

**RACHEL URQUIZA MEDEIROS SANTOS\***

**DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE  
DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA EM FACE DO  
PRINCÍPIO FEDERATIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas pelo Centro de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Luciano Mariz Maia

**João Pessoa  
2007**

---

\* Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ

## RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do Incidente de Deslocamento de Competência, inovação introduzida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º. 45/04. Cuida-se de instrumento processual pertinente ao julgamento de graves violações aos direitos humanos, visando assegurar o cumprimento de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. O dispositivo tem causado polêmica jurídica, em torno da tese de que estaria eivado de inconstitucionalidade por ferir o pacto Federativo. Objetivou o presente trabalho, portanto, desenvolver a temática dos direitos humanos e do direito constitucional, com vistas a atestar se haveria colisão do instrumento em testilha com o princípio do Federalismo, para os fins de comprovar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Foram utilizados os métodos dialético, dedutivo e histórico, fazendo-se uso ainda da técnica dogmático-instrumental, para solucionar a problematização apresentada. A exposição dos resultados da pesquisa se deu em três capítulos principais. No primeiro destes versou-se sobre os princípios jurídicos, sua definição, características essenciais, com enfoque nos princípios constitucionais. Inferiu-se existir certa hierarquia axiológica, latente no texto constitucional, entre os princípios fundamentais e os demais princípios gerais. Verificou-se, a despeito da regra de harmonização e da unidade da Constituição, que a colisão entre princípios é possível e se resolve pela aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses. No capítulo segundo, tratou-se sobre Federalismo, seu processo de formação histórica, as teorias que o definem e seus elementos constitutivos. Observou-se que o princípio que anima o Estado Federal na atualidade é o da cooperação entre os entes federados, com espeque na noção de subsidiariedade, ultrapassada a delimitação estanque de competências e a absoluta separação entre seus componentes. Estudou-se o federalismo brasileiro, com enfoque na regra de autonomia dos entes federativos, nos termos da Constituição. Observou-se que a regra da não intervenção do ente superior é suplantada, no texto constitucional, em exceções taxativas, relativas à segurança nacional e à estabilidade das instituições sociais, políticas e jurídicas. Constatou-se que o Federalismo brasileiro admite hipótese de intervenção federal para assegurar a observância de princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. No derradeiro capítulo analisou-se o Incidente de Deslocamento, com foco em seus requisitos constitucionais e no aspecto axiológico. Observou-se que o instrumento se funda em quatro pilares constitucionais, os princípios do Devido Processo Legal, da Prevalência dos Direitos Humanos, do Estado democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana. Sopesando estes fundamentos, em cotejo com o Princípio Federativo, concluiu-se que inexistente colisão entre princípios, pois que a realização de uns compreende a concretização do outro. Analisando-se a estrutura normativa constitucional e o fato de que a aplicação do dispositivo se processa através da proporcionalidade, percebeu-se não haver indícios de incompatibilidade com o texto constitucional e com outros princípios supremos. Diante destas constatações, enfim, o resultado obtido foi o da perfeita e irrefutável constitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência.

**Palavras-chave:** Princípios Constitucionais. Federalismo. Direitos Humanos. Federalização. Constitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....</b>	<b>8</b>
1.1 Noções preliminares .....	8
1.2 Da importância prática dos princípios no ordenamento jurídico.....	11
1.3 Da dissociação entre Princípios e Regras.....	13
1.4 Da colisão entre princípios: critérios para a solução do problema .....	17
1.4.1 <i>Proporcionalidade</i> .....	21
1.4.2 <i>Ponderação</i> .....	23
1.5 Dos princípios constitucionais.....	23
<b>CAPÍTULO II – DO PRINCÍPIO FEDERATIVO.....</b>	<b>28</b>
2.1 Conceituação .....	28
2.2. Origem histórica .....	30
2.3 Essência do modelo Federalista.....	35
2.4 Tipologia dos Estados federais .....	43
2.5 O Federalismo na República brasileira.....	45
2.5.1 <i>Breves notas históricas</i> .....	45
2.5.2 <i>Estrutura do federalismo tupiniquim</i> .....	47
2.5.3 <i>Intervenção federal</i> .....	49
<b>CAPÍTULO III – DA ANÁLISE DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA EM FACE DO PRINCÍPIO FEDERATIVO .....</b>	<b>52</b>
3.1 Notas introdutórias e natureza jurídica do instituto.....	52
3.2 Requisitos constitucionais de implementação .....	56
3.3 Dos fundamentos principiológicos do instrumento de federalização de competência jurisdicional .....	59
3.3.1 <i>O IDC e o Princípio do Devido Processo Legal</i> .....	59
3.3.2 <i>O IDC e Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos</i> .....	61
3.3.3 <i>O IDC e o Princípio da Dignidade da pessoa humana</i> .....	62
3.4 Do Incidente de Deslocamento de Competência em face do Princípio Federativo: há conflito de princípios? .....	65
3.4.1 <i>Da compatibilidade do instrumento de federalização e o modelo Federalista brasileiro</i> .....	66
3.4.2 <i>Da aplicação do IDC com base no Princípio da Proporcionalidade</i> .....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

O Congresso Nacional promulgou, em dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº. 45, que trouxe a chamada "Reforma do Judiciário", tendo como principal motivo tornar mais célere a função jurisdicional no país.

Uma das mais relevantes inovações introduzidas na Constituição Federal por essa emenda fora a instituição do instrumento de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal em casos de julgamento de graves violações aos direitos humanos, visando assegurar o cumprimento de tratados internacionais dos quais seja o Brasil signatário (novel parágrafo 5º acrescido ao art. 109, da competência dos juízes federais).

Trata-se do chamado Incidente de Deslocamento de Competência, de iniciativa privativa do Procurador-Geral da República, e que consubstancia um evento de federalização das graves violações aos direitos humanos.

A possibilidade de federalização tem o escopo de trazer para o âmbito da União o cumprimento de obrigações relativas à erradicação de crimes contra direitos humanos contidos em Tratados Internacionais e de impedir a estagnação na elucidação de determinados crimes pelas autoridades locais, às quais muitas vezes faltam tecnologia e interesse na apuração dos fatos.

É antiga a luta de organizações de defesa da pessoa humana para instituir no Brasil a federalização dos crimes contra os direitos humanos, o que resultou na inclusão da proposta no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 1996. No espaço legislativo, a primeira iniciativa materializou-se com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº. 368-A/96, do Poder Executivo, que acabou sendo incorporada à PEC 96/92 (mais tarde PEC 29/00, no Senado), a famigerada Reforma do Judiciário, convertendo-se, oito anos depois, na Emenda Constitucional em disceptação.

A construção da tese da federalização dos delitos contra os direitos humanos encontrou substrato na escalada da violência e da impunidade em várias regiões do país, que fez crescer as pressões internacionais sobre o Governo federal, comprometido, no plano externo, com o cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados que ratifica.

Esse cenário negativo acabou por ser o catalisador que faltava para o efetivo estabelecimento de uma nova vertente processual para a defesa dos direitos da pessoa humana consolidados nos documentos de proteção internacional.

Todavia, esse novo §5º do art. 109 do texto constitucional tem causado certa polêmica no meio jurídico, opondo-se a tese de que o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) estaria possivelmente eivado de inconstitucionalidade, ao argumento de que feriria o pacto Federativo.

Alega-se que o incidente de federalização cria uma exceção à regra de autonomia dos Estados-membros, no tocante à competência jurisdicional. Desta forma, provocaria, *prima face*, aparente choque com o Princípio federativo, cláusula pétrea constitucional, fundado na autonomia dos entes federativos, na expressa delimitação de competências e na independência das instituições estatais.

Tendo a modificação no sistema constitucional brasileiro causado imenso impacto no modo como o Judiciário haverá de operacionalizar as efetivas garantias dos direitos humanos fundamentais, é urgente aprofundar a reflexão neste respeito, de modo a contribuir para um entendimento que melhor realize a finalidade da norma.

O presente trabalho revela-se, portanto, assaz oportuno, na medida em que busca inserir, no meio acadêmico, pioneiro estudo sobre o tema da federalização dos direitos humanos em caráter principiológico e normativo.

A oportunidade do estudo se revela, incisivamente, no fato de que o dispositivo, embora preservando a competência da Justiça Estadual, revela um traço muito polêmico, o de funcionar como um supedâneo da intervenção federal no exercício da jurisdição dos entes federativos, a ser adotado quando houver inépcia dos órgãos locais. Isto é, em face da desídia ou incompetência do Estado-membro, encontra lastro a adoção de expediente que, numa análise perfunctória, agride o pacto federativo e menoscaba o Poder Judiciário e os órgãos persecutórios estaduais, sendo, por tal motivo, passível de inconstitucionalidade.

É de se dizer ainda que o Poder Judiciário ficará sob forte pressão das forças sociais, notadamente da imprensa, a fim de que desloque a competência para a Justiça Federal, sendo que eventual julgamento improcedente por parte do Superior Tribunal de Justiça pode ser alardeado como incentivo à impunidade. Enfim, corre-se o risco de o pacto federativo ficar ao sabor de fatores e interesses extra-jurídicos, sem as necessárias objetividade e certeza, donde se extrai a relevância e oportunidade do estudo que se pretende realizar.

Assim sendo, o objeto do presente trabalho monográfico entremostra-se de absoluta relevância dogmática, eis que cuida de temática de acentuado relevo constitucional, concernente ao conflito de competência entre as esferas do Poder Judiciário, em âmbito

estadual e federal, em torno do julgamento de crimes de graves violações aos direitos humanos.

Trata-se, ademais, de um trabalho que se volta para a questão dos princípios constitucionais, assunto constantemente em pauta na doutrina nacional e estrangeira, adentrando no mérito de sua aplicação, importância, natureza normativa e, sobretudo, sobre os conflitos principiológicos, solucionáveis pela idéia de ponderação de interesses.

Por fim, cuida o trabalho monográfico de matéria suscitada mas ainda não apreciada no Supremo Tribunal Federal. Destarte, considerando que ainda impera a incerteza sobre a constitucionalidade do instituto em testilha, os resultados ao final expostos contribuem à dogmática do Direito Constitucional, em especial quanto ao âmbito de competência da Justiça Federal.

Dentro desse contexto, pois, o presente trabalho tem por escopo específico aprofundar a discussão acerca da compatibilidade da chamada federalização dos crimes contra os direitos humanos com o texto constitucional precedente à Emenda Constitucional nº 45/2004, de forma que se busca fazer uma análise pautada nas “vigas mestras” do ordenamento jurídico pátrio, máxime o princípio federativo.

Objetiva o presente trabalho, portanto, desenvolver a temática dos direitos humanos e do direito constitucional, com o desiderato de atestar se haveria uma colisão dos princípios fundadores do instrumento em testilha e o princípio do Federalismo. Busca-se, ademais, comprovar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma constitucional veiculadora do Incidente de Deslocamento de Competência em face do texto original da Carta Magna.

Para os fins de verificar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do IDC em face do princípio fundamental federativo, necessário de faz discorrer sobre a matriz axiológica e epistemológica do instituto com vistas a alcançar sua qualificação no sistema normativo-constitucional.

Neste contexto, utilizando-se dos métodos dialético, dedutivo e histórico, e fazendo-se uso ainda da técnica dogmático-instrumental, as seguintes hipóteses serão submetidas à comprovação: se a instituição do Incidente de Deslocamento de Competência fere o Princípio Federativo; se a idéia de proporcionalidade e ponderação de interesses são postulados adequados a solucionar este aparente conflito de princípios/normas constitucionais; e, sobretudo, se o instrumento de federalização jurisdicional em caso de graves violações aos direitos humanos pode ser dotado de inconstitucionalidade.

Importa esclarecer que a exposição das constatações alcançadas fora organizada em torno de três capítulos principais.

No primeiro deles, se fará uma abordagem sobre a questão dos princípios jurídicos, suas características essenciais, distinção com as regras, aprofundando-se no tocante aos princípios constitucionais e à possibilidade de haver colisões entre si.

No capítulo seguinte, se discorrerá sobre o princípio federativo, como um modelo estrutural do Estado brasileiro, traçando-se as origens históricas e os principais elementos que definem o federalismo brasileiro, com enfoque para as possibilidades de intervenção federal.

Por fim, o capítulo derradeiro trata especificamente do Incidente de Deslocamento de Competência, através de um estudo aprofundado sobre os conceitos e requisitos que lhe dão forma, com destaque para os princípios que lhe conferem robustez constitucional, arrematando com o confronto desta norma com o Pacto federativo.

Com base no esforço dialético empreendido, mas, todavia, sem pretensões de esgotar a teoria sobre o objeto de estudo, as constatações adiante apresentadas revelam-se de grande contribuição ao meio acadêmico, notadamente pela escassez doutrinária sobre este tema específico, e à coletividade em geral, tendo em vista as demandas sociais que clamam pelo fim da impunidade e pela efetiva garantia e segurança os direitos humanos no país.

## CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

### 1.1 Noções preliminares

O sistema normativo, na sua concepção moderna, pode ser compreendido, em linhas gerais, como o conjunto de regras e princípios que orienta determinado espaço territorial em um dado momento histórico. Referidas regras e princípios figuram, dentro do corpo sistemático do Direito Objetivo, como categorias ou espécies do gênero *norma jurídica*, eis que inteiramente superada a distinção que outrora se fazia entre normas e princípios.

Com efeito, na teoria dogmática moderna consolidou-se o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, são enquadráveis em duas categorias diversas: as *normas-princípio* e as *normas-disposição*, como assim denomina o Prof. Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>.

As normas-disposição, ou regras, conforme se queira nomear, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, são concebidas como dispositivos dotados de excessivo abstracionismo e plasticidade interpretativa, de forma a permitir uma amplitude de aplicação manifestamente superior às regras.

Enveredando pelo estudo infundável dos princípios jurídicos, é possível constatar, na Ciência do Direito, um acervo significativo de termos usualmente empregados na tentativa de fornecer a sinonímia para estas fontes jurídicas: axiomas, valores, mandamentos, dogmas, bases do sistema, entre tantas outras.

Referidos dizeres, como se constata, apreendem à sua maneira cada uma das inumeráveis vertentes que a palavra *princípio* pode suscitar ao seu intérprete. Trata-se de um conceito de ampla significação e de definição quase que intuitiva, ínsita ao ser intelectual, na medida em que, no primeiro contato, já desperta a noção de algo que revela estima e importância, por *principiar*, ou servir de fundamento inicial.

A partir do sentido etimológico da palavra princípio, podemos depreender que este, por vir do termo latino *principium*, enuncia a idéia de começo, de origem, circunstância que nos leva a antever que o princípio deve ser tido como o vetor originário de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141.

Neste contexto, sendo certo que inúmeros teóricos do Direito já cuidaram de definir a categoria dos princípios jurídicos, e considerando a extrema valia que tais definições representam no universo doutrinário, nos servimos de algumas delas, no intuito de enriquecer o conteúdo do presente trabalho.

Assim sendo, colacionamos a insuperável conceituação dada pelo Prof. Humberto Ávila, notório estudioso da temática dos princípios, que assim os define:

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.<sup>2</sup>*

Referida definição, conforme se infere do texto colacionado, destaca o aspecto da ponderação como instrumento necessário à aplicação de um dado princípio a uma situação concreta, a partir da correlação entre a situação que demanda solução e os fins perseguidos pela norma jurídica.

De igual densidade, mas fundada em uma noção mais ampla e menos palpável do que essa, porém de não menos importância, é a definição do Prof. Espínola Filho, referenciado na obra de Vicente Ráo, que assim transcreveu suas palavras:

*Os princípios gerais do direito são os que correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (natureza das coisas), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos; têm um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica.<sup>3</sup>*

Nesta definição, o autor assevera a conotação de intensa abstratividade e plasticidade conceitual dos princípios, que remanescem como diretivas perenes a regular diferentes situações concretas, se amoldando constantemente às recorrentes mudanças sociais.

Em linhas gerais, verificam-se duas correntes doutrinárias que buscam definir os princípios, conforme ilustra o professor Humberto Ávila.

---

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78.

<sup>3</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 303.

A primeira corrente sustenta que os princípios são normas de acentuado grau de abstração e generalidade, e cuja normatividade dirige-se a um número indeterminável de situações no campo dos fatos reais juridicizados. Por tais características, que os conferem fluidez e indeterminação, a aplicação dos princípios sempre estaria influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador.

Ainda segundo a doutrina em comento, a esta categoria se contraporiam as regras, as quais denotam um maior grau de especificidade, em detrimento de uma abstração minorada e que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete. Essa é a teoria clássica do Direito Público, que imprime a concepção dos princípios como os alicerces, as vigas-mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos<sup>4</sup>.

A segunda corrente doutrinária, capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, sustenta que os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em seu suposto normativo, de forma definitiva, a conduta prescrita como obrigatória, permitida ou proibida, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção. Essa vertente doutrinária, conhecida como a teoria moderna do Direito Público busca instituir a noção de princípio a partir de sua delimitação em oposição à regras, partindo do critério relativo ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles<sup>5</sup>.

A diferença quanto ao modo de aplicação residiria no fato de que as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o fato concreto com a hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência; os princípios, a seu turno, estabeleceriam deveres provisórios e seriam aplicados mediante ponderação, na medida em que caberia ao aplicador atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto.

No que toca a diferença quanto ao modo de solução de antinomias, tem-se, segundo a teoria em tela, que enquanto o conflito entre regras ocorre no plano abstrato, é necessário e implica declaração de invalidade de uma delas caso não seja aberta uma exceção, o conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto, é contingente e não implica declaração de invalidade de um deles, já que se verifica no plano da eficácia circunstancial, de forma que haveria somente a prevalência de um sobre o outro naquela situação específica.

---

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 84. [NOTA 2].

<sup>5</sup> *Idem, Ibidem;* p. 87. [NOTA 2].

Em que pesem os acertos de ambas as teorias, cujo cerne reside na questão da diferenciação entre regras e princípios, a qual retomaremos mais adiante, é certo que a moderna concepção desta categoria normativa relaciona-se, diretamente, com a idéia de valores, aos quais se atribui a feição de fim a ser protegido, por imposição de condutas que seriam adequadas à sua realização.

O fato é que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um *estado de coisas*<sup>6</sup> que se quer promover. No entanto, os princípios tomam uma projeção que, de certo modo, os afasta dos valores, os quais se situam no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. Isto porque os princípios atribuem a estes elementos a qualidade de exigibilidade, eis que se situam no plano normativo, ou no campo do “*dever ser*”, de forma que, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual do estado de coisas que ostentam em seu bojo. Seriam os princípios, pois, valores em movimento dinâmico.

À guisa de conclusão do raciocínio, a idéia de princípios está intimamente ligada à noção de fundamento, base, pressuposto teórico que orienta determinado sistema. Os princípios são linhas mestras sobre as quais se arrima todo um sistema de conhecimento humano. Nos dizeres do prof. Barroso, “*os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto do direito positivo.[...] tem-se aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação*”<sup>7</sup>

## 1.2 Da importância prática dos princípios no ordenamento jurídico

Realizada a necessária sistematização preliminar, importa, noutro giro, destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional - onde estão mencionados expressa ou implicitamente - para se que apontem quais as suas finalidades e destinações. Neste contexto, necessário se faz empreender uma análise das

---

<sup>6</sup> O professor Humberto Ávila, em obra já referenciada, define o estado de coisas como “*uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação*”. p. 74 [NOTA 2].

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* . p. 143 [NOTA 1].

principais características que tais axiomas encerram para, enfim, alcançar as funções que desempenham no ordenamento jurídico pátrio.

O professo Canaris, citado pelo mestre Martsung Alencar, observa como características básicas dos princípios as seguintes:

*Não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição - a decisão do julgador pode ser válida e eficaz, mesmo quando baseada em princípio singular que poderia levá-lo a uma decisão antagônica; Não têm a pretensão de exclusividade - diversas vezes os princípios estão conectados; uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada com outro princípio; Ostentam seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas - devem ser analisados de forma plena, e na da aplicação de um ou mais princípios se tenha em mente e faça parte da decisão final a ponderação dos demais princípios contrapostos e limitativos. Deve-se buscar os limites existentes entre os princípios, pois estes só adquirem seu significado próprio quando se ligam entre si, para, a partir de várias premissas, adequarem-se ao caso concreto; Precisam, para sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio - os princípios não existiriam sem outros sub-princípios e valorações de conteúdo material, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo ser normativamente consolidados ou normativizados.<sup>8</sup>*

Por constituírem categorias jurídicas dotadas de profunda abstração, mutabilidade, imperatividade e amplo raio de aplicação, os teóricos outorgam aos princípios a aptidão para desempenhar as funções fundamentadora, interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa no ordenamento jurídico.

Tem-se, em linhas gerais, que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo pessoal - contaminado, sobretudo, pelas conveniências políticas - e assim reduzindo a discricionariedade do intérprete, impondo-lhe o dever de se remeter ao seu conteúdo para motivar seu convencimento.

Destarte, cabe-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação e reorganização de um dado Estado.

Em segundo lugar, aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo. Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre

---

<sup>8</sup> CANARIS, Claus *apud* ALENCAR, Martsung. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema.

E, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.

A crescente valorização dos princípios pelos teóricos do direito, aqui e alhures, decorre da constatação de sua evidente importância enquanto normas dirigentes, em um dado ordenamento jurídico. Esta normatividade dos princípios, ainda que por tempos negada pela doutrina jurídica, atualmente é teoria defendida sem maiores oposições.

Com efeito, da atribuição, outrora exposta, de que constituem uma dentre as categorias das normas jurídicas, decorre que os princípios se tornam detentores de positividade e vinculatividade, o que lhes confere a qualidade de normas que obrigam e possuem eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, tais como as regras, ou mesmo os princípios derivados de princípios mais abstratos.

De fato, os princípios jurídicos não mais são vistos como enunciados vazios, desprovidos de aplicabilidade concreta. Ao revés, são tidos como prescrições normativas aplicáveis imediatamente à resolução de determinada tensão social, sobretudo na fase interpretativa-constitucional vigente. Os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja atribuído o enfoque, foram reconhecidos em seu intenso grau de juridicidade, de forma que deixaram de desempenhar um papel secundário, para passar a protagonizar o ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante.

### **1.3 Da dissociação entre Princípios e Regras.**

Importa ainda, no estudo dos princípios jurídicos, dentro do ordenamento jurídico-constitucional positivado, deter um momento de atenção à questão da distinção entre as categorias que constituem e encerram o gênero denominado norma jurídica. Com efeito, esta discussão ganha grande destaque na doutrina nacional e alienígena, de sorte que se verificam, na atualidade, uma numerosidade de critérios catalogados como métodos de distinção entre regras e princípios.

Numa primeira análise, a diferenciação entre estas categorias jurídicas passa pela noção de que os princípios jurídicos podem ser realizados ou concretizados em diferentes graus, variando segundo condições fáticas e jurídicas. O mesmo princípio, deste modo, terá diferentes graus de aplicação na resolução de situações da vida cotidiana. O valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação fática, poderá ser diverso em outro caso, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada naquela situação. Já as regras jurídicas, normas que prescrevem uma dada situação ou impõem um determinado comportamento, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, não deixando margem à graduação de aplicação.

É permitido apontar, ademais, que as regras, ordinariamente, possuem um grau de concretização maior, dado que regulam o fenómeno jurídico com um grau menor de abstração, enquanto os princípios estabelecem pautas de comportamentos, de valores, a serem seguidos na aplicação das regras em geral, sendo elementos informadores destas.

Por outro lado, enquanto o conflito entre regras é abstrato, necessário – já que terá de ser aberta uma exceção - e situado no plano da validade, eis que se resolve com a decretação de invalidade de uma das regras envolvidas, a antinomia entre princípios só ocorre diante de determinadas circunstâncias concretas, é contingente – e não necessário - e situa-se no plano da eficácia, tendo-se que ambos os princípios mantêm a validade após o conflito.

No contexto dos critérios oferecidos pela doutrina constitucionalista, importa destacar a enumeração realizada pelo Professor Canotilho, que vislumbra, entre os critérios distintivos entre normas e princípios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;*
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.;*
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);*
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;*

*e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>9</sup>*

O professor Humberto Ávila, apresentando posicionamento complementar ao método colocado pela teoria moderna do Direito Público, encabeçada por Dworkin e Alexy, entende que o elemento *ponderação* não serve para distinguir uma e outra categoria. No seu entender, a aplicação ponderada não seria privilégio somente dos princípios, dotados que são de abissal abstração e de constante tensão e complementaridade com outras normas.

Defende, outrossim, que também as regras, muito embora tenham um conteúdo descritivo, pautado na definição da conseqüências imediatas de sua aplicação, não dependem somente de um processo de mera subsunção entre fato e norma. Considerando que ao aplicador são colocados dados normativos e dados da realidade, necessário de faz empreender uma *teoria argumentativa* tendente a conformar as circunstâncias do caso concreto ao texto legal, notadamente quando a regra não encontrar campo fértil para imediata aplicação, quando não coincidam o fato e a hipótese. Seria, pois, este processo uma nítida operação de ponderação. Neste sentido, assevera:

*A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto metido tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas conseqüências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as conseqüências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.*

*A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio de ato de aplicação.<sup>10</sup>*

O ponto nodal a considerar, neste aspecto, é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais no momento de sua aplicação. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1034.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 71-78. [NOTA 2]

feita sem obstáculos, de forma ampla, na medida em que os princípios estabelecem um fim a ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento humano necessário para tal.

Já no caso da regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita dentro dos limites já traçados, eis que a própria regra funciona como razão para adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto.

No tocante aos critérios apontados em sua teoria, cumpre trazer-los à colação, pela forma didática como empreendem a distinção entre as categorias normativas consistentes entre princípios e regras.

O primeiro instrumento de dissociação, que define como *critério da natureza do comportamento prescrito*, orienta que as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um fim específico, para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade formal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

O segundo critério, pautado na *natureza da justificação exigida*, diferencia regras e princípios a partir da percepção de que a interpretação e a aplicação das regras, que detém essência descritiva, exige uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios, onde a tônica é finalística, demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Por fim, enuncia o *critério da medida de contribuição para a decisão*, a partir do qual é possível distinguir as regras dos princípios quanto ao modo com como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, por abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Isso se dá justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de

antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes.

Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, com nítida pretensão terminativa, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.

#### **1.4 Da colisão entre princípios: critérios para a solução do problema**

Inserida dentre um dos aspectos que fazem destoar regras de princípios, a temática da colisão entre estes revela suma importância para o alcance dos objetivos almejados no presente trabalho, pelo que se mostra necessário dispensar um tópico específico, a fim de aprofundar este assunto, notadamente no tocante aos princípios constitucionais.

É possível que em um mesmo sistema jurídico constitucional tenhamos princípios que se encontrem em rota de colisão com outros. Entretanto, o fenômeno moderno da constitucionalização dos princípios jurídicos e da consolidação de uma cultura de eficácia vinculante dos princípios constitucionais enseja uma estruturação dos mecanismos de resolução das colisões entre os valores constitucionais, bastante correntes em uma Constituição aberta e prolixa como a brasileira, que alberga um sistema jurídico constitucional extremamente dinâmico.

O fenômeno da tensão entre princípios, expressos ou implícitos, em Cartas Políticas promulgadas através de processo democrático, como a brasileira, consiste em realidade lógica, decorrente, necessariamente, da existência de valores emanados dos diversos setores sociais que ali se encontram encartados. Há, pois, de se esperar, a despeito da existência de um plexo de diretrizes interdependentes, harmonicamente entrelaçadas por força do processo de pacificação política proposto no texto constitucional, que, ocasionalmente, no plano concreto, tais postulados venham a colidir.

Neste caso, todavia, os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem dar resposta às situações de colisão frontal entre dois ou mais princípios constitucionalmente válidos, já que a solução de conflitos entre estes deve vencer o prisma da validade e alcançar a idéia de densidade e de peso dos valores em choque.

A este respeito, transcrevam-se as palavras do jurista Augusto Zimmermann, que com a costumeira maestria, pontua:

*Tendo-se em conta o simples fato de que constituições escritas requerem algum tipo de configuração lógica, podemos considerar que o ordenamento constitucional necessita de estar dotado de algum tipo de razoabilidade prática. Obviamente, isso demandaria a necessária harmonização não apenas de regras jurídico-constitucionais, mas, para ainda mais adiante, o estabelecimento de mútua convivência entre os princípios da constituição.*

*Como haveríamos de esperar, os próprios princípios constitucionais poderão, em determinado caso concreto, entrar em conflito. Isso, contudo, não significa necessariamente a prevalência de um certo princípio sobre o outro, ou, do mesmo modo, que alguns deles venham a ser considerados como inconstitucionais.*

*Na realidade, a própria lógica sistêmica da constituição deveria ser ponderada pelo intérprete, na medida em que os princípios são recebedores de mandatos de otimização que se correlacionam à valoração intrínseca dos mesmos. Isso demonstra uma certa existência pluralista dos métodos de interpretação constitucional, aonde a adoção de determinados princípios dependerá de circunstâncias não apenas formais, mas também materiais uma vez que relacionadas ao 'mundo da vida'.<sup>11</sup>*

Quando se verifica a ocorrência de conflito entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se aplicar, a rigor, admitindo-se raras exceções, o critério que determina a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, bases estruturais do Estado de Direito introduzido pela Carta Magna, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa.

Entretanto, sendo certo que os princípios encerram uma carga valorativa acentuada, enraizados na ordem jurídica como bases estruturantes, na hipótese de conflito concreto, verificado em uma dada circunstância contingencial, não se pode conceber a preponderância de um sobre outro, a ponto de extirpá-lo do ordenamento.

Isto porque, uma vez inseridos na lógica sistemática do texto constitucional, devem ser aplicados na máxima medida, por serem normas de otimização dos ideais que encerram. Destarte, deve sempre imperar uma convivência harmônica entre si, de forma que, mesmo em caso de contradição, a prevalência necessária do postulado sobressalente não represente a invalidade do outro - que apenas ocasionalmente teve sua aplicação mitigada, em um processo de limitação recíproca, ponderada.

---

<sup>11</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Princípios fundamentais e interpretação constitucional. Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional*. Disponível em [http://www.achegas.net/numero/nove/agosto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/agosto_zimmermann_09.htm)> Acessado em 25/08/2007.

A teoria do direito ensina que, no caso de entrecruzamento entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer. A primeira delas corresponde ao fato de que a realização do fim instituído por um princípio sempre leva à realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios interdependentes, cujos fins almejados encontram realização mútua. Nessa hipótese não há limitação recíproca entre princípios, mas reforço entre eles, sendo que, neste caso, há o dever de realização normativa na medida necessária à implementação do fim instituído pelo princípio coincidente.

A segunda hipótese concerne ao caso em que a realização do fim instituído por um princípio leve apenas à realização de parte do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios parcialmente imbricados. Nesse caso, ocorrem limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de colisão.

A terceira hipótese, afinal, versa sobre a possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios que apontam para finalidades alternativamente excludentes. Nestas situações, não se verifica a limitação e complementação recíproca de sentido. Os dois devem ser aplicados na integralidade de seu sentido, porquanto normas de otimização que o sejam.

A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição circunstancial de um deles. Essa situação é semelhante, portanto, ao caso de colisão entre regras. Entretanto, embora evidente semelhança, não se cuida de verdadeira antinomia, dado que não é possível aplicar puramente os critérios clássicos para resolução de conflitos entre regras.

Quando tal hipótese se verifica, a única forma existente para compatibilizar o exercício simultâneo de dois princípios constitucionais é o sacrifício, muito embora provisório, de um em benefício do outro. Para adequar um princípio ao outro deverá haver o mínimo possível de restrição, de forma parcimoniosa, salvaguardando a essência dos direitos constitucionais envolvidos.

Esta peculiaridade que acomete a situação de conflito entre princípios decorre do fato de que estes são dotados de uma dimensão de peso, o que os diferencia, em definitivo, das regras jurídicas. Ocorre que os valores contidos em princípios estão latentes, sempre aptos a alcançar uma interpretação razoável para os casos concretos, mas necessitados de serem previamente ponderados.

Qualquer tipo de colisão entre os princípios constitucionais, neste sentido, demandaria a complexa avaliação sobre os valores intrínsecos a estes mesmos princípios, de modo a estabelecer um ajustamento derivado da percepção de qual dos fins deve ser privilegiado na situação concreta. Por meio deste tipo de ajustamento, o intérprete da

constituição não haverá necessariamente de se recusar a reconhecer um determinado princípio qualquer, mas revelar uma capacidade de adaptação em relação às diversas possibilidades interpretativas do caso concreto.

Sendo certo que a colisão entre princípios constitucionais não se dá no plano abstrato, onde sempre estarão harmonizados, sua resolução compreende a análise das circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado.

A tensão se resolve, segundo a doutrina, de duas formas principais, as quais, a bem da verdade, não se mostram excludentes, mas complementares. A primeira delas funda-se no princípio da concordância prática ou da harmonização, pensado por Konrad Hesse; a segunda, baseia-se na idéia da dimensão de peso ou importância, dos estudos de Dworkin.

O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, sugere que os direitos fundamentais e valores constitucionais devam ser harmonizados no caso concreto por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

Nesse diapasão, segundo o teórico Leonardo Tovar:

*a concordância prática pode ser enunciada da seguinte maneira: havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão<sup>12</sup>.*

O que o método imprime, pois, é a noção de que deve ser buscado o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

O segundo critério tem como principal expoente Ronald Dworkin, que, em sua obra *Taking Rights Seriously*, afirma que *os princípios possuem uma característica que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância<sup>13</sup>*. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

No dimensionamento do peso ou importância dos princípios, haveria, pois, única resposta correta para os casos difíceis, obtida a partir da constatação de qual dos fins

---

<sup>12</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>.

<sup>13</sup> *Idem, Ibidem*; [NOTA 12].

valorativos em colisão tem maior densidade, devendo, pois, prevalecer. Percebe-se, pois, que esta teoria adota como premissa a possibilidade de efetiva colisão concreta entre princípios, hipótese que a tese da harmonização de Hesse busca rechaçar, sob o argumento de que inexisteriam antinomias entre postulados constitucionais.

A tese amplamente aceita no cenário jurídico nacional, todavia, é a da complementação entre as duas teorias levantadas. Assim sendo, admite-se a noção de dimensão de “peso” típica dos princípios, sendo que o que impera, ante ao princípio da unidade da Constituição, é o tônica da harmonização de interesses em conflito circunstancial. A tensão se resolve, assim, mediante aplicação da ponderação de interesses opostos e do princípio da proporcionalidade, determinando qual destes interesses possui maior peso no caso concreto.

#### 1.4.1 Proporcionalidade

O emprego do critério da proporcionalidade, enquanto medida de solução de conflitos normativos, remonta o intérprete à etimologia da palavra *proporção*, que significa, no verbete Aureliano, “*relação entre as qualidades de um objeto, no que respeita à dimensão, tamanho, configuração e simetria, tendo em conta uma hipotética harmonia que existe, ou deve existir, entre elas; igualdade entre duas razões*”.

A idéia de proporção é recorrente na ciência jurídica, onde é concebida como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um dos princípios (interesses) em colisão a sua proporção de aplicação, conferindo-lhes maior ou menor densidade em face do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, sendo que tanto um quanto o outro têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No dizer do Prof. Humberto Ávila, a proporcionalidade deve ser concebida como um *postulado*, o qual, por sua vez, compreende uma terceira espécie do gênero *norma jurídica*, juntamente com os princípios e as regras. Assim, postulados normativos seriam *normas metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras*

*mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos como base em critérios*<sup>14</sup>.

No tocante à aplicação do princípio (ou postulado) da proporcionalidade, torna-se indispensável tanto a determinação do fim específico protegido pelo princípio jurídico - o qual se compreende como um estado desejado de coisas - quanto a utilização de determinados elementos que permitem a compreensão definitiva sobre qual das diretrizes em confronto deve se sobressair no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade é, assim, constituído pelos subprincípios da *adequação* dos meios, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Importa, pois, fazer um breve apanhado conceitual acerca de cada um deles.

Pelo subprincípio da adequação entende-se que devem ser adotadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que se pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei. Isso exige que o aplicador utilize um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim.

O subprincípio da necessidade exige que o Poder Judiciário escolha, dentre as medidas disponíveis para a consecução do fim, aquela que for menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enfim, exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois, o julgamento daquilo que será considerado como vantagem ou desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Desta forma, um meio será proporcional quando o valor da promoção do fim for superior ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade de restrição dos direitos fundamentais.

Assim sendo, observados os elementos de aplicabilidade do postulado da proporcionalidade, nota-se o seu grau de importância atual enquanto método de solução de choques de princípios. Tal instrumento desempenha um notório papel estruturante à aplicação

---

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 181. [NOTA 2].

de normas jurídicas, na medida em que torna evidente à percepção do jurista os limites de aplicação de um e outro princípio em colisão concreta, por elucidar qual destes atende aos reclamos da situação problemática posta à solução, por adequação aos fins intrinsecamente protegidos.

#### 1.4.2 Ponderação

Em nível de complementaridade à proporcionalidade, o *postulado* da ponderação, como qualifica Humberto Ávila, na obra já citada, empresta ao aplicador do direito um outro critério de delimitação de fins essenciais e aplicação de princípios, quando configurada situação de conflito normativo.

Consiste, assim, a idéia de ponderação em um *método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento*.<sup>15</sup> Enquanto método de estruturação da aplicação de princípios, portanto, sua atuação consiste em indicar a relação de primazia entre um e outro, com vistas a que, mediante a ponderação dos interesses em conflito, se defina qual destes deve ser privilegiado, no caso concreto.

A este respeito, é de se repisar que o conflito entre princípios só se torna possível concretamente, em face de um fato humano que se pretende regular, já que, em plano abstrato, tais normas se entrelaçam e se interligam harmonicamente, dando a estrutura principal de um sistema jurídico.

Deve se ter em conta, por oportuno, que a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia, por imperiosa aplicação de outro postulado correlato, o da proibição de excesso. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a imposição de uma norma, regra ou princípio não pode implicar a absoluta impossibilidade de aplicação de norma que veicule direito fundamental.

### 1.5 Dos princípios constitucionais

Na esteira do conceito e caracterização até então obtidos para a categoria dos princípios, é possível perceber, logicamente, que os princípios constitucionais representam as

---

<sup>15</sup> *Idem, Ibidem*. p. 143. [NOTA 2].

normas aglutinantes de um sistema jurídico, por constituírem as diretrizes estruturantes do Estado de Direito consagrado na Carta política que o legitima.

