

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC – SP**

Silvio José Farinholi Arcuri

Elementos para análise e controle dos discursos no Processo Penal do Júri

Doutorado em Direito

**São Paulo
2023**

Silvio José Farinholi Arcuri

Elementos para análise e controle dos discursos no Processo Penal do Júri

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de Processo Penal, sob a orientação da Profa. Dra. Eloisa de Sousa Arruda.

São Paulo

2023

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, que me trouxe até aqui.

A toda a minha família, pela compreensão nos vários momentos de dificuldades e de minha ausência, para que fosse possível elaborar este trabalho.

A todos aqueles que atuam ou dedicaram um pouco, ou muito, de suas vidas ao Tribunal do Júri.

Aos meus diletos amigos e irmãos de magistério, os professores Doutores Clodomiro José Bannwart Júnior, Luiz Henrique Vieira, Pedro Faraco Neto e Thiago Caversan Antunes, pelos diálogos, lições recebidas e o incentivo, que tanto contribuíram para este trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela oportunidade do aprendizado.

À minha estimada e brilhante orientadora, professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda, por sua acolhida, paciência e confiança, além das palavras de apoio, que foram fundamentais para a pesquisa e o cumprimento de todas as etapas do Doutorado.

Aos também iluminados e formidáveis professores Doutores Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Antonio Carlos da Ponte, Cláudio José Langroiva Pereira, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Marco Antonio Marques da Silva, Maria Helena Diniz, Miguel Horvath Junior, Paulo de Barros Carvalho, Pedro Henrique Demercian e Tercio Sampaio Ferraz Júnior, pelas inesquecíveis e impagáveis lições recebidas.

RESUMO

O legislador aprimorou as regras de linguagem a serem observadas pelos participantes do processo, atribuindo ao juiz a incