistência dos conservadores em aceitar esta nova tendência democrática alinhavada no texto constitucional pelo Ministro José Bonifácio ocasionaram uma disputa de poderes que resultou na interrupção dos trabalhos da Assembléia e na imposição de uma Constituição por D. Pedro I.

É verdade que o texto elaborado sob a batuta do Imperador não se afastou muito daquele proposto pelos constituintes,²⁵ porém é preciso reconhecer que este importante momento da independência brasileira é ofuscado pelo fato da primeira Constituição ter sido imposta pelo rei ao “povo”, isto é, à minoria de brancos e mestiços que votava e tinha certa participação na vida política.²⁶

Além disso, é preciso ter claro que a despeito do avanço representado pelo novo texto constitucional, a concretização de seu complexo quadro de organização de poderes, definição de atribuições e garantia de direitos individuais era uma tarefa quase impossível num país de larga tradição autoritária, em que boa parte da população dependia dos proprietários rurais e apenas um grupo pequeno tinha instrução para compreender a importância das novas conquistas.

Aliás, o mesmo se pode dizer do princípio do juiz natural, que apesar de estar previsto no art. 179, do Título 8º, da Constituição de 1824,²⁷ praticamente com a mesma

²⁵ “O Imperador tomou parte ativa na elaboração do texto constitucional, rascunhando artigos e ditando outros, que teriam servido de base para a elaboração do texto final, mas é absolutamente certo que nem tudo o que consta dos rascunhos da lavra do Imperador, entrou na Carta Constitucional. O art. 179 da Carta Política do Império definiu os ‘direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros’ estabelecendo ‘preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.’ Cumpria, assim, de certa forma, o Imperador, a promessa contida no decreto de dissolução da Constituinte, de que o projeto que elaboraria seria ‘duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembléia acabou de fazer.’” (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 86).

²⁶ “A disputa entre os poderes acabou resultando na dissolução da Assembléia Constituinte por D. Pedro, com apoio na tropa. Foram presos vários deputados, entre eles os três Andradas. Logo a seguir, cuidou-se de elaborar um projeto de Constituição que resultou no texto promulgado a 25 de março de 1824. A Constituição não diferia muito da proposta dos constituintes anterior à dissolução da assembléia. Mas há uma diferença a ser ressaltada. A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao ‘povo’, embora devamos entender por ‘povo’ a minoria de brancos e mestiços que votava e de algum modo tinha participação na vida política.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 80).

²⁷ “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: 11) Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita; 16) Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública; 17) À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.”

formulação do atual texto constitucional, não ganhou efetiva aplicação por conta da necessidade dos conservadores de manter alguns privilégios de foro.

Note-se que a Constituição republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891 também garantiria apenas vigência formal ao princípio do juiz natural, tal como fez com uma série de outros direitos sempre atropelados nos momentos de crise da política cafeeira.²⁸

Destaque-se que neste período da primeira República ficou a cargo dos Estados, por força do festejado princípio federativo, legislar sobre direito processual penal e, conseqüentemente, sobre a distribuição de competências aos seus órgãos jurisdicionais.

Entretanto, por falta de criatividade e coragem para mudar a ordem instituída, boa parte dos legisladores estaduais se limitou a repetir o que havia sido previsto nas leis anteriores e ao seu reboque a maioria dos juízes continuou a fazer vistas grossas para as antigas violações ao princípio.²⁹

A promulgação da Constituição de 1934, já no início da era getulista, igualmente não trouxe novidades no que se refere à garantia do juiz natural. Em seu art. 113, do Capítulo II, do Título III, apenas reproduzia a vedação aos tribunais de exceção e aos privilégios de foro, bem como a previsão de que ninguém poderia ser processado ou sentenciado senão por autoridade cuja competência estivesse definida em lei anterior ao fato.³⁰

Destaque-se que nem no plano material o novo texto constitucional promoveu significativas mudanças, pois o princípio do juiz natural continuou a ser negligenciado no momento de fixação do juiz competente para processar e julgar os casos penais.

²⁸ art. 72, da Seção II – Declaração de Direitos, do Título IV – Dos cidadãos brasileiros: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: §15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 23. À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.”

²⁹ Como ressalta José Henrique Pierangelli, “a Constituição de 1891, de maneira implícita, outorgou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo, ao dispor, em seu art. 34, entre as atribuições do Congresso, a de ‘legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal.’ Tendo em vista o permissivo constitucional, alguns Estados-membros e apressaram em elaborar os seus códigos de processo penal, enquanto outros preferiram prosseguir com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, com as modificações que haviam processado, e legislarem supletivamente.” (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 161).

³⁰ art. 113, do Capítulo II – Dos direitos e das garantias individuais, do Título III – Da declaração de direitos, trazia redação não muito distinta das anteriores: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas; 26) Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.”

Tanto isso é verdade, que em setembro de 1936 foi criado o único tribunal de exceção reconhecido no Brasil, o famoso Tribunal de Segurança Nacional, instituído por ordem de Getúlio Vargas para julgar os participantes da chamada Intentona Comunista, que em 1935 apelou pela derrubada de seu governo e a tomada do poder por um governo popular, nacional e revolucionário.³¹

Com o golpe de Getúlio Vargas e a instauração da ditadura no país, foi outorgada a Constituição do Estado Novo, que sequer fazia menção ao princípio do juiz natural.

O preâmbulo do texto de 1937 demonstrava a implantação de um novo regime no estilo autoritário, com a centralização do Estado e a difusão de políticas populistas: “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes do crescente agravamento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; (...) Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade.”

A garantia do juiz natural voltou a integrar a ordem constitucional brasileira em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da Constituição que marcou o retorno ao regime democrático e a deposição de Getúlio Vargas.³²

Em seu Capítulo II, o novo texto constitucional estabelecia um rol de direitos e garantias individuais dentre os quais figurava a vedação à criação de tribunais de exceção e de foros privilegiados e a prescrição de que ninguém poderia ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, nos mesmos termos da atual Constituição.³³

³¹ “Em janeiro de 1936, o ministro da Justiça anunciou a formação de uma Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo, encarregada de investigar a participação de funcionários públicos e outras pessoas em atos ou crimes contra as instituições políticas e sociais. Um tribunal de exceção – o Tribunal de Segurança Nacional – começou a funcionar em fins de outubro de 1936. A princípio o TSN se destinava apenas a julgar os comprometidos na insurreição de 1935, mas acabou se transformando em um órgão permanente, que existiu durante o Estado Novo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 199).

³² “No fim de janeiro de 1946, Dutra tomou posse e começaram os trabalhos da Constituinte. Em setembro era promulgada a nova Constituição brasileira, que se afastava da Carta de 1937, optando pelo figurino liberal-democrático. Em alguns pontos, entretanto, abria caminho para a continuidade do modelo corporativo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 199).

³³ “art. 141, do Capítulo II – Dos direitos e garantias individuais, do referido texto constitucional: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26. Não haverá fôro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.”

Todavia, os tempos de democracia durariam pouco e depois de uma breve influência do regime parlamentarista seriam eclipsados pelo golpe militar de 1964, que levaria o Brasil a mergulhar num longo e nefasto período ditatorial.³⁴

Nesta época, vários atos institucionais foram publicados pela cúpula do golpe e alguns meses depois da posse do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco o texto Constitucional de 1946 já estava irreconhecível.³⁵

Aliás, AI 2 editado em 27 de outubro de 1965 foi responsável por uma grave violação do princípio do juiz natural, ao transferir a competência da justiça comum para a justiça militar de todos os casos relativos a crimes políticos, inclusive dos que estavam em andamento.³⁶

Ainda no governo de Castelo Branco entrou em vigor a Constituição de 1967, cuja tônica era ampliar os poderes conferidos ao Executivo, especialmente em matéria de segurança nacional.³⁷ Aprovado num Congresso desfalcado por cassações arbitrárias, o novo texto assegurava o princípio do juiz natural pela “metade”, na medida em que apenas vedava o estabelecimento de juizes ou tribunais de exceção e impedia a concessão de privilégios de foro, sem fazer qualquer menção ao direito dos cidadãos de serem julgados por um órgão jurisdicional com sua competência definida em lei anterior ao fato.³⁸

³⁴ “Na noite de 1º de abril, quando Goulart rumara de Brasília para Porto Alegre, o presidente do Senado declarou vago o cargo de presidente da República. Assumiu o cargo, na linha constitucional, o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Mas o poder já não estava nas mãos dos civis e sim dos comandantes militares. Brizola tentou ainda mobilizar tropas e população do Rio Grande do Sul, repetindo a façanha de 1961. Mas não teve êxito. Em fins de abril, acabou se exilando no Uruguai, onde Jango já se encontrava. Era o fim da experiência democrática do período de 1945-1964. Pela primeira vez na história do país os militares assumiam o poder com a perspectiva de aí permanecer, instaurando um regime autoritário.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 255).

³⁵ “O novo regime começou a mudar as instituições do país através dos chamados Atos Institucionais (AI), justificados como decorrência ‘do exercício do Poder Constituinte inerente a todas as revoluções.’ (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 257).

³⁶ V. sobre o assunto: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 204, 205.

³⁷ “O governo Castelo completou as mudanças nas instituições do país fazendo aprovar pelo Congresso uma nova Constituição em janeiro de 1967. Submetido a novas cassações, o Congresso fora fechado por um mês em outubro de 1966 e reconvoado para se reunir extraordinariamente a fim de aprovar o novo texto constitucional. A constituição de 1967 incorporou a legislação que ampliara os poderes conferidos ao Executivo, especialmente em matéria de segurança nacional.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 262).

³⁸ art. 150, do Capítulo IV – Dos direitos e garantias Individuais: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.”

Nesta mesma linha, dois anos mais tarde seria outorgada a Emenda Constitucional nº 01, que tornaria ainda mais radical o regime militar e mais nítido o seu desprezo pelos direitos e garantias individuais.

A ditadura se estendeu por mais de vinte anos e muitas vidas foram violentamente caladas para que os militares pudessem perpetuar o seu domínio, até que os desacertos do II PND, a crise econômica causada pelo crescimento desmedido da dívida externa com o FMI e a conseqüente inflação que espoliava os setores mais pobres e a classe média da população forçaram a implementação da chamada reabertura política.³⁹

Arquitetada pelo Presidente Geisel e iniciada pelo seu sucessor, General João Batista Figueiredo, a reabertura devolveu gradativamente o país à democracia e em 05 de outubro de 1988 entrou em vigor uma nova Constituição, que contemplaria em seu corpo não só a garantia do juiz natural como uma série de outros direitos.