Consistem, assim, nas “vigas-mestras” do sistema jurídico-constitucional, que orientam e legitimam a aplicação de normas jurídicas de igual plano normativo ou de status infraconstitucional, de forma que devem sempre preceder e informar a interpretação e aplicação destes regramentos.

Os princípios constitucionais, portanto, não se identificam apenas com um único caso concreto, pois constituem normas de aplicação mais genérica do ordenamento jurídico. Como se pode deduzir, os princípios desfrutam de posição hierárquica superior em relação às regras jurídicas, haja à vista representarem os valores supremos da totalidade do ordenamento jurídico-constitucional. Por esta qualidade que ostentam, tem-se, em consequência, que acabam por estruturar a lógica sistêmica do ordenamento constitucional.

Noutro ponto, deve-se considerar que a perspectiva básica dos princípios constitucionais não pode ser confundida com a previsão constitucional de normas programáticas. Conforme leciona o Prof. Zimmermann, em contraste com os princípios constitucionais, dispositivos programáticos possuem um objetivo político mais específico, mas não fundamental. As normas programáticas definem alguma forma de comando legal para o poder constituído, requerendo-se deste a concretização de previsões não auto-aplicáveis no texto constitucional. E arremata:

*Podemos analogamente avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes para a interpretação constitucional. Afinal, eles provêm o interprete com elementos axiológicos para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional. Indiferentemente ao grau de abstração revelada pelo ordenamento constitucional, cada princípio oferece uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do ordenamento constitucional, servindo a adequação de regras (ou normas jurídicas) aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo<sup>16</sup>.*

É possível enquadrar os princípios constitucionais, quanto ao seu conteúdo, na tipologia que usualmente se adota para as normas constitucionais em geral. Com efeito, existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem, também, princípios constitucionais que

---

<sup>16</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *op. cit.* [NOTA 11].

estabelecem direitos, isto é, resguardam situações jurídicas individuais - o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis etc. Por igual, existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados – livre iniciativa, função social da propriedade – ou fins a serem perseguidos, como a justiça social.<sup>17</sup>

Tal classificação implica, destarte, na constatação de que, em que pese a peculiaridade de se irradiarem por todo o sistema normativo, existe certa gradação da amplitude de atuação entre os princípios, em virtude dos fins que resguardam. Assim, eles variam quanto aos limites de sua aplicação e influência. Dividem-se, assim, segundo classificação do Prof. Barroso, em princípios *fundamentais*, princípios *gerais* e princípios *setoriais* ou especiais.

Por princípios fundamentais compreendam-se aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, de forma que carregam a matriz das normas constitucionais restantes. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, em cujo conteúdo se substancia a opção política entre Estado unitário e Federação, República ou Monarquia, Presidencialismo ou Parlamentarismo, regime democrático etc. Pela carga de ideologia política fundamental que os constitui, tem-se que tais normas representam, de forma necessária, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exigiria, de fato, um processo de ruptura com a própria Constituição, e, em conseqüência, a instauração de novel regime jurídico estatal.

São tidos, no direito positivo constitucional brasileiro, os seguintes princípios fundamentais: princípio republicano (art. 1º, caput); princípio federativo (art. 1º, caput); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput); princípio da separação dos Poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).

Os princípios constitucionais gerais, a seu turno, representam especificações dos tais princípios fundamentais. Detêm menor grau de abstração e, em rigor, ensejam a tutela imediata dos bens jurídicos que albergam. Muito embora se irradiem por toda a ordem jurídica, agem como desdobramentos dos princípios fundamentais, sendo, portanto, de aplicação mais delimitada, posto que específica e relacionada a determinadas situações jurídicas. São exemplos os princípios da legalidade (art. 5º, II); o princípio da liberdade (art. 5º, II e diversos incisos do art. 5º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, etc.); princípio da isonomia (art. 5º, caput e inciso I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da segurança jurídica

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 147. [NOTA 1].

(art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Por fim, os princípios ditos setoriais ou especiais, são aqueles que traçam as diretrizes de um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. A vista do direito posto, são exemplos de princípios setoriais: princípios da Administração Pública; princípios da Tributação e Orçamento; princípios da Ordem Econômica; princípios da Ordem Social, etc.

Importante questão que se coloca na ordem da presente pesquisa refere-se ao tema da existência ou não de hierarquia entre as normas constitucionais, concebida como um escalonamento de importância entre regras e princípios, dentro da lógica do texto constitucional.

Numa análise inicial, tem-se que a própria condição de norma material e formalmente constitucional outorga a um dado dispositivo posição de superioridade em cotejo com outras regras do sistema, eis que decorre imediatamente do processo de escolha política do constituinte originário, ou de reforma materialmente limitada empreendida pelo constituinte derivado. Esta sobreposição hierárquica obedece, assim, à lógica da Supremacia da Constituição em um ordenamento jurídico.

Noutro ponto, a premissa sobre a qual se impõe a Carta Política consiste na assertiva de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e norma-regra.

Não obstante, é inegável o destaque que algumas normas ostentam em uma Constituição, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do § 4º do art. 60, não podem ser afetadas por emendas, que tendam a abolir os valores que abrigam, as normas que cuidam: a) da forma federativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos Poderes; d) dos direitos e garantias individuais.

Todos os itens acima elencados, com hialina clareza, constituem desdobramentos de algum dos princípios fundamentais do ordenamento, a saber: o princípio federativo, o princípio democrático e o princípio republicano. Diante desta conclusão lógica, e compreendendo as escolhas ideológicas e políticas que permeiam o Estado constitucional brasileiro, torna-se natural que esses princípios fundamentais, notadamente os que foram

objeto de distinção especial do § 4º do art. 60, sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional.

É possível concluir, assim, pela existência de uma hierarquia axiológica vigente entre as normas constitucionais, especialmente quando estiverem sob análises os princípios ditos fundamentais. Ocorre que tais normas detêm, por óbvio, uma posição hierarquicamente superior às demais do ponto de vista axiológico, eis que resultam da ordenação dos valores constitucionais, a serem aplicados sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios. Tal hierarquização axiológica entre normas obedece, ademais, à necessidade de reconhecimento da conexão elementar entre princípios e a própria normatividade do texto constitucional.

## CAPÍTULO II – DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Dando continuidade ao estudo do objeto de pesquisa monográfica, uma vez já assinaladas as notas características dos princípios constitucionais e sua ordenação axiológica, sói aprofundar o conhecimento acerca do Princípio Federativo, enquanto escolha política elevada, pelo constituinte de 1988, à categoria de cláusula pétrea e base fundamental do Estado Brasileiro.

Para tanto, importa empreender um processo de averiguação das origens do Estado Federal, sua conceituação e características fundamentais para, após esta análise, estudar o princípio federativo e suas particularidades no tocante à República brasileira.

### 2.1 Conceituação

Etimologicamente, o termo federação deriva do latim *foedus, foederis*, que significa aliança, pacto, união. Assim, a noção de Estado Federal, num primeiro contato conceitual, imprime a idéia de uma união de Estados.

Esta primeira constatação, por incipiente, não supre a contento o anseio por compreensão do que viria a ser, em definitivo, o Federalismo. Referido conceito encerra, conforme reconhecem alguns doutrinadores, um caráter bastante fluido, de difícil delimitação, em virtude das diferentes modalidades de formação e da variedade de concepções que o termo suscita, alvo de teorização insistente desde a sua origem.

Em que pesem, todavia, as dissidências dogmáticas sobre o modo de se conceber a idéia do estado Federal, alguns conceitos mostram um relevo acentuado, de forma que merecem a respeitosa menção.

Dentre as conceituações já formuladas pelos teóricos que se debruçaram sobre a questão do Estado Federal, destaca-se a definição posta por Hans Kelsen, segundo o qual o “*Estado federal é aquele que compõe-se de normas válidas para todo o seu território e normas locais que valem somente para o território dos Estado componentes, ou seja, Estados-Membros*”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans *apud* RAMOS, Dircêo Torrecillas. *A federalização das novas comunidades, a questão da soberania*. Tese apresentada à Universidade de São Paulo para o concurso de professor titular de Teoria Geral do Estado. São Paulo: 2002. p. 119.

Dando o mesmo enfoque ao aspecto da coexistência de ordens normativas de interesses local e nacional, destaca Pinto Ferreira, a seu turno, que o “*O Estado Federal é uma organização, formada sob a base de uma repartição de competências entre o governo nacional e os governos estaduais, de sorte que a União tenha a supremacia sobre os Estados-membros, e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União*”.<sup>19</sup>

Adotando outra perspectiva para definição do Estado Federalista, pontua Bernard Schwartz:

*O princípio sob o qual os governos geral e regionais são coordenados e independentes em suas respectivas esferas. A Constituição estabelece uma associação em que os poderes são divididos entre um governo que em certas matérias é independente dos governos dos Estados associados e, por outro lado, governos estaduais que em certas matérias são, por sua vez, independentes do governo geral.*<sup>20</sup>

As conceituações referenciadas acentuam, de maneira geral, o aspecto jurídico da Federação, como uma união de Estados onde subsistem duas ordens jurídicas, uma delas detentora de soberania, a outra de autonomia, cujas competências encontram delimitação necessária em uma Constituição referencial.

Assim, sendo, é possível conceber o Federalismo, em linhas gerais, como uma das formas de Estado historicamente verificadas onde o exercício do poder é compartilhado. Há, neste caso, um governo federal e os governos estaduais autônomos. A estes e dado fixar, autonomamente, sua própria organização normativa, administrativa e financeira, sendo que de forma limitada, ou seja, dentro dos quadrantes firmados pela Lei Máxima do Estado.

De destacada importância para a compreensão do Estado Federal, insere-se a distinção entre Unitarismo e Federalismo, usualmente empregada pelos doutrinadores como uma forma de caracterização deste modelo político, por distinção aos aspectos da forma do Estado Unitário, conceito diametralmente oposto.

Na lição de Pinto Ferreira, cuja obra já foi dita de nota no presente trabalho, Unitarismo e Federalismo seriam as modalidades básicas da organização territorial do Estado,

---

<sup>19</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 72.

<sup>20</sup> SCHWARTZ, Bernard *apud* RAMOS, Dirceô Torrecillas. *op. cit.* p.120. [NOTA 18]

como tipos ideais e tendências básicas da comunidade política. Entre estes dois tipos extremados de organização política, estariam escalonados todos os tipos parciais de centralização e, por consequência, de descentralização.

Assim sendo, a idéia ou concepção inicial que se pode ter, da organização política de um determinado território é a de um governo geral, único, com autoridade exclusiva sobre o todo. Tal seria, pois, o traço distintivo do que se usa denominar o Estado Unitário, ou Estado Simples, detentor de soberania, onde se manifesta somente uma ordem normativa, originada do poder central, que se irradia sobre todo o território de forma incontrastável.

Quando, porém, os Estados soberanos, em sua forma simples, decidem unir-se a outros, mediante um liame de coesão e homogeneidade, renunciando em favor do poder federal suas soberanias, ou quando um Estado Unitário decide compartimentar-se em unidade políticas internas autônomas, tem-se, nesta oportunidade, uma federação, ou um Estado-Federal. Este pressupõe não um simples *pacto*, mas uma *constituição federal*, conforme leciona o professor Amaro Cavalcante.<sup>21</sup>

A par desta distinção essencial entre os Estados Unitário e Federal, importa lembrar a conceituação de Confederação, que também se insere dentro da tendência de união entre Estados, sem, contudo, caracterizar-se pela homogeneidade normativa sob a égide de uma Constituição, tratando-se de um pacto de aliança alçado na órbita do direito internacional. Cuida-se, assim, de uma união entre entes soberanos, que por força de um Tratado conservam esta característica, vinculados em torno de uma finalidade específica, com prazo certo de duração, e estruturados por meio de órgãos colegiados diretivos que, contudo, não detém poder de comando governamental geral.

## 2.2. Origem histórica

A Federação, entendida como o regime político encontrado na atualidade, carece de modelo nos anais a Antigüidade e mesmo nos de épocas menos remotas, de forma que sua origem, na concepção hodierna, remonta à Carta constitucional norte-americana de 1787.

Entretanto, *deve-se buscar nas épocas clássicas ou nos séculos de transição medieval o federalismo como técnica, arte de governo ou instrumento de organização*

---

<sup>21</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a república brasileira*. Brasília: UNB, 1983. p. 27.

*política, servindo deliberadamente à composição racional do poder político e contribuindo aos fins de proteção da liberdade humana, segundo lição de Paulo Bonavides*<sup>22</sup>.

Com efeito, organizações políticas possuindo os caracteres às vezes de uma simples aliança ou liga temporária e, outras vezes, as condições de uma verdadeira confederação de Cidades ou Estados, são fatos comuns na história dos povos antigos.

Na trajetória dos povos helênicos, com segura certeza, é possível afirmar que existiu um *federalismo balbuciante*, com Bonavides, determinado vagamente pelo instinto de conservação das Cidades-estado e traçado em um esboço de aliança política entre povos atados aos destinos de uma mesma cultura e imbuídos dos fins bélicos em face do inimigo comum. Nomeadamente, conforme preleciona o prof. Amaro Cavalcanti, a *Amphyctionia*, liga política e beligerante ocasional, composta de doze povos principais da raça grega, podia talvez ser invocada como uma das origens históricas das uniões federativas dos Estados Modernos.<sup>23</sup>

Encontra-se, em momento histórico ulterior, outro exemplo apontado como uma das origens históricas do princípio federativo, que seria a base política da República Helvética, celebrada entre cantões suíços, em fins do século XIII. Na ocasião, cantões suíços aliaram-se para sustentar sua liberdade e independência contra o Príncipe Alberto, arquiduque da Áustria, o qual, subindo ao trono do Império, impôs aos suíços o reconhecimento da soberania de sua casa, sob a forma de Principado. A princípio, foram apenas aliados por tempo determinado para a finalidade de luta e defesa comum. Entretanto, após a vitória na batalha de Morgaten (1315), foi celebrada uma liga perpétua entre os cantões, denominada Liga de Brunnen, a qual, de fato, perdurou, e restou para a história como a origem básica do federalismo do país.<sup>24</sup>

Em que pese a importância destes e de outros eventos históricos e políticos na construção da consciência federalista, tal regime político só veio a despontar, bem definido e caracterizado, nos Estados Unidos da América, explicitamente em sua Constituição Federal de 17 de setembro de 1787, originada de um processo de revolução iniciado ainda em 1774, no *Continental Congress*, da Filadélfia.

Reunidas as treze colônias americanas em torno de ideais separatistas, e já convencionada a adoção de uma forma embrionária de governo federativo, que seria encarregado dos assuntos de interesse geral decididos pelos congressistas, decidiram os

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 81.

<sup>23</sup> CAVALCANTI, Amaro. *op. cit.* p. 27. [NOTA 21].

<sup>24</sup> *Idem; Ibidem*; p. 29.

mesmos ampliar os laços da aliança. Formaram, na oportunidade, uma verdadeira Confederação, a partir do documento intitulado *Artigos da Confederação*, em cujas bases estava estipulado uma união beligerante, dada a iminência da guerra de independência, baseada na manutenção da soberania dos signatários.

Entretanto, terminada a guerra de independência, e com a marcha regular dos negócios e interesses públicos, a liga estabelecida entre os Estados tornou-se incapaz de suprir as demandas de seus componentes, sobretudo pela carência de um poder executivo central. Em virtude disto, aos Estados pareceu indispensável realizar uma revisão completa dos *Artigos da Confederação*, sob pena da ruína inevitável da mesma.

Assim foi que, no ano de 1787, no Estado da Filadélfia, sob a presidência de George Washington, triunfou o querer patriótico e a habilidade dos defensores de uma união mais intensa, subjugando os reacionários, que não pretendiam se desfazer da soberania. Adotou-se, na ocasião, a Constituição federal da República Americana, transformando a antiga Confederação em verdadeira União Federal, com os seus ramos do poder público, completos e bem definidos – Poder legislativo bicameral, Poder Executivo chefiado pelo Presidente dos Estados Unidos, e Poder Judiciário confiado a uma Corte Suprema e às cortes inferiores, criadas por lei.

A par destas notas históricas, que bem traduzem os eventos definidores da origem da Federação, tem-se, do ponto de vista da Ciência Política, diversas construções teóricas levantadas em torno dos modos de formação do Estado Federal, conforme ensina Pinto Ferreira, a saber: a concepção da soberania do Estado-membro, de Hamilton, Jay e Madison; a teoria da nulificação, de Calhoun e Seydel; a doutrina histórico-social, de Jellinek; a escola de Le Fur; a concepção dos normativistas puros, da Escola de Viena, e, por fim, a teoria do prof. Pontes de Miranda.

A primeira teoria sobre a formação dos Estados Federais foi construída pelos juristas norte-americanos do federalismo, cujos artigos doutrinários foram reunidos na clássica obra *O Federalista*. Segundo estes estudiosos, a Federação tem uma origem exclusivamente jurídica, resultando de um tratado concluído entre suas unidades constitutivas. O tratado, uma vez pactuado, transforma-se em lei, e os Estados-membros abandonam à União uma parte de sua soberania, conservando, porém, os direitos essenciais da sua competência fundamental. Seria, destarte, a Federação um fenômeno político fundado numa partilha de soberania, ressalvadas, entretanto, as competências básicas, que continuariam sob o domínio exclusivo dos Estados signatários do pacto.

Conforme ensina o prof. Pinto Ferreira, *a realidade histórica desmentiu com rapidez esta construção teórica, sobretudo quando se assistiu à gênese pragmática de novos tipos de federalismo, com no caso do Brasil, onde a União derivou de um movimento nacional revolucionário, outorgando às antigas províncias de um regime unitário o caráter de Estados-membros de uma Federação.*<sup>25</sup>

A teoria da Nulificação, da obra de pensadores do século XIX, Calhoun e Seydel, parte da premissa de que a soberania é um elemento distintivo da própria unidade estatal e, por conseqüência, não poderia pertencer simultaneamente aos Estados particulares e à União, sendo impossível uma partilha deste elemento político. Adotando a hipótese de que a soberania seria, pois, um atributo exclusivo dos Estados-membros, segundo os autores, decorre necessariamente a conclusão de que a União, como ente político, seria algo inexistente, sendo possível tão somente a formação de Confederações entre os Estados. Admitindo-se, em outra perspectiva, que a soberania pertenceria à União, daí resultaria que os as unidades federativas não seriam Estados, por não disporem de soberania, e, destarte, não haveria uma federação, mas um Estado Unitário, e suas províncias.<sup>26</sup>

A doutrina histórico-social de Jellinek sustenta que foge à sistemática jurídica a enunciação da origem do Estado federal, que deve ser concebido como um fenômeno histórico-social, acima de tudo. Segundo esta concepção, seria o Estado uma criação cultural, que se estrutura quando um povo, tomando consciência de si mesmo, se congrega em uma unidade política. No mesmo sentido, o Estado Federal consistiria em uma realidade meramente social decorrente de um processo histórico, de forma que escapa a uma qualificação jurídica e formalista.<sup>27</sup>

A quarta das teorias enumeradas, que carrega a denominação do jurista europeu, Le Fur, apresenta uma doutrina que melhor se amolda à realidade dos Estados Federais, ao afirmar que estes podem nascer, histórica e juridicamente, de duas maneiras distintas, a saber: por meio de um movimento nacional ou através de um tratado.

Realmente, uma Federação pode surgir independentemente de qualquer tratado, quando a origem deste modal político resulta de um movimento nacional, pacífico ou não, que se transmuda de um Estado Unitário em regime federativo, concebendo-se às antigas províncias certo grau de autonomia e participação na vontade nacional. Por outro lado, uma associação federativa por decorrer diretamente de um Tratado constitutivo, firmado entre

---

<sup>25</sup> FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 323. [NOTA 19]

<sup>26</sup> *Idem, Ibidem*; p. 323

<sup>27</sup> *Idem, Ibidem*; p. 323

Estados Soberanos que se vinculam em uma unidade política mais eficiente, como se deu no caso clássico dos Estados Unidos da América. Nesta última hipótese, o tratado concluído pode dar origem à Constituição estatal, que seria, segundo Le Fur, o elemento tônico do Estado Federal.<sup>28</sup>

No tocante à teoria dos juristas da Escola de Viena, capitaneados por Kelsen, fundamenta-se no primado do direito internacional, com base na doutrina kelseniana da “pirâmide jurídica”. Segundo esta teoria, a ordem jurídica internacional constitui um conjunto de normas fundamentais, que está na cúpula de todo direito, dela derivando a ordem nacional e constitucional dos Estados independentes, comumente chamados de soberanos. O Estado Federal teria, destarte, uma dupla origem: pela Constituição nacional, derivada de um movimento histórico e positivo, ou por um tratado internacional. Aproxima-se esta doutrina, como se percebe, das conclusões de Le Fur, adotando, todavia, uma perspectiva normativa, partindo do direito das gentes para explicar a origem jurídica do ato constitutivo de uma Federação.<sup>29</sup>

Por fim, a Teoria do insigne jurista brasileiro, Pontes de Miranda, que segue a mesma linha de raciocínio dos normativistas de Viena. Diz Pinto Ferreira<sup>30</sup>, em análise da teoria, que esta adota a idéia nuclear do primado do direito das gentes, afirmando, outrossim, que nascimento e extinção de Estados são fatos jurídicos que concernem ao domínio do direito internacional. Por este aspecto, pois, seria imprescindível a análise deste aspecto jurídico na formação do regime federativo. Não nega, todavia, que a criação seja social, no sentido de nela intervirem processos de adaptação – étnico, político, moral, econômico, religioso, etc., mas é mediante o processo jurídico que o Estado federal se concebe. A unidade política sem a intervenção do fato jurídico seria, pois, insuficiente para o surgimento de um novo Estado.

Percebe-se, da análise de todas estas doutrinas, que existe certa linearidade do raciocínio conclusivo sobre a verdadeira origem do Estado Federal, de forma que é possível afirmar, sobretudo com Le Fur, Kelsen e Pontes de Miranda, que do ponto de vista do evento constitutivo da forma federativa, este deriva naturalmente de duas ordens diversas, seja advindo de um tratado ou convenção realizado entre antigos Estados Soberanos e independentes – como é o exemplo clássico dos Estados Unidos – seja ainda decorrente de um

---

<sup>28</sup> FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 324. [NOTA 19]

<sup>29</sup> *Idem, Ibidem*; p. 325.

<sup>30</sup> *Idem, Ibidem*. p. 326.

movimento histórico de cunho nacional, pacífico ou revolucionário, como no caso do Brasil e da Suíça.

Sem prejuízo desta classificação, assente na doutrina nacional e estrangeira, sobre a origem e formação normativa e fenomenológica da Federação, afirma-se, noutra giro, que a constituição dos Estados federais pode dar-se em decorrência de dois fenômenos principais. Segundo as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os modelos das associações federativas podem definir-se, segundo seu modo constitutivo, em federalismos *por agregação e por segregação*.<sup>31</sup>

Em casos como o dos Estados Unidos, da Suíça, entre outros, o Estado Federal resultou de uma *agregação* de Estados soberanos que a ele preexistiam, os quais se vinculam num processo *coming together*, numa coalizão centrípeta, originando uma nova forma estatal, detentora única da soberania que lhe fora outorgada e que àqueles se sobrepõe.

Por outro lado, em casos como o do federalismo brasileiro, um Estado Unitário antecessor, por obediência a imperativos políticos e administrativos, para salvaguardar as liberdades individuais e a eficiência na gestão, descentraliza-se (*segregação*), num processo *holding together*, impulsionado de forma centrífuga, a ponto de gerar Estados autônomos que àquele são subpostos.

Em termos práticos, o resultado jurídico desses processos acaba sendo o mesmo, ou seja, origina-se uma estrutura descentralizada, dita federativa, com unidades autônomas enfeixadas em torno da União, que é soberana. Todavia, em federalismos estruturados através de um processo de segregação, como é o caso brasileiro, manifesta-se uma tendência peculiar à centralização, outorgando-se ao Poder federal competências de relevância nacional que caminham para constante hipertrofia, alocando assuntos para os quais os Estados-membros se mostram inoperantes, ao mesmo tempo em que se admite um crescendo da intervenção estatal, notadamente na seara econômica.

### **2.3 Essência do modelo Federalista**

O princípio federativo, que anima os Estados politicamente descentralizados, consiste no compromisso de associação e cooperação ativa e constante entre as unidades federadas. O federalismo constitui, assim, um meio que proporciona unidade para a nação composta de entidades políticas diferenciadas e autônomas, cujo fundamento se assenta na

---

<sup>31</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2002. p. 54.

retenção de um poder substancial nos limites destas unidades estatais. O sucesso do modelo de Estado federal depende, assim, na consolidação deste espírito federalista, que significa, no dizer de Dircêo Torrecillas, “*compartilhar da negociação, mútua abstenção e auto-restrição na perseguição de metas*”.<sup>32</sup>

A questão fundamental na doutrina do Estado federal consiste na sua natureza jurídica e política, no debate sobre suas notas características ou sobre seu critério distintivo. Muitas teorias discrepantes aparecem na literatura jurídica e política, destinadas a explicar a concepção do Estado federal.

Conforme ilustra o constitucionalista Pinto Ferreira, a primeira explicação foi declinada pela Teoria da co-soberania, dos *federalistas*, Hamilton, Madison e Jay, os quais afirmaram existir uma partilha de soberania e de suas competências entre o Estado federal e seus membros, de forma que entre estes não haveria uma relação de subordinação, mas de coordenação, ou seja, de completa igualdade.<sup>33</sup>

Para Calhoun e Seydel, autores da teoria da nulificação, as competências do Estado federal são apenas ordens delegadas pelos Estados particulares, as suas leis só teriam validade depois de ratificadas e promulgadas pelos seus componentes federados, possuidores da soberania, disto derivando duas conseqüências básicas para estes entes, quais sejam: o direito de anulação e o direito de segregação.<sup>34</sup>

A doutrina da participação, encabeçada por Le Fur, Borel e Zorn, defende que o elemento que distingue o Estado Federal do Unitário consiste na participação dos entes federados na formação da vontade soberana da União.<sup>35</sup>

Jellinek e o jurista alemão Laband, precursores da chamada teoria da Autonomia, concordam na linha ideológica que afirma que o Estado Federal é o único soberano, mas as suas coletividades membros são assim mesmo Estados, distinguindo-se por isso das outras coletividades territoriais intra-estatais, como o município, a comuna e o departamento. Segundo estes autores, a soberania não seria elemento distintivo da organização política estatal.<sup>36</sup>

Há, por conseqüência, a União, dotada do poder central e soberano, se constituindo como um Estado perfeito e completo, permanecendo, porém, integrado por Estados-membros, que não possuem soberania, mas que seriam ainda Estados, na forma

---

<sup>32</sup> RAMOS, Dircêo Torrecillas. *op. cit.* p. 127. [NOTA 18]

<sup>33</sup> FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 309. [NOTA 19]

<sup>34</sup> *Idem, Ibidem.* p. 310

<sup>35</sup> *Idem, Ibidem.* p. 311

<sup>36</sup> *Idem, Ibidem.* p. 312

imperfeita e incompleta. Segundo Jellinek, as coletividades integrantes da federação são definidas como verdadeiros Estados por ostentarem autonomia constitucional, distinguindo-se, por este atributo, das demais associações políticas inferiores.<sup>37</sup>

Adotando uma concepção mais política do Estado Federal, CH. Durand, em sua doutrina, entende que o elemento definidor destas organizações políticas seria a exclusividade de competências constitucionais entre os seus membros. Destaca que a nota decisiva de uma Federação repousa no conceito de autonomia, acompanhada da posse de atribuições exclusivas, em virtude da própria Constituição Federal.

Nesse pressuposto, define a Federação segundo três características básicas: um Estado descentralizado, no qual as coletividades públicas inferiores contém órgãos próprios; esta descentralização é estabelecida pela própria Constituição, e não por uma lei formal e ordinária; entre as competências garantidas às unidades federadas, figuram as competências exclusivas, que afastam o controle e a interferência de qualquer outro órgão estatal não-constituente.<sup>38</sup>

Em uma direção contrária a este posicionamento, sobressai a tese de Hans Kelsen, numa percepção formalista do Estado Federal. Distingue este professor três comunidades jurídicas na Federação, a saber: a Constituição total, a da União e a dos Estados-membros. A ordem jurídica total, pertencente ao poder central, seria a mais vasta, estando nela formulados os princípios gerais de organização e ordenamento da União e das unidades federadas. Já as duas ordens normativas destes componentes do federalismo seriam juridicamente iguais, sendo ditas parciais, porque subordinadas por igual à ordem jurídica superior da Constituição total. Em consequência, não haveria, pois, entre as ordens jurídicas parciais, relação de dependência e subordinação, mas de coordenação.

A conclusão revolucionária de Kelsen, citado por Pinto Ferreira, seria a de que *“nem o Estado central, nem os Estados-membros são soberanos, e, se a soberania pode corresponder efetivamente a uma ordem, será seguramente à da comunidade total, que se acha constituída pela Constituição total.”*<sup>39</sup>

Em síntese a estas teorias apontadas, pode-se registrar o fato de que a tônica característica do Estado Federal, em dias hodiernos, consiste no poder de auto-determinação que é dado aos entes federados, a partir da concessão de autonomia constitucional,

---

<sup>37</sup> FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 313. [NOTA 19]

<sup>38</sup> *Idem, Ibidem.* p. 314

<sup>39</sup> *Idem, Ibidem.* p. 316.

competências exclusivas e capacidade de auto-organização, nos limites da Constituição Federal.

Paulo Bonavides, citando o prof. Machado Horta, aponta cinco elementos basilares da organização federal, que seriam:

*Dualidade de ordens governamentais e sua coexistência, cada uma dotada de órgãos próprios de expressão; repartição constitucional de competência, a ser feita de acordo com o método preferido pelo constituinte federal; autonomia constitucional do Estado-membro, com maior ou menor limitação ao poder de auto-organização; organização peculiar do Poder Legislativo federal, permitindo a participação destacada do Estado-membro na formação de órgão daquele poder; e a existência de técnica específica, a intervenção federal, destinada a manter, em caso de violação, a integridade territorial, política e constitucional do Estado Federal.*<sup>40</sup>

Ainda no dizer do professor cearense, a essência do federalismo estaria na dualidade vertical de ordenamentos e em sua coordenação, sob a égide da Constituição, preservando cada esfera de poder sua natureza própria, com independência, destinada à promoção de fins específicos.

O prof. Michel Temer, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, ressalta como notas essenciais à delimitação da essência de uma Federação: a descentralização política fixada na Constituição; a participação das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e a possibilidade de auto-constituição, coexistindo com a Constituição federal as constituições locais. Além destes, cita o jurista, como requisitos essenciais à manutenção do Estado Federal, a rigidez constitucional e a existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis.<sup>41</sup>

Com efeito, tem-se por características do Estado Federal: a) a repartição de competências e rendas pela Constituição; b) a autonomia e auto-organização dos Estados-membros; c) a indissolubilidade do vínculo; d) a rigidez constitucional; e) a existência de um Tribunal constitucional; f) a representação das unidades federativas no Poder Legislativo central; g) o princípio da subsidiariedade; e h) a possibilidade de intervenção federal.

A repartição de competências e rendas pelo texto constitucional confere robustez ao sistema federativo, em parte por garantir igualdade entre as esferas de poder, impedindo invasão injustificada dos limites de competências exclusiva traçadas pela Carta

---

<sup>40</sup> HORTA, Machado *apud* BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 78-79. [NOTA 22]

<sup>41</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 57.

Maior. Por outro lado, assegura a não centralização do poder, ou seja, a divisão do Poder territorial. O Estado federal, conforme é consabido, já nasce descentralizado, de forma que há partilha de poder decisório entre os governos constituídos, na esfera federal e estadual, de forma que as unidades federativas participam, como agentes, nas atividades governamentais nacionais. É a divisão interna da autoridade e do poder sobre as bases territoriais plenas ou parciais.

Esta distribuição de competências capitaliza o espírito da não-centralização e do federalismo, “*permite ao governo local desenvolver suas políticas e seus programas dentro de sistema complexos, possibilita o isolamento para execução de suas tarefas e permite uma interação inter-governamental de intuito cooperativo, com o compromisso de autonomia local, seu próprio controle e a manutenção do estado-membro como um corpo político.*”<sup>42</sup>

Entretanto, para que se alcancem com plenitude os efeitos desta descentralização administrativa e política, que incidem diretamente na eficiência da gestão pública e no desenvolvimento conjunto da nação, impõe-se a necessidade de razoável equilíbrio econômico entre os entes políticos. Do contrário, a existência de um grande ente federado dominando geográfica e economicamente os Estados-membros menores conduz à bancarrota do sistema, pois fere a imperiosa paridade que deve existir entre os componentes federativos.

No que tange à autonomia e auto-organização, constituem-se, em especial, na admissibilidade de Constituições elaboradas pelos próprios entes federativos. Significa a Autonomia a aptidão para edição de normas próprias, ou seja, o “*poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro dos limites traçados por lei estatal superior*”, no dizer do prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>43</sup>

Etimologicamente, o vocábulo autonomia vem do grego “*autos*” que significa “*próprio*”, mais “*nomos*” que tem sentido de “*norma*”. Seria, assim, a capacidade de auto-organização através de atos e leis próprios, através do poder constituinte decorrente, que lhe permite a promulgação de Constituição própria, dentro dos quadrantes traçados pelo Texto Supremo.

A autonomia pressupõe a repartição de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa. A distribuição de competências entre o governo central e o estadual é que conduz ao conteúdo da atividade econômica, conforme preceitua o

---

<sup>42</sup> RAMOS, Dircêo Torrecillas. *op. cit.* p. 132. [NOTA 18]

<sup>43</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *op. cit.* p. 74. [NOTA 31]

prof. Machado Horta, citado por Torrecillas.<sup>44</sup> Com efeito, a capacidade de auto-organização, auto-governo, auto-legislação e auto-governo só pode subsistir num contexto de áreas de atuação governamental bem delimitadas, onde não se admite ingerências entre as esferas políticas, sem prejuízo da cooperação com vistas ao desenvolvimento conjunto.

Diferem os conceitos de autonomia e soberania. A soberania é o caráter supremo de um poder, e funciona como preceito unificador de uma ordem política. O poder soberano não admite qualquer outro, nem acima nem em concorrência com ele, e encerra uma conotação de direito interno e internacional. A autonomia, a seu turno, está inserida dentro dos limites territoriais do Estado, e confere ao seu detentor o poder de autodeterminação independente, delimitado, todavia, pela Constituição federal. Atua, pois, dentro dos limites que o Poder Soberano lhe aja prescrito.

Os Estados-membros de uma federação não são soberanos, embora, como visto, não faltem os teóricos que afirmem em sentido contrário. A bem da verdade, eles são verdadeiramente autônomos, têm capacidade de auto-organização, respeitados os princípios constitucionais. Sobre se auto-constituírem, os negócios locais são debatidos, positivados e solucionados por autoridades próprias. Daí porque, nas Federações, os Estados (ordens jurídicas parciais) possuem órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário próprios.<sup>45</sup>

Necessário advertir, como faz o Prof. Torrecillas, na obra multi citada, que a manutenção do federalismo exige que o ente político comum e suas unidades detenham, cada um, um substancial e completo conjunto de instituições próprias. Devem ter o direito de modificá-las unilateralmente, dentro do limites estabelecidos pelo pacto. As instituições, legislativas, judiciais e administrativas, devem ser necessariamente independentes.

Desta forma, sendo a ordem jurídica central quem define os limites de atuação normativa e governamental de cada um dos componentes da Federação, percebe-se que não há hierarquia nem subordinação entre as esferas federal e estadual de poder. O que ocorre é uma distribuição horizontal de competências. Todavia, há quem afirme, com base na idéia de *poder superlativo*, que haveria uma superposição de competências da União em face das unidades federativas, em especial quando se cuida do federalismo brasileiro.<sup>46</sup>

Afirmam, neste sentido, que a União teria mais poder, por ostentar a prerrogativa de intervir nos Estados-membros, por personificar o Poder soberano da

---

<sup>44</sup> RAMOS, Dirceô Torrecillas. *op. cit.* p. 106. [NOTA 18]

<sup>45</sup> TEMER, Michel. *op. cit.* p. 56. [NOTA 41]

<sup>46</sup> Como fazem o prof. Dirceô Torrecillas e o constitucionalista Pinto Ferreira.

federação, zelando pelos assuntos de segurança nacional, e pelo fato de que haveria superveniência da lei federal em face da legislação estadual, quando com esta concorrer, por dedicar-se à regulamentação dos aspectos gerais.

Entretanto, *data máxima vênia*, esta conclusão parece falaciosa, na medida em que estas particularidades não traduzem superposição do Poder Federal, em negação à igualdade jurídica das ordens normativas que integram a Federação. Estes aspectos revelam, em sentido oposto, elementos próprios à organização federal, na medida em que constituem verdadeiros instrumentos de manutenção do Estado federativo, competindo ao ente que melhor ostenta o distanciamento e a parcialidade necessários, a União, a preservação da unidade política federalista.

Isto tanto é verdade que é o próprio texto constitucional quem estipula, de forma taxativa e expressa, em quais hipóteses poderá ocorrer esta usurpação dos limites da autonomia dos Estados-membros, sujeitando-as a procedimento rígido e à relevante motivação, sempre no interesse na Federação, o que vem a fortalecer e não mitigar o poder de autodeterminação das unidades federativas.

Outro elemento que define uma união federal consiste na indissolubilidade do elo que vincula os Estados-membros. A nenhum dos entes federais é conferido o direito de secessão, sob qualquer pretexto ou condição. A constituição brasileira, a guisa de exemplificação, consagra a indissolubilidade do vínculo federativo logo no art. 1º, quando se refere à “união indissolúvel”. Contudo, é certo que algum dos entes federativos pode rebelar-se e, desatendendo ao comando constitucional, invocar para si o direito de secessão. Em tal hipótese, como ocorre no Brasil, a própria Constituição estabelece alguns mecanismos adequados a frear tal manifestação, como quando declara a possibilidade de intervenção da União no Estado-membro rebelado, e a permissão conferida ao Chefe do Executivo declarar a guerra externa ao eventual país que queira anexar parte do território nacional.

Em seguida, arrola-se entre as características da Federação a existência duma Constituição rígida. As relações federais são estabelecidas ou confirmadas através de um pacto de união perpétua, incorporado em uma Constituição escrita. Esta estabelece a forma pela qual o poder é compartilhado ou dividido em suas funções, no sistema político, e o processo legislativo extraordinário que permite a sua alteração. Em sendo a Constituição a *carta de atribuições*<sup>47</sup> é preciso que seja rígida de maneira que fiquem vedadas as alterações conjunturais do desenho federalista originalmente traçado.

---

<sup>47</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 800.

Conforme ensina Michel Temer<sup>48</sup>, não basta que seja rígida. É preciso que esta atinja um grau tão elevado – no que pertine à Federação – capaz de impedir o legislador ordinário de empreender sua extinção. Ou, até mesmo, de impedir a possibilidade de alterar a repartição espacial de competências que possa abalar a estrutura federativa tal como positivada pelo constituinte.

Decorrente do princípio da rigidez constitucional, outra característica do Estado federal consiste na existência de um Tribunal constitucional. Há a idéia de que se faz necessária a existência de um órgão neutro que possa realizar a adequação infraconstitucional aos seus preceitos, bem como que possa atuar nos casos de conflitos de competência entre os diversos entes federativos.

Entre os doutrinadores, de forma pacífica, recomenda-se que a localização deste ente julgador neutro não esteja no conjunto orgânico do Legislativo ou do Executivo. Recomenda-se tal atividade ao Poder Judiciário, porque a este incumbe, por função típica, o exercício da jurisdição, e pelo fato de que aos membros do Poder judicante são asseguradas garantias constitucionais que os conferem a imparcialidade necessária ao cumprimento do mister de “dizer o direito aplicável”.

Dentre as características que definem o Estado federal destaca-se ainda a idéia de representação das unidades federativas no Poder Legislativo central, na formação da vontade nacional. Esta representação ocorre no Senado Federal. Tem-se, assim, no Estado Federal a existência de um Poder Legislativo Federal bicameral, composto por duas casas, sendo uma delas, a Câmara dos Deputados, a reunião dos representantes eleitos pelo povo, segundo o critério proporcional, e a outra, o Senado, composto pelos representantes dos Estados-membros, também eleitos pelos seus conterrâneos, em representação paritária, ao número de três senadores para cada unidade federativa.

A justificativa teórica para a existência do Senado reside na idéia básica, hoje muito questionada, de que os seus membros são verdadeiros delegados indicados pelas assembleias estaduais, e através dos quais os Estados podem participar das decisões tomadas pela Federação.

O princípio da subsidiariedade, juntamente com a idéia de cooperação, também corresponde a um dos elementos definidores do Estado federal. A noção de cooperação tem forte aplicação do Estado federal, eis que orienta a organização territorial estatal e impõe uma

---

<sup>48</sup> TEMER, Michel. *op. cit.* p. 57. [NOTA 41]

dinâmica que passa pela participação conjunta nos programas governamentais nacionais e a colaboração entre todos os poderes públicos.

A subsidiariedade, por sua vez, complementa esta idéia, acrescentando a noção de que, muito embora exista cooperação entre os membros de uma Federação, somente na hipótese de o nível mais individual não poder realizar a tarefa é que esta há de ser transposta para um nível de agrupamento superior.

Nas palavras de Dircêo Torrecillas, “a *coletividade inferior deve conservar para si todas as competências e poderes que ela é capaz de exercer eficazmente, transferindo todos os demais à coletividade superior, que atuará subsidiariamente.*”<sup>49</sup>

Estabelece a subsidiariedade um limite às transferências de competências e poderes do órgão inferior ao superior, bem como limites à ingerência deste naquele. Orienta o governo segundo a consciência de que há uma repartição equilibrada de competências entre as instituições dos entes federados.

Por fim, coloca-se como um dos fatores componentes da idéia do federalismo a possibilidade de intervenção federal em nível estadual. A intervenção consiste em medida extremamente excepcional dentro de uma federação, já que se reveste em uma hipótese de retirada da autonomia estadual que caracteriza esse sistema.

Por meio dela, a União fica autorizada a intervir nos Estados-membros, suspendendo-lhe a autodeterminação e defenestrando temporariamente seus dirigentes, nos termos expressos e taxativos da Constituição. Em linhas gerais, é possível perceber uma conotação protetiva na intervenção, sendo aplicada somente em caráter excepcional e com vistas à manutenção da Federação, uma vez que as hipóteses autorizadas que a Constituição arrola correspondem a questões de interesse nacional, de preservação da ordem jurídica geral, das decisões judiciais, dos princípios constitucionais e dos direitos humanos.

## **2.4 Tipologia dos Estados federais**

Com relação aos tipos históricos de Estados federais, consta registro da existência das seguintes modalidades: dualista, cooperativo, de integração, de equilíbrio, assimétrico e orgânico.

O federalismo dualista corresponde à separação clássica, originado nos Estados Unidos no surgimento do Estado federal, e que fora aceito somente nos séculos XVIII e XIX.

---

<sup>49</sup> RAMOS, Dircêo Torrecillas. *op. cit.* p. 143. [NOTA 18]

Tinha como ideal separar em duas esferas estanques o poder estatal, de um lado a União e de outro os Estados-membros. Havia uma repartição horizontal de competências, sem qualquer possibilidade de existência de atribuições comuns entre os entes federados.

Machado Horta, citado por Torrecillas, ensina que “*a concepção do ‘dual federalism’, que se expandiu nos EUA, fundado nas relações de justaposição de ordenamentos da União e dos Estados, recebeu a contribuição do ‘novo federalismo’ a partir da imposição do Estado de Bem Estar social, sob o governo de Roosevelt, que intensificou a ajuda federal às unidades federadas, sob a forma de programa e convênios.*”<sup>50</sup>

Assim sendo, neste momento histórico o federalismo dual foi suplantando pelo modelo de cooperação, que se baseia na idéia de que a associação das partes componentes está na origem da federação e torna inseparável a idéia de união, aliança e cooperação. Caracteriza-se, assim, na solidariedade que envolve permanentes contatos entre as comunidades locais e a comunidade central. Representa forma crescente de federalismo no cenário mundial.

O federalismo de integração, por sua vez, compreende a modalidade de associação em que também prevalece a idéia de cooperação, sendo que esta conduz a uma crescente centralização, tornando-se mais próximo de um Estado Unitário constitucionalmente descentralizado de que a uma verdadeira federação.

Conceito muito próximo ao do federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio, cujo termo é dado por Dircêo Torrecillas, busca, através da solidariedade entre os entes federados, uma paridade entre seus componentes no que tange à população, à riqueza, ao território e ao poder. O equilíbrio é um fator preponderante na manutenção da autonomia dos Estados-membros e da não-centralização como princípios da Federação, e pode ser alcançado através dos meios oferecidos pelo federalismo cooperativo, que visam à amenização das disparidades normalmente constatadas entre os entes federados.

No federalismo orgânico, por sua vez, verifica-se o desequilíbrio, pela presença marcante do ente federal. Ocorre nos Estados em que a Constituição busca minudenciar o modelo governamental a ser adotado pelas unidades federativas, deixando uma margem de autonomia decisória insignificante. A expressão federalismo orgânico tem como fundamento científico a idéia de organismo, que seria o Estado, na qual torna-se a preocupação maior a manutenção deste conjunto orgânico, ainda que em prejuízo de alguma de suas partes.

---

<sup>50</sup> HORTA, Machado *apud* RAMOS, Dircêo Torrecillas. *op. cit.* p. 134. [NOTA 18]

Por fim, dentro desta classificação, tem-se a modalidade do federalismo assimétrico, cuja noção e terminologia são mérito de Torrecillas, e que se compreende no modelo federal onde é dado tratamento diferenciado aos Estados-membros e regiões assimétricos, na medida de suas dificuldades. Funda-se na idéia de que o Federalismo pressupõe regularidade e equivalência estrutural, econômica e social entre os seus componentes, de forma que as assimetrias fáticas devem ser debeladas por meio da assimetria de direito, que consistiria no tratamento diferenciado conferido a estas regiões em desnível, com a finalidade de alcançar o desejado equilíbrio.

O prof. Antônio Sabóia apresenta, com base na divisão de competências constitucionais, uma segunda classificação, que distingue diversos modelos de federalismo existentes e evoluídos ao longo da história, dentre os quais: a) *federalismo clássico ou de equilíbrio* – correspondente ao modelo dual - é o modelo originário norte-americano, consistindo a dualidade na repartição de competências com a conferência dos poderes enumerados à União, ficando reservado aos Estados-membros os poderes não enumerados ; b) *federalismo neoclássico*, que consiste no novo federalismo norte-americano, consubstanciado na gradativa concentração de poderes na União em relação aos Estados-membros; e c) *federalismo racionalizado ou hegemônico*, consubstanciado nas Constituições em vigor da Alemanha, Áustria, Índia e Canadá, que conferem legislação exclusiva à União e, ao mesmo tempo, distribui competências comuns ou concorrentes entre aquela e os demais entes federados.<sup>51</sup>

## **2.5 O Federalismo na República brasileira**

### *2.5.1 Breves notas históricas*

A Federação foi instaurada no Brasil junto com a proclamação da República, sendo ambas formalizadas no Decreto nº. 1, de 15 de novembro de 1889, através do qual as províncias brasileiras foram transformadas, à sua total revelia, em Estados republicanos, com ganho de autonomia.

No caso brasileiro, ao contrário do que se deu no modelo norte-americano, percebe-se um típico federalismo por segregação, já que o nosso Estado Federal foi criado a

---

<sup>51</sup> MELO NETO, Antônio Saboia de. *Federalismo e direitos sociais: reflexões sobre a possibilidade de conciliação*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7315>. Acessado em 30/08/2007.

partir de um Estado Unitário, e com o detalhe da total ausência de insurreição das antigas províncias em busca da autonomia posteriormente consagrada.

A Constituição de 1891, ainda que no propósito de criar um modelo federal altamente descentralizado, criou uma União artificial, com base em um federalismo dualista, o qual, a seu turno, estava mal adaptado à profunda diversidade de condições entre as regiões do país. Era igualmente destoante da mentalidade arraigada entre os populares, marcada por forte traço de conformismo e dependência em relação à Capital, dela tudo esperando.

Com a Revolução de 1930 e suas conotações políticas, sobreveio a Constituição de 1934, onde foi normatizada a substituição do federalismo dualista pelo cooperativo, pelo fato de que, neste momento, a União passou a ostentar manifesta posição e influência preponderante no tratamento de interesse geral, ao passo em que os Estados viram suas competências mitigadas. Esta conjuntura foi acentuada com a Carta Política de 1937, havendo inclusive autores que defendem que neste período a federação foi extinta.

A tendência à centralização continuou, não se detendo na Constituição de 1946, marcada pela preocupação desenvolvimentista e pelos grandes investimentos estatais destinados a reduzir as desigualdades regionais, o que veio a fortalecer o centralismo, mantendo a técnica federativa de 1934.

Mais adiante, após a Revolução das Forças Armadas, pode-se afirmar que nos anos de 1967 e 1969 tivemos uma Federação somente nominal, pois o Brasil regrediu à condição de Estado Unitário descentralizado, com característica autoritarista, vivendo nítido federalismo de integração, marcado pela indissociabilidade entre a noção de Federação e a figura da União.

Razões óbvias, pois, levaram ao remodelamento de nosso federalismo, a partir da Constituinte de 1988, com o movimento de abertura democrática e divisão equilibrada dos poderes entre os entes federados. É natural que se buscasse reparar distorções de nosso regime federativo, com a ampla revisão da repartição de competências, não ficando o constituinte de 1987 alheio às experiências contemporâneas de outros Estados Nacionais. Buscou-se, portanto, soluções inovadoras no arranjo da nova arquitetura federativa, sob forte influência do ideário democrático.

A Constituição de 1988, então, confere maior autonomia aos Estados-membros tentando um reequilíbrio federativo. A expansão da autonomia estadual restabelece o federalismo cooperativo e abandona com vigor o federalismo de integração anacrônico.

A Carta Magna estabelece a forma federativa de Estado como preceito fundamental, no caput de seu art. 1º, consagrando, no mesmo dispositivo, a indissolubilidade

do vínculo entre os entes federativos. Mais adiante, no art. 60, § 4º corrobora a qualidade essencial e imutável da federação brasileira, incluindo-a entre as cláusulas pétreas, como limite material à atuação do constituinte derivado, ressaltando a rigidez dos dispositivos constitucionais de expressão do modelo federativo.

Assim sendo, o princípio do federalismo constitucional é, em nosso ordenamento positivo, uma decisão política fundamental, ocupando posição axiológica superior dentro do próprio texto da Constituição, não estando sujeita a qualquer abalo por força de norma posterior, ainda que constitucional.

### *2.5.2 Estrutura do federalismo tupiniquim*

A Constituição brasileira de 1988, a par de estabelecer um modelo federalista de cooperação, inaugura um modelo de descentralização municipalista, fazendo coexistir, no sistema jurídico pátrio, três, ao invés de duas, ordens normativas: a ordem total, relativa à União; as ordens regionais, pertinentes aos Estados e Distrito Federal; e as ordens locais, relativas aos Municípios. Pode-se dizer, assim, que o modelo federalista brasileiro, de forma peculiar, qualifica-se como tripartite, fugindo à regra geral, e elevando os Municípios à condição de entes federativos.

Assim é que a ordem total, ao mesmo tempo em que prevê e reconhece os Estados, dando-lhes competências e rendas, prevê e reconhece os Municípios, entidades intra-estaduais, conferindo-lhes competências e rendas. Prevê o novo texto a auto-organização dos Estados e dos Municípios sujeitando-os ao respeito aos princípios constitucionais.

Segundo Pinto Ferreira<sup>52</sup>, o federalismo brasileiro se enquadra dentro do tipo do federalismo de equilíbrio, como o norte-americano, porque prevê a inalterabilidade numérica dos senadores no Congresso, com o que se afasta do federalismo hegemônico.

Cuida-se, melhor dizendo, de federalismo de cooperação, porque pautado na atuação excludente entre os entes federativos dentro dos limites de suas competências exclusivas, ao mesmo tempo em que se baseia na mútua cooperação entre os seus membros, com a finalidade de redução das desigualdades regionais e pautado no ideal de crescimento conjunto.

Prevalece, ademais, o princípio da subsidiariedade, com grande evidência no modelo brasileiro, pelo que se conservam aos entes federados as competências que são

---

<sup>52</sup> FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 321. [NOTA 19]

capazes de exercer eficazmente, na mesma medida em que os assuntos de interesse nacional são incumbidos à União federal. Somente quando demonstrem inaptidão para cumprir seus misteres, cabe a transferência da competência ao poder federal, cuja atuação será, pois, supletiva a dos entes federativos nos assuntos de interesses regionais e locais.

Quanto a este aspecto, entretanto, importa destacar que no Brasil há uma tendência histórica à federalização das competências consideradas mais relevantes, para as quais as coletividades inferiores não se julgaram, em sua trajetória política, capazes de se desonerar.

Assim sendo, é possível perceber, em consonância com muitos doutrinadores, uma tônica de valorização da atuação da União federal nos mais diversos aspectos da vida política, econômica e social do país, tanto assim que se costuma valorar os serviços federais como sendo mais eficientes, porque melhor estruturados.

Este panorama, entretanto, não constitui negação do federalismo em solo brasileiro. Pelo contrário, cuida-se de uma realidade recorrente na história brasileira, e acompanha os moldes da realidade sócio-política nacional, de forma que pode ser encarado como um traço característico do Estado federal no Brasil, que o torna peculiar em relação a outros modelos estrangeiros.

Por outro lado, esta tendência federalizadora vive, nos dias hodiernos, um momento de amenização, pelo fato de que se busca, desde a vigência da Constituição de 1988, uma gestão governamental planejada e responsável em todas as esferas político-administrativas, de forma a assegurar uma equiparação qualitativa e uma melhoria da qualidade dos serviços prestados à coletividade. Tenta-se, assim, capacitar todas as esferas de poder a atender aos reclamos das coletividades locais, de modo a abrandar a dependência histórica ao Poder federal, tanto no aspecto econômico quanto técnico e estrutural.

Em termos gerais, o caminho que a Constituição Federal de 1988 preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio, junto a um federalismo de cooperação. A busca por liberdade e eficiência criou a necessidade de um balanceamento entre o governo federal e os governos estaduais, sem olvidar a descentralização, que dá sustentação ao federalismo solidário ou intergovernamental, estimulando a ação conjunta entre União e Estados-membros, que devem atuar como parceiros na solução de problemas sociais e econômicos.

A articulação de nosso federalismo atual transita na composição de forças, tendo como meta o equilíbrio, havendo uma complexa repartição de competências, coexistindo uma repartição horizontal (exclusivas) e uma vertical (concorrentes, residuais e

suplementares): à União cabe o exercício dos poderes gerais que tenham a ver com questões unitaristas próprias da Federação e que estejam relacionadas com o Estado do bem-estar, o que inclui, de fundamental, a direção dos rumos da política econômica, que exige uma harmonização em todo território nacional; aos Estados sobeja a missão de propiciar o ambiente necessário para adaptar as soluções conforme suas peculiaridades regionais, isso sem preterir a autonomia constitucional, que lhe é própria; e aos Municípios compete zelar pelos assuntos de interesse local, distanciados que estão a União e os Estados destas demandas coletivas.

Isto advém da escolha política do constituinte da redemocratização, que preferiu um modelo federativo, inclusive como cláusula insuscetível de modificação, ainda que por emenda constitucional (art. 1º c/c 60, § 4º, I), plenamente sensível à necessidade de comunicação entre os entes componentes da tripartição - União, Estados e Municípios - a tal ponto de conformarem competências comuns visando alcançar o que se denominou de Estado do bem-estar social e o equilibrado desenvolvimento no âmbito nacional.

### *2.5.3 Intervenção federal*

Importante aspecto da federação brasileira, cujo estudo importa aprofundar por acentuada importância no presente trabalho é o instituto da Intervenção federal. Como ordem de unificação, o ordenamento federal não pode dispensar tal mecanismo, posto que destinado a salvaguardar a união política contra a segregação.

A intervenção, quando dita federal, consiste em permitir à União assumir, de forma temporária e excepcional, o desempenho de competência pertencente a determinado Estado-membro, alocando sua administração pontual – invadindo assim sua esfera de competências – para assegurar o grau de uniformidade e de unidade indispensável à sobrevivência da Federação.

Por ser contrária à autonomia dos Estados-membros, só pode justificar-se mediante fato de gravidade evidente e indisfarçável. Assim, mantendo a lógica do federalismo, e, de certo modo, assegurando a autonomia dos entes federativos, a Constituição prevê, expressa e taxativamente, em seu art. 34, o elenco de problemas cuja periculosidade afeta o organismo federal, a ponto de ensejar a medida interventiva.

No mesmo sentido, a Norma Superior estabelece um procedimento formal para que se programe a intervenção federal, afastando, destarte, possíveis arbitrariedades e

assegurando completa fiscalização (controle político) sobre a incursão da União nos limites de competência estadual.

Assim é que o texto constitucional admite a intervenção federal, em caráter excepcional, para manter a integridade dos princípios basilares da Constituição. De um lado, objetiva a proteção do território e da divisão territorial: é autorizada para manter a integridade nacional (art. 34, I) e para repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra (art. 34, II). De outro lado, pretende a paz social e moralidade administrativa bem como o adequado zelo com as finanças do Estado: é autorizada para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (art. 34, III); garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, IV); e para reorganizar as finanças da unidade da Federação (art. 34, V).

Noutro giro, garante a execução de lei federal, de ordem ou decisão judicial (art. 34, VI) e assegura a observância da forma republicana, do sistema representativo e regime democrático; dos direitos da pessoa humana; da autonomia municipal; da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (art. 34 VII).

A intervenção federal, todavia, não é prerrogativa indiscriminada da União Federal, possibilitando que esta, através de seus agentes, atue de forma ilimitada. Pelo contrário, se sujeita ao controle político por parte do Congresso Nacional, que deve autorizar a solicitação do Presidente da República. Ademais, os atos do governo federal, quando em intervenção, estarão limitados pelo decreto legislativo, que fixa a amplitude da ação, o prazo de duração e as condições da execução interventiva, por recomendação do próprio princípio federativo.

A única exceção ao controle político do Congresso Nacional ocorre quando a intervenção é feita com base nos motivos previstos nos incisos VI e VII do art. 34, a saber, para garantir a execução de lei federal, de ordem ou decisão judicial e para assegurar a observância dos princípios constitucionais enumerados. Nestes casos. Muito embora dispensado o decreto legislativo, o procedimento é ainda mais complicado, dependendo de declaração do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade do ato impugnado, por provocação do Procurador-geral da República.

Enfim, de importância para o nosso estudo, é saber que a intervenção federal, muito embora represente uma usurpação da competência do ente federativo, anulando temporariamente sua autonomia, se presta a uma finalidade superior, de modo que será tolerada constitucionalmente, em casos excepcionais, sempre que houver interesse na manutenção da Federação.

Trata-se, pois, de um instrumento de manutenção do Federalismo, que pode ser implementado sempre que houver desrespeito às decisões judiciais, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Coaduna-se, ademais, ao princípio da subsidiariedade já estudado – elemento característico do modelo federal, posto que representa um esforço suplementar do Poder central quando o Estado-membro se mostra inoperante em questões relativas ao interesse nacional, como é o caso, por exemplo, de crimes de graves violações aos direitos humanos.

## CAPÍTULO III – DA ANÁLISE DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA EM FACE DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

### 3.1 Notas introdutórias e natureza jurídica do instituto

A Emenda Constitucional nº. 45/2004 trouxe a chamada "Reforma do Judiciário", tendo como principal motivo tornar mais célere o Judiciário brasileiro. No contexto desta reforma, de notória repercussão nacional, foram inseridas importantes alterações ao texto constitucional, dentre as quais a instituição do chamado Incidente de Deslocamento de Competência, instrumento ora em discepção, cuja criação foi deflagrada em meio à banalização da violência e das recorrentes violações aos direitos humanos no Brasil.

Refere-se este instrumento processual à possibilidade de deslocamento de competência jurisdicional, da Justiça Estadual para a Justiça Federal, para o julgamento de graves violações a direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Vejamos o texto reformador:

*Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*

*[...]*

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

*[...]*

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

Esta normativa decorre, dentro da sistemática do texto introduzido pelo constituinte derivado, da equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional às emendas constitucionais (art. 5º, §3º) e da inserção da garantia à celeridade de tramitação dos processos (art. 5º, LXXVIII), ambas alterações também introduzidas na Constituição Federal pela Emenda em testilha.

A criação desse instituto inspirou-se, dentre outros motivos, na percepção de que, em vários casos, os mecanismos até então disponíveis para a apuração e punição das

violações de direitos humanos no país demonstraram-se insuficientes e, até mesmo, ineficientes, expondo de forma negativa a imagem do Brasil no exterior.

Ocorre que, freqüentemente, por meio de diversos organismos internacionais, além da mídia, a União, ente federativo comprometido em nível externo, tem sofrido severas críticas quanto à negligência na apuração destes ilícitos, os quais resultam quase sempre em impunidade, não obstante os diversos compromissos firmados com relação à proteção dos direitos humanos.

Revela-se esta realidade em verdadeira contradição, tendo em vista que a Constituição Cidadã, conforme alcunha da autoria do Dep. Ulisses Guimarães, foi inteiramente permeada por normas declaratórias expressas de direitos fundamentais, cuja observância compulsória foi estatuída como princípio fundamental, orientador inclusive das relações internacionais da Federação brasileira (art. 4º, II).

Ademais, impulsionado por esta base ideológica de reconhecimento e proteção aos direitos e liberdades fundamentais, muitos foram os Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, todos destinados à proteção aos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem colocar o Estado brasileiro como sujeito passivo nos casos impunes a elas comunicados.

Noutro ponto, ressalte-se um aspecto relevante das instituições nacionais, que também concorreu para justificar a constitucionalização da hipótese de federalização, qual seja, a reiteração das omissões na apuração e punição dos crimes praticados internamente com grave violação aos direitos humanos, uma vez que a competência originária para a investigação, processamento e julgamento encontra-se no âmbito dos Estados. Com efeito, seja por questões histórico-culturais e sócio-econômicas, seja por falta de tecnologia e interesse na apuração dos fatos, os entes federativos, por diversas vezes, mostraram-se hesitosos na apuração e punição às violações desses direitos.

Ressalte-se, por fim, que os dados estatísticos da violência e reiteradas ações de degradação da pessoa humana no Brasil apontam uma realidade assustadora, delineando o quadro de violações de direitos humanos no Brasil. Segundo consta nestes registros, comprovados pelas palavras dos estudiosos e pelas manchetes jornalísticas diuturnas, a grande maioria dos atos que se considera como incisivamente violadores de direitos são praticados por agentes oficiais – como nos interiores dos presídios, por exemplo – ou com a sua negligente conivência.

Este panorama de gravidade insuperável e de nefasta propagação em nível internacional acarreta, em consequência, os numerosos processos que o Brasil responde, na condição de réu, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por ter permitido a massificação da impunidade, da insegurança e da cultura do desrespeito generalizado aos direitos humanos no país. Tanto é assim que o costume popular é acreditar que os direitos declarados na Carta Constitucional, verdadeiras conquistas históricas das lutas sociais, permanecem, infelizmente, como letra utópica, cores que pintam uma realidade bela, porém abstrata e intangível, presa ao papel.

Em linhas gerais, foi este o panorama traçado na Exposição de Motivos nº 231/A-MJ, de 13/5/1996, oriunda do Ministério da Justiça, que, para justificar a possibilidade de deslocamento da competência para o processamento e julgamento dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos, objeto da PEC 386-A/96, apresentada pelo Poder Executivo, consignou expressamente *in verbis*:

*[...] a despeito do cuidado da Constituição em assegurar os Direitos Humanos, a realidade é que a violação desses direitos em nosso País tornou-se prática comum, criando um clima de revolta e de insegurança na população, além de provocar indignação internacional.*

*É que o Estado brasileiro, ao cuidar de bem definir os ordenamentos que asseguram tais direitos, descurou em relação a instrumentos capazes de assegurar o seu pleno exercício.*

*[...]*

*Com isso, constitucionalmente, as lesões aos Direitos Humanos ficaram sob a égide do aparelhamento policial e judicial dos Estados Federados que, em face de razões históricas, culturais, econômicas e sociais, têm marcado sua atuação significativamente distanciada dessa temática.*

*Esse distanciamento apresenta-se ainda mais concreto e evidente nas áreas periféricas das cidades e do campo, em que fatores econômicos e sociais preponderam indevidamente na ação do aparelhamento estatal. Essa fragilidade institucional criou clima propício para cada vez mais freqüentes violações dos Direitos Humanos em nosso País, que ficam imunes à atuação fiscalizadora e repressora do Estado.*

*Esse quadro de impunidade que ora impera está a exigir medidas destinadas a revertê-lo, sob pena dos conflitos sociais se agravarem de tal forma que venham fugir ao controle do próprio Estado.*

*Por estas razões e visando a realização, em concreto, dos Direitos Humanos em nosso País, julgamos necessário incluir na competência da justiça federal os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos Direitos Humanos, bem assim as causas civis ou criminais nas quais o mesmo órgão ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse.*

O Incidente de Federalização de Competência, enfim, encontra eco em diversas entidades da sociedade civil que se dedicam à defesa dos direitos humanos, para quem a transferência da competência para processar e julgar atos de violação aos direitos humanos para a Justiça Federal é vista como uma medida que acarretará o melhor funcionamento do sistema judicial.

Feitos estes apontamentos iniciais acerca do panorama social que institucionalizou o instrumento de federalização em estudo, resta compreender, doravante, qual seria a sua natureza jurídica.

Compreende-se, de forma uníssona, que a norma que veicula o Incidente de Deslocamento de Competência injeta no texto constitucional mais um item no rol de competências da Justiça federal. Seria, assim, uma norma estruturante de competência jurisdicional, com a ressalva de que tal atributo não poderá ser exercido pelos juízes e tribunais federais de forma absoluta e automática. Cuida-se, assim, se uma norma de competência anômala, eis que não integra o elenco do art. 109 de forma imediata.

Ocorre que não houve retração da competência originária do Judiciário Estadual, nem tampouco resta autorizada a avocação do atributo pela jurisdição federal. O procedimento depende de iniciativa do Procurador-Geral da República, a quem compete, isto sim de forma privativa, o juízo de discricionariedade em suscitar a medida. Uma vez suscitado o incidente, caberá ainda ao Superior Tribunal de Justiça decidir a sua efetiva aplicação, ao dizer a quem competirá julgar o caso de grave violação.

Há, destarte, uma competência circunstancial acrescida ao elenco de atributos da Justiça Federal, e uma prerrogativa privativa outorgada ao representante maior do Ministério Público Federal. Não se cuida, outrossim, de uma hipótese de ampliação material da competência dos juízes federais, tendo em vista que a estes já competia, no texto precedente à EC nº. 45/04, processar e julgar as causas fundadas em tratados da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III), bem como as infrações penais praticadas em detrimento de interesse nacional (art. 109, IV).

Noutro giro, cuida-se ainda de um instrumento constitucional de natureza processual, cabível em qualquer fase do processo, por absoluta obscuridade textual quanto ao momento adequado à sua argüição. Poderá, assim, ser suscitado pelo Procurador-Geral ainda na fase de instrução ou, quando já finda a primeira instância, na fase recursal. O certo, todavia, é que em face da ausência de regulamentação por lei infraconstitucional do instrumento em referência, impera, entre os estudiosos, nebulosidade sobre a oportunidade processual em que poderá o mesmo ser requerido ao STJ, sobretudo para que não venha a

inviabilizar a atuação das autoridades envolvidas na apuração e julgamento do processo – Polícias Civil, Federal e Juízes estaduais.

Anote-se, ainda, que em face desta ausência de dispositivo legal regulamentador da matéria, muitos afirmam que a norma encartada no parágrafo 5º do art. 109 da Carta Política seria, noutra percepção, uma norma constitucional de eficácia limitada.<sup>53</sup>

Entretanto, em que pesem os argumentos dos defensores desta vertente teórica, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o IDC nº. 01/2005, proposto em face do assassinato da freira missionária Dorothy Stang, posicionou-se no sentido da eficácia direta e imediata do instituto em discepção. Senão, sejamos:

*[...] não há base jurídica para atribuir ao referido preceito eficácia limitada (sem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa), ou que o processamento desse incidente dependa de regulamentação própria, até porque as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais – em cujo elenco, indiscutivelmente, se encontram inseridos os “direitos humanos” – têm aplicação imediata, por força do disposto no § 1º do art. 5º da Carta da República. É suficiente, portanto, para o deslocamento da competência, a demonstração inequívoca, no caso concreto, de ameaça efetiva, real, ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil.<sup>54</sup>*

Com absoluta sapiência, sendo um instrumento que vem angariar mais efetividade ao cumprimento dos compromissos internacionais ratificados pela União, e por assegurar o regular curso processual e a adequada prestação jurisdicional na proteção aos direitos humanos, não seria coerente conceber como limitada a eficácia do Incidente de deslocamento de Competência.

### **3.2 Requisitos constitucionais de implementação**

Da norma introduzida no art. 109, §5º da Constituição Federal, infere-se que há prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República em suscitar a transferência de jurisdição. Todavia, a hipótese de federalização, por ser instrumento processual, só tem lugar quando obedecidos certos requisitos constitucionais, cuja observância determinará seu

---

<sup>53</sup> Relembre-se, neste ponto, a rememorável classificação nas normas constitucionais empreendida pelo prof. José Afonso da Silva, que as categorizou em normas de eficácia plena, contida e limitada;

<sup>54</sup> IDC nº 1 (2005/0029378-4 - 10/10/2005).

cabimento e procedência. Num juízo de delibação e de mérito, presentes os requisitos constitucionais, decidirá o Superior Tribunal de Justiça pela alteração ou não da jurisdição.

De acordo com o dispositivo constitucional, a competência estadual para o julgamento de causas relativas a direitos humanos permanece como regra, passando a ser federal apenas se concorrerem os seguintes requisitos específicos: existência de grave violação a direitos humanos; a finalidade de garantir o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário; e a inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis de responder ao caso específico.

No que se refere ao primeiro requisito constitucional, exige-se uma conduta de grave violação aos direitos humanos, conceito de interpretação vaga, cuja delimitação de sentido, enquanto aguarda a devida regulamentação infraconstitucional, cabe a doutrina nacional.

Assim é que, em conformidade com a sugestão apresentada por Comissão formada por Procuradores do Estado e Procuradores da República, seria a Justiça Federal competente para processar e julgar os seguintes crimes:

- a) tortura;*
- b) homicídio doloso qualificado praticado por agente funcional de quaisquer dos entes federados;*
- c) praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes;*
- d) homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva;*
- e) uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.<sup>55</sup>*

A justificativa desta interpretação dogmática encontra-se no segundo requisito constitucional, que considera as obrigações assumidas pela União Federal em nível internacional, nos tratados de direitos humanos que foram assinados.

Considerando que estas hipóteses estão tuteladas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua

---

<sup>55</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: A exigência da Federalização*. Em < [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_federalizacao.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html)> Acessado em 15/06/2007

violação, cuja proteção se comprometeu a realizar. Assim sendo, a novel sistemática introduzida pela emenda constitucional em disceptação coaduna-se com a lógica da responsabilização internacional da pessoa jurídica que detém a soberania e a representação externa da união federativa.

Crimes contra os direitos humanos seriam, destarte, aqueles incriminados no direito pátrio e no direito internacional e definidos pelo bem jurídico tutelado (integridade física, psíquica, dignidade da pessoa humana, etc.), pela natureza da violação (tortura, seqüestro, etc.) e pelo reconhecimento internacional da lesão aos direitos humanos como tal. Servem como exemplos as previsões do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), do Pacto de San José da Costa Rica (1969), do Tratado Sobre Violência Contra a Mulher (1995), da Convenção Interamericana Sobre o Tráfico Internacional de Menores, entre outros.

No que tange à omissão ou demora injustificada na elucidação no crime, por desídia das autoridades estaduais, cuida-se de um pressuposto implícito à norma em comento, em harmonia com o Princípio da Subsidiariedade, que mantém a competência originária das unidades federativas, retirando-lhe a atribuição somente quando incorrerem em negligência, descaso ou desinteresse manifesto na apuração e punição das graves violações aos direitos humanos.

Esse terceiro requisito encontra-se pacificado pelo julgamento do IDC 01/PA, o qual fora denegado justamente pela ausência de inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis de responder ao caso específico. Houve, segundo os ministros do Superior Tribunal de Justiça, diligente atuação da Polícia e do Judiciário locais em punir os algozes da freira missionária, pelo que não caberia o deslocamento de competência pela inexistência do terceiro requisito, que caracterizaram como a "*incapacidade do estado em cuidar do crime por descaso, desinteresse, ausência de vontade política e a falta de condições pessoais ou materiais, entre outras*"<sup>56</sup>

Neste mesmo julgamento, o Min. Relator Arnaldo Esteves Lima asseverou, em relação requisitos constitucionais, serem de observação compulsória e cumulativa para requerimento do incidente de deslocamento de competência. *In verbis*:

---

<sup>56</sup> IDC nº 1 (2005/0029378-4 - 10/10/2005).

[...] tais requisitos – os três – não de ser cumulativos, o que parece ser de senso comum, pois do contrário haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da união federal, ferindo o estado de direito e a própria federação, o que certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas – todas, em todas as esferas – deve ser a tônica, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, ‘nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco.’<sup>57</sup>

Presentes estes elementos fáticos e jurídicos, torna-se cabível o requerimento de deslocamento da jurisdição para o nível federal, em qualquer fase do processo, ainda segundo a literalidade do texto constitucional.

Ressalte-se que o preceito constitucional não foi explícito quanto à possibilidade de deslocamento após o trânsito em julgado da sentença de primeira instância. Entretanto, considerado a *ratio* do dispositivo, que é a tutela aos direitos humanos e fundamentais básicos, e considerando a forma incisiva como o legislador se referiu a qualquer fase processual, deduz-se que, mesmo após o trânsito em julgado, poderá haver o referido deslocamento, já que na fase executiva também poderá haver a dita grave violação dos direitos humanos.

### **3.3 Dos fundamentos principiológicos do instrumento de federalização de competência jurisdicional**

#### *3.3.1 O IDC e o Princípio do Devido Processo Legal*

O Incidente de Deslocamento de Competência se funda, numa primeira análise, no consagrado princípio do *Due Process of Law*, também qualificado com uma garantia constitucional, porque assecuratório da efetiva proteção a direitos humanos e prerrogativas fundamentais.

A noção de um processo adequado e justo é dada, na dogmática constitucional, pela lição do professor J.J. Gomes Canotilho, a partir de duas teorias, a *concepção processual* e a *concepção material*.<sup>58</sup>

A teoria processual, ou *teoria do processo devido por qualificação legal*, como denomina o insigne jurista, limita-se a afirmar que toda pessoa somente poderá ser privada de seus direitos fundamentais à vida, liberdade e propriedade mediante percurso do processo legalmente especificado. O acento tônico desta doutrina reside na observância ou não do

<sup>57</sup> IDC nº 1 (2005/0029378-4 - 10/10/2005).

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 450. [NOTA 9]

processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

A teoria substantiva ou material, segundo Canotilho, “*pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal justo e adequado quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.*”<sup>59</sup>

Segundo esta concepção, o processo legal deve ser considerado um instrumento de realização da Justiça e da Equidade, na forma de uma proteção alargada de direitos fundamentais, quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas.

Atualmente, a doutrina nacional e estrangeira compreende, com unicidade, que o devido processo legal coaduna-se com o propósito da conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional, dele decorrendo o direito ao acesso amplo à Jurisdição estatal, devendo esta ser exercida de forma eficiente.

Segundo o jurista português antes mencionado, da referida imbricação do devido processo legal aos direitos fundamentais resultam “*dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conxiona-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado.*”<sup>60</sup>

Adotando o ponto de vista do professor Canotilho, percebe-se, com nitidez, que o cidadão detém um direito de efetiva e adequada prestação jurisdicional por parte do Estado, a quem cabe o monopólio desta função primordial. Isto implica o direito a exigir da instituição judiciária a razoável duração do processo, instrumento também positivado na carta constitucional de 1988, e um provimento final justo e equitativo, que efetivamente assegure os direitos fundamentais postos em discussão, para ambas as partes envolvidas no processo.

Desta concepção do Devido Processo Legal, assente na doutrina constitucional, percebe-se sua nítida influência na institucionalização do Incidente de federalização. Não há como dizer de forma diversa, tendo em vista que tal instrumento se presta a garantir às vítimas de graves violações a segurança de um provimento jurisdicional pertinente e adequado, veículo processual imediato na garantia dos direitos humanos consagrados.

