

**A PRAGMÁTICA LINGUÍSTICA NO
PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI:
ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA O
DISCURSO RACIONAL EM TESE DEFENSIVA
SUPRALEGAL ABSOLUTÓRIA**

LINGUISTIC PRAGMATICS IN THE CRIMINAL
JURY PROCEDURE: AN ANALYSIS OF THE
REQUIREMENTS FOR RATIONAL DISCOURSE IN
SUPRA-LEGAL ACQUITTAL DEFENSE THESIS

Silvio José Farinholi Arcuri*
Clodomiro José Bannwart Júnior**

*Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Positivo, campus Londrina/PR. Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Advogado.
E-mail: arcuri@sercomtel.com.br

**Doutor em Filosofia pela UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina.
E-mail: cbannwart@hotmail.com

Como citar: ARCURI, Silvio José Farinholi; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 44-62, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 44. ISSN: 1980-511X

Resumo: Valendo-se de referenciais provenientes da pragmática linguística e dos princípios da plenitude da defesa e da soberania dos veredictos, os quais permeiam o caráter democrático do tribunal do júri, defende-se a importância do discurso racional, em procedimento aberto, público e transparente, como forma de produzir decisões fundamentadas argumentativamente que dissipem o arbítrio e o isolacionismo subjetivista. Defende-se, para isso, a comunicabilidade dos jurados, seja a partir de projeto de lei, seja, sobretudo, com os novos recursos trazidos pela filosofia da linguagem. Intenta-se, nesse sentido, tematizar uma incursão jusfilosófica que garanta o aprofundamento da tese ora defendida, interpelando a possibilidade de um processo participativo capaz de alterar o paradigma do livre convencimento subjetivo por um procedimento linguístico que abone decisões públicas justificadas discursivamente.

Palavras-chave: legalidade; causa supralegal; júri; discurso; comunicabilidade.

Abstract: From linguistic pragmatics and the principles of full defense and the sovereignty of verdicts, which permeate the democratic character of the jury court, this study explores the importance of rational discourse in the context of an open, public, and transparent procedure, as a means to produce argumentatively

grounded decisions that reduce arbitrariness and subjectivist isolationism. To this end, this paper defends the communicability of jurors, with the introduction of a bill or, above all, with the use of new resources derived from the philosophy of language. Therefore, this article intends to establish a legal and philosophical incursion, in a sense that it deepens the thesis defended herein, as it questions the possibility of a participative process capable of altering the paradigm of subjective and free conviction by a linguistic procedure that supports discursively justified public decisions.

Keywords: legality; supralegal cause; jury; discourse; communicability.

INTRODUÇÃO

A pragmática é uma ciência empírica que foi incorporada ao debate filosófico, com ampla penetração na seara jurídica, a partir do século XX, sobretudo, no esteio das críticas dirigidas ao paradigma do sujeito, matizado na relação sujeito-objeto. Arquetizado no pensamento cartesiano e com forte presença no Idealismo Alemão, o paradigma do sujeito criou uma objetivação da realidade a partir da subjetividade, além de privatizar vivências e experiências incapazes de um controle intersubjetivo. O positivismo jurídico buscou refúgio nas dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, operando-os sob a métrica da lógica formal. A pragmática linguística ganha fôlego, no entanto, com a preponderância que a filosofia da linguagem passou a gozar na segunda metade do século passado.

Destaca-se, num primeiro momento, a incursão da pragmática e do ethos na aplicação do direito, a qual ganha prioridade no contexto da argumentação e da decisão jurídica, com o propósito, sempre ciente, de afastar a discricionariedade e o arbítrio. O Tribunal do júri, nesse aspecto, não fica imune a tais mudanças, já que ele consagra a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos, condições indispensáveis para a produção de um discurso racional sob a métrica da paridade democrática do uso da linguagem.

Num segundo momento, proclama-se a defesa da comunicabilidade entre os jurados, tendo como referência o projeto de lei do Senado Federal no. 156, de 2009 (BRASIL, 2009), e a base teórica advinda da filosofia da linguagem, que propõe a substituição do livre convencimento subjetivo por um processo linguístico justificado discursivamente. Trata-se de uma democracia processual, cujo alicerce passa pela simetria, pela dialeticidade e pela aceitabilidade do melhor argumento, em um procedimento intersubjetivo e transparente.

Por fim, demonstra-se a importância do emprego do discurso racional no júri, sobretudo, na sustentação de tese supralegal, destacando, para tanto, a necessidade de parâmetros que certifiquem a racionalidade discursiva, evitando os excessos de linguagem. Sustenta-se que a validade do discurso racional encontra guarida em pressupostos de ordem formal e material. No âmbito formal estão as regras do discurso, a racionalidade procedimental da linguagem e a correlação entre situação ideal de fala (transcendental) e situação real de fala (empírica). No âmbito material está a pluralidade de valores, que forma a diversidade ética (ethos) espalhada pelo tecido social.

O objetivo do artigo é aferir que a racionalidade comunicativa anuncia-se como configuração imprescindível e adequada para a gestão do entendimento em um mundo descentrado, plural e pós-convencional, obtendo significativa relevância, sobretudo, para o procedimento linguístico presente no tribunal do júri. Com o objetivo de justificar a temática apresentada sob a perspectiva da dogmática jurídica e de referenciais doutrinários e jurisprudenciais, será utilizado como recurso metodológico a análise de textos que abordam a reflexão jurídica e filosófica da matéria. Do ponto de vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica e documental, contando com fontes primárias e secundárias.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRAGMÁTICA LINGUÍSTICA NO PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI.

A partir do século XX e, em especial, com o advento do chamado “giro-linguístico”¹, diversos filósofos elaboraram teorias que fundamentassem o discurso racional, aquele capaz de ser desenvolvido por seus participantes em determinada situação comunicativa, sob a perspectiva das condições ideais de fala.

Apesar das diferenças existentes nas várias teorias que versam sobre a racionalidade do discurso jurídico, os parâmetros de investigação do discurso racional se fazem comuns a todas elas. Assim, compõem-se em seu “aspecto formal” (pela racionalidade procedimental discursiva, pragmática, argumentativamente desenvolvida com vistas à correção), bem como em seu “aspecto material” (por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social) (ALEXY, 2015, p. 3).

Essa primeira consideração se faz necessária, pois as teorias do discurso racional possuem regras diversas daquelas previstas, ou mesmo não adaptáveis, à situação comunicativa instituída para o procedimento do Júri brasileiro. Assim, seria de nenhuma utilidade prática idealizar um “referencial teórico” de discurso com viés ou abordagem filosófica em perspectiva isolada, sem poder suplantá-lo para um procedimento penal que é legal e, portanto, com regras rígidas e tipificadas.

Dessa forma, em razão dos parâmetros teóricos que são comuns para se identificar o discurso racional e da situação comunicativa prevista para o procedimento do Júri brasileiro, além de seus princípios e valores, é que devem ser analisados os subsídios para uma teoria acerca do discurso racional da tese defensiva supralegal, como a do perdão social (clemência) do acusado.

Portanto, preservando-se a abordagem do tema de acordo com a estrita legalidade procedimental, mantém-se o ideal do trabalho científico, no desiderato de que possa ser aproveitado, no cotidiano forense, nos incontáveis casos em que a questão será vivida.

Assevera-se, noutro modo, que o presente estudo se mostra necessário, pois a racionalidade

¹ Sobre o giro linguístico ou pragmática linguística, cabe uma nota que já abordamos em outro contexto, mas que ajudará a localizar a prezada leitora e o estimado leitor. O pensamento jurídico-filosófico se projeta, a nosso ver, a partir das demandas e dos problemas firmados historicamente. O início do século XX foi marcado por um movimento filosófico, surgido ainda no final do século XIX, que reuniu várias correntes e doutrinas com o objetivo de empregar a linguagem lógica como ponto central da filosofia e da fundamentação das teorias científicas. Trata-se do neopositivismo, que recebeu, ao longo do tempo, várias outras nomenclaturas, como filosofia analítica, positivismo lógico, empirismo lógico ou Círculo de Viena. Esse movimento constituiu uma reação ao idealismo alemão e à filosofia da consciência, de base subjetivista. O neopositivismo questionou um ponto fundamental do paradigma da consciência: como os atos mentais, que são subjetivos, podem assegurar a validade objetiva que requer a ciência? Para esse círculo de pensadores, os problemas filosóficos, sobretudo a questão do conhecimento, devem passar por uma rigorosa análise da linguagem. Eles consideravam que a linguagem detinha uma estrutura lógica subjacente, a ponto de o juízo proferido não ser mais interpretado como ato mental, mas como portador de uma proposição dotada de forma lógica. Em linhas gerais, passaram a defender a relação entre a forma lógica do juízo e a realidade que o juízo representa, crentes de que seria possível sustentar na estrutura lógica da linguagem uma base para a fundamentação objetiva da ciência. Essa posição desloca-se do primeiro para o segundo Wittgenstein. No “Tractatus Lógico-Philosophicus” persistia a ideia de fundamentar o conhecimento da realidade a partir da lógica e não da epistemologia. Nas “Investigações Filosóficas”, publicada em 1953, a discussão lógica da linguagem cede espaço para os múltiplos jogos de linguagem, operando-se a reviravolta pragmática-linguístico. A nova perspectiva de leitura impõe que a semântica (significado) é decorrente da pragmática – dos usos da linguagem praticados em diversos jogos de linguagem e nas mais diversas formas de vida. É a essa dimensão, a partir do desdobramento do segundo Wittgenstein e que se estende por outros pensadores, incluindo Jürgen Habermas, autor que o presente trabalho se filia, destacando o uso da linguagem (discurso) no espaço democrático do júri.

do discurso é elemento indispensável aos espaços democráticos. Assim, acontece no plenário do júri, quando cidadãos “aprendem a democracia participando dos processos de decisão do poder (jurisdicional) estatal sem perder o senso crítico nas divergências de opiniões dentro do grupo heterogêneo que deve ser o conselho de sentença” (RANGEL, 2012, p. 19).

Nesse sentido, buscar as bases e diretrizes do discurso racional da tese defensiva supralegal aplicável ao Tribunal do Júri importa na reflexão sobre o papel desta instituição democrática, nascida em meio ao movimento social e político que desencadeou o Constitucionalismo inglês em 1215² e que chegou ao Brasil em 1822, ainda nos tempos do Império.

Em dias atuais, muito mais do que o único órgão do Poder Judiciário competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o Tribunal do Júri, alicerçado em cláusulas pétreas de nossa carta constitucional, apresenta-se como uma das garantias do indivíduo, indispensáveis à democracia.

Noutro turno, observa-se que a possibilidade do perdão social (clemência)³ nos julgamentos havidos pelo Tribunal do Júri decorre de uma interpretação teleológica que o norteou e desaguou no advento da Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008) para alterar o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). A contemplação de um sistema aberto, também de forma indubitosa, fez reluzir suas garantias constitucionais, especialmente as da Plenitude de Defesa e Soberania dos Veredictos.

Nessa perspectiva, o princípio constitucional da plenitude de defesa (Art. 5.º, XXXVIII, “a”, CF) (BRASIL, 1988), aplicável somente aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, deve ser visto de modo a consagrar a hipótese de sustentação das teses supralegais em plenário do júri, desde que observados os requisitos de seu discurso racional, que serão apresentados doravante (BRASIL, 1988).

Em relação à soberania dos veredictos (Art. 5.º, XXXVIII, “c”, CF) (BRASIL, 1988), a alteração legislativa reforçou o poder e a soberania do júri popular, que é insubstituível, para poder julgar e absolver o acusado ainda que por razões de sua íntima convicção (BRASIL, 1988). Esse preceito, aliás, tornou-se consagrado mesmo quando não sustentada, pela defesa técnica do acusado, a tese supralegal.⁴

Outro ponto não menos importante está no aspecto do aperfeiçoamento da jurisdição penal

2 Ribeiro explica que: “A Inglaterra construiu a democracia mediante um processo lento, que começa no século XII com o júri ou no XIII com o Parlamento. Os homens livres e proprietários – a classe média possível numa sociedade rural – votam desde então em deputados para o Parlamento, mas ao mesmo tempo participam, em suas aldeias ou cidades, em matéria judicial. Enquanto, no continente europeu, a justiça é distribuída por magistrados que pertencem à nobreza, vem de cima para baixo, na Inglaterra são os mais organizados dentre os homens comuns, dentre os plebeus, que resolvem boa parte das pendências que vão a juízo. Com isso, embora a Inglaterra seja, então, um país pobre e atrasado se comparado com o continente, um jurista do porte de Fortescue dirá, na década de 1470, que é exatamente por essa participação na coisa pública que os camponeses de seu país se vestem e se alimentam melhor que os da França. Os franceses comem cascas de árvores, os ingleses, carne. E Fortescue se entusiasma com a cerveja: aqui, diz ele, só se bebe água por dieta ou promessa” (RIBEIRO, 2017, p. 179-180).

3 A clemência, ou perdão social, foi prevista no ordenamento processual penal infraconstitucional pela Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008), que alterou o Art. 483 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de modo a contemplar a possibilidade de absolvição do acusado por meio de causa supralegal dissociada das excludentes de responsabilidade previstas expressamente na legislação penal.

4 Diz o Art. 482 do Código de Processo Penal: “O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes” (BRASIL, 1941).

pelo Tribunal do Júri, caracterizado especialmente pela publicidade dos atos processuais e o do total uso da oralidade, pelo exercício da linguagem que é emancipatória e o caracteriza como a mais democrática instituição jurídica brasileira.

Assim, no Tribunal do Júri, os trabalhos são realizados a portas abertas, aos olhos e ouvidos de todos que se fizerem presentes. Como consequência do uso da linguagem falada e da situação comunicativa prevista,⁵ tem-se a democratização do veredicto, que é apresentado ao povo, pelo próprio povo, logo ao final de sua sessão de instrução e julgamento.

Nesse desiderato, a Justiça se edifica em cada caso penal, em meio à produção de um discurso racional que perpassa não apenas pelos fundamentos de um direito penal positivado. As razões do Tribunal do Júri são pautadas por axiomas que inspiraram toda a Ordem constitucional, com referenciais éticos e jurídicos⁶, como os da Dignidade Humana, a nortear a pretensão de se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

O Tribunal do Júri, também ao conferir ao Ministério Público e ao defensor do acusado as idênticas oportunidades de argumentação e refutação, torna-se um verdadeiro espaço público representativo da vontade democrática, quando juízes leigos, pessoas do povo que atuam no Poder Judiciário, têm os desígnios da sociedade em suas mãos, bem como a sorte de seu semelhante.

Por outro lado, embora o perdão social (clemência) se reporte a um direito processual democrático contemplativo do Estado Democrático de Direito e pautado pela soberania popular (e pelos veredictos pelo Tribunal do Júri), esse direito somente poderá ser reconhecido em meio a parâmetros que não o tornem “porta aberta” às ilegalidades ou abusos que podem desprestigiar a própria Instituição do Júri.

2 A IDEIA DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ALGUMAS PERCEPÇÕES PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o Tribunal do Júri mereceu o status de garantia individual por meio de sua inclusão entre as chamadas cláusulas pétreas,⁷ insuscetíveis de modificação por meio de Emenda Constitucional, o que o consagrou como instituição representativa da democracia e da participação popular na jurisdição.

Não bastasse a ideia de se ofertar ao indivíduo a garantia de um julgamento por seus pares, nas acusações de crimes dolosos contra a vida perante o único juízo competente e natural do Tribunal do Júri, a Carta Política ainda fez questão de ressaltar a aplicação dos axiomas da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos.

5 As partes têm o direito à Plenitude de Defesa, quando dos debates orais na Sessão de Instrução e Julgamento, em igual tempo e com direito à refutação, réplica, tréplica, tudo em homenagem ao Princípio de Paridade de Armas.

6 No julgamento da ADPF 779 (BRASIL, 2021), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o discurso da “Legítima Defesa da Honra” ofende a Dignidade Humana e deve ser considerado “atécnico e extrajurídico”, sendo exemplo de discurso que não preenche os requisitos de um discurso racional condizente com a Plenitude de Defesa, por corresponder a “um recurso argumentativo e retórico odioso, desumano e cruel”. Ao reafirmar sua decisão liminar, o ministro Dias Toffoli deu interpretação conforme a Constituição a dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa.

7 Art. 5º, XXXVIII, alíneas “a” a “d”, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O julgamento pelo Tribunal do Júri, portanto, guarda a inspiração e os anseios democráticos da sociedade, construídos histórica e politicamente. Desta forma, entre seus princípios, apenas o do sigilo das votações⁸ - baseado no sistema da íntima convicção, na incomunicabilidade entre os jurados e no voto secreto - vem recebendo solenes críticas pelos juristas, que o tiveram como retrocesso da democracia processual.

Nesse sentido, bem observa Paulo Rangel (2012, p. 86):

A justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não venha a influir no voto do outro é falsa e desprovida de sentido de explicação histórica. Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do Tribunal do Júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros. É imperiosa a adoção da comunicabilidade entre os jurados a fim de que se possa extrair uma decisão justa, ou, ao menos, para conseguir que a decisão do júri seja menos injusta possível, ou que a decisão injusta seja cada vez mais rara, pois sempre fruto do debate, da discussão, da democracia processual.

De muita parte, importa considerar que o sigilo das votações (por conta da incomunicabilidade dos jurados durante as suas sessões de julgamento) não se harmoniza com os preceitos democráticos representados pela instituição do Júri, mesmo porque a sua comunicação não se traduziria em ofensa aos primados do Processo Penal ou em suposta possibilidade de negociação do veredicto.

De qualquer sorte, pelo próprio ordenamento jurídico processual, não poderão servir ao Júri aqueles jurados predispostos à absolvição ou à condenação do acusado,⁹ o que naturalmente inviabilizaria o risco de formação de um pacto ou acordo¹⁰ sobre a causa.

Aliás, em diversos casos, a possibilidade de discussão entre os jurados serviria de antídoto às manipulações políticas que historicamente cercaram o Processo Penal, bem como ao atual e reluzente direito penal midiático propalado pelo sensacionalismo exacerbado das redes televisivas, sempre a serviço da cultura do ódio e da intolerância.

Noutro modo, por ostentarem a própria soberania popular da qual emanam todos os poderes, por sua necessária qualidade de cidadãos,¹¹ salutar seria que os jurados, advindos de uma sociedade plural, pudessem trazer para o julgamento, eminentemente democrático, as ponderações acerca de suas vicissitudes e experiências. Assim, no sentido de olharem melhor para as provas do processo e, sobretudo, para o outro, aquele que está a ser julgado por seus pares.

Por meio dessas ponderações, os jurados fariam ainda melhor juízo de valor da conduta do acusado, pautados por referenciais jurídicos, éticos e de juízos práticos e morais do “dever-ser” praticados em sua própria comunidade.

8 Dizem os Art. 486 e 487 do Código de Processo Penal: “Antes de proceder à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*. “Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas” (BRASIL, 1941).

9 Diz o Art. 499 do Código de Processo Penal: “Não poderá servir o jurado que: ...III - tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado” (BRASIL, 1941).

10 Em nosso sistema processual penal, em regra, a ação penal é pública e indisponível. Diz o Art. 42 do Código de Processo Penal: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (BRASIL, 1941).

11 Diz o Art. 436 do Código de Processo Penal: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade” (BRASIL, 1941).

Nesse aspecto, a ausência de discussão e reflexão acerca dos temas da causa pelo Conselho de Sentença leva ao caminho inverso da democracia. Isso porque o processo penal democrático do Júri deverá compor sempre uma situação comunicativa exaustivamente dialogada, argumentativa, no mais possível. Para se alcançar a democracia processual necessária, portanto, torna-se indispensável ampliar o uso da oralidade no Tribunal do Júri, pois a linguagem é emancipatória, o caminho do conhecimento e, assim, do próprio aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.¹²

Acerca da questão, bem pondera Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva (1997, p. 86):

O Júri, no nosso processo penal, deveria obedecer aos cânones da mais ampla oralidade. Infelizmente, o que possui desta é tão-só o torneio dialético da acusação e defesa, visto que o Tribunal do Júri, entre nós, se despido daquele ritualismo característico do procedimento ante o plenário, pouco terá desta instituição como organismo de julgamento popular.

Salientam, ainda, que a legislação processual penal admite que se reduza a oralidade do procedimento, o que desnatura a própria essência do Júri (PORTO; CANOSA NETO; SILVA, 1997, p. 86):

Como o código vigente admite que sejam dispensados os depoimentos já ouvidos na instrução (art. 561, n° IV), e declara facultativo arrolarem-se testemunhas no libelo (art. 417, §2º), ou na contrariedade (art. 421, parágrafo único), é muito difícil haver inquirição em plenário. O jurado se vê assim na contingência de decidir, com o seu livre convencimento, baseado apenas em peças escritas do processo, ou no que lhe dizem a acusação e a defesa. Tudo isso, como vimos salientando, desnatura o Júri.

Ainda acerca da importância da oralidade no Processo Penal, bem ensina Pedro Henrique Demercian (1999, p. 117):

[...] o processo escrito não traz maior segurança na produção, análise e valoração da prova. Ao contrário, retira do juiz o mais útil instrumento de que ele dispõe para a formação de sua convicção: a observação viva e dinâmica dos fatos, que só o processo oral pode descortinar. Até porque, neste, o julgador está mais próximo de seu objeto de investigação (reconstrução histórica do fato *probando*), o que assegura uma decisão justa.

12 Nesse sentido, a importância e a perspectiva do agir comunicativo com origem no pensamento de Habermas, orienta Alexandre Araújo Costa (2011) (extraídas do texto “A ética do discurso de Habermas”): “Na tentativa de fundamentar a validade objetiva de enunciados morais, Habermas desloca o eixo da discussão tradicional. Ele parte da admissão de que foram falidas todas as tentativas de afirmar que essa validade é uma característica intrínseca ao enunciado, que poderia ser percebida a partir de uma espécie de observação cuidadosa. Em sentido diverso, ele busca a fundamentação no efetivo diálogo, tentando extrair essa validade objetiva da argumentação moral, e não do conteúdo da norma. Habermas afirma que, nas relações quotidianas (seguindo a intuição de Strawson de que é preciso partir das efetivas relações sociais), há uma diferença entre a pretensão de verdade e pretensão de validade, e para desenvolver essa ideia, ele retoma a distinção entre o agir estratégico (busca de fazer com que outra pessoa atue da forma que você considera adequada), e o agir comunicativo (busca de convencer outra pessoa de que ela deveria agir da forma adequada, persuadindo o outro a aderir ao seu posicionamento). No agir comunicativo, o falante tenta convencer racionalmente o ouvinte das suas próprias razões. Assim, tudo o que o falante diz tem uma pretensão de validade, ou seja, ele somente pode falar coisas que ele tem bons motivos para considerar verdadeiras. Portanto, se o ouvinte pode ser convencido, é porque as afirmações do falante podem ser justificadas discursivamente (o que Habermas chama de resgate da pretensão de validade)”.

Aliás, o melhor modelo de processo penal será sempre aquele contemplativo da interação de seus atores processuais, com a mais ampla utilização da linguagem (oralidade), comunicação e imediação, conforme orienta Hassemer (2005, p. 215-217):

O modelo de acordo com o qual o Código de Processo Penal ordena e organiza a compreensão cênica com maior ênfase é o do princípio da imediação e da oralidade da audiência principal. A instrução pode (e deve) ter produzido amplamente o caso [...] os objetos de prova são assegurados: o caso, de certo modo, deve ser produzido novamente na audiência principal e ali com interação imediata e a comunicação dos participantes [...]. Somente os dados que são levados pela linguagem (oralidade) e somente as próprias percepções do Tribunal (imediação) são um apoio apto para a formulação da sentença [...]. Os princípios da imediação e oralidade [...] são expressão do empenho por excluir radicalmente a compreensão do texto da fase de produção e ordenar com consequências estritas o que nesta fase de qualquer forma não se pode evitar: a compreensão cênica com todas as suas complicações de garantia e referência [...].

Em vista dessa realidade, no sentido de solucionar a deficiência comunicativa do atual Júri brasileiro, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 156, de 2009 (BRASIL, 2009), do novo Código de Processo Penal, prevê, para o Tribunal do Júri, a comunicabilidade entre os jurados. Assim, depois de encerrada a instrução e os debates, antes de decidirem a causa, “deverão se reunir em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação” (SENADO FEDERAL, 2009).

Portanto, sob a perspectiva da oralidade (linguagem), o novo Código de Processo Penal, se aprovado, proporcionará uma adequada situação comunicativa para o procedimento do Júri, permitindo-lhe maior nível de democratização e qualidade jurisdicional de seus veredictos.¹³

A par da ausência de comunicabilidade, também é justo destacar que inúmeros julgamentos havidos pelos juízes do povo têm mostrado soluções interessantes. Assim, denota-se um conselho de sentença por vezes formado com enormes diferenças culturais, étnicas, sociais e econômicas, mas que guarda vínculos de solidariedade social que mantém a existência do próprio povo, pela ideia de que se constrói a cada dia uma democracia republicana com anseios de justiça.

Desta forma, livres das amarras de um legalismo exagerado,¹⁴ os jurados constroem o seu veredicto em meio à democracia processual que, por ser democracia, também se mostra em constante construção e evolução, a ser sustentada por uma visão ética e pelo sentimento de solidariedade social a servir à Dignidade da Pessoa Humana.

Noutro modo, ainda que desprovido da situação comunicativa ideal, a mudança no procedimento, com a necessidade de inclusão do quesito genérico de absolvição¹⁵ (“se o jurado

13 Relata Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 51) que a comunicabilidade tem sido alvo de críticas no Júri inglês: “Os pontos positivos do júri baseiam-se na sua tradição e na ausência de dados concretos e graves de que se trata de um órgão nocivo ao sistema judiciário. Por outro lado, os negativos concentram-se na influência que os jurados exercem uns sobre os outros na sala secreta, alterando a imparcialidade do tribunal, bem como no fato de que há uma tendência natural a absolvições infundadas, especialmente de criminosos profissionais”.

14 Nos julgamentos pelo juiz togado, vigora o princípio da “absolvição vinculada”, quando o magistrado deverá, sob pena de nulidade da decisão, dar fundamentação à decisão absolutória em uma das hipóteses previstas no Art. 386 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

15 Art. 483, §2, Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.689, de 09/06/2008 (BRASIL, 1941).

absolve o acusado?") inaugurou um novo sistema comunicativo para o Júri brasileiro.

Assim sendo, a alteração do paradigma de decisão vinculada apenas à lei, outrora baseado num "sistema fechado", para se tornar um "sistema aberto", como se dá nos países de Common Law, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte, fez-se potencializar o uso da linguagem no Tribunal do Júri.

Ao contrário de um sistema legislativo, num sistema jurisprudencial, como é o anglo-americano, de maneira intencional, "o direito deixa subsistir muitas lacunas, quando a razão é chamada para preencher essas lacunas de acordo com o caso concreto" (DAVID, 2014, p. ??). Dessarte, a razão se dá ou se constrói pelo debate, em um sistema adversarial, no qual reina a argumentação, a dialeticidade, para a realização de um direito dinâmico e mais democrático, pautado por um discurso¹⁶ como aceito e reconhecido pela ordem jurídica vigente.

Em idêntica forma, elevando-se o grau de democratização nas decisões do Júri, também se reforçou a garantia individual da plenitude de defesa, que é princípio constitucional do Processo Penal.

Aliás, as garantias individuais previstas constitucionalmente para o Júri (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida) devem ser sempre analisadas conjuntamente, pois se trata de ditames cogentes que se completam, invioláveis e indisponíveis pelo próprio acusado. Isso porque a tutela de inocência configura não só um interesse individual,¹⁷ mas social, a ser preservado pelo juiz presidente do tribunal,¹⁸ sob pena de nulidade do processo.

Por tal razão, a eficiência da defesa a ser apresentada em plenário do júri deve ser aferida pelo seu juiz presidente. Esse exercerá um controle acerca da linguagem do defensor, fiscalizando se todas as possíveis vertentes probatórias do caderno processual estão sendo exploradas, de modo que sejam apresentadas as teses jurídicas de exclusão ou diminuição de responsabilidade penal

16 Interessante a consideração de Gabriel Chalita sobre a dinâmica do direito e a importância do discurso no Tribunal do Júri: "No entanto, o Direito é uma ciência humana, e por isso não pode ser entendido e aplicado como se fosse meramente técnica, um conhecimento exato. Conhecer e dominar o Direito não se resume ao conhecimento das normas, dos ordenamentos jurídicos. Aplicar o Direito não depende apenas da observância das leis e do estudo das evidências. Embora sustentado firmemente sobre seu saber estabelecido, o Direito deve ir além dele, para promover justiça. Os procedimentos jurídicos dizem respeito a subjetividades que precisam, de alguma forma, ser atendidas, para que uma decisão justa possa ser alcançada em cada caso. É preciso levar em consideração o fator humano de todos os envolvidos na ação da justiça: réu, vítima e os membros da comunidade. Muitas vezes, as provas, consideradas isoladamente, são insuficientes ou contestáveis. Ao mesmo tempo, frequentemente os testemunhos podem ser atacados em sua credibilidade. Além disso, laudos, cuja realização foi ordenada pelo Judiciário, podem não ser conclusivos. Quando um ou mais desses elementos estão presentes (e sempre estarão) num processo, semeando dúvidas importantes, qual fator será determinante para a escolha entre condenar ou absolver um réu? Sem dúvida, as falas do promotor de justiça ou do advogado de defesa terão um papel decisivo. E, ao ponderar esse aspecto, somos obrigados a considerar o poder de sedução de cada parte como um elemento fundamental no cumprimento das condições intrínsecas à aplicação do Direito, assim como à sua complexidade e à sua subjetividade. Tão importantes são os discursos desses profissionais em seu ofício, que podemos conceber o Direito – dentre outras formas possíveis – como uma ciência da argumentação" (CHALITA, 2007, p. 1-2).

17 Bem pondera Aury Lopes Jr: "O Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de 'Serviço Público de Defesa', tão bem estruturado quanto o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social" (LOPES JUNIOR, 2021).

18 Enuncia o art. 497 do Código de Processo Penal: "São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas nesse Código: V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, nesse caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor" (BRASIL, 1941).

para que o acusado não fique indefeso.

Nesse aspecto, bem consideram Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva (1997, p. 318) que a defesa em plenário do Júri se contenta com uma “defesa razoável”, que sustente os pontos favoráveis ao acusado:

Considera-se o réu indefeso quando deficientes as alegações orais do advogado que lhe patrocina a causa. É obvio que se não vai exigir do defensor uma peça perfeita de dialética forense, e, muito menos, produção jurídica de alto valor doutrinário. O que dele se deve esperar é, pelo menos, uma defesa razoável, exposto com ordem e clareza, de maneira a focalizar os pontos e questões favoráveis ao réu para que, assim, os jurados decidam depois de suficientemente esclarecidos.

Portanto, a “Plenitude de Defesa”, a se contemplar por uma defesa tecnicamente razoável, na perspectiva da linguagem do atual processo penal do Júri, também está a vincular-se a uma faculdade conferida ao defensor, pela edição da Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008), de fazer uso de um novo discurso, das teses supralegais em favor do acusado.

Sobre o tema, bem pondera Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 300.):

Em nossa visão, sabendo que o quesito (inciso III, art. 483) é obrigatório e será oferecido à apreciação dos jurados, deve o defensor, ainda que pretenda negar a autoria, ter disponível qualquer tese subsidiária, para apresentar ao Conselho de Sentença, quando da apreciação do quesito indagando se o acusado deve ser absolvido.

Referidas percepções, que decorrem de um aspecto da utilização da linguagem em seu plano pragmático, legalmente prevista para o procedimento do Júri brasileiro, fazem compreender a criação de um novo sistema comunicativo, mais discursivo e, assim, aberto.

Portanto, instituindo-se a comunicabilidade entre os jurados, certamente o Tribunal do Júri alcançará ainda maior democratização e aperfeiçoamento de seus veredictos, reluzindo-se, também nesse sentido, a importância do uso da linguagem no Processo Penal.

A reivindicação da comunicabilidade entre os jurados passa, necessariamente, como dito, pela defesa de uma democracia processual. Neste ponto, em específico, vale buscar aporte em Habermas, que caminha na esteira de Klaus Gunther, ao colocar a distinção entre liberdade comunicativa e liberdade subjetiva.

A liberdade comunicativa depende de uma relação intersubjetiva e implica, pois, o enfoque performativo, já que os atores envolvidos estão ligados por obrigações ilocucionárias. Significa que os sujeitos dispostos a agir comunicativamente precisam fundamentar suas pretensões de validade (verdade, correção e veracidade) levantadas por meio de atos de fala, apoiando-se em argumentos que detêm uma “força racionalmente motivadora”. A coordenação de ações é assegurada na reciprocidade que os atores mantêm e no reconhecimento das pretensões de validade (verdade, correção e veracidade) erguidas por ambos e aceitos sob a força do melhor argumento.

Tais aspectos da liberdade comunicativa são esvaziados na prática da liberdade subjetiva, já que esta não leva em consideração a força do melhor argumento, até porque o sujeito, no

exercício desta liberdade, sob o domínio de sua estrita privacidade, “retira-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de mera observação” (HABERMAS, 1997, p. 156). A liberdade subjetiva representa, nesse aspecto, duas recusas: a recusa do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias.

Há de se notar que a liberdade subjetiva, presa ao paradigma do sujeito, orienta a tomada de decisões a partir da motivação íntima ou da livre motivação. A decisão é, nesse sentido, fruto de uma insondável e reservada deliberação subjetiva. No plano da liberdade comunicativa, a subjetividade é transladada para o âmbito intersubjetivo, exigindo o uso da linguagem que, implicado em obrigações ilocucionárias, torna público não apenas os caminhos que produziram a decisão, mas igualmente a sua fundamentação. A motivação, nesse caso, é construída intersubjetivamente e justificada de forma pública e transparente, portanto, democrática.

3 DOS PRESSUPOSTOS FORMAL E MATERIAL DE VALIDADE DA TESE DEFENSIVA SUPRALEGAL ABSOLUTÓRIA PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

O Processo Penal democrático do Júri desenvolver-se-á essencialmente pela oralidade, pelo uso da linguagem de seus atores processuais, quando cada um deles, na realização de seu “papel” de representação do caso penal, apresentará um discurso.

Todavia, interessante lembrar que nem todo discurso poderá ser aceito no Processo Penal e ainda menos no procedimento democrático do Júri, quando seu juiz presidente irá “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes”.¹⁹

A consideração se faz necessária, pois a possibilidade de sustentação de teses defensivas supralegais, a exemplo do perdão social (clemência), em plenário do Júri decorre de uma nova *situação comunicativa* prevista para o processo penal, havido em homenagem à Plenitude de Defesa e em decorrência do quesito genérico e obrigatório: “o jurado absolve o acusado?”.²⁰

Esse novo *discurso* da defesa, contudo, demanda análise e controle, de modo a vedar-se a prática de eventual *excesso de linguagem* a culminar na ausência de lisura do procedimento penal.

Desta forma, primeiramente interessa recordar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 564, III, “I”, proclama a nulidade “por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: I) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento”. Em interpretação do dispositivo legal, lecionam Marco Antonio Marques da Silva e Jaime Walmer de Freitas (2012, p. 804) que a nulidade não decorre simplesmente da falta de presença física do defensor, devendo ser proclamada, em idêntica forma, aos casos de ausência de uma defesa técnica efetiva:

Na sessão de julgamento, os principais protagonistas ao lado do réu, acusador e defensor, não podem se ausentar. Nada impede, contudo, que o MP peça a absolvição em plenário, pois o que a lei exige é a presença física das partes no julgamento, defensoria e órgão de acusação. Ressalve-se que, quanto à defesa,

19 Art. 497, III, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

20 Art. 483, §2º, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

não basta a simples presença física da defensoria, impondo a defesa efetiva do réu, sob pena de nulidade do julgamento em face da ausência de defesa.

Por outro lado, o próprio código também veda a apresentação de teses ilegais pelo discurso da defesa, pois, em tal hipótese, as consequências serão a declaração de réu indefeso e a consequente dissolução do Conselho de sentença pelo juiz presidente do Júri.²¹

Acerca dessa realidade, recordam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 78) que a infringência ao disposto no artigo 497, V, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) é causa ensejadora de nulidade absoluta do processo penal.²²

Assim sendo, a sustentação de teses ilegais em plenário do Júri culminará em nulidade de seu procedimento por ofensa às regras processuais discursivas, como deverá ocorrer, em idêntico modo, naqueles casos de utilização de argumentos de autoridade pelas partes, em virtude da regra proclamada no artigo 478 do Código de Processo Penal, também modificado pela Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008).²³

Portanto, denota-se claramente a intenção do legislador de se criar mecanismos, princípios e referenciais pragmáticos para o controle judicial do exercício da linguagem, notadamente durante os debates, de modo a se alcançar a *praxis* do discurso racional, absolutamente indispensável ao processo penal democrático do Júri.

A propósito, interessante recordar a consideração de Guilherme de Souza Nucci, segundo a qual as teses supralegais “não são ilegais, nem fazem parte do direito alternativo”, pois são “teses implícitas ao ordenamento jurídico penal”, conforme se observa a seguir (NUCCI, 2008, p. 333):

21 Diz o Art. 497 do Código de Processo Penal. “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas nesse Código: [...] V- nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor” (BRASIL, 1941).

22 No mesmo sentido, Rosmar Rodrigues Alencar dá os seguintes exemplos de nulidades absolutas decorrentes de violação ao direito de defesa e de acusação em plenário do Júri, independentemente de serem alegadas logo que ocorrerem, consignando-as em ata (art. 571, VIII, CPP): “É o caso de redução de prazo regulamentar de sustentação oral (art. 476, CPP) ou impedimento indevido para o Ministério Público replicar e para a defesa treplicar (art. 477, CPP). Tais vícios são insanáveis pelo decurso do tempo durante a vida do processo” (ALENCAR, 2016, p. 573).

23 Enuncia o Art. 478 do Código de Processo Penal: “Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo” (BRASIL, 1941). Acerca dessa nulidade, em virtude da “criação de um tipo processual penal aberto”, Edilson Mougenot Bonfim faz interessante consideração, sustentando sua inconstitucionalidade: “Afinal, o que é mesmo ‘argumento de autoridade’? O problema já começa com a definição da palavra ‘argumento’, já que esta, vindo do latim, *arguere*, tem vários significados: mostrar antes de demonstrar, apresentar antes de provar etc. Assim, se a noção de argumento não recebeu uma noção jurídica precisa, menos ainda a expressão ‘argumento de autoridade’, donde se concluir inexistir precisão legislativa, porquanto não se sabe qual o significado que se quis emprestar à expressão. Costuma-se, é verdade, para exemplificar o que seja ‘argumento de autoridade’, invocar em defesa de uma tese a autoridade de algo ou alguém, no modelo *Magister dixit* (“o mestre disse”), o que se convencionou chamar de falácia genética: “o tribunal ‘x’, que é a suprema corte de justiça, decidiu que...”; “o jurista ‘y’, especialista no tema e de notável saber jurídico, afirmou tal coisa”. Assim, a coisa valeria não pelo que é, mas pela crença de onde provenha. [...] A resposta fala em favor da inconstitucionalidade do artigo, na medida em que cerceia o direito de acusação e da defesa, ferindo o devido processo legal constitucional (art. 5º, LIV). É que a expressão pertence ao domínio da teoria da argumentação e da filosofia – o artigo configura-se em verdadeira norma processual penal em branco, buscando completude em seara alheia à processualística – parecendo-nos absolutamente inapropriada às regras do moderno processo penal, sobretudo pela largueza que contempla sua definição (tipo processual penal ‘aberto’ ou ‘sem fim’?), inabarcável para os fins de um mínimo ‘princípio de segurança jurídica’ a que se deve propor” (BONFIM, 2018, p. 302-303).

Lembremos que as teses supralegais não são ilegais, nem fazem parte do direito alternativo. Cuidam-se de teses implícitas ao ordenamento jurídico penal, olvidadas pelo legislador no momento de redigir o Código Penal, mas que podem emergir pela força interpretativa da doutrina e jurisprudência, analisando os demais institutos vigentes.

E continua:

Dessa forma, é vedado ao defensor expor teses ilegais, cabendo ao juiz presidente zelar pela plenitude de defesa, ou seja, pela qualidade da defesa técnica atuante em favor do réu. Se, porventura, alguma tese juridicamente inexistente for aventada, é preciso haver a intervenção do magistrado, buscando coibir a continuidade da exposição, sob pena de declarar o réu indefeso. Essa atitude do juiz é indispensável, pois, com o novo modelo de quesito, não se trata, simplesmente, de deixar de elaborar os quesitos em relação à tese inadequada, pois os jurados podem levá-la em conta quando forem responder a genérica indagação: “o jurado absolve o acusado?”. Desse modo, levantada uma tese ilegal qualquer (ex: argumenta o defensor que o réu matou um bandido e que ‘fazer justiça pelas próprias mãos’ é um direito de todo cidadão), não pode o juiz presidente permitir a sua exposição em plenário. Assim fazendo, evitará que seja levada em consideração futuramente, no momento de votar os quesitos na sala especial (NUCCI, 2008, p. 333).

Nesses moldes, se há uma necessidade de controle judicial de modo a coibir o excesso de linguagem na sessão plenária, resta-nos indagar: quais seriam os parâmetros para um discurso racional da defesa quando sustentada a tese supralegal?

Mesmo porque, conforme mencionado, a tese supralegal, embora não prevista explicitamente em lei (como a causa justificante da legítima defesa, por exemplo), também deverá ter como referência o próprio ordenamento jurídico que a permitiu.

Tais parâmetros, inclusive, são necessários especialmente para fins de se ter a possibilidade de impugnação da decisão absolutória por causa supralegal em grau de recurso.

Ressalte-se, contudo, que a absolvição por causa supralegal se reporta às questões de política criminal, notadamente por se tratar de causa de exclusão de responsabilidade penal diversa das causas justificantes e dirimentes de culpabilidade, atreladas à análise da prova processual.

Assim, na perspectiva de um sistema aberto, discursivo, não resumido à possibilidade de se invocar teses legalmente previstas no Código Penal (justificantes e dirimentes) (BRASIL, 1940) em favor do acusado, permitiu-se, pela garantia do Tribunal do Júri, o intento de se buscar solução possivelmente mais justa a certos casos penais.

Dessa forma, no ideal da reforma processual penal, a inclusão do quesito genérico e obrigatório de absolvição servirá àquelas realidades nas quais não haverá sentido para se aplicar as sanções aflitivas do direito penal. Essa percepção, não oriunda da legislação penal, será extraída do livro da vida, ao se sentir, verdadeiramente, os infortúnios que rondaram as partes de um processo

penal.²⁴

Por outro lado, se a sustentação das teses supralegais, como a do Perdão Social (clemência), decorre de um direito implícito ao ordenamento jurídico, essa faculdade, conferida a defesa, demanda maior reflexão.

Nesse sentido, o pretexto de uma íntima convicção e de uma livre decisão pelo Conselho de Sentença não poderá justificar a prática de um livre discurso pela defesa do acusado, pois o direito no Tribunal do Júri também é a palavra, mas essa palavra, na democracia, não poderá ser contemplativa de excesso de linguagem.

A consideração se faz necessária, pois não se tem observado, pela doutrina e jurisprudência, a abordagem do tema da absolvição pelo “quesito genérico” no contexto do uso da linguagem no processo penal do Júri.

Sendo assim, os parâmetros a serem observados para a prática do discurso racional serão extraídos da própria sistemática processual penal vigente, pois a própria hipótese de absolvição por causa supralegal está assim amparada²⁵, em que pese não prevista expressamente no Código Penal.

Porém, é de se destacar que o referencial que se guarda a aferir a prática do discurso racional da tese supralegal, obviamente, não se estrutura e muito menos se justifica na prova dos autos, e sim, por sua construção discursiva de acordo com a situação comunicativa havida para o procedimento legal do Júri, o que perpassa pela observância das regras do discurso, de modo a lhe conferir validade.

Por tal razão, se a defesa do acusado vier a sustentar a tese supralegal em plenário do Júri e praticar excesso de linguagem, sendo o réu absolvido, o júri deverá ser anulado, da mesma forma, por exemplo, quando se sustenta uma tese de legítima defesa inexistente.

Feitas essas considerações, já se tem a possibilidade de traçar os parâmetros para se atestar a prática de um discurso racional da tese defensiva supralegal para o perdão social (clemência) do acusado pelo Júri.

O discurso racional da tese defensiva supralegal será alcançado desde que observados os seus pressupostos formal e material de validade.

Pelo “aspecto formal”, a racionalidade procedimental discursiva será aquela desenvolvida na situação pragmática e com vistas à correção, ou seja, quando, desde que respeitadas as regras

24 Entre outros casos que acompanhamos pelo ofício profissional, interessantes foram a Sessão de Instrução e Julgamento havida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Londrina, em 19/07/2012, relativa ao processo n.º 2007.0002086-4, quando, por 4 votos a 3, o Conselho de Sentença não acatou a tese defensiva do Perdão Social em favor do acusado Fernando Henrique Barboza dos Santos. Referido acusado matara o próprio irmão com um disparo de arma de fogo pelas costas, após inúmeras investidas da vítima, toxicômano inveterado, contra seus familiares e a própria mãe. O julgamento se desenrolou com enorme emoção entre os familiares e todos os presentes. Ao final, o Conselho de Sentença admitiu as circunstâncias do duplo privilégio: da violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima e do relevante valor moral, o que reduziu a pena do acusado, após a interposição de recurso de apelação, a 02 (dois) anos de reclusão. Já em solução diversa, na Sessão de Instrução e Julgamento também pelo Tribunal do Júri de Londrina, ocorrida em 02/04/2013, relativa ao processo n.º 2005.0006708-5, por 4 votos a 1, o Conselho de Sentença acatou a tese do Perdão Social em favor do acusado Renato Luiz do Nascimento, que matara o ex-marido de sua amásia. A vítima, alcoólatra, violentava diuturnamente sua ex-mulher e filhos menores. Os filhos da vítima, já maiores em data do julgamento havido após 08 anos do fato, demonstravam nitidamente torcer pela absolvição do acusado, por entenderem que o próprio pai, então por sua violência e comportamento irascível, teria sido o verdadeiro “causador” do episódio.