Em vigor até os dias de hoje, seu texto é extenso e aborda assuntos que tecnicamente não são de natureza constitucional, isto porque participaram de sua elaboração diferentes grupos sociais que estavam ávidos por regras que garantissem ao máximo o cumprimento dos direitos dos cidadãos e a manutenção das instituições democráticas.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso esclarece que, “ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e a difusão de um sentimento e afeição em relação à Lei Maior. O último decênio é marcado pela preocupação, tanto do próprio constituinte, como da doutrina e dos tribunais, com a efetividade do texto constitucional, isto é, com o seu real cumprimento, com a concretização da norma no mundo dos fatos e na vida das pessoas.”⁴⁰

Ademais, é preciso ressaltar que tal preocupação com a efetividade da Constituição levou os operadores jurídicos a apostarem na sua força normativa e a pregarem a supremacia das regras nela inscritas.⁴¹

³⁹ O governo Geisel se associa ao início da abertura política, que o general-presidente definiu como lenta, gradual e segura. Na prática, a liberalização do regime, chamada a princípio de distensão, seguiu um caminho difícil, cheio de pequenos avanços e recuos. Isso se deveu a vários fatores. De um lado, Geisel sofria pressões da linha dura, que mantinha muito de sua força. De outro, ele mesmo desejava controlar a abertura, no caminho de uma indefinida democracia conservadora, evitando que a oposição chegasse muito cedo ao poder. Assim, a abertura foi lenta, gradual e insegura, pois a linha dura manteve como contínua a ameaça de retrocesso até o fim do governo Figueiredo.” (FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2002, p. 270).

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Doze anos da Constituição Brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Temas Constitucionais*, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 47.

⁴¹ “A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto que dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela. (...) A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção constitucional (fazer o que

Deste modo, a consagração do princípio do juiz natural no texto constitucional de 88 alçou esta garantia processual ao topo da pirâmide normativa, junto aos demais preceitos responsáveis por delinear a estrutura de nosso Estado Democrático de Direito e logicamente informar a leitura de todas as regras infra-constitucionais.⁴²

Quanto à nomenclatura do direito ou garantia do juiz natural, deve-se ressaltar que boa parte dos constitucionalistas se preocupa em diferenciar as garantias dos direitos fundamentais,⁴³ porém é preferível continuar com Canotilho que não estabelece tal diferença e alega que as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção de direitos, expresso pela exigência de atuação do poder público para assegurar tal proteção ou pela concepção de mecanismos processuais adequados a sua concretização.⁴⁴

No texto constitucional de 88, é o art. 5º, XXXVII e LIII, que prevê respectivamente, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, de modo a garantir implicitamente o princípio do juiz natural em seu tríplice aspecto: da fonte, pois só a lei pode instituir o juiz natural e fixar-lhe a competência; do tempo, na medida em que a fixação do juiz e de sua competência devem ser feitas em lei vigente ao tempo

ela proíbe), mas também quando existe uma acção inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito). Neste sentido se afirma que a força normativa da Constituição também se revela no tipo de sanções que estabelece no caso de violação de suas normas positivas, ou seja, as que impõem ao legislador ou a outros órgãos a adopção de medidas tendentes a assegurar as sua concretização.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 46).

⁴² “As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da Sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo. Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 39). No mesmo sentido, Canotilho e Vital Moreira assinalam: “A Constituição é, desde logo, pressuposto da produção normativa do Estado. Com efeito, a Constituição que individualiza os órgãos competentes para editar normas jurídicas, seja de valor legislativo, seja de valor regulamentar.(...) A Constituição define o estatuto dos órgãos do poder político. São as normas constitucionais que ‘conformam’ o processo político, fixando os órgãos do poder político, as suas atribuições e competência.” (CANOTILHO, J.J.Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 41).

⁴³ Veja-se por todos BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 481 e ss, e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 182 e ss..

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52f

da prática do delito, e da taxatividade, que impõe a necessidade de se fixar o juiz natural de acordo com uma ordem taxativa de competências capaz de impedir a escolha de um juiz mais conveniente.⁴⁵

Apesar de muito semelhante ao texto constitucional de 1946, não se pode ignorar que os tempos são outros e o cuidado na escolha das palavras certas para consagrar o princípio teve um motivo forte: a manipulação da questão da competência durante os anos de ditadura militar. A final, como enfatiza Clèmerson Merlin Clève, “é preciso ter claro que a Constituição brasileira sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro.”⁴⁶

