

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

**UMA ANÁLISE RETÓRICA DAS ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS
UTILIZADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA
JUSTIFICAR A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS COM
GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS**

ISAAC LUNA MACHADO DE AZEVEDO

Prof. Dr. PEDRO PARINI MARQUES DE LIMA
(Orientador)

Recife – PE, 2019

ISAAC LUNA MACHADO DE AZEVEDO

**UMA ANÁLISE RETÓRICA DAS ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS
UTILIZADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA
JUSTIFICAR A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS COM
GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS:**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR.

Área de concentração: Teoria do Direito;
Filosofia do Direito; Direito Constitucional;
Direito Processual Penal

ISAAC LUNA MACHADO DE AZEVEDO

**UMA ANÁLISE RETÓRICA DAS ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS
UTILIZADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA
JUSTIFICAR A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS COM
GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS:**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser
apresentado como requisito à obtenção do
grau de bacharel em Direito pela
Universidade Federal de
Pernambuco/CCJ/FDR.

Data de aprovação: __/__/____

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a investigação, sob o prisma teórico da retórica analítica, dos discursos contidos nas decisões judiciais por meio das quais o Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito dos Incidentes de Deslocamento de Competência até então suscitados.

Isso porque referido instituto, incluído em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45, parece ir de encontro ao modelo de repartição de competências positivado pelo Poder Constituinte Originário, em princípio avesso a relações pretensamente hierárquicas entre as diversas esferas do Poder Judiciário.

Percebeu-se, portanto, a existência de ambiente discursivo permeado por evidentes contradições, que parecem demandar um significativo esforço do intérprete na justificação da decisão a ser tomada, razão pela qual a retórica analítica foi eleita como prisma teórico e metodológico a ser utilizado.

Pretendeu-se, diante disso, analisar quais os principais mecanismos persuasivos utilizados pela corte para conferir aceitabilidade às decisões por ela tomadas, dado o significativo constrangimento argumentativo existente na necessidade de fundamentar a aplicação de um instituto cuja excepcionalidade poderia pôr em xeque, inclusive, sua validade.

Como primeiro resultado obtido pelo presente trabalho, observou-se que a solução encontrada pelo tribunal para dar aplicabilidade e aceitabilidade à norma que prevê a federalização foi a criação de um terceiro requisito não expressamente previsto pelo texto constitucional, que acabou por funcionar como principal exigência ao deferimento dos pedidos de deslocamento julgados pela corte.

Posteriormente, reafirmou-se, à luz dos casos analisados pelo presente trabalho, que os modelos analíticos típicos da lógica formal são absolutamente insuficientes à compreensão do fenômeno direito, dado que referidos modelos não comportam, por exemplo, a contradição existente na necessidade de conciliar premissas aparentemente opostas: de um lado, a inexistência de hierarquia entre as instituições federais e estaduais; do outro, a necessidade de remediar possíveis falhas na atuação dos Estados-membros.

Observou-se, ainda, a impossibilidade de separação contundente entre as experiências profissionais dos ministros e as decisões por eles tomadas, que

parecem, em diversos momentos, refletir a formação profissional a que foram submetidos.

Por último, constatou-se que o IDC vem sendo, ele mesmo, utilizado também como mecanismo persuasivo voltado a comprovar a idoneidade do Estado Brasileiro em dar tratamento a graves violações a direitos humanos.

Palavras-chave: argumentação; incidente de deslocamento de competência; retórica analítica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A RETÓRICA ANALÍTICA COMO METODOLOGIA.....	12
2. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	16
3. A CRIAÇÃO, PELO STJ, DE UM TERCEIRO REQUISITO NECESSÁRIO À FEDERALIZAÇÃO.....	20
4. A DIFICULDADE LÓGICO-ARGUMENTATIVA EXISTENTE NA NECESSIDADE DE CONCILIAR PREMISSAS APARENTEMENTE CONTRADITÓRIAS: DE UM LADO, A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS INSTITUIÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS; DO OUTRO, A NECESSIDADE DE REMEDIAR POSSÍVEIS FALHAS NA ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS. A CONSEQUENTE INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS ANALÍTICOS TÍPICOS DA LÓGICA FORMAL.....	25
5. A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELAS EXPERIÊNCIAS PESSOAIS DOS JULGADORES NA TOMADA DA DECISÃO.....	30
6. A UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA TAMBÉM COMO INSTRUMENTO VOLTADO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM DO ESTADO BRASILEIRO.....	33
7. CONCLUSÕES.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

Como já brevemente comentado, o presente trabalho tem como escopo o exame, sob o prisma teórico da retórica analítica, dos discursos contidos nas decisões judiciais que se ocupam da federalização do julgamento de crimes cometidos com grave violação a direitos humanos.

A pesquisa desenvolvida, portanto, foi concentrada, em sua maior parte, na leitura e na análise dos votos proferidos pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, aqui observados, sobretudo, sob o prisma teórico da retórica analítica proposta por Ottmar Ballweg.

Nesse sentido, ressalta-se, a princípio, que a ideia de retórica aqui adotada pressupõe a existência de três planos retóricos distintos, identificados como retórica material, retórica prática e retórica analítica¹.

A retórica material, como sugerido por Adeodato, pode ser pensada como a própria linguagem, o meio de significações, o fato linguístico ou a descrição compreensível dos eventos². Em referência a Blumenberg, poder-se-ia pensar, como também sugerido por Adeodato, que referido nível retórico se constituiria nas próprias “realidades em que vivemos”³.

As retóricas práticas, por outro lado, seriam compostas pelos expedientes voltados à manipulação eficiente da retórica material. Como também proposto por Adeodato, aí estariam englobadas as “técnicas e experiências eficientes para agir – ou seja, compreender, argumentar, persuadir, decidir, em suma, viver no mundo e nele influir estrategicamente (...)”⁴.

A retórica analítica, por fim, seria o expediente descritivo voltado à compreensão pretensamente desinteressada das retóricas prática e material.

Transportados à realidade específica do direito, referidos planos se traduzem, respectivamente, no arcabouço linguístico e normativo disponível ao jurista (retórica material), nas técnicas e estratégias que regem a manipulação dogmática da retórica

¹ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.176.

² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336.

³ BLUMENBERG, Hans. **Wirklichkeiten, in denen wir leben**. Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Reclam, 1986.

⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336.

material (retórica prática) e na própria teoria do direito⁵, que se ocupa analítica e descritivamente das retóricas material e estratégica (retórica analítica).

Isto posto, cumpre, desde logo, ressaltar que a existência mesma do Incidente de Deslocamento de Competência, instituto previsto pelo art. 109, §5º, da Constituição Federal, acaba por criar ambiente extremamente fértil à produção das mais variadas formas de discurso, que giram em torno da configuração dos requisitos necessários à federalização e que vêm sempre permeados pelos elementos retóricos que dogmaticamente procuram justificá-la.

Isso porque referido instituto, incluído em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45, parece ir de encontro ao modelo de repartição de competências positivado pelo Poder Constituinte Originário, em princípio avesso a relações pretensamente hierárquicas entre as diversas esferas do Poder Judiciário.

O deslocamento de competência ora sob discussão poderia sugerir, em direção oposta, a existência de certa valorização do Poder Judiciário Federal, com o consequente descrédito do Poder Judiciário Estadual.

Trata-se, portanto, de instituto que mitiga a higidez da repartição de competências encartada no modelo proposto pelo Constituinte Originário, o que se tomará, por ora, como pressuposto.

Daí partindo, o presente trabalho terá como objetivo a análise dos elementos retóricos e dos caminhos argumentativos percorridos nas decisões do Superior Tribunal de Justiça que analisaram o mérito dos IDCs até então suscitados.

Isso porque a fundamentação dogmática de mencionado deslocamento, dada sua já pressuposta excepcionalidade, envolve a construção discursiva, pelas decisões que o analisam, de noções como as de “grave violação a direitos humanos”, “descumprimento de obrigações decorrentes de tratado internacional” e “ausência de condições de apurar violações e responsabilizar os culpados”.

É dizer: o constrangimento argumentativo⁶ imposto pela necessidade de justificação dogmática da federalização acentua a utilização estratégica do arcabouço linguístico e normativo pertinente, o que desencadeia a produção de discursos que, utilizando-se dos mais variados mecanismos de persuasão, acabam por fornecer

⁵ PARINI, Pedro. **A análise retórica na teoria do direito**. Porto Alegre: Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, 2017, p. 132.

⁶ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.179.

novos significados aos conceitos-chave ali envolvidos, a exemplo daqueles veiculados pelas expressões acima mencionadas.

A esse respeito, observe-se que uma das estratégias de persuasão mais frequentemente manejadas pela retórica é a de omitir-se. É neste exato sentido que argumenta Ballweg quando sustenta que:

No processo de condensação retórica da linguagem comum em direção às linguagens de controle (e científicas) do direito, do dinheiro, do poder, do amor, dos mitos e religiões encontram-se as *retóricas materiais*, com as quais preenchemos as funções básicas da vida em comum, tais como orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento. Estes sistemas linguísticos – no sentido de linguagens de comando – constituem o vocabulário filtrado da linguagem comum, do qual nós temos que nos utilizar. **Suas funções podem todavia ser ainda melhor desempenhadas se forem mantidas latentes**, na medida em que se fala de “verdade” em lugar de ordem, de “conhecimento” ao invés de orientação, de “racionalidade” em lugar de regularidade, de “ser” em vez de vinculação duradoura, de “direitos” em lugar de posicionamento e “responsabilidade” ao invés de relacionamento”⁷.
(Grifos nossos)

Em análise preliminar de trechos dos acórdãos que julgaram os IDCs até então suscitados, é também perceptível a preocupação com o encobrimento da natureza retórica dos argumentos que, no plano da dogmática jurídica, pretendem justificá-lo.

Observe-se, nesse sentido, trecho do voto proferido pela relatora do IDC 2, a Ministra Laurita Vaz:

Os países se comprometem, assim, a garantir esses direitos internacionalmente consagrados, como forma de se apresentar perante a comunidade internacional como um lugar onde as pessoas são respeitadas e podem ir e vir, viver, trabalhar e se relacionar dentro de uma sociedade que lhes garantam as expressões da liberdade. **Não se trata, por certo, de mera retórica**. A inobservância de compromissos assumidos nesse patamar pode acarretar consequências danosas ao Estado “infrator”, na medida em que, além das sanções diretas – quando aceita a jurisdição supranacional, como é o caso do Brasil –, ainda podem tais violações repercutir em outras esferas de interesses, mormente o econômico: a depender da extensão do dano, cria-se um cenário de desestímulo ao aporte de capitais e investimentos externos no país, por fundado receio dos riscos decorrentes da instabilidade e da insegurança gerada pelo desrespeito aos direitos humanos⁸.
(Grifos nossos)

⁷ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.176.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 2**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 08 de setembro de 2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

Tais mecanismos de persuasão, de que é exemplo a própria tentativa de negação do caráter retórico do discurso emanado, permeiam as discussões empreendidas pela dogmática jurídica como um todo, não sendo exceções aquelas que se dão no âmbito dos Incidentes de Deslocamento de Competências.

Some-se a isso o fato de que, no plano dos debates acerca da federalização, as estratégias argumentativas utilizadas devem ter aptidão a justificar a validade de instrumento de caráter nitidamente excepcional, que, por sua simples existência, requer o desenvolvimento de argumentos que justifiquem, dentre outras coisas, a mitigação da repartição de competências positivada pelo Constituinte Originário.

A esse constrangimento⁹ argumentativo somam-se aqueles decorrentes de questões como: quais seriam as violações graves a direitos humanos? Há, *a contrario sensu*, violações a direitos humanos que não são graves? Como estabelecer uma gradação de diferentes níveis entre a menos e a mais grave violação? Sendo o direito à vida protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, seria qualquer homicídio passível de ser federalizado? Como evitar, diante disso, a admissão indiscriminada do IDC, que poderia resultar no indesejado esvaziamento da competência do Poder Judiciário Estadual?

Trata-se, portanto, de ambiente argumentativo extremamente fértil ao empreendimento de uma análise de discurso que tenha como objetivo a explicitação dos diversos mecanismos persuasivos utilizados pela corte para justificar o instituto ora sob comento perante a comunidade jurídica direta ou indiretamente envolvida nos incidentes até então suscitados, composta sobretudo por magistrados, policiais e membros do Ministério Público que atuam em âmbitos federal e estadual.

Diante disso, buscar-se-á, em um primeiro momento, demonstrar o caráter retórico dos discursos jurídicos contidos nas decisões judiciais que se ocuparam dos IDCs até então suscitados.

Isto é, tem-se como objetivo inicial a consolidação da ideia de que a definição dos conceitos-chave envolvidos na análise jurídico-dogmática pertinente à federalização dos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos é, na verdade, produto de discursos estratégicos orientados, ainda que de forma latente, à persuasão dos sujeitos neles envolvidos.

⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216.

Partindo desta concepção, pretende-se, com a análise retórica, explicitar os mecanismos persuasivos utilizados pelos ministros do STJ para justificar a procedência ou não dos IDCs requeridos até o presente momento.

Assume-se, ainda, a possibilidade de que a própria posituação do instituto, bem como a sua utilização seletiva em determinados casos específicos, atende a objetivos inconfessos, encobertos pela pretensão de racionalidade encartada nos discursos característicos da dogmática jurídica.

Por fim, pretende-se demonstrar que o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência é, ele mesmo, utilizado como instrumento de persuasão para o atendimento de necessidades latentes possivelmente encobertas pelos mecanismos argumentativos estrategicamente voltados à justificação dogmática de sua validade.

1. A RETÓRICA ANALÍTICA COMO METODOLOGIA

A metodologia própria da abordagem retórico-analítica aqui vislumbrada adota como pressuposto a existência de uma “pretensão de convencer” em toda e qualquer espécie de linguagem, por mais isenta que se possa pretender.

Nos dizeres de Torquato Castro Jr.:

Zetética, do ponto de vista intercomunicativo, seria uma linguagem isenta de qualquer pretensão de influir na conduta do auditório. É duvidoso que exista tal isenção ideal nos processos comunicativos humanos. Ballweg, reconhecendo por trás de toda comunicação zetética a presença da pretensão de convencer, mesmo que pela só racionalidade da análise, sugere o conceito de *retórica analítica*¹⁰.

Aqui, portanto, toma-se como pressuposto teórico a ideia de que a teoria do direito – aqui identificada à própria retórica analítica¹¹ – a dogmática jurídica (retórica prática) ou qualquer outra espécie de conhecimento acerca do fenômeno jurídico que se pretenda científico, são, na verdade, produtos de discursos estratégicos que manipulam a linguagem de controle do direito¹², sua retórica material, com o fim, geralmente não manifesto, de persuadir os interlocutores.

Se, por um lado, é duvidoso que possa existir qualquer processo comunicativo humano inteiramente despido de intenções persuasivas, por outro é ainda mais certo que, no ambiente linguístico próprio do fenômeno jurídico, uma *intentio zetética* é ainda menos provável.

Talvez também por esse motivo afirme Torquato Castro Jr. que “A *contaminação do discurso investigativo pela tarefa legitimadora é o preço que o pensador paga para permanecer jurista(...)*.”¹³

¹⁰ CASTRO Jr., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 9.

¹¹ PARINI, Pedro. **A análise retórica na teoria do direito**. Porto Alegre: Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, 2017, p. 125.

¹² BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.176.

¹³ CASTRO Jr. Torquato. A peculiar ciência dos juristas. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco: em homenagem ao professor João Pinheiro Lins**. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, v. 1, n.2, 2019. 468p, p. 422.

TEIXEIRA. João Paulo Allain. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Organizadores: Anízio Pires Gavião Filho e Rogério Gesta Leal, 448p. Porto Alegre: FMP, 2017, p. 75.

O presente trabalho, como já brevemente comentado, adota como norte teórico a ideia de retórica analítica proposta por Ottmar Ballweg¹⁴.

Observe-se, no entanto, que a consolidação da retórica enquanto instrumento analítico capaz de fornecer interpretação própria da realidade deita suas raízes em investigações empreendidas por diversos pensadores que, de algum modo, dela se ocuparam.

Aristóteles, primeiro pensador a transformar a retórica em **techné**¹⁵, inicia o Livro I de sua “Retórica” com a afirmação de que a retórica é a contraparte da dialética¹⁶. A esse respeito, acrescenta o estagirita que “ambas igualmente dizem respeito a estas coisas que se situam, mais ou menos, no horizonte geral de todos os indivíduos, sem ser do domínio de nenhuma ciência determinada”¹⁷.

Tem-se, pois, que dialética e retórica são técnicas correlatas, dado que tratam de objetos a respeito dos quais não se pode estabelecer uma verdade evidente em si mesma¹⁸.

Saliente-se, no entanto, e em que pese a dificuldade na definição de referidos conceitos, utilizados pela filosofia há mais de dois milênios, que as técnicas da razão aqui discutidas divergem quanto à exigência funcional¹⁹ a que estão submetidas.

É dizer: enquanto que a dialética constitui procedimento racional orientado à busca da verdade e direcionado à descrição adequada do real²⁰, a retórica está constantemente comprometida com o convencimento do auditório, motivo pelo qual se dedica precipuamente ao estudo metódico dos modos de persuasão.²¹

Ambas, no entanto, estão situadas no âmbito das questões que extrapolam os limites impostos pela argumentação puramente dedutiva e apodítica, protagonizada pela atuação dos silogismos perfeitos.

Retórica e dialética, muito pelo contrário, abandonam o campo da **epistème** e se assentam no plano da **doxá**²², dimensão marcada pelo manejo constante de

¹⁴ *Idem*, p.179.

¹⁵ CASTRO Jr., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 18

¹⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 39.

¹⁷ *Idem*, p.39.

¹⁸ CASTRO Jr., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 20

¹⁹ *Idem*, p.1.

²⁰ *Ibidem*, p.21.

²¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 41.

²² CASTRO Jr., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 20

entimemas, que, nas palavras de Aristóteles, constituem a própria substância da persuasão retórica²³.

A esse respeito, afirmou Friedrich Nietzsche²⁴, em uma de suas aulas sobre retórica na Universidade de Basileia: “a linguagem é retórica, porque ela pretende transmitir somente uma *doxa* (opinião), não uma *episteme* (conhecimento).”²⁵.

No que toca especificamente à realidade do fenômeno “direito”, tem-se que a adoção da retórica como marco teórico impõe o abandono da concepção segundo a qual o “sistema jurídico” deve ser regido pelo critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade²⁶, tão cara aos adeptos da genealogia dos conceitos proposta por Puchta.

A retórica do saber jurídico, destarte, opõe-se à ideia de que a construção dos discursos no direito é fruto de processos lógico-dedutivos que se amoldam com perfeição às diretrizes da lógica formal.

Nas palavras de Katharina Sobota:

Os retóricos mostram-se céticos a respeito desses sistemas intelectuais. Sob sua perspectiva, nem atribuições universais nem regras instrumentais constituem a estrutura principal do discurso jurídico. Elas são apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir esta realidade artificial porém eficaz chamada direito²⁷.

Tem-se, pois, que o presente trabalho adota como alicerce teórico a concepção do direito como fenômeno essencialmente governado pelo exercício da retórica, nos moldes aqui introdutoriamente esboçados.

Nesse sentido, ressalte-se que a retórica analítica, nos moldes em que foi proposta por Ballweg, está dividida e subdividida em diferentes planos de análise retórica. Fala-se, primeiramente, em três grandes dimensões, identificadas como fronética, holística (ou holotática) e semiótica²⁸, que se subdividem, cada uma delas, em três “subdimensões” de exame retórico.

²³ ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 39.

²⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Gesammelte Werke**. (Musarion Ausgabe), Band 5, Vorlesungen 1872 – 1876, München, 1922, “Rethorik”, S. 298; English Translation: Carole Blair, “Nietzsche’s Lecture Notes on Rethoric: A Translation,” *Philosophy and Rethoric*, 16, 1983:94-129, 107.

²⁵ No original: “*Language is rhetoric, because it desires to convey only a doxa (opinion), not an episteme (knowledge)*”. (NIETZSCHE, Friedrich. **Gesammelte Werke**. (Musarion Ausgabe), Band 5, Vorlesungen 1872 – 1876, München, 1922, “Rethorik”, S. 298; English Translation: Carole Blair, “Nietzsche’s Lecture Notes on Rethoric: A Translation,” *Philosophy and Rethoric*, 16, 1983:94-129, 107.)

²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. J. Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p.21

²⁷ SOBOTA, Katharina. “**Don't Mention the Norm!**”. *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273, p.2.

²⁸ *Idem*, p. 180

Ressalve-se, no entanto, que as investigações a serem empreendidas por este trabalho ficarão restritas àquelas que se dão no âmbito da fonética, do que resultará corte metodológico em relação às dimensões e “subdimensões” da holística e da semiótica.

Nesse sentido, observe-se que, no âmbito da fonética, o autor sugere, em primeiro momento, a análise denominada agônica²⁹, que tem como objeto as relações persuasivas existentes entre os sujeitos componentes de determinado ambiente argumentativo ($S \rightarrow S$).

Em um segundo momento, e referindo-se à dimensão ergônica³⁰ da fonética, parte o autor à análise retórica das relações estabelecidas entre o sujeito e aquilo que pode ser, em relação a ele, determinado como objeto ($S \rightarrow O$).

Por fim, propõe-se, no plano da pitagórica³¹, o exame retórico da relação entre sujeito e sinal ($S \rightarrow Z$), que engloba a exploração das estratégias persuasivas utilizadas pelos utentes na manipulação dos signos linguísticos.

Acolhe-se, desta forma, uma abordagem teórico-metodológica do fenômeno “direito” que pressupõe a criação, através da linguagem e dos mecanismos de persuasão, da própria realidade jurídica em que vivemos³².

Em outras palavras, a metodologia aqui adotada tem como fundamento a ideia de que a realidade que experimentamos, aí incluídas as diversas “verdades” que a compõem, são frutos do estabelecimento de consensos, ou, mais provavelmente, expectativas de consenso sustentados pelos mais variados mecanismos de persuasão disponíveis aos utentes.

Aplicada à dogmática jurídica, a retórica se propõe a pôr em cheque as pretensões de segurança ética e científica (técnica), que caracterizam o que tradicionalmente se vem denominando ciência do direito, bem como a própria filosofia do direito³³.

Nas palavras de João Maurício Adeodato:

²⁹ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.180.

³⁰ *Idem*, p. 180.

³¹ *Ibidem*, p. 180.

³² *Ibidem*, p. 177.

³³ ADEODATO, João Maurício (org.). **O Direito Dogmático Periférico e sua Retórica** – Consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 18.

A perspectiva retórica estuda as mútuas interferências entre o fato juridicamente relevante (o conflito), a norma jurídica (o significado) e as fontes do direito (o significante), partindo da polissemia da linguagem jurídica e do caráter contingente da “realidade” que o direito busca controlar³⁴.

Diante disso, observe-se que o exercício da retórica, como já brevemente comentado, extrapola a busca pura e simples do convencimento, sendo, também, instrumento útil à explicitação dos mecanismos persuasivos utilizados em cada caso, o que constitui a essência de sua dimensão analítica. Nas palavras de Aristóteles:

Percebe-se claramente, portanto, que a retórica não se vincula a um único gênero definido de assuntos, mas que se assemelha à dialética; percebe-se com clareza também que é útil. É ainda evidente que sua função não é simplesmente atingir a persuasão, mas discernir os meios de persuasão em cada caso, como ocorre com as demais artes³⁵.

Partindo desse pressuposto, pretende o presente trabalho, através do exame dos acórdãos do STJ que julgaram os Incidentes de Deslocamento de Competência até hoje suscitados, investigar de que maneira são criados e desenvolvidos os conceitos-chave em torno dos quais gira o debate jurídico acerca da possibilidade ou não de federalização dos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos.

Para tanto, pretende-se analisar a construção argumentativa, pelo manejo estratégico do arcabouço linguístico e normativo pertinente, de ideias como as de “grave violação a direitos humanos”, “direitos inerentes à condição da pessoa humana” e “sociedade justa”, presentes nos acórdãos do STJ sobre a matéria e fundamentais ao julgamento de procedência do incidente ora sob questão.

2. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Toda e qualquer forma de manifestação do fenômeno jurídico está necessariamente submetida às vicissitudes da linguagem. E isso porque o direito, enquanto tentativa de exteriorização de imperativos do “dever ser” é, também, refém das atribuições que incessantemente atingem a linguagem natural, aqui

³⁴ *Idem*, p. 18.

³⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011, p.43

grosseiramente pensada em oposição à codificação linguística própria da matemática e, portanto, da lógica formal.

Não por outro motivo, Karl Engisch é categórico em enunciar o “problema geral da interpretação” como o problema central da metodologia jurídica³⁶, o que faz à mesma ocasião em que admite que a tarefa da interpretação pode ser também expressa como a de fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos³⁷.

Por outro lado, e vislumbrando a permanente incerteza que recai sobre os objetos a serem interpretados pelo jurista, afirma Poscher que “Poucos tópicos na teoria da linguagem são tão próximos da interpretação jurídica quanto a indeterminação linguística associada com a ambiguidade e a vagueza”³⁸.

É lícito, portanto, admitir que todo e qualquer comando normativo, por ser inevitavelmente exteriorizado através de signos linguísticos, é necessariamente dotado de certo grau de indeterminação. É dizer: é sempre incerto, nalguma medida, quais objetos do “mundo real” estão, de fato, inseridos no campo de abrangência de determinada expressão da linguagem.

Também é certo, no entanto, que referido grau de indeterminação é nitidamente variável, oscilando à medida em que a técnica de exteriorização da ideia tem sucesso em excluir determinados objetos do alcance da expressão que a pretende veicular.

Em outras palavras, pode-se afirmar que sempre haverá um espaço linguístico em que se fará inevitável a atuação criativa do intérprete, sendo que referido espaço será maior ou menor à medida em que o signo objeto de interpretação seja mais ou menos excludente.

Sob a ótica da retórica analítica, abordagem teórico-metodológica adotada por este trabalho, tem-se que a atuação do intérprete no manejo do arcabouço normativo que lhe é apresentado será necessariamente orientada por uma vontade de convencimento.

³⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 123.

³⁷ *Idem*, p. 126.

³⁸ POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 8 (3): pp. 272-285. São Leopoldo: setembro/dezembro 2016, p. 273.

Consequência natural disso é que o plexo de possibilidades argumentativas e mecanismos de persuasão disponíveis ao intérprete serão tão maiores quanto mais expressivo for o grau de indeterminação do signo linguístico por ele manipulado.

É dizer: quanto menos preciso e excludente o sentido da norma a ser aplicada, maior o espaço argumentativo a ser ocupado pelo intérprete na construção retórica de seu significado.

Assim, e no que toca especificamente ao objeto deste trabalho, reitera-se que o constituinte derivado, ao positivar o texto normativo que inaugurou o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência, utilizou-se da expressão “grave violação de direitos humanos”, que se destaca pelo significativo grau de indeterminação que ostenta.

Trata-se, ademais, de signo linguístico carregado de forte conteúdo ético, o que revela uma clara tentativa de nosso constituinte derivado de superar a técnica legislativa própria do que genericamente se costumou chamar escola positivista.

A esse respeito, e com o pedido de permissão a uma breve digressão histórica, reitera-se que o positivismo jurídico, grosseiramente entendido como a concepção jusfilosófica que se afirmou entre o final da Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial, foi direta e intensamente afetado pela sucessão de acontecimentos havidos nos conflitos armados que marcaram a primeira metade do Século XX.

A ascensão do Partido Nacional-Socialista, levado ao poder com rigoroso respeito às exigências democráticas e aos limites legais estabelecidos pela ordem jurídica alemã, tornou absolutamente evidente a insuficiência do modelo teórico proposto pelos herdeiros do legalismo exegético, que parecia agora incapaz de fornecer soluções jurídicas aptas ao tratamento de horrores como os do holocausto.

O dogma da “disponibilidade ética prévia”, que norteia a concepção positivista de direito e segundo o qual todo e qualquer conteúdo valorativo pode se tornar norma jurídica, é posto em xeque e sucumbe diante da necessidade de ordens jurídicas garantistas, que assegurem o mínimo necessário à existência digna e compatível com o que se convencionou chamar de natureza do homem.

A atividade do jurista, diante disso, deixa de ser pensada como um mister pura e simplesmente lógico-dedutivo, despido de qualquer conteúdo ético e criativo, razão pela qual a produção do direito também deixa de ser concebida como tarefa exclusiva do legislador.

Nos dizeres de João Paulo Allain Teixeira, “o chamado pós-positivismo apresenta-se assim, em primeiro lugar, como superação do positivismo clássico, introduzindo critérios éticos na construção do raciocínio jurídico.”³⁹

A tendência acima comentada foi materializada, no âmbito interno dos estados nacionais, pelas proposições da corrente teórica que posteriormente se convencionou denominar neoconstitucionalista, geralmente identificada com a teoria constitucional elaborada a partir da década de 1970, que tinha por referência o conjunto de textos constitucionais europeus surgidos depois da segunda guerra⁴⁰.

Nas palavras de Christian Lynch e José Vicente de Mendonça:

Tais constituições não se limitavam a estabelecer competências, estruturar os poderes públicos, e definir alguns direitos individuais; elas continham alto número de normas substantivas – as chamadas “normas programáticas” (CRISAFULI, 1952) –, que condicionavam a atuação do Estado por meio da fixação de finalidades públicas⁴¹.

Não por outro motivo, era também característica marcante de referidos textos constitucionais a intensa utilização de expressões com sentidos indeterminados, o que, ao menos em tese, concederia ao órgão julgador o espaço interpretativo necessário à introdução, na ordem jurídica, dos princípios éticos e morais necessários à tomada da decisão mais “justa”.

É neste ambiente, e como ficará demonstrado pelo subtópico imediatamente posterior, que foi também observada uma clara hipertrofia do poder criativo dos intérpretes, que, diante da escassez de elementos textuais aptos a balizar a aplicação da norma sob comento, acabaram por atuar de forma mais evidente na construção de novos elementos que permitissem a tomada da “decisão aceitável”⁴².

É o que se depreende, por exemplo, de passagem frequentemente repetida nas petições iniciais por meio das quais foram suscitados os incidentes ora sob análise. Como exemplo, observe-se o que consta na exordial do IDC 10:

³⁹ TEIXEIRA. João Paulo Allain. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Organizadores: Anízio Pires Gavião Filho e Rogério Gesta Leal, 448p. Porto Alegre: FMP, 2017, p. 75.

⁴⁰ LYNCH. Christian Edward Cyril & MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Rev. Direito e Práx.** p. 974-1007. Rio de Janeiro, Vol. 08, n.2, 2017, p. 977.

⁴¹ *Idem*, p. 977.

⁴² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, argumentación y derecho. Disponível em: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 12.

Apropriando-se de técnica comum aos textos constitucionais contemporâneos, a introdução do Incidente de Deslocamento de Competência fez-se acompanhar do uso de conceito jurídico indeterminado, cuja densificação há de ser feita em cada caso concreto.

Conferir conteúdo ao conceito de “hipóteses de grave violação de direitos humanos” é tarefa que nascerá do exercício das atribuições impostas ao Procurador-Geral da República, como autor do pedido de deslocamento, e ao Superior Tribunal de Justiça, que extrairá dos fatos que lhe forem submetidos a presença, ou não, de tais requisitos. Entre as várias hipóteses de configuração de violação de direitos humanos, o desrespeito à vida é das figuras mais patentes, como o Superior Tribunal de Justiça já afirmou no IDC nº 1, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves.⁴³

Observou-se, contudo, que o problema gerado pelo alto grau de indeterminação da expressão “grave violação de direitos humanos”, cuja enorme abrangência poderia impossibilitar a aplicação “aceitável” da norma, foi resolvido com a criação, pelo STJ, de um outro requisito à federalização.

Verificou-se, portanto, que o Tribunal, ainda que tacitamente, aceitou o grande alcance da expressão “grave violação de direitos humanos” e deslocou a solução do problema daí decorrente para fora da literalidade do texto normativo, escapando, assim, da incumbência de defini-lo mais precisamente.

3. A CRIAÇÃO, PELO STJ, DE UM TERCEIRO REQUISITO NECESSÁRIO À FEDERALIZAÇÃO

Como já brevemente mencionado, a literalidade do dispositivo constitucional que veicula o Incidente de Deslocamento de Competência exige somente dois requisitos ao deferimento da federalização: a existência de grave violação de direitos humanos e a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Observa-se, contudo, que a existência dos dois requisitos acima listados, ainda que cumulativamente exigidos, não parece fornecer os elementos suficientes a uma aplicação aceitável da norma ora sob análise, o que se deve, sobretudo, aos problemas acarretados pela grande abrangência da expressão “grave violação de direitos humanos”.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 10**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 28 de novembro de 2018. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+10&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

E isso porque referida abrangência acaba por dar ensejo a uma evidente tensão argumentativa, que se traduz na necessidade de superar, simultaneamente, dois problemas fundamentais: de um lado, a inadequação de um possível esvaziamento da competência da justiça estadual; do outro, os perigos de restringir demasiadamente o alcance da expressão “grave violação de direitos humanos”.

A esse respeito, observe-se, de início, que são inúmeras as hipóteses concebíveis de graves violações de direitos humanos. No ambiente linguístico em que estamos inseridos parece consenso, por exemplo, que todo e qualquer crime de homicídio, estupro ou tortura viola gravemente essa classe de direitos.

Indício significativo disso é que, em todos os IDCs que tiveram o mérito do pedido julgado, foi reconhecida a existência de referida violação. É dizer: mesmo nos casos em que o deslocamento de competência foi indeferido, a corte reconheceu a existência das violações ora sob comento, tendo negado a federalização por razões outras.

O constrangimento argumentativo imposto a quem queira ir de encontro a referida premissa, portanto, parece requerer um esforço persuasivo extremamente grande e arriscado do intérprete, que corre o risco de ter diminuída a sua capacidade de convencimento (adesão do auditório) caso afirme, por exemplo, que um crime de tortura, qualquer que tenha sido, não causou grave violação de direitos humanos.

Pensando no que propôs Ballweg ao sugerir uma análise agônica, parece lícito afirmar que a opção por não reduzir consideravelmente a extensão da expressão sob análise foi fortemente informada pela relação existente entre o Superior Tribunal de Justiça e a sociedade como um todo, detentora de expectativas que, caso frustradas, podem acarretar a diminuição da credibilidade da corte.

E isso porque a afirmação, por exemplo, de que um crime de homicídio qualificado não é uma grave violação de direitos humanos é perfeitamente apta a gerar a redução da legitimidade da instituição julgadora.

Não parece persuasivamente eficiente, portanto, restringir demasiadamente o alcance da expressão ora sob comento.

Por outro lado, é também nitidamente inadequada a transferência de todo e qualquer caso de grave violação a direitos humanos à competência da Justiça Federal, do que resultariam duas consequências igualmente odiosas: a sobrecarga do judiciário da União e o esvaziamento da competência da justiça dos estados.

Referida constatação, como não poderia deixar de ser, foi feita já no relatório do primeiro IDC suscitado, oportunidade em que o Ministro Arnaldo Esteves Lima assim asseverou:

4.4 - Destarte, não é razoável admitir – sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal – que todos os processos judiciais que impliquem grave violação a um desses direitos possam ensejar o deslocamento da competência para o processamento e julgamento do feito para o Judiciário Federal, banalizando esse novo instituto, que foi criado com a finalidade de disponibilizar instrumento capaz de conferir eficiente resposta estatal às violações aos direitos humanos, evitando que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir os tratados internacionais, por ele firmados, que versem sobre esses direitos internacionalmente protegidos⁴⁴.

Pensando, mais uma vez, no que sugeriu Ballweg ao propor a subdimensão agônica da análise retórica, pode-se admitir que os termos em que se põe a relação existente entre os sujeitos “Poder Judiciário Federal” e “Poder Judiciário Estadual” não comportam as consequências geradas pela transferência de todas as graves violações a direitos humanos da competência deste para aquele.

Ademais, observe-se que o segundo requisito listado pelo texto constitucional – a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte – tampouco tem o condão de racionalizar a aplicação da norma sob comento.

E isso porque são igualmente inúmeras as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, motivo pelo qual toda e qualquer violação grave desta espécie de direitos é também apta a pôr em risco o cumprimento dos deveres internacionalmente assumidos pelo país.

É de se notar, portanto, que os dois requisitos expressamente previstos pelo texto constitucional não são aptos, ainda que cumulativamente observados, a permitir a aplicação razoável, aceitável, da norma sob questão.

A esse respeito, observe-se que os conceitos de razoabilidade e aceitabilidade aqui utilizados são aqueles previstos por Chaïm Perelman, segundo quem o razoável está ligado ao sentido comum, ao que é aceitável em uma dada comunidade. A

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 1**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Terceira Seção. Julgado em 08 de junho de 2005. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+1&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.)

ausência de razoabilidade, por seu lado, estaria naturalmente encartada naquilo que é inadmissível em uma comunidade em um dado momento⁴⁵.

Tornar uma decisão razoável é, portanto, fazer com que não sejam bruscamente frustradas as expectativas de racionalidade depositadas no exercício do poder jurisdicional.

A esse respeito, observa Garcia Amado, em referência à Nova Retórica da Perelman:

Deste modo, Perelman ataca o "absolutismo da razão" presente no jusnaturalismo e na doutrina do legislador racional, assim como o pressupunha a metodologia jurídica tradicional, sem cair, por isso, na proclamação do irracionalismo. São possíveis um controle e uma crítica das decisões jurídicas e das valorações que lhe subjazem em termos racionais, e esse controle será feito pelos juízes. A eles cumpre deixar patente que suas decisões não são fruto de seu livre arbítrio, mas que podem ser justificadas como razoáveis e de acordo com o que a correspondente sociedade estime compatível com a razão⁴⁶.

Tem-se, portanto, que o impasse acima enunciado, causado sobretudo pelo alto grau de indeterminação dos conceitos contidos na norma sob análise, exigiu do tribunal a concepção de uma solução argumentativa que, superando os problemas fundamentais acima enunciados, conferisse aceitabilidade à aplicação do dispositivo constitucional sob comento, fornecendo-lhe o mínimo necessário à não frustração das expectativas de racionalidade depositadas no exercício de seu poder jurisdicional.

Referida solução, adotada já no acórdão que julgou o primeiro incidente suscitado, consistiu na criação de um terceiro requisito necessário à federalização.

É o que se pode observar de trecho contido na decisão que pôs fim ao IDC 1, oportunidade em que o ministro relator assim fundamentou:

12 - Em síntese. Além dos dois requisitos prescritos no § 5º do art. 109 da CF, quais sejam, (a) grave violação a direitos humanos e (b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, **é necessário, ainda, a presença de terceiro requisito**, (c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o **Estado-membro**,

⁴⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, argumentación y derecho. Disponível em: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 13.

⁴⁶ No original: "De este modo, Perelman ataca el "absolutismo de la razón" presente en el iusnaturalismo o en la doctrina del legislador racional, tal como la presuponía la metodología jurídica tradicional, sin caer por ello en la proclamación del irracionalismo. Es posible un control y una crítica de las decisiones jurídicas y de las valoraciones que les subyacen en términos de razón, y tal control lo llevarán a cabo los jueces. A ellos les corresponde dejar patente que sus decisiones no son fruto de su libre arbitrio, sino que se pueden justificar como razonables y acordes con lo que la correspondiente sociedad estime compatible con la razón." (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Retórica, argumentación y derecho**. Disponível em: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 13.)

por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos – os três – hão 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”. Para que o Brasil seja pujante, interna e externamente, é necessário que as suas unidades federadas – Estados, DF e Municípios –, internamente, sejam, proporcionalmente, também fortes e pujantes.

13 - Destarte, mesmo se fazendo presentes os **dois requisitos** previstos no § 5º do art. 109 da CF, a ausência do terceiro elemento que lhe é **naturalmente implícito**, para nós, afasta a sua concreta aplicação e, a par disso, **coloca o Brasil ao abrigo da eventual submissão a julgamentos por Cortes Internacionais**, porque ele não poderá ser acusado de ter-se omitido na investigação, julgamento e punição dos culpados, sempre fiel ao princípio da legalidade, pois um seu **Estado-membro**, com seu apoio, atua adequadamente em tal sentido⁴⁷.

Observa-se, destarte, que a ineficiência do estado membro na persecução penal foi incluída como terceiro requisito necessário ao deslocamento de competência.

Mais do que isso, referido requisito, inteiramente criado pela corte, passou a figurar como a exigência decisiva para o deferimento da federalização, funcionando como o mais importante filtro na aplicação da norma sob análise.

Por consequência, foi reduzida sobremaneira a importância na verificação dos requisitos expressamente contidos no texto constitucional, razão pela qual foram também significativamente diminuídos os problemas decorrentes do alto grau de indeterminação que atinge os conceitos contidos no art. 109, §5º, da Constituição Federal.

Prova disso é o fato de que, em todos os incidentes indeferidos, dentre aqueles que tiveram o mérito julgado, a justificativa utilizada pelo STJ para negar a federalização foi a ausência de ineficácia do estado membro na persecução penal destinada a dar tratamento aos crimes respectivos.

Em nenhum dos incidentes analisados negou-se, por outro lado, a existência de grave violação de direitos humanos.

Tem-se, destarte, que a criação de um novo requisito necessário à federalização foi estratégia argumentativa extremamente eficiente, que possibilitou a

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 1**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Terceira Seção. Julgado em 08 de junho de 2005. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+1&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

aplicação prática da norma sob questão e conferiu a aparência de racionalidade necessária à aceitabilidade das decisões tomadas pela corte, evitando, por um lado, o esvaziamento da competência da justiça estadual e, por outro, a restrição demasiada do alcance da expressão “grave violação de direitos humanos”.

4. A DIFICULDADE LÓGICO-ARGUMENTATIVA EXISTENTE NA NECESSIDADE DE CONCILIAR PREMISSAS APARENTEMENTE CONTRADITÓRIAS: DE UM LADO, A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS INSTITUIÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS; DO OUTRO, A NECESSIDADE DE REMEDIAR POSSÍVEIS FALHAS NA ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS. A CONSEQUENTE INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS ANALÍTICOS TÍPICOS DA LÓGICA FORMAL.

Como já brevemente comentado, a construção doutrinária e jurisprudencial que tem por objeto a federalização dos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos é absolutamente convergente no que toca à excepcionalidade do instituto.

A esse respeito, observe-se, por exemplo, o que dispõe a ementa do acórdão prolatado quando do julgamento do IDC 3⁴⁸:

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, § 5º, DA CARTA POLÍTICA. MEDIDA CONSTITUCIONAL EXCEPCIONALÍSSIMA. REQUISITOS CUMULATIVOS. GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DO AVENÇADO COM ESTADOS-MEMBROS QUANDO DA SUBSCRIÇÃO DE TRATADO INTERNACIONAL. DEMONSTRAÇÃO DA TOTAL INCAPACIDADE DAS AUTORIDADES LOCAIS EM PROPICIAREM A PERSECUÇÃO PENAL. EXAME DOS PRESSUPOSTOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INCAPACIDADE, INEFICÁCIA E INEFICIÊNCIA. DISTINÇÃO IMPRESCINDÍVEL.

1. A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de deslocamento da competência originária, em regra da Justiça Estadual, à esfera da Justiça Federal, no que toca à investigação, processamento e julgamento dos delitos praticados com grave violação de direitos humanos (art. 109, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o mérito de casos distintos - IDCs n. 1/PA; 2/DF; 5/PE -, fixou como principal característica do incidente constitucional a excepcionalidade. À sua procedência não só é exigível a existência de grave violação a direitos humanos, mas também a necessidade de

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 3**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Terceira Seção. Julgado em 10 de dezembro de 2014. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

assegurar o cumprimento de obrigações internacionais avençadas, em decorrência de omissão ou incapacidade das autoridades responsáveis pela apuração dos ilícitos.
(...)

Ainda nesse sentido, e confirmando a existência de um aparente consenso no tocante à excepcionalidade do instituto, observa-se a constatação feita por Ingo Sarlet, Leonardo Furian e Tiago Fensterseifer em momento ainda anterior à vigência da Emenda Constitucional que positivou o IDC em nosso ordenamento:

Por derradeiro, mesmo que haja argumentos adicionais reforçando a tese da “federalização” (como, por exemplo, o seu cunho excepcional, assim como a própria comparação com o instituto do desaforamento aplicado nos casos de julgamento pelo Tribunal do Júri), não se trata aqui de rastrear a totalidade das razões esgrimidas, mas, acima de tudo, de apresentar em linhas gerais os principais objetivos (e argumentos) que lastrearam a proposta ora incorporada ao texto constitucional, de modo a permitir a sua avaliação crítica, o que, de resto, constitui o cerne deste estudo e será desenvolvido nos segmentos subsequentes⁴⁹.

Isso porque o deslocamento de competência ora sob questão pode sugerir, caso a caso, a existência de verdadeiro descrédito institucional dos estados-membros, acompanhado de aparente exaltação das instituições da União Federal.

Por esse motivo, é extremamente perceptível, durante os votos analisados, o esforço argumentativo dos ministros no sentido de negar a existência de hierarquia entre as instituições federais e estaduais no tratamento dos crimes passíveis de federalização, sendo que referido esforço requer ainda mais competência persuasiva quando as circunstâncias do caso concreto revelam a ineficácia dos estados-membros no curso da persecução penal e, conseqüentemente, apontam para a real necessidade do deslocamento de competência.

É gerada, portanto, uma tensão argumentativa quase paradoxal, que surge da contraposição entre, de um lado, a necessidade de evitar o descrédito institucional do Estado-membro e, do outro, a obrigação de remediar possíveis falhas na atuação daquele ente federado.

Nesse sentido, observa-se que a necessidade de amenizar a tensão ora sob comento faz surgir novas linhas argumentativas que se somam à construção do

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma?) do judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil, v. 1, n. 1. Canoas: ULBRA, 2000, p. 7-77, p. 13.

ambiente discursivo, o que fica extremamente claro, por exemplo, em trecho do voto proferido pela ministra Laurita Vaz durante o julgamento do IDC 2:

Vale ressaltar, desde logo, que a luta contra violações aos direitos humanos, em especial em nosso país, é uma tarefa árdua e encontra muitos obstáculos históricos, inclusive decorrentes da escassez de recursos. E a excepcional possibilidade de se levar uma investigação ou uma ação em andamento para a esfera federal não significa impor uma hierarquia, aliás inexistente, entre os entes federados, tampouco menosprezar a ação da Justiça e do Ministério Público estaduais ou dos órgãos executivos locais. A correção e a boa-fé da ação dos agentes estaduais são, a princípio, presumidas.

No entanto, justamente por precariedades ou limitações estruturais, pode restar caracterizada a deficiência da atuação das autoridades locais na consecução de suas atividades institucionais, até mesmo para averiguar e reprimir eventuais desvios de conduta dentro dos seus próprios órgãos⁵⁰.

(Grifos nossos)

Aqui, por exemplo, a escassez de recursos que supostamente atinge as instituições dos Estados-membros é colocada como fator apto a justificar o deferimento da federalização, funcionando, portanto, como mecanismo argumentativo voltado à conciliação de premissas aparentemente contraditórias entre si.

Percebe-se, assim, uma evidente tensão entre as leis da lógica clássica e a prática jurídica do caso concreto, extremamente comum à atividade de aplicação do direito. Isso porque a necessidade de coerência entre os argumentos sustentados se opõe à necessidade de resolver o problema de maneira eficaz.

Surge, portanto, um dilema fundamental que permeia toda a construção do ambiente argumentativo ora analisado: diante de problemas fáticos, a exemplo da limitação estrutural dos estados-membros, como dar tratamento adequado aos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos mantendo-se fiel ao princípio constitucional que impõe a inexistência de hierarquia entre os entes da federação?

A aparente incongruência existente no problema acima enunciado é prova contundente de que os modelos analíticos da lógica formal são absolutamente insuficientes para balizar a atividade do jurista, que é frequentemente exposto à necessidade de lidar com contradições que não são comportadas pelos tradicionais esquemas dedutivos característicos do raciocínio apodítico.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 2**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 08 de setembro de 2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

Parece acurada, portanto, a constatação feita por Viehweg quando, nas palavras de Atienza, sugere que o método axiomático-dedutivo, consistente na adoção de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência, não pode ser aplicado ao campo da jurisprudência⁵¹.

A esse respeito, assim afirma o autor alemão:

Ao passo que algumas disciplinas podem encontrar princípios objetivos seguros e efetivamente fecundos para o seu campo, e por isso podem ser sistematizadas, outras não são sistematizáveis, por ser impossível encontrar em seu campo algum princípio que seja ao mesmo tempo seguro e objetivamente fecundo. Quando esse caso se apresenta, é possível apenas uma discussão de problemas. O problema fundamental preexistente se torna permanente, o que, no âmbito da atuação humana, não é algo inusitado. Nessa situação se encontra evidentemente a jurisprudência⁵².

A insuficiência acima referida, no entanto, não conduz a prática jurídica à completa irracionalidade.

É precisamente aí que se encontra o mais notório intento do conjunto de ideias agrupadas sob a alcunha de “teorias da argumentação jurídica”, que têm como objetivo fundamental a descoberta de um meio termo entre o “irracionalismo metodológico de uns e o otimismo cientificista de outros⁵³.”

A esse respeito, observe-se o que diz Garcia Amado:

As teorias da argumentação jurídica, encabeçadas por Perelman, virão a buscar um meio termo entre o irracionalismo metodológico de uns e o otimismo cientificista de outros. Desde os anos cinquenta, a situação de crise da metodologia jurídica vai motivar uma série de respostas intimamente relacionadas por compartilhar uma ideia fundamental: que a demonstração meramente lógica e a prova empírica certamente não são aplicáveis ao trabalho valorativo com o direito, o que não implica que a aplicação do direito seja uma operação inteiramente arbitrária e aleatória, pois possuiria sua própria racionalidade. No entanto, esta racionalidade, que o direito compartilharia com outras disciplinas pertencentes ao âmbito da ação ou da razão prática, seria de um gênero especial: seria racionalidade prática. Antecipa-se, assim, em estreita referência ao direito e a sua problemática metodológica, o que a filosofia geral celebrará, anos mais tarde, como “reabilitação da razão prática⁵⁴”.

⁵¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 51

⁵² - VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Trad. de L. Díez Picazo da 2 ed. alemã de 1963, prólogo de E. García de Enterría). Madri, Taurus, 1964, p. 129.

⁵³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, argumentación y derecho. Disponível em: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 7.

⁵⁴ No original: “Las teorías de la argumentación jurídica, con Perelman a la cabeza, vendrán a buscar una vía media entre el irracionalismo metodológico de los unos y el optimismo cientificista de los otros. Desde los años cincuenta la situación de crisis de la metodología jurídica va a motivar una serie de respuestas estrechamente emparentadas por compartir una idea fundamental: que la demostración meramente lógica y la prueba empírica no son certamente aplicables al trabajo valorativo con el derecho, pero que ello no implica que la aplicación del derecho sea una

As vicissitudes encontradas durante o julgamento dos IDCs analisados, a exemplo daquela encartada na contradição objeto deste tópico, deixam claro, nesse sentido, que analisar teoricamente e controlar o exercício do poder jurisdicional é tarefa que somente pode ser levada a cabo mediante a concepção de modelos analíticos afetos à racionalidade prática, de esquemas capazes de se debruçar sobre a “lógica do comum”, sobre a utilização dos *topoi*.

Mais do que isso, a compreensão da dinâmica que move o exercício do direito exige uma postura analítica que, enfim, se volte a verificar a eficácia dos argumentos utilizados na conquista da adesão dos interlocutores a que estão dirigidos.

E isso porque, como dito, a razoabilidade da decisão se confunde com a sua aceitabilidade em um dado momento por determinado grupo social, do que se impõe que a correção decisória é diretamente dependente do sucesso dos mecanismos persuasivos utilizados pelo julgador.

Sobre isso, observe-se, ainda, o que diz Garcia Amado, novamente em referência ao pensamento de Perelman:

Para Perelman, raciocínio prático é “aquele que justifica uma decisão”, e o exemplo prototípico de tal espécie de raciocínio seria o da motivação das sentenças pelo juiz. Relacionada com esta importância da justificação intersubjetiva das decisões como razoáveis, aparece a importância da retórica em Perelman. Se a razoabilidade da decisão não se mostra como evidente ou necessária, mas há de ser justificada, argumentada, o instrumento adequado a esse fim será a retórica. “A retórica, tal como a concebemos – disse Perelman – consistirá em um estudo dos meios de argumentação que permitem obter ou acrescentar a adesão dos espíritos às teses submetidas a seu assentimento”. Daí afirma Perelman, de forma realista, que “motivar um juízo, ou seja, justifica-lo, não é fundamentá-lo de modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo”, mas, antes disso, “é persuadir um auditório, que se há de conhecer, de que a decisão está de acordo com suas exigências” (...)⁵⁵.

operación perfectamente arbitraria y aleatoria, pues poseería su propia racionalidad. Pero esta racionalidad, que el derecho compartiría con otras disciplinas pertenecientes al ámbito de la acción o la razón práctica, sería de un género especial: sería racionalidad práctica. Se anticipa así, en estrecha referencia al derecho y su problemática metodológica, lo que la filosofía general celebrará años más tarde como "rehabilitación de la razón práctica". (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Retórica, argumentación y derecho**. Disponible en: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 7.)

⁵⁵ Para Perelman, razonamiento práctico es "aquel que justifica una decisión", y el ejemplo prototípico de tal clase de razonamiento sería el de la motivación de las sentencias por el juez. En relación con esta importancia de la justificación intersubjetiva de las decisiones como razonables, aparece la importancia de la retórica en Perelman. Si la razonabilidad de la decisión no se muestra como evidente o necesaria, sino que ha de ser justificada, argumentada, el instrumento adecuado al efecto será la retórica. "La retórica, tal como la concebimos –dice Perelman– consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento". De ahí que realísticamente diga Perelman que "motivar um juízo, es decir, justificarlo, no es fundamentarlo de modo impersonal y, por así decir, demostrativo", sino que "es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias"

A análise dos acórdãos que julgaram os IDCs aqui investigados, portanto, deixou evidente que a rigidez dos modelos analíticos característicos da lógica formal é absolutamente insuficiente à compreensão do fenômeno jurídico em toda sua complexidade, intensamente permeada por contradições e incongruências cujas necessidades de harmonização, “racionalização” e “aceitabilização” não são comportadas pelos sistemas regidos unicamente pelas leis da lógica tradicional.

5. DA INFLUÊNCIA EXERCIDA PELAS EXPERIÊNCIAS PESSOAIS DOS JULGADORES NA TOMADA DA DECISÃO

Neste momento, inicia-se por ressaltar que os esforços persuasivos no sentido de harmonizar o deslocamento de competência com a manutenção do equilíbrio no pacto federativo não são, nem de longe, uma constante.

Alguns votos, muito pelo contrário, são intensamente dedicados à exposição das aparentes mazelas do Incidente de Deslocamento de Competência, o que se pode constatar, por exemplo, de breve trecho do voto redigido pelo ministro Paulo Gallotti no julgamento do IDC 1:

Mas não poderia deixar de acrescentar a **minha preocupação pessoal**. O dispositivo de que se está a cuidar, penso, **revela certo preconceito com a Justiça Estadual**, pois parte da premissa equivocada de que ela não tem condições, em “hipóteses de grave violação de direitos humanos”, de prestar, em síntese, com a necessária presteza e imparcialidade, a jurisdição penal.

Estamos enfrentando, a meu ver, uma exploração sensacionalista deste julgamento, como se a afirmação do Superior Tribunal de Justiça, no reconhecimento da competência de uma ou de outra Justiça, Estadual ou Federal, pudesse ter relação com o mérito da causa principal. **Passou-se a impressão para a sociedade que só a Justiça Federal tem condições de apreciar, com absoluta isenção, essa causa, vale dizer, que só a Justiça Federal pode dar uma resposta ao dito reclamo social de punição.** (...)

Por isso, preocupado, **como juiz há mais de trinta anos**, (...) com a adoção de regra de tal natureza, **verdadeiro princípio de desconfiança da atuação da Justiça Estadual**, manifesto minha crença na permanente união desses dois importantes segmentos do Poder Judiciário Nacional⁵⁶. (Grifos nossos)

(...). (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Retorica, argumentación y derecho**. Disponível em: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf>, p. 14.)

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 1**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Terceira Seção. Julgado em 08 de junho de 2005. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+1&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.)

A esse respeito, observe-se, desde logo, que análise retórica tem como ponto de partida o discurso (*logos*)⁵⁷, razão pela qual as reflexões a serem aqui empreendidas serão, ao menos em um primeiro momento, norteadas pelo que se encontra verbalizado, explicitado no texto que se analisa.

Ressalva-se, no entanto, que referido método analítico, realista como se propõe, não se pode furtar à consideração de elementos de convencimento que, por ventura, não venham a ser diretamente revelados pelo sujeito que discursa.

Aqui, e analisando a relação ergônica⁵⁸ estabelecida à oportunidade, ganha robustez a hipótese de que a pretensão de racionalidade e objetivização da prática jurídico-dogmática não sobrevive incólume à constatação de que as experiências pessoais e os impulsos que dão forma à *psyché* do juiz influenciam diretamente na tomada da decisão.

Isso porque o ministro Paulo Gallotti é magistrado de carreira que atuou durante quase trinta anos como membro do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, onde ingressou ainda como assessor judiciário já em 1970. Em 1971 tornou-se juiz substituto e, em 1995, desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo sido, somente em 1999 nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, e ressalvadas as evidentes dificuldades em investigar precisamente os impulsos psicológicos, sociais ou de outra ordem que motivaram a decisão do ministro Gallotti, é extremamente provável que a sua longa carreira junto ao poder judiciário estadual tenha influenciado de forma decisiva na repulsa que exprime ao instituto do IDC.

Como bem externado por seu próprio voto, trata-se de “preocupação pessoal” do magistrado, que parece, portanto, pessoalmente atingido e lesado, enquanto egresso do judiciário estadual, pela possibilidade de deslocamento da competência para dar tratamento aos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos.

A mesma preocupação, ainda que de forma menos eloquente, é observada também no voto do ministro Paulo Medina, que, nos seguintes termos, ratifica a linha de raciocínio traçada pelo ministro Paulo Gallotti:

⁵⁷ Sobre as dificuldades envolvendo o termo “*logos*”, sobretudo quando empregado num contexto em que se discute o objeto da retórica, ver LOPES, Daniel R.N. em PLATÃO. **Górgias**. Tradução, ensaio introdutório e notas: Daniel R. N. Lopes. 1ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 181.

⁵⁸ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.180.

É preciso meditar que, conforme salientara o Sr. Ministro Paulo Gallotti, **existe entre nós um Poder Judiciário nacional, em igualdade de condições de juizes federais e juizes estaduais**. É preciso salientar que buscamos acentuada imparcialidade, conduzir com espírito imparcial, refletir que a busca para punir não é a razão do magistrado. Então, às vezes, normas constitucionais inovadoras que buscam reprimir direitos humanos na sua violação nada mais fazem senão facilitar deveres impostos aos Estados e à União.

Assim, **penso que a violação dos direitos humanos não deveria privilegiar um dos ramos da Justiça**; assim, penso que a violação dos direitos humanos poderia tratar a igualdade nas diversas esferas do Poder Judiciário. E se não o fez e se essa é a realidade, cumpre, agora, a nós, magistrados, dar-lhe comedimento, não admitir precipitações, conter arremetidas para que não se desencadeie, em esferas diversas do Poder com instâncias diferentes e especializadas, a busca não de justiça, mas também de punição.

A Magistratura reagirá para que os seus juizes fundamentadamente - e aqui se faz tão-só fundamentadamente - afirmem à sociedade que ninguém será processado, ninguém será por antecipação punido, **ninguém estará mais bem aquinhoado numa ou noutra Justiça federal ou estadual se não tiver a certeza exata do cumprimento da Constituição e da lei**⁵⁹. (Grifos nossos)

Aqui, e novamente vislumbrando a dimensão ergôntica das relações estabelecidas à oportunidade, ganha ainda mais robustez a hipótese que vislumbra a impossibilidade de separação entre o autor e sua obra⁶⁰.

Isso porque o ministro Paulo Medina também é magistrado de carreira, egresso do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, onde ingressou como juiz substituto já em 1968. Em 1991 tornou-se desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo presidido a Associação dos Magistrados Mineiros de 1993 a 1995. Somente em 2001 foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, igualmente em vaga destinada a membros de tribunal estadual.