Fundamenta-se, portanto, o procedimento constitucional em tela no princípio do *Due Process of Law*, uma vez que serve aos fins primordiais da função jurisdicional, enquanto mister primeiro do Estado para a solução dos conflitos *inter partes* e em garantia aos direitos fundamentais da pessoa humana contra violações arbitrárias.

---

<sup>59</sup> *Idem; ibidem.* p. 451. [NOTA 9]

<sup>60</sup> *Idem; Ibidem.* p. 452

### 3.3.2 O IDC e Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

A institucionalização do Incidente de Deslocamento de Competência encontra fundamento, por outro lado, no princípio constitucional norteador das relações internacionais da Federação brasileira que impõe o respeito à prevalência dos direitos humanos (art.4º, II).

Segundo Pedro Dallari, citado por Uadi Lammêgo Bulos, “a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações exteriores do Brasil espraia sua influência na nossa ordem jurídica interna, impondo-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado”<sup>61</sup>, o que ressalta a importância do parágrafo 2º do art. 5º da Carta Política, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Além disso, o princípio da prevalência dos direitos humanos, no plano internacional, fundamenta o IDC da medida em que impõe à federação brasileira o cumprimento dos compromissos assumidos pela ratificação de Tratados internacionais de proteção aos direitos da pessoa humana.

O fundamento deste efetivo comprometimento do País em nível externo, no que tange aos direitos humanos, o qual inspirou diretamente a positivação da federalização de competência em caso de inércia das instituições estaduais em punir atos de grave violação, decorre, noutro ponto, da condição de Estado Democrático de Direito que a Constituição brasileira consagra entre seus princípios fundamentais.

Com efeito, ao utilizar a terminologia *Estado Democrático de Direito* a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais e a responsabilidade dos governantes para com os governados, segundo os quadrantes estipulados em um texto constitucional que nitidamente protege o cidadão e concilia os interesses das coletividades internas.

Mais do que isso, além de garantir a ordem social e a efetiva observância da normatividade interna, o Estado deve, sobremaneira, assegurar o fiel cumprimento dos preceitos traçados pela ordem jurídica internacional, o que levou o professor Canotilho a defender a concepção do *Estado Democrático de Direito internacionalmente vinculado*.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 95

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 225. [NOTA 9]

Com efeito, na atualidade, os limites jurídicos impostos ao Estado advém também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais, que incidem sobre sua atuação no plano interno e externo e estão, em sua maioria, incorporados ou recebidos expressamente na ordem constitucional. Assim é que se afirma, na atualidade, esta abertura ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito.

Neste contexto, reafirma o professor Canotilho que “*os direitos fundamentais, tal como estruturaram o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas.*”<sup>63</sup>

Destarte, tem-se que Estado Democrático de Direito é aquele que respeita e cumpre os direitos humanos consagrados nos grandes pactos, declarações e convenções internacionais.

Disto resulta que, ao lado do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, a condição de Estado democrático de direito sobre a qual o Brasil se estrutura também representa elemento fundante da positivação do Incidente de Deslocamento de Competência, enquanto instrumento que se propõe a permitir a concretização destes ideais supremos.

### 3.3.3 O IDC e o Princípio da Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, encartado no art. 1º, inciso III da Constituição Cidadã representa, no dizer de Uadi Lammêgo, *o valor constitucional supremo*<sup>64</sup> que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem. Seria, assim, um *megaprincípio*, posto que aglutina em sua noção uma série de outros postulados, e possui, conforme ensinamento de Ingo Wolfgang Scartet, citado por Walber Agra, “*força normativa mais intensa do que uma simples norma, que, além do seu enquadramento na condição de princípio (valor) fundamental, é alicerce de mandamento definidor de direito e garantia, mas também de deveres fundamentais*”.<sup>65</sup>

Encerra, com efeito, a qualidade de ser um *sobreprincípio*, enquanto vetor essencial da atividade de interpretação constitucional, estando em paridade com os demais preceitos fundamentais que compõem as escolhas essenciais do constituinte de 1988. Sua

<sup>63</sup> *Idem, Ibidem*; p. 1121. [NOTA 9]

<sup>64</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p. 83 [NOTA 61]

<sup>65</sup> AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 124-125.

observância, pois, é obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido a força aglutinante que possui, atraindo em seu entorno o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.

Segundo os ensinamentos da doutrina constitucional alemã, tem-se que a dignidade da pessoa humana é concebida como algo intocável, sendo obrigação de todos os Poderes estatais o dever de observá-la e protegê-la.

*O dever de observação é próprio de todos os direitos fundamentais como direitos de resistência contra intervenções estatais: o Estado observa a liberdade ou direito individual enquanto omite a ação perturbadora. O dever de proteção diz respeito a mandamento de ação direcionada ao Estado, ação contra agressões da dignidade da pessoa humana proveniente de particulares.*<sup>66</sup>

Não há consenso na doutrina alemã sobre a definição de *dignidade da pessoa humana*, de forma que o Tribunal constitucional interpreta a sua concepção sempre com base no caso concreto, delimitando-a de forma negativa, a partir de eventos de violação. Assim é que entendem que “*o tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força e sua existência como pessoa*”, configurando, neste sentido, um *tratamento desrespeitoso*.<sup>67</sup>

Na doutrina latina, o professor José Gomes Canotilho esclarece que a concepção de dignidade da pessoa humana deve levar em consideração o princípio material que lhe subjaz.

*“Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual. (...) Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O expresse reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos.”*<sup>68</sup>

<sup>66</sup> SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Traduzido por Leonardo Martins. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2003. p. 177

<sup>67</sup> *Idem, Ibidem*; p. 181;

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 219 [NOTA 9].

O professor Canotilho ressalta, nesta definição, a base sociológica do conceito de dignidade da pessoa humana, destacando-lhe a noção básica de princípio norteador da estrutura político-normativa de uma sociedade que coloca o ser humano em destaque.

Sendo um *sobreprincípio*, ou *valor supremo* da Carta constitucional, como ensinam os teóricos pátrios, a dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são apanágio da espécie humana – direito à vida, lazer, saúde, trabalho, educação, cultura - cujas condições devem ser asseguradas pelo Estado, por tratar-se de finalidade essencial do Poder Público e, acima de tudo, porque tais direitos mostram-se inerentes à própria existência do ser humano, de forma que devem ser não só respeitados, mas garantidos.

A noção de garantia da dignidade da pessoa humana alia-se à fundamentalidade dos direitos fundamentais expressos e dos direitos humanos incorporados em Tratados internacionais, por força do disposto no art. 5º, parágrafo 2º da Carta Magna.

Constituindo-se em normas fundamentais, integram a base material da Constituição, e ocupam, destarte, o nível máximo da hierarquia normativa. Protegidos por técnicas processuais de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais revelam-se ademais, como direitos subjetivos indisponíveis ao constituinte reformador e ao legislador ordinário, ocupando, sob a égide do art. 60, § 4º, da CF/88, o patamar de cláusula pétrea.

Segundo Canotilho, na obra já referenciada, a fundamentalidade aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal assinala quatro dimensões relevantes, que seriam: as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas colocadas em grau superior na ordem jurídica; como normas constitucionais encontram-se submetidas a procedimentos agravados de revisão; como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam a constituir limites materiais de revisão; e, por fim, como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões e controle dos órgãos estatais.

A fundamentalidade material, por sua vez, constitui-se na idéia de que os direitos fundamentais representam o elemento decisivo das estruturas básicas do Estado, o que sustenta a possibilidade de abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas ainda não constitucionalizados. Daí falar-se, com o professor Canotilho, em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade*<sup>69</sup> dos direitos fundamentais.

---

<sup>69</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op.cit.* p. 349 [NOTA 9].

Desta fundamentalidade dos direitos e garantias consagrados na Carta Política decorre a sua conotação democrática e sua conotação de Estado de direito fundado, primordialmente, na proteção aos direitos da pessoa humana, positivados ou garantidos em instrumentos internacionais, princípio considerado crucial à estrutura da Federação brasileira.

Com base nestas premissas, é correto afirmar, com inarredável segurança, que Incidente de Deslocamento de Competência se fundamenta, em *ultima ratio*, na noção de dignidade da pessoa humana, conceito aglutinante e fundamental do texto constitucional.

Indo mais além, é possível afirmar, dentro da lógica epistemológica que o lastreia, que o IDC compreende verdadeira garantia fundamental que o constituinte acrescentou à Carta Política, com o desiderato de assegurar um instrumento servil à efetiva proteção, numa ótica processual e jurisdicional, dos direitos humanos.

Segundo a definição de garantias fundamentais de autoria do professor José Afonso da Silva:

*O sistema brasileiro define como garantias todas as prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade desses direitos, compreendendo garantias individuais, coletivas, sociais e políticas, tendo em vista a natureza do direito garantido.<sup>70</sup>*

Neste sentido, servindo-se da lição do insigne constitucionalista brasileiro, é permitido afirmar que o Incidente de Deslocamento de Competência não somente se fundamenta no Princípio da Dignidade da pessoa humana, preceito fundamental aglutinante da Constituição, como representa, *per si*, um incontestado instrumento para sua concretização, revelando-se efetiva garantia fundamental de proteção aos direitos humanos.

### **3.4 Do Incidente de Deslocamento de Competência em face do Princípio Federativo: há conflito de princípios?**

Perpassados todos os apontamentos anteriores, acerca do Princípio Federativo e do Incidente de Deslocamento de Competência, torna-se imperioso realizar o cotejo entre estas duas premissas, para que se alcance o objetivo primeiro do presente trabalho

---

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso. *Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual*. Em < <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm> > Acessado em 15/08/2007.

monográfico, qual seja, detectar possível choque principiológico e elucidar a questão da constitucionalidade do instrumento em apreço.

Diante de todos os elementos teóricos que foram trazidos à baila, torna-se possível, doravante, empreender o exercício da dialética, com vistas a galgar uma conclusão sobre o tema submetido a exame. Passemos, pois, à exposição dos principais pontos que foram constatados no curso da pesquisa, que se prestam a comprovar, ou refutar, as hipóteses suscitadas inicialmente.

### *3.4.1 Da compatibilidade do instrumento de federalização e o modelo Federalista brasileiro*

A instituição do Incidente de Deslocamento de Competência suscitou um forte embate doutrinário acerca de sua constitucionalidade. Pugnou-se, inclusive por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>71</sup> que tal instrumento seria inconciliável com o Princípio Federativo, que estrutura a República brasileira, sob a alegação de que constitui intervenção não autorizada da União em matéria de competência estadual.

Cuida-se, conforme relatado, do objeto primordial do presente trabalho monográfico comprovar se, de fato, existe a dita incompatibilidade do instrumento em tela com o pacto federativo, configurando verdadeira antinomia de normas constitucionais, e se, neste contexto, é possível apontar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do art. 109, parágrafo 5º da Constituição Federal.

Como visto, o Incidente de Deslocamento de Competência atende a uma finalidade de interesse nacional, qual seja, assegurar, no curso processual, a efetiva proteção aos direitos humanos fundamentais, constitucionalmente positivados ou consagrados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, quando forem gravemente violados e quando houver inércia das autoridades locais em averiguar e punir tais ilícitos.

Representa, no âmbito da lógica constitucional, uma oportunidade de intervenção na União nos Estados federais, ocasionada por meio de representação do Procurador-Geral da República, que suscita a transferência da competência para julgamento dos processos em curso, desde que verificados os requisitos constitucionais.

Reside, justamente, nesta incursão da União no limite das competências estaduais, retirando-lhes parcela de sua autonomia, notadamente no que tange à independência

---

<sup>71</sup> ADIN nº. 3.486/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

de suas instituições jurisdicionais, a aparente incompatibilidade com o Pacto Federal que vincula os entes estatais.

Conforme restou demonstrado em capítulo anterior, a essência do Federalismo, em linhas gerais, concebido o modelo político internacionalmente reconhecido, consiste na autonomia constitucional, legislativa, administrativa e financeira dos entes federados, que encerram, no âmbito de um rol de competências precisamente delimitado em uma Constituição rígida, poder de auto-determinação inarredável, contando com instituições e Poderes estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário – independentes.

Considerando que o princípio Federativo representa escolha política superior da Carta Constitucional, revela-se como um preceito fundamental estruturante do Estado brasileiro, o qual não jamais ser usurpado por qualquer outra norma, constitucional ou legal. Cuida-se de dogma político essencial à Constituição que lastreia a república brasileira, vinculando todos os aspectos de sua estrutura, e sendo de observância necessária no processo de interpretação e integração constitucionais, e na construção legislativa.

Sobre ser um preceito fundamental, aglutinante em todo o ordenamento jurídico brasileiro, não se sujeita o Pacto federativo a qualquer tentativa de abolição, sequer de subversão que venha a ameaçá-lo, sob pena de desrespeito insustentável ao regime jurídico instituído pela Carta Política de 1988. No mais, a quebra do equilíbrio federal caminha no contra-fluxo da democracia, galgada em lutas históricas do processo de estabilização política dos Estados nacionais, deflagrando a revolução do retrocesso e a involução aos modelos centralizadores e autoritários. O modelo federativo, acima de tudo, é corolário do Estado Democrático de direito que o Brasil almeja ardorosamente tornar-se.

Diante deste quadro, todavia, em que pese a superioridade axiológica do princípio federativo no sistema constitucional, percebe-se não haver verdadeiro conflito normativo entre este preceito e a norma que introduziu o incidente de deslocamento de competência no texto constitucional.

Primeiramente, para uma adequada compreensão desta dimensão do tema, é fundamental superar uma visão mitificada acerca do Federalismo, concernente a uma suposta autonomia absoluta dos entes subnacionais. Esta visão distorcida está na base de muitos discursos contra a preconizada federalização, daí o relevo desta abordagem.

O fato é que, na atualidade, conforme sobejamente demonstrado no capítulo anterior, não impera mais a figura política do federalismo dualista no cenário brasileiro, o qual se caracterizava pela delimitação de competências entre União e Estados-membros feita de forma estanque, horizontal e incomunicável. Este modelo estatal desapareceu na história

brasileira desde os fins da década de 1970, abandonado com acentuada convicção mais adiante, no processo de redemocratização, que culminou com a Constituição de 1988.

O certo é que mesmo que nos marcos do chamado federalismo dual fosse praticada tal autonomia rígida, aquele foi progressivamente substituído por um outro paradigma, o federalismo cooperativo, fundado na idéia de interação e delimitação de competências de forma vertical entre os entes federativos, por impulso do Princípio da Subsidiariedade, já analisado.

Neste momento do federalismo, a União assumiu crescentemente mais competências, algumas absolutamente novas - decorrentes do agigantamento das funções estatais -, outras deslocadas do âmbito antes conferido às entidades subnacionais. Assentou-se, simultaneamente, a idéia de cooperação entre as diversas esferas federativas, que passaram a atuar de modo consorciado, visando a melhor consecução dos objetivos comuns. Não há mais lugar, no país, ante a premente necessidade de dissolução das desigualdades regionais, para uma definição rígida de competências, característica maior do federalismo dual.

Isto não significa, não obstante, que se esteja a caminhar, na atualidade, rumo ao declínio do Estado Federal, com recrudescimento da tendência centralizadora. O que ocorre, de fato, é um processo de releitura do modelo federalista clássico, mudança que se faz presente na realidade brasileira e alhures.

Há, na verdade, um movimento de readaptação do modelo federalista às novas demandas sociais em nível global, que convive com possibilidade de intervenção federal de intuito cooperativo, de forma subsidiária e com o intuito de defesa dos interesses nacionais. Esta cooperação seria desencadeada quando, em determinadas conjunturas históricas, as instâncias de poder dos entes subnacionais se revelassem insuficientes para cumprir os objetivos inscritos na Constituição, convocando-se então órgãos federais para atuar.

O que se está a afirmar é que o atual modelo federalista não se choca, em absoluto, com as hipóteses de intervenção do ente Federal soberano, mas, ao contrário, tolera esta iniciativa, sempre pautada no multi-citado Princípio da Subsidiariedade e na salvaguarda dos assuntos de interesse da unidade federativa.

Pelo mencionado princípio, o Estado-Membro deve manter sua autonomia, até onde for possível. Em caso de impossibilidade de resolução da controvérsia, seja judicial ou mesmo administrativa, a comunidade poderá intervir naquele. Destaque-se, ademais, que a autonomia consagrada destes entes federativos é dada, e delimitada pela Constituição. Não se cuida de um poder ilimitado de auto-determinação, mas de prerrogativa concedida pelo pacto

assente na Carta constitucional, e que, portanto, em face de exceções traçadas no próprio texto Supremo, pode ser minorada.

Neste contexto, fica evidente que a proposta de excepcionalmente ocorrer a federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos objetiva a aplicação, neste campo, de um sistema de exercício cooperativo de competências jurisdicionais, o qual aliás não constitui novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Frise-se que no âmbito de nossa Federação o chamamento da União para viabilizar a tutela aos direitos humanos, quando os Estados não agem adequadamente, já está previsto na vigente ordem constitucional positiva, de acordo com o art. 34, inciso VII, alínea b, da Constituição Federal. Tal dispositivo prevê a possibilidade de intervenção federal nos Estados para assegurar os “direitos da pessoa humana”, de modo que o instrumento ora abordado pode ser visto como uma derivação desta sistemática.

Há, neste caso, uma possibilidade de intervenção federal cirurgicamente inserida no sistema constitucional, e por isso tolerada, por não agredir ao Pacto federativo, mas por viabilizar a sua incolumidade enquanto modelo de cooperação, sempre que se trate de casos de graves violações aos direitos humanos, cuja gravidade represente um incidente de responsabilização da Federação em nível internacional, isto sim um fator de risco.

Há, na norma inserta no art. 109, parágrafo 5º, nítido interesse em reforçar a cooperação de esforços entre União e Estados-membros a fim de assegurar a efetiva proteção aos direitos da pessoa humana, o que demonstra um elemento pontual de manifestação do Federalismo Orgânico e Cooperativo.

Destaque-se, em reforço a estes argumentos, que é a União a responsável pela assinatura de Tratados internacionais, de modo que é ela quem vai responder pela apuração dos crimes perante os órgãos internacionais (art. 21, I, Constituição Federal). O Brasil, representado externamente por seu ente soberano, também poderá ser responsabilizado perante outros organismos internacionais, pelo que se faz necessário garantir o cumprimento dos Tratados, dada a crescente internacionalização dos direitos humanos.

A federalização dos crimes contra direitos humanos resulta de grande interesse público na resolução desses casos, pelo que não pode ser considerada afronta ao pacto federativo, porque, de certo modo, acompanha a lógica do modelo político brasileiro, que tende para a federalização de todos os assuntos que sejam de grande relevância e repercussão nacionais.

Segundo as diretrizes operacionais de programa da medida, tem-se que o Procurador-Geral da República irá, de fato, resguardar a autonomia do ente federativo, agindo

razoavelmente de acordo com o pacto federativo e representando o interesse da manutenção da soberania da União diante da necessidade de reduzir a impunidade e ganhar respeitabilidade perante os órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Noutra perspectiva da questão, de cunho mais formal, é de se dizer que a existência de requisitos também obsta a alegação de violação do pacto federativo pela valorização de um ente sobre outro, porquanto prioriza a elucidação do crime sob a competência primária (estadual), afinal a jurisdição é una e nacional. O instrumento de federalização, como visto, representa uma prerrogativa do Ministério Público Federal, de cunho processual, que poderá ser ou não suscitada, somente quando em face da inoperância das instituições dos Estados-membros em proceder à efetiva proteção dos direitos humanos violados.