⁴⁵ “Dai que desde há muito se tenha considerado, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do princípio do ‘juiz natural’ ou ‘juiz legal’, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente. (...) Para corresponder a tais exigências importa assinalar ao princípio um triplice significado: a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e de sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo. c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem legal taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 322, 323. Neste sentido, ver ainda: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibañez e outros, 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 590; DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. *Corso di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1992, pp. 71 e ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a. 30, n. 30, pp. 174 e ss., 1998; DOTTI, René Ariel. “Princípios do processo penal”, *Revista dos Tribunais*, n. 687, jan., 1993, p. 257; SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 49 e ss.; MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1994, p. 56; TUCCI, Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 120 e ss.; KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, pp. 38 e ss.; AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 119 e ss.; SCHWAB, Karl Heinz. *Divisão de funções e o juiz natural*. Justitia. Trad. Nelson Nery Junior. São Paulo, a. 49, v. 139, jul./set., pp. 37 e ss., 1987; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense, 1990, pp. 23 e ss, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 117 e ss; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 487 e ss ; CLARÍA OLMEDO, Jorge A.. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 67 e ss., GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 48 e ss., ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 31 e ss., p. 190 e ss., e PENALVA, Ernesto Pedraz. *Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2000, pp. 190 e ss..

⁴⁶ “Define uma resposta para o passado, daí porque exige a transparência e a moralidade da Administração Pública, aposta na função social da propriedade, essencialmente da urbana, censura os juros bancários arrancados dos cidadãos desindexados, atualiza a Federação, investindo na descentralização, restringe os poderes do Executivo antes hipertrofiado, etc. Mas a Constituição representa também uma proposta para

Não foi por outra razão que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho recordou que a adesão irrestrita de Frederico Marques aos escritos fascistas de Vincenzo Manzini⁴⁷ permitiu que por muitos anos o juiz natural fosse pensado no Brasil como o juiz preconstituído em lei, sem que se fizesse menção a necessidade de ter sua competência definida segundo uma ordem taxativa.⁴⁸

Deste modo, é possível concluir que o constituinte de 88 com intuito de evitar tal manipulação não se restringiu a pronunciar “ninguém será privado de seu juiz natural”, ele foi mais longe e deixou claro que é direito fundamental do cidadão ser processado e julgado pelo seu juiz, com a competência definida em lei anterior à ocorrência do fato.

Além disso, deve-se ressaltar que ao ser tratado como direito ou garantia fundamental o princípio do juiz natural alcançou um lugar de especial dignidade no texto constitucional brasileiro, conforme ensinam as lições de Canotilho.

Segundo o constitucionalista português, as normas que asseguram tal espécie de direitos ou garantias ganham o que se pode nominar de “fundamentalidade” formal, na medida em que estão assentadas no grau superior da ordem jurídica; encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; constituem limites materiais à própria revisão e, por serem dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, e material por seu conteúdo ser constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.⁴⁹

o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para sociedade e o Estado. A república brasileira (a res publica), compreendida como comunidade nacional independente – momento da unidade – e constituída por classes e frações de classes sociais – momento do conflito –, desde o prisma jurídico, possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional. Cumpre buscar a efetividade desses comandos e esta é uma missão que não pode ser negligenciada por aqueles que pretendem trabalhar um direito alternativo.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”. *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, jun., pp. 48, 1993).

⁴⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: EJE, 1951, pp. 228 e ss.

⁴⁸ “Tal adesão, de alta periculosidade quando envolve autor do quilate do grande articulador teórico do nosso Direito Processual Penal, só poderia ter conseqüências funestas, como acabou ocorrendo com a posição do e. STF em relação à aplicação do art. 8º, do Ato Institucional n. 2, de 27.10.65, em que pese decisão histórica, anterior e contrária, no Conflito de Jurisdição n. 3.625, de Minas Gerais, onde era suscitante a Auditoria da Quarta Região Militar e suscitados o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, sendo relator o Ministro Aliomar Baleeiro, perante o Tribunal Pleno, em 22.02.67. (...) A reviravolta na posição do e. STF deu-se, definitivamente, com a edição da Súmula n. 526 (‘Subsiste a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a apelação, nos crimes da Lei de Segurança Nacional, se houve sentença antes da vigência do AI 2’), em 03.10.69.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. Org. Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001, pp. 204, 205.)

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49^c

Tal vem corroborado pelo fato de que o princípio do juiz natural figura como verdadeira cláusula pétrea no ordenamento constitucional pátrio, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, CF, impede que emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais sejam deliberadas, isto é, só uma nova ordem constitucional é capaz de privar os cidadãos brasileiros do direito ao julgamento pelo seu juiz natural.

Por fim, não se pode deslembrar que a Constituição brasileira é compromissória,⁵⁰ democraticamente condensadora de um compromisso entre as facções que participaram do jogo político que conduziu à sua elaboração e nesta perspectiva o princípio do juiz natural e os demais direitos fundamentais figuram como verdadeiras conquistas sociais no processo constituinte e, conseqüentemente, valioso foco de resistência em relação à restauração de uma prática violenta e opressora de poder.

Aliás, tal resistência assume grande importância em tempos atuais, em que o Estado foi minimizado e as conquistas da modernidade estampadas em nossa Constituição vêm sendo atropeladas pelo pensamento neoliberal. Até porque cada dia se torna mais evidente a substituição dos direitos fundamentais do cidadão pelos direitos do *homo economicus* (do homem do mercado, do consumidor), principalmente quando dizem respeito ao exercício da jurisdição, talvez a única capaz de escapar da comodidade do lugar comum e resgatar as velhas conquistas.⁵¹

2 O Incidente de Deslocamento de Competência e a Violação do Princípio do Juiz Natural

2.1 A Emenda Constitucional nº 45 e a modificação na competência da justiça federal

Em 08 dezembro de 2004, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 45, elaborada com intuito de alterar a organização e o rol de atribuições do Poder Judiciário para promover a sua tão esperada reforma.