25 Art. 483, III e §2º, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

do discurso, não se adquire um resultado necessariamente justo, mas formalmente aceito (ALEXY, 2015, p. 3).

Dessa forma, tem-se que o pressuposto formal de validade da tese defensiva do Perdão Social (clemência) estará consubstanciado pela observância das regras processuais que compõem a situação comunicativa legalmente prevista para o procedimento do Júri. Noutras palavras, pelo respeito às regras do procedimento penal, que já estabelece uma situação ideal de fala, com idênticas oportunidades de argumentação e de refutação à acusação e defesa.

Aqui, também se recorda a necessidade do registro da tese supralegal sustentada pela defesa em ata de julgamento. Não apenas por previsão legal, mas também para que possa ser impugnada em grau de recurso.²⁶

Essa consideração é relevante, porque o Conselho de sentença, mesmo que não sustentada qualquer tese supralegal em favor do acusado, por conta de que o quesito genérico é também obrigatório, poderá absolvê-lo por razões de íntima convicção. Todavia, situação diversa será quando a defesa do acusado sustentar a tese supralegal utilizando-se do excesso de linguagem.

Conforme retratado anteriormente, para os casos de excesso de linguagem, o juiz presidente deverá dissolver o Conselho de Sentença, designando outro dia para o júri. Não obstante, mesmo diante dessa constatação, é possível que o contrário venha a ocorrer, decidindo o magistrado em prosseguir com o julgamento.

Diante dessa situação, para possibilitar a impugnação de eventual decisão absolutória em grau de recurso, será necessário se fazer constar da ata de julgamento que o defensor pleiteou a absolvição por causa supralegal e que, durante o uso da palavra, praticou o excesso de linguagem (fazendo-se também constar na ata de julgamento as expressões que teriam caracterizado o excesso).

Já em relação ao seu pressuposto material, a prática do discurso racional será perquirida por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social, quando a tese supralegal não poderá ser ilegal ou contrária ao ordenamento jurídico (ALEXY, 2015, p. 3).

Na perspectiva do ethos, em vista de que o Tribunal do Júri tem a vocação constitucional de representação do Estado Democrático de Direito, a tese supralegal como a do perdão social (clemência) se sustentará por um discurso que mantenha afinidade com os valores éticos e jurídicos preservados pela própria Instituição, como os da Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa maneira, poder-se-á denominar de discurso ético aquele que se utilizará necessariamente de juízos, normas e valores que encontrem respaldo no sistema jurídico, não o contrariando. Nesse sentido, orienta João Maurício Adeodato (2014, p. 140, 367):

Tradicionalmente tem-se concebido a comunicação como uma troca de informações que cada participante detém, mas esse é mais um preconceito ontológico, como se a comunicação fosse o resultado de alguma coisa previamente existente, a ação de externar algo anterior, externar informações. Numa filosofia retórica,

²⁶ Atual redação do Art. 495, CPP: “A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente: [...] XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos; [...]” (BRASIL, 1941).

comunicar significa os participantes construírem conjuntamente informações. E essa construção é sempre determinada eticamente, isto é, emocionalmente, com vistas a “valores”.

O discurso ético, portanto, será o pressuposto material de validade da tese defensiva supralegal, do Perdão Social (clemência) a ser sustentada no Tribunal do Júri.

Não menos interessante é perceber que a construção de um discurso ético também coaduna com todos os demais princípios constitucionais norteadores do processo penal e que possuem ênfase pelo procedimento do Júri. Assim, o uso da linguagem, novamente, se fará como verdadeiro exercício da democracia processual.

CONCLUSÕES

O procedimento penal democrático do Tribunal do Júri, agora mais emancipatório, contempla a possibilidade de que se construa o Direito também pelo discurso, pelo uso da linguagem, matéria-prima dos atores do processo penal e, especialmente, daqueles que atuam em plenário do júri.

Por outro lado, não é qualquer linguagem que servirá a esse Processo Penal democrático e emancipatório, que reclama regras e condições para uma jurisdição penal a ser desenvolvida com lisura e transparência, inclusive, com a possibilidade, no mais possível, de se aferir a motivação e o controle das decisões penais.

Aliás, diante da importância do exercício da linguagem nas democracias, e assim para o Direito, surgiram, especialmente a partir da segunda metade do século XX, diversas teorias da argumentação jurídica, no sentido de direcionar as regras discursivas, para se galgar a prática do discurso racional, aquele que seja aceito e adequado a qualquer instituição democrática.

O discurso racional compõe-se de dois aspectos: “aspecto formal” (pela racionalidade procedimental discursiva, pragmática, argumentativamente desenvolvida com vistas à correção) e “aspecto material” (por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social).

Em respeito ao Devido processo legal, quando se traz essa realidade para o procedimento do Júri, é possível constatar as condições em que poderá ser desenvolvida a prática do discurso racional na própria situação comunicativa prevista para o seu procedimento penal.

De tal forma, com a estrita obediência às regras do uso de linguagem por seus atores processuais (previstas para o procedimento penal em plenário do júri), bem como pela prática do discurso ético, será alcançada a prática do discurso racional e assim, aceito pelas regras do ordenamento jurídico processual pátrio.

Nunca é demais recordar que a construção de um discurso ético também coaduna com todos os demais princípios constitucionais norteadores do processo penal e que possuem ênfase pelo procedimento do Júri.

Dessa maneira, ao se coibir o excesso, a linguagem se fará como verdadeiro instrumento de exercício da democracia processual, dialogada, emancipatória e contemplativa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Congresso Nacional. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n. 2.848. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 239, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 jun. 2008.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do senado n. 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779, de 15 de março de 2021**. Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada [...]. Recorrente: Partido democrata Trabalhista. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 março 2021. Brasília: STF, 2021.

CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso**: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **A ética do discurso em Habermas**. [S. l.: s. n.], 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos de Direito Penal**. Tradução de Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; CANOSA NETO, José Gonçalves; SILVA, Marco Antônio Marques da. **A Instituição do Júri**. Campinas: BookSeller, 1997.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Renato Janine. **A boa política**: ensaios sobre a democracia na era da Internet. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Como citar: ARCURI, Silvio José Farinholi; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 44-62, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 44. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/07/2022

Aceito em: 24/04/2023