Com isso, tem-se que há nítida valorização do Princípio da Subsidiariedade, que anima o modelo federal de cooperação, eis que se prioriza a competência originária dos entes federativos, assegurada a sua autonomia jurisdicional até o limite em que esta não esteja servindo para garantir proteção ao jurisdicionado que fora violado em seus direitos humanos básicos. Há, pois, competência federal subsidiária e ocasional, cabível, segundo um juízo de ponderação, sempre que for necessário aniquilar parcela da autonomia estatal em prol de um objetivo de garantia e prevalência dos direitos humanos, nos termos da Constituição.

O fato de haver requisitos de admissibilidade expressamente postos para que se delibere sobre a adoção desta medida de federalização, revela, na verdade, uma valorização da autonomia dos Estados-membros, e se perfaz, sob outro paradigma, em medida que fortalece a Federação brasileira, e não em odiosa tendência a centralização, como querem alguns de seus opositores.

Uma terceira análise que se pode obter, do cotejo entre a norma instituidora do incidente de deslocamento de competência e o Pacto federativo remonta ao contexto da competência constitucional da Justiça Federal.

Pode-se afirmar, com base no rol de atribuições dos juízes federais, encartado no art. 109 da CF/88, que a Justiça Federal de primeiro grau é, segundo a ótica constitucional, o juízo natural dos casos que versem sobre graves violações a direitos humanos protegidos por instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, dado o evidente interesse da União na persecução de tais crimes.

Na verdade, o Incidente de Deslocamento de Competência, em última análise, pode ser visto como mero instrumento processual instituído pela Emenda Constitucional n° 45 para fazer valer, de modo mais efetivo, no que tange às violações dos direitos humanos, o que

já estava disposto no inc. IV do art. 109 da mesma Constituição, que dispõe ser da competência dos juízes federais o processo e julgamento das “*infrações penais praticadas em detrimento de ... interesses da União*”.

Disto resulta que há um evento lógico em se atribuir à jurisdição federal a competência para dirimir conflitos decorrentes de graves violações a direitos humanos, internacionalmente tutelados, porque a ela compete, por expressa disposição constitucional, decidir as lides de interesse da União e relacionadas a tratados e documentos internacionais. O incidente de deslocamento de competência, assim, insere-se perfeitamente dentro do corpo sistemático da Constituição, porque atende aos reclamos que infirmaram a delimitação de competências, dentro do pacto federativo, que já estava traçada no texto original, precedente à emenda constitucional em comento.

A este respeito, importante invocar o que disse o ministro Francisco Rezek citado por Simone Schreiber:

*Em geral, nas federações os crimes dessa natureza, os crimes previstos por qualquer motivo em textos internacionais, são crimes federais e da competência do sistema federal de Justiça. Isso tem várias vantagens, como uma jurisprudência uniforme, uma jurisprudência unida, a não tomada de caminhos diversos segundo a unidade da federação em que se processe o crime. É vantajoso e é praticado em outras federações.*<sup>72</sup>

Por fim, adentrando ao aspecto epistemológico do Incidente de deslocamento de competência, percebe-se não haver conflito normativo com o Princípio constitucional do Federalismo.

Ocorre que, como visto, o instrumento em discepção se funda em três princípios basilares: o princípio do Devido Processo Legal, o princípio da Prevalência dos Direitos Humanos (e na idéia de Estado Democrático de Direito) e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Pode-se dizer, ademais, que todos os preceitos anteriores, porque garantias da efetivação e proteção de direitos humanos fundamentais, se reúnem no *sobre-princípio* da dignidade humana.

---

<sup>72</sup> REZEK, Francisco *apud* SCHREIBER, Simone; CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos*. Boletim dos Procuradores da República, v.5, n. 53, p. 19-25, set. de 2002.

Conforme demonstrado, o incidente de deslocamento de competência, porque animado pelos dogmas descritos, revela-se, *per si*, uma garantia fundamental constitucional, servil à realização do preceito *jusnatural* de que toda pessoa tem direito a uma existência digna, e ao respeito à sua individualidade humana e social, o qual deve ser assegurado pelo Estado.

Por tratar-se, em última análise, de mais uma garantia que a Constituição coloca em favor da proteção e efetivação dos direitos humanos e fundamentais positivados ou internacionalmente consagrados, é de se concluir, com inexorável e feliz certeza que, devido ao propósito que persegue, o IDC se perfaz, na lógica constitucional, em norma irretocável, em cláusula pétrea.

Noutro giro, da fundamentalidade de sua gênese resulta que, além de tornar-se imune à atuação do constituinte reformador, tal normativa passa a ostentar um peso axiológico sublime dentro do ordenamento constitucional.

Por fundar-se no *megaprincípio* da dignidade da pessoa humana, que em sua concepção detém força vinculativa e aglutinante de outras regras e princípios constitucionalmente assegurados, tem-se que o instrumento em apreço coloca-se *pari passu* a outros direitos e garantias fundamentais, que igualmente são imutáveis e que de forma suprema contagiam a sistemática constitucional, dando-lhe sustentação e integridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, pelo peso axiológico e pela hierarquia constitucional que ostenta, coloca-se no mesmo patamar do Princípio Federativo, segundo a escolha do constituinte originário, como preceitos fundantes e primordiais do Estado brasileiro.

Destarte, sendo este o fundamento do IDC, não há que se cogitar de conflito principiológico, *in casu*, pelo simples fato de que inexistente abertura constitucional para a ocorrência de conflitos entre seus preceitos fundamentais, consagrados no art. 1º da Carta Política.

A uma, porque são estes os elementos epistemológicos, os valores essenciais sobre os quais se equilibra o Estado brasileiro. São estas as bases fundamentais sobre as quais se estrutura todo o ordenamento pátrio, como molas-mestras da atuação conjunta dos Poderes estatais com o fim de realização do bem coletivo. Admitir-se em contrário, ou seja, que os preceitos fundamentais do direito que regulamenta a coletividade possam conflitar entre si, seria supor um Estado em eterna tensão, como verdadeira *bomba-relógio*, em iminente ruína e mantido em meio ao caos reinante.

A duas, porque tanto um quanto o outro, o Princípio da Dignidade da pessoa humana e o Princípio Federativo, detêm órbitas de atuação paralelas, não colidentes, eis que se inter-relacionam e se complementam mutuamente, de modo que a concretização de um só se torna possível dentro da realidade do outro.

Com efeito, o Estado Federal tornou-se, como estudado, em estrutura política necessária para que se permita a concretização do ideal democrático, afastada a concentração de poderes e a centralização de funções, tendenciosamente arbitrárias e autoritárias. Por outro lado, somente quando assegurada a composição estatal com base no Estado de direito, fundando na democracia, é que se podem tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante disso, sendo certo que inexistente conflito entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Pacto federativo, por óbvio, percebe-se que, também sob o aspecto epistemológico, deixando ao lado todas as afinidades estruturais já demonstradas, o Incidente de Deslocamento de Competência não entra em rota de colisão com a estrutura axiológica do modelo estatal da República brasileira.

A bem da verdade, por se fundamentar no princípio da dignidade humana, o IDC não se conflita, mas, ao contrário, comunga com o pacto federativo, corolário da liberdade dos homens, em consagração aos valores constitucionais supremos firmados na Carta política de 1988.

### *3.4.2 Da aplicação do IDC com base no Princípio da Proporcionalidade*

Por outro lado, demonstra-se que não haver, também, incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor.

Isto porque o incidente de deslocamento da competência – sendo a existência de crime praticado com grave violação a tais direitos exigência de sua admissibilidade – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o que deve estar compreendido na demonstração concreta de risco a descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, ante a inoperante e inadequada atuação, tanto da Justiça estadual, quanto dos demais órgãos estaduais responsáveis pela investigação (Polícia Judiciária) e persecução penal (Ministério Público).

Com efeito, o novo instituto é instrumento que se mostra cabível somente em situações excepcionais, quando devidamente demonstrada a sua necessidade, a sua imprescindibilidade e a adequação do meio empregado, tal como acontece, semelhantemente,

com o pedido de desaforamento (CPP, art. 424) ou com a intervenção federal (CF, art. 34), observadas, é claro, as peculiaridades e finalidades de cada instituto.

Sua aplicação se sujeita, pois, a um juízo de proporcionalidade, para que não ocorra odiosa intervenção federal arbitrária, notadamente quando demonstrada a atuação diligente das instituições estaduais em apurar e punir as graves violações e direitos humanos, atendendo, assim, aos reclamos dos compromissos internacionalmente assumidos.

A respeito do princípio da proporcionalidade, é digno de nota e reverência o voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5/SP, nos seguintes termos, *verbis*:

*O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos.*

*A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.*

*A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.*

Disto resulta que haverá sempre a ponderação dos interesses jurídicos e processuais envolvidos quando argüida a federalização de competência, o qual será empreendido pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente imbuído da resolução de conflitos de competência entre diversas esferas de jurisdição.

Desta forma, haverá a necessária pesagem dos bens jurídicos envolvidos no conflito de jurisdição, de forma que, sendo exigido este modo de aplicação, exsurge o equilíbrio do instrumento de federalização dentro do sistema de regras e princípios constitucionais, e com a estrutura processualística brasileira.

Diante destes apontamentos, é inexorável a conclusão de que não se comprova a hipótese suscitada de inconstitucionalidade do instrumento em tela. Inserido no ordenamento jurídico nacional em consonância com os Princípios constitucionais, com o Pacto federativo e a autonomia dos Estados-membros, com o sistema de repartição de competências e com os instrumentos disponibilizados pelo processo constitucional, resulta tratar-se de norma perfeitamente constitucional, cujos fundamentos mais atendem às crescentes demandas envolvendo direitos do cidadão, em nível interno e internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema normativo, na sua concepção moderna, é compreendido como o conjunto de regras e princípios, os quais integram o gênero *norma jurídica*. Por constituírem normas jurídicas dotadas de profunda abstração e aplicação geral, os princípios jurídicos se constituem nas bases fundamentais que norteiam, integram, e dão estrutura lógica ao direito objetivo estatal.

Nesta esteira, os princípios constitucionais representam as normas aglutinantes de um sistema jurídico, por constituírem as diretrizes estruturantes do Estado de Direito consagrado na Carta política que o legitima.

É possível, todavia, que em um mesmo sistema jurídico constitucional tenhamos princípios que se encontrem em rota de colisão com outros, sobretudo quando em face de uma Constituição aberta e prolixa como a brasileira, que alberga um sistema jurídico extremamente dinâmico.

A teoria do direito ensina que este evento conflitivo se resolve mediante aplicação da ponderação de interesses opostos e do princípio da proporcionalidade, determinando qual destes interesses possui maior peso no caso concreto. Importa destacar, todavia, que prevalece a regra do equilíbrio normativo da Constituição, por aplicação do princípio da unidade e da regra assente de constante harmonização de interesses em conflito.

Enumerado dentre os princípios constitucionais e erigido à categoria de cláusula pétrea, o Princípio Federativo representa a base sobre a qual se estrutura a República brasileira. Com efeito, a Carta Magna estabelece a forma federativa de Estado como preceito fundamental, no caput de seu art. 1º, consagrando, no mesmo dispositivo, a indissolubilidade do vínculo entre os entes federativos. Mais adiante, no art. 60, § 4º corrobora a qualidade essencial e imutável da federação brasileira, incluindo-a como limite material à atuação do constituinte derivado, ressaltando a rigidez dos dispositivos constitucionais que expressam o modelo federativo.

Urge esclarecer que o Federalismo brasileiro se consubstancia através num modelo de cooperação, pautado na coordenação de interesses e na solidariedade entre os seus membros, com a finalidade de redução das desigualdades regionais e de realização do crescimento conjunto da nação.

Prevalece, assim, o princípio da subsidiariedade, pelo que se conservam aos entes federados as competências que são capazes de exercer eficazmente, na mesma medida em que os assuntos de interesse nacional são incumbidos à União federal. Somente quando demonstrem inaptidão para cumprir seus misteres, cabe a transferência da competência ao poder federal, cuja atuação será, pois, supletiva a dos entes federativos nos assuntos de interesses regionais e locais.

Quanto a este aspecto, entretanto, importa destacar que no Brasil há uma tendência histórica à federalização das competências consideradas mais relevantes, para as quais as coletividades inferiores não se julgaram, em sua trajetória política, capazes de se desonerar. Este panorama, entretanto, não constitui negação do federalismo em solo brasileiro, podendo, outrossim, ser encarado como um traço histórico genuíno do Estado federal no Brasil, que o torna peculiar em relação aos modelos estrangeiros.

Nesta esteira, advirta-se que é a própria Constituição quem delimita os limites da autonomia dos entes federativos, ao mesmo tempo em que institucionaliza possibilidades de Intervenção federal destinadas a salvaguardar a união política contra a segregação.

Assim, mantendo a lógica do federalismo, e, de certo modo, assegurando a autonomia dos entes federativos, a Constituição prevê, expressa e taxativamente, em seu art. 34, o elenco de problemas cuja periculosidade afeta o organismo federal, a ponto de ensejar a medida interventiva.

Trata-se, pois, o instituto da intervenção, de um instrumento voltado à manutenção do Federalismo, que pode ser implementado sempre que houver desrespeito às decisões judiciais, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Neste contexto, inserido no ordenamento constitucional como uma modalidade de intervenção cirúrgica e pontual da União em nível Estadual em casos de graves violações aos direitos humanos, sobressai o Incidente de Deslocamento de Competência, objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

Erigido como um instrumento excepcional de atuação das instituições jurisdicionais federais, sua criação inspirou-se na percepção de que, em vários casos, os mecanismos estaduais até então disponíveis para a apuração de tais ilícitos demonstraram-se insuficientes, gerando a responsabilização internacional do Estado brasileiro.

Esta normativa decorre, pois, dentro da sistemática do texto introduzido pelo constituinte derivado, da equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional às emendas constitucionais (art. 5º, §3º) e da

inserção da garantia à celeridade de tramitação dos processos (art. 5º, LXXVIII), ambas alterações também introduzidas na Constituição Federal pela Emenda em testilha

Sendo, portanto, um instrumento que vem angariar maior efetividade ao cumprimento dos compromissos internacionais ratificados pela União, e por assegurar o regular curso processual e a adequada prestação jurisdicional na proteção aos direitos humanos, percebe-se, por esta ótica, que não é razoável cogitar da inconstitucionalidade do instituto.

Afora este argumento, tem-se, adotando uma perspectiva epistemológica, que o Incidente de Deslocamento de Competência se funda em princípios constitucionais fundamentais, como a Dignidade da Pessoa Humana, do Estado Democrático de Direito, da Prevalência dos Direitos Humanos e do Devido Processo Legal.

Indo mais além, é possível afirmar, dentro da lógica epistemológica que o lastreia, que o IDC compreende verdadeira garantia fundamental que o constituinte acrescentou à Carta Política, com o desiderato de assegurar um instrumento servil à efetiva proteção, numa ótica processual e jurisdicional, dos direitos humanos.

Diante deste quadro, percebe-se não haver verdadeiro conflito normativo entre a norma que introduziu o incidente de deslocamento de competência no texto constitucional e princípio federativo.

Isto porque o atual modelo federalista de cooperação, adotado no país, não se choca, em absoluto, com as hipóteses de intervenção do ente Federal soberano, mas, ao contrário, tolera esta iniciativa, sempre pautada no multi-citado Princípio da Subsidiariedade e na salvaguarda dos assuntos de interesse da unidade federativa.

Neste contexto, fica evidente que a proposta de excepcionalmente ocorrer a federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos objetiva a aplicação, neste campo, de um sistema de exercício cooperativo de competências jurisdicionais, o qual aliás não constitui novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Há, neste caso, uma possibilidade de intervenção federal cirurgicamente inserida no sistema constitucional, e por isso tolerada, por não agredir ao Pacto federativo mas por viabilizar a sua incolumidade, enquanto modelo de cooperação, sempre que se tratar de casos de graves violações aos direitos humanos, cuja gravidade representa possível responsabilização da Federação em nível internacional, isto sim um fator de risco.

Por outro lado, por fundamentar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual encerra força vinculativa e aglutinante de outras regras e princípios constitucionalmente assegurados, tem-se que o instrumento em apreço coloca-se *pari passu* a

ouros direitos e garantias fundamentais, que igualmente são imutáveis e que de forma suprema contagiam a sistemática constitucional, dando-lhe sustentação e integridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, pelo peso axiológico e pela hierarquia constitucional que ostenta, coloca-se no mesmo patamar do Princípio Federativo, segundo a escolha do constituinte originário, como preceitos fundantes e primordiais do Estado brasileiro.

Destarte, sendo este o fundamento do IDC, não há que se cogitar de conflito principiológico, sobretudo porque tanto um quanto o outro, o Princípio da Dignidade Humana e o Princípio Federativo, detêm órbitas de atuação não colidentes, que se inter-relacionam e se complementam mutuamente, de modo que a concretização de um só se torna possível dentro da realidade do outro.

Com efeito, o Estado Federal consiste na estrutura política necessária para que se permita a concretização do ideal democrático, afastada a concentração de poderes e a centralização de funções, tendenciosamente arbitrárias e autoritárias. Por outro lado, somente quando assegurada a composição estatal com base no Estado de direito, fundando na democracia, é que se podem tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, demonstra-se não haver, também, incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor.

Isto porque a aplicação do incidente de deslocamento da competência deve atender ao princípio da proporcionalidade, para que não ocorra odiosa intervenção federal arbitrária. Terá lugar, portanto, sempre que demonstrada concreta situação de risco a descumprimento de tratados internacionais firmados pelo Brasil, ante a inoperante e inadequada atuação tanto da Justiça estadual, quanto dos demais órgãos estaduais responsáveis pela investigação (Policia Judiciária) e persecução penal (Ministério Público).

Diante destes apontamentos, é inexorável a conclusão de que não se comprova a hipótese suscitada de inconstitucionalidade do instrumento em tela. Inserido no ordenamento jurídico nacional em consonância com os Princípios constitucionais, com o Pacto federativo e a autonomia dos Estados-membros, com o sistema de repartição de competências e com os instrumentos disponibilizados pelo processo constitucional, resulta tratar-se de norma perfeitamente constitucional, cujos fundamentos mais atendem às crescentes demandas envolvendo direitos do cidadão, em nível interno e internacional.

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Martsung. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>>. Acessado em: 20 ago. 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a república brasileira*. Brasília: UNB, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2002.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: A exigência da Federalização*. Em <[www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_federalizacao.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html)> Acessado em 15/06/2007
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *A federalização das novas comunidades, a questão da soberania*. Tese apresentada à Universidade de São Paulo para o concurso de professor titular de Teoria Geral do Estado. São Paulo: 2002.

- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SCHREIBER, Simone; CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n. 53, p. 19-25, set. de 2002.
- SILVA, José Afonso. *Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual*. Em < <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm> > Acessado em 15/08/2007.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824> Acessado em 25/09/2007.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Princípios fundamentais e interpretação constitucional. Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional*. Disponível em [http://www.achegas.net/numero/nove/augusto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm) > Acessado em 25/08/2007.