Dentre as modificações concebidas pelos congressistas, encontra-se o novíssimo §5º, do art. 109, que estabeleceu a possibilidade do Procurador-Geral da República, nos casos de crimes praticados mediante grave violação dos direitos humanos e com a finalidade de assegurar o cumprimento de tratados internacionais, requerer ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento da competência da justiça comum estadual para a justiça comum federal.

⁵⁰ "Tese defendida inicialmente por Clémerson Merlin Clève, em "A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)". *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, jun., 1993.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 76.

Sabe-se que as competências da justiça comum estadual e federal são de ordem material, fixadas de acordo com a natureza do crime, tal como indicam os critérios chiovendianos⁵² adaptados ao processo penal por Giovanni Leone⁵³ e incorporados pela legislação processual penal brasileira.

Note-se que esta legislação, ao definir a competência penal, toma por base os parâmetros italianos delineados no Código Rocco de 1930 (que nesta matéria se reportava ao Código de 1914) e conseqüentemente a definição de crime estabelecida pelo Código de Zanardelli de 1889.

O conceito de crime adotado pelo Código Penal italiano do final dos oitocentos era aquele enunciado pela “escola clássica”, mais especificamente por Francesco Carrara, que estudava a conduta criminosa a partir do critério-objetivo.

Este criminalista italiano conceituava o agir criminoso como ponto de convergência entre duas forças, uma moral e outra física, a serem observadas sempre em sua causa (subjetivamente) e em seu resultado (objetivamente), isto é, ele estudava o crime a partir do sujeito e do resultado violador da lei alcançado por sua conduta.

Tal força moral do delito consistia subjetivamente na vontade inteligente do homem que agiu (que se expressa a título de dolo ou de culpa) e objetivamente no resultado moral intimidador, aliado ao mau exemplo produzido pelo delito entre os cidadãos.⁵⁴

Por outro lado, a força física considerada subjetivamente era representada pelo movimento do corpo realizado pelo agente para executar o desígnio perverso e objetivamente pelo resultado material violador do direito.⁵⁵

Desta maneira, segundo ele, os delitos deveriam ser imputados de acordo com sua qualidade, auferida pelo direito ofendido, sua quantidade, mensurada pela gravidade do dano causado pela conjunção das forças moral e física, e seu grau, determinado pela condição do sujeito ativo.

⁵² Giuseppe Chiovenda traduz os critérios de divisão de competência em: 1º) objetivo, 2º) territorial e 3º) funcional, a serem perquiridos na estrita ordem arrolada: “Extrai-se o critério objetivo ou do valor da causa (competência por valor) ou da natureza da causa (competência por matéria). (...) O critério territorial relaciona-se com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional. (...) O critério funcional extrai-se da natureza e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965, vols. II, pp. 154, 155).

⁵³ “Os critérios, com base nos quais nossa lei processual distribui a competência são três: a) matéria; b) lugar; c) função; dentre os quais resta excluído o critério do valor, sob o qual estava fundada uma ulterior especificação da competência em matéria civil”. (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, pp. 85 e ss).

⁵⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 75 e 76.

⁵⁵ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 75 e 76.

Ora, a partir dessa breve explicação é possível entender porque Giovanni Leone especificou que a competência material tem por base ora a índole do crime, que se determina pelo bem jurídico ofendido ou pela particular situação do sujeito ativo, ora a sua gravidade, que se consolida pela medida da pena.⁵⁶

Além disso, levadas em conta tais explanações, pode-se compreender por que o ordenamento jurídico brasileiro ao distribuir a competência material, localizada essencialmente no espaço constitucional, define uma competência política, atribuída ao Senado presidido pelo Presidente do STF, nos casos de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República e outras autoridades elencadas no art. 52, da CR; uma competência originária, atribuída aos tribunais que julgam as infrações penais praticadas por aqueles que possuem prerrogativa de função; uma competência em sentido lato, atribuída a todos os órgãos jurisdicionais das justiças militar, eleitoral e comum federal e estadual, e uma competência material em sentido estrito, que leva