Ainda a esse respeito, observa-se que esse mesmo cenário de eloquente exposição da repulsa ao IDC pode ser visto, também, sob a ótica de uma análise agôntica⁶¹.

Neste caso, são colocadas como foco de investigação as relações estabelecidas entre os sujeitos envolvidos na construção da realidade discursiva então analisada (os ministros componentes da Seção), levando-se em consideração

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 1**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Terceira Seção. Julgado em 08 de junho de 2005. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+1&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.)

⁶⁰ PARINI, Pedro. **A análise retórica na teoria do direito**. Porto Alegre: Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, 2017, p. 128.

⁶¹ BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184, p.180.

seus status jurídicos, papéis sociais, o reconhecimento de que desfrutam, a integração, a cooperação, o conflito, a coordenação e a subordinação entre eles, bem como quaisquer outras variáveis que influenciem na posição por eles ocupada por dentro do universo linguístico em que estão inseridos⁶².

Sob essa ótica, e agora voltando ao ambiente discursivo objeto da presente pesquisa, percebe-se que a postura dos ministros anteriormente mencionados, que explicita uma preocupação pessoal de magistrados que atuaram durante quase toda a vida profissional junto ao Poder Judiciário Estadual, parece revelar, também, um agir estratégico voltado à preservação de seus *ethos* diante dos demais sujeitos envolvidos na discussão.

Assim, observa-se que, no julgamento do IDC 1, paradigmático por inaugurar a utilização do instituto em nosso ordenamento, todos os votos intensamente direcionados à crítica do instituto foram proferidos por ministros egressos do poder judiciário estadual, ambos com longa carreira junto aos tribunais de justiça de seus respectivos estados.

Conclusão evidente, portanto, é aquela que aponta à fundamental influência dos elementos subjetivos e pessoais do julgador na tomada da decisão, do que se extrai, por consequência, o mérito do esquema analítico proposto pela metodologia de Ballweg.

6. DA UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA TAMBÉM COMO INSTRUMENTO VOLTADO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM DO ESTADO BRASILEIRO

Como já brevemente comentado, é também objetivo deste trabalho verificar se, e em que medida, caso confirmada a hipótese, o IDC vem sendo, ele mesmo, utilizado também como mecanismo persuasivo voltado a comprovar, inclusive perante a comunidade internacional, a idoneidade do Estado Brasileiro em dar tratamento a graves violações a direitos humanos.

⁶² PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, 2017, p. 126.

Referida hipótese, em um primeiro momento, surge com a constatação de que o incidente sob questão vem sendo suscitado, invariavelmente, em casos com grande repercussão midiática, em sede dos quais a omissão estatal em prover a adequada persecução penal poderia resultar na responsabilização internacional do Brasil pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais de que é signatário.

Nesse sentido, observa-se que vários trechos de votos prolatados nos julgamentos dos incidentes até então apreciados robustecem a hipótese ora sob comento, confirmando que a federalização atende, também, à necessidade do Estado Brasileiro de demonstrar à comunidade internacional e a seus próprios jurisdicionados, a capacidade de dar adequado tratamento aos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos.

Não é outra a conclusão que se extrai, por exemplo, de trecho do voto prolatado pelo Ministro Rogério Schietti no julgamento do IDC 5:

A ideia da federalização dos crimes contra os direitos humanos surgiu em decorrência da cobrança feita por organismos internacionais ao Brasil para fazer cessar a corrente impunidade de determinados crimes praticados, fator catalisador de conflitos sociais que, diante dessa realidade, acabam por fugir ao próprio controle do Estado⁶³.

Referida preocupação é também marcante nas petições iniciais por meio das quais foram instaurados os incidentes analisados, o que se pode inferir, por exemplo, da seguinte passagem contida na peça que suscitou o IDC 10:

O caso aqui apreciado repercutiu negativamente no âmbito internacional como **mais um** evento de violência policial no Brasil. Após a publicação da sentença, novo choque com a reação do Estado – ou a falta dela – a ocorrência tão grave de manifesta violação a direitos humanos. Para exemplificar, veja-se a seguinte notícia:(...) Casos como o presente, inseridos em contexto de violência policial letal, estão na mira de entidades de proteção de direitos humanos. O caso já conta com representação da ONG Justiça Global perante a ONU e, sobre as ameaças que vêm sofrendo integrantes de entidade denunciante do caso, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como dito precedentemente⁶⁴.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 5**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Terceira Seção. Julgado em 13 de agosto de 2014. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+5&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 10**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 28 de novembro de 2018. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+10&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.)

Novamente pensando no que propôs Ballweg quando sugeriu a subdimensão agônica da análise fronética, parece claro que o manejo do IDC é, também, um mecanismo que se propõe a balizar de forma mais adequada a relação existente entre os sujeitos “República Federativa do Brasil” e “Comunidade Internacional”.

E isso porque, reitere-se, a existência dos problemas que a federalização pretende remediar é perfeitamente apta a influenciar o *status* do Brasil perante os demais sujeitos que compõem a comunidade internacional, sobretudo aqueles diretamente ligados à fiscalização do cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos.

Ressalva-se, no entanto, que a presente hipótese não pressupõe a inexistência da real intenção de remediar eventuais ineficácias do Estado Brasileiro no tratamento dos crimes cometidos com grave violação a direitos humanos.

O que vem sendo confirmado, pelo contrário, é que referida intenção convive intimamente com a utilização do IDC como mecanismo voltado ao convencimento da comunidade internacional e da população brasileira a respeito da idoneidade do Estado Brasileiro em prover a adequada persecução criminal em casos de grande repercussão midiática.

7. CONCLUSÕES

Como primeiro resultado obtido pelo presente trabalho, observou-se que a solução encontrada pelo tribunal para dar aplicabilidade e aceitabilidade à norma que prevê a federalização foi a criação de um terceiro requisito não expressamente previsto pelo texto constitucional, que acabou por funcionar como principal exigência ao deferimento dos pedidos de deslocamento julgados pela corte.

Posteriormente, reafirmou-se, à luz dos casos analisados pelo presente trabalho, que os modelos analíticos típicos da lógica formal são absolutamente insuficientes à compreensão do fenômeno direito, dado que referidos modelos não comportam, por exemplo, a contradição existente na necessidade de conciliar premissas aparentemente opostas: de um lado, a inexistência de hierarquia entre as instituições federais e estaduais; do outro, a necessidade de remediar possíveis falhas na atuação dos Estados-membros.

Observou-se, ainda, a impossibilidade de separação contundente entre as experiências profissionais dos ministros e as decisões por eles tomadas, que parecem, em diversos momentos, refletir a formação pessoal a que foram submetidos.

Por último, constatou-se que o IDC vem sendo, ele mesmo, utilizado também como mecanismo persuasivo voltado a comprovar a idoneidade do Estado Brasileiro em dar tratamento a graves violações a direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- ADEODATO, João Maurício (org.). **O direito dogmático periférico e sua retórica** – Consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ARISTÓTELES. **Retórica.** São Paulo: EDIPRO, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica.** 3. Ed. São Paulo: Landy, 2003
- BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito.** Trad. J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184.
- BLUMENBERG, Hans. **Wirklichkeiten, in denen wir leben.** Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Reclam, 1986.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 1.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Terceira Seção. Julgado em 08 de junho de 2005. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+1&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 2.** Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 08 de setembro de 2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 3.** Relator: Ministro Jorge Mussi. Terceira Seção. Julgado em 10 de dezembro de 2014. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 5.** Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Terceira Seção. Julgado em 13 de agosto de 2014. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+5&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IDC 10.** Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 28 de novembro de 2018. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=idc+10&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

- CASTRO Jr., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo: Noeses, 2011.
- CASTRO Jr. Torquato. A peculiar ciência dos juristas. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco: em homenagem ao professor João Pinheiro Lins**. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, v. 1, n.2, 2019. 468p.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. J. Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.
- LOPES, Daniel R.N. em PLATÃO. **Górgias**. Tradução, ensaio introdutório e notas: Daniel R. N. Lopes. 1ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- LYNCH. Christian Edward Cyril & MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Rev. Direito e Práx.** p. 974-1007. Rio de Janeiro, Vol. 08, n.2, 2017.
- PARINI, Pedro. **A análise retórica na teoria do direito**. Porto Alegre: Caderno de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, 2017.
- POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 8 (3): pp. 272-285. São Leopoldo: setembro/dezembro 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma?) do judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? **Direito e Democracia**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil, v. 1, n. 1. Canoas: ULBRA, 2000, p. 7-77.
- SOBOTA, Katharina. “Don't Mention the Norm!”. International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.
- TEIXEIRA. João Paulo Allain. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Organizadores: Anízio Pires Gavião Filho e Rogério Gesta Leal, 448p. Porto Alegre: FMP, 2017.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Trad. de L. Díez Picazo da 2 ed. alemã de 1963, prólogo de E. García de Enterría). Madri, Taurus, 1964.