⁵⁶ Nas palavras do autor: "A competência por matéria é dada pela repartição do poder jurisdicional penal entre os vários órgãos em consideração à índole ou à gravidade do crime. a) Há competência por matéria relacionada à índole do crime nos casos em que, independentemente da gravidade desse (representada pela medida da pena), a atribuição do poder jurisdicional vem feita em relação ao bem jurídico ofendido ou a uma particular situação do sujeito ativo (critério qualitativo). B) Há competência por matéria em relação à gravidade do crime nos casos em que a atribuição do poder jurisdicional é feita em contemplação da medida da pena, que é o único índice de gravidade do crime (critério quantitativo)." (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 85) [trad. da autora]. Ver, ainda, LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. Napoli: Jovene, 1960, p. 77; e LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1963, pp. 342 e 343. Na Espanha, após a entrada em vigor do Código de Penal, em 1985, estabeleceu-se que a competência material vai definida pela índole do crime (critério qualitativo) ou pela sua gravidade (critério quantitativo), a competência territorial, fixada de regra conforme o lugar de consumação do delito e subsidiariamente segundo o lugar em que são descobertas as provas materiais do delito, no lugar que foi preso o suposto culpado, o lugar de residência do suposto culpado ou em qualquer onde houver sido cometido o delito, e a competência funcional, definida de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional. (AROCA, Juan Montero; GÓMES COLOMER, Juan Luis; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional: proceso penal*. 10. ed. Valencia: tirant lo blanch, v. III, 2000, pp. 43 e ss). Na Alemanha, a (i) competência material se define levando em conta o tipo de delito ou a sua gravidade; (ii) a competência territorial pode ser ordinária geral, que se define de regra pelo lugar de cometimento do delito, e subsidiariamente pelo domicílio ou residência habitual do acusado, pelo lugar da prisão do acusado ou pela prevenção, e ordinária especial, fixada nos casos de delito contra a segurança do Estado e crimes de imprensa, extraordinária por conexão, relativa aos casos conexos, e extraordinária de encargo superior, referente aos casos em que houver impedimento do Tribunal competente por motivos fáticos, jurídicos ou por perigo da segurança pública; por fim, (iii) a competência funcional é tratada dentro do competência material. (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 58 e ss.). Ver, ainda, no mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 28 e ss. e SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Trad. Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Garagallo. 2. ed. Valencia: tirant lo blanch livros, 1999.

em consideração as especificidades dos crimes, tal como ocorre com o Tribunal do Júri e os Juizados Especiais Criminais, que julgam respectivamente tanto na esfera da justiça comum federal como estadual os crimes dolosos contra vida e os crimes de menor potencial ofensivo.⁵⁷

Aliás, neste sentido, é inevitável concluir que os parlamentares quando autorizaram a justiça federal a processar e julgar os crimes praticados em detrimento dos direitos humanos não se afastaram dos critérios anteriormente adotados pelo ordenamento brasileiro, pois fixaram esta nova competência de ordem material com base no bem jurídico ofendido.

Ora, sabe-se que com o advento da Constituição de 88 restou clara a preocupação do Brasil em proteger os direitos humanos previstos nos tratados internacionais,⁵⁸ isto é, em aderir ao movimento de internacionalização dos direitos humanos deflagrado no pós-guerra,⁵⁹ o que em tese serve de argumento para justificar a transferência da competência da justiça comum estadual para a federal quando o crime é cometido mediante violação desses direitos cujo cumprimento decorre de um compromisso assumido pelo país junto à comunidade internacional.⁶⁰

⁵⁷ Note-se que a competência material é definida essencialmente por regras de ordem constitucional, ou seja, localizadas no mesmo escalão da pirâmide normativa, o que pode causar aparentemente algum conflito em relação aos critérios que servem à sua fixação. Assim, basta operar com a “velha” teoria kelseniana acerca dos conflitos normativos aparentes, fazendo prevalecer os critérios estabelecidos em regras especiais sobre aqueles previstos em regras gerais. Ora, parece evidente que as regras gerais vêm estabelecer a competência material em sentido lato, portanto é preciso começar pelas especiais que prevêm a competência política e a originária ou por prerrogativa de função. V. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁵⁸ “No que se refere a posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que tão somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, e, especialmente, a partir da Constituição Federal de 1988, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.” (PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, pp. 171 e 172, 2005).

⁵⁹ “O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. (...) Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Inspirada por estas concepções, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.” (PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, pp. 171 e 172, 2005).

⁶⁰ V. PIOVESAN, Flavia. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, mai-jun, 2005, pp. 169 e 183.

Entretanto, o maior problema que se identifica nesta alteração constitucional não é propriamente a federalização dos crimes contra os direitos humanos, assunto que gera discussões intermináveis, até porque é débil a justificativa apresentada para tal medida, já que os Estados da federação têm igualmente o dever de assegurar tais direitos protegidos pelos tratados internacionais.

Também não se pode acreditar que a transferência dos casos criminais relativos aos direitos humanos para a justiça federal acabaria com a impunidade gerada pela corrupção ou pelo tráfico de influência facilitado nas instâncias locais, tais como as delegacias da polícia civil ou as varas criminais das comarcas. Infelizmente, as instâncias federais são da mesma maneira atingidas pela corrupção e pelas fraudes, veja-se o caso Rocha Mattos,⁶¹ e sem dúvida alguma suas respostas à violação dos direitos humanos não seriam melhores do que aquelas perpetradas pela polícia e justiça locais, inclusive porque essas instituições estão sem dúvida alguma mais próximas do caso e podem conhecer de maneira mais aprofundada os vários fatores que levaram à prática do crime.

Ademais, é preciso destacar que o deslocamento da competência poderia gerar uma marginalização da atuação dos Estados na proteção desses direitos e, conseqüentemente, uma falta de investimento na criação de instrumentos locais para combate à sua violação.

Contudo, como mencionado, o principal entrave causado pelo §5º, art. 109, não é a federalização das questões relativas aos direitos humanos, mas é o fato dele permitir o deslocamento da competência fixada de acordo com as regras previamente estabelecidas pelo ordenamento e, por conseqüência, autorizar de forma expressa a violação ao princípio do juiz natural.

2.2 A violação ao princípio do juiz natural promovida na fixação da competência para julgar os crimes praticados contra os direitos humanos

Os critérios prescritos pela Emenda Constitucional nº 45 para que seja provocado o incidente de deslocamento de competência são bastante vagos e evidentemente abrem espaço para a escolha do juiz que deverá processar e julgar os delitos praticados mediante violação dos direitos humanos.

Primeiramente, é preciso observar que o §5º, do art. 109, da Constituição, prescreve explicitamente que a transferência do caso penal da justiça comum estadual para a federal

⁶¹ “Por unanimidade, os desembargadores do TRF (Tribunal Regional Federal) da 3ª Região acolheram ontem, em sessão secreta, denúncia do Ministério Público e abriram processo para apurar a suposta existência de uma quadrilha formada por três juizes federais, policiais, advogados e empresários que negociava decisões na Justiça Federal paulista. O TRF manteve a prisão do juiz da 4ª Vara Criminal Federal, João Carlos da Rocha Mattos, e de outros oito acusados já presos, e determinou o afastamento das funções, até o final do julgamento da ação, dos juizes e irmãos Casem Mazloum, da 1ª Vara Criminal Federal, e Ali Mazloum, da 7ª Vara Criminal Federal.” (VALENTE, Rubens; VASCONCELOS, Frederico. “Tribunal acolhe denúncia e afasta juizes”. *Folha de São Paulo*, p. A12, de 20.12.2003).

em qualquer fase do inquérito ou do processo ocorrerá “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos” e dependerá de decisão do STJ sobre pedido do Procurador-Geral da República, fundado na necessidade “de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos” dos quais o Brasil seja parte.

Note-se que ao estabelecer as hipóteses de grave violação de direitos humanos como motivo capaz de suscitar o incidente de deslocamento de competência o legislador autorizou que o processamento de qualquer espécie de crime seja transferido para o âmbito da justiça federal, basta que o Procurador-Geral da República e o STJ entendam ter sido ele cometido contra os direitos humanos.

Ademais, sabe-se que os estudos sobre os direitos humanos jamais conseguiram definir com precisão esta categoria, pois não existe um rol taxativo desses direitos sequer um conceito que os delimite de forma pacífica.

É verdade que de Foucault⁶² a Dussel⁶³ os direitos humanos podem ser ponto de partida para discursos de resistência,⁶⁴ entretanto por seu conteúdo variável e fundado apenas num universalismo de confluência⁶⁵ podem servir também como bandeiras de discursos de manutenção como o neoliberal.

Tal como afirma Franz Hinkelammert, o império globalizado fala dos direitos humanos assim como os excluídos dele, nesses discursos a categoria ganha significações totalmente distintas, de um lado coincide com os direitos do possuidor e de outro com os direitos referentes à integridade corporal, à satisfação das necessidades e o reconhecimento de seu gênero, etnia e cultura.⁶⁶

⁶² FOUCAULT, Michel. *Face aux gouvernements: les droits de l'homme. Dits et Écrits*. Org. Daniel Defert et François Ewald, Paris: Gallimard, v. 4, 1994, pp. 707, 708.

⁶³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves e outros, Petrópolis: Vozes, 2000.

⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman. “O discurso dos excluídos: o encontro entre Dussel e Foucault”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre: Síntese, v. 38, 2003.

⁶⁵ “Para estar alerta de todos estos procesos de abstracción que amputan a la realidad y a los seres humanos concretos, un universalismo de confluencia, debe dar cuenta de todas aquellas situaciones en las que se producen estados de rechazo, de no reconocimiento y de marginación social. Por ello, debe ser consciente de sus límites y siempre tiene que estar en un permanente estado de vigilancia para evitar incurrir en esa lógica de cierre y blindaje que detiene el impulso de la emancipación humana. Cuando en cualquier tradición o cultura aparecen focos de resistencia que luchan por superar los límites establecidos por las instituciones y las mediaciones que estructuran un sistema u orden social concreto, y se trata de superar los obstáculos que impiden tanto desarrollar las capacidades humanas como disfrutarlas, se están dando elementos que contribuyen al desarrollo universal de la idea de dignidad humana.” (RUBIO, David Sánchez. *Universalismo de confluencia. derechos humanos y procesos de inversión. El vuelo de Anteo*. Org. Joaquín Herrera Flores e outros, Bilbao: Palimpsesto, 2000, p. 243).

⁶⁶ “La actual insistencia del imperio en los derechos humanos se refiere casi exclusivamente a tales derechos del propietario. Sólo los perdedores de la estrategia de la globalización siguen insistiendo en derechos humanos del ser humano mismo. son los derechos humanos del ser natural y corporal humano: del cuerpo hablante.” (HINKELAMMERT, Franz. J.. *La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de globalización. El vuelo de Anteo*. Org. Joaquín Herrera Flores e outros, Bilbao: Palimpsesto, 2000, p. 121).

Noutras palavras, não há uma definição precisa para os direitos humanos, não há simplesmente uma lista imutável deles, a delimitação de seu conteúdo depende sem dúvida alguma do arranjo estratégico dos jogos de poder que tornam um discurso hegemônico e apto a estabelecer quais são os direitos humanos numa dada sociedade.⁶⁷

Afinal, isto significa que ficará em última instância nas mãos do Procurador-Geral suscitar de forma discricionária (para não dizer arbitrária) o incidente de deslocamento de competência, pois não a lei não fornece parâmetros precisos para se verificar no caso concreto as condições capazes de ensejar tal pedido.

Além disso, não se pode deslembrar que o ocupante do cargo de Procurador-Geral da República é sempre nomeado pelo Presidente, tal como refere o art. 84, XIV, da Constituição, e sua atuação sofre inevitavelmente as influências políticas decorrentes dos vínculos responsáveis por sua indicação ao desempenho de tal função.

Deste modo, pode-se concluir que a decisão de provocar ou não o incidente de deslocamento de competência não está livre de ingerências do próprio Poder Executivo, que na ânsia de apresentar à comunidade internacional resultado na apuração de delitos de seu interesse pode pressionar o Procurador-Geral a suscitá-lo.

Aliás, tal se pôde observar no primeiro incidente levantado junto ao STJ para deslocar a competência da justiça comum do Estado do Pará para a justiça federal, no caso em que foi vítima de homicídio a missionária norte-americana Dorothy Stang.⁶⁸

Restou claro o desespero do Presidente da República frente à morte da freira que ficou conhecida por sua militância na defesa dos trabalhadores rurais em Anapu, no Pará, pois este episódio serviu para expor ainda mais uma das mazelas de seu governo: a falta de políticas para realização da prometida Reforma Agrária.

Então, premido a prestar contas à comunidade internacional e à própria sociedade brasileira pela sua negligência com a questão das terras, o Presidente entendeu que o processamento do caso pela justiça federal poderia trazer resultados mais satisfatórios a todos.

Ora, é evidente que autorizar quem quer que seja a escolher o juiz para o processamento de um caso penal, viola a garantia não só dos cidadãos, mas de toda a sociedade, de que ninguém será em hipótese alguma afastado de seu juiz natural.

É preciso dizer que neste momento a decisão do STJ foi bastante lúcida e negou a transferência do caso para a justiça comum federal do Pará, sob o

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 89 e ss..

⁶⁸ NAVARRO, Silvio; BRASIL, Kátia. "A Justiça expediu mandados de prisão de outros 5 amigos da freira assassinada, acusados da morte de trabalhador". *Folha de São Paulo*, A19, de 05.05.2005.

argumento de que não restara comprovado a desídia do poder público local na apuração dos fatos e, conseqüentemente, o risco de descumprimento de obrigações assumidas pelo país na ratificação de tratados internacionais.⁶⁹

Entretanto, o desfecho desta situação poderia ter sido diferente e a violação ao princípio do juiz natural poderia ter se concretizado, até porque em situações como essa sempre há os que reivindicuem a necessidade de ponderação dos valores constitucionais e argumentem que o direito ao devido processamento dos crimes praticados mediante violação dos direitos humanos deve prevalecer sobre a garantia do juiz natural.

O grande problema é que esta garantia tem como um de seus principais aspectos a exigência de uma ordem taxativa de competências que permita definir de maneira precisa o juiz natural das causas, isto tudo para evitar a escolha de um juiz mais conveniente para o caso.

Então, quando esta ordem é quebrada evidentemente a garantia se desnatura, o que implica dizer que o procedimento de ponderação de valores constitucionais não pode de forma alguma flexibilizar esta taxatividade sob pena de provocar a supressão da própria garantia e não a mera conformação dos valores como ensinam os métodos de resolução de conflitos de direitos fundamentais.⁷⁰

⁶⁹ "(...) 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 - STJ - 3ª Turma - Rel. Arnaldo Esteves Lima - j. 08.06.2005 - DJ 10.10.2005, p. 217).

⁷⁰ "Os exemplos anteriores apontam a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro (D1 P D2). Todavia uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2) C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 646, 647).

Com base nestas explicações, deduz-se que a Emenda Constitucional nº 45 nada mais fez do que fulminar a garantia do juiz natural ao permitir que a competência fixada de forma taxativa no ordenamento brasileiro pudesse ser modificada por um Tribunal.

Aliás, é preciso destacar que neste caso o legislador ultrapassou os limites de revisão do texto constitucional e criou o que se conhece como inconstitucionalidade material, isto é, por meio de uma emenda à Constituição fez inserir no seu texto elementos que aniquilam a sua própria identidade histórico-concreta.⁷¹

Ora, como restou demonstrado, a nova disposição do §5º, do art. 109, promove verdadeira supressão da garantia do juiz natural elencada no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição, na medida em que permite a escolha de juiz mais conveniente para o julgamento de certos casos penais.⁷²

Em suma, conclui-se que o incidente de deslocamento de competência no caso de crimes praticados mediante violação dos direitos humanos é materialmente inconstitucional, na medida em que afronta e aniquila a garantia do juiz natural quando abre espaço à manipulações na ordem de competências estabelecidas pelo ordenamento brasileiro.

⁷¹ "Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1130).

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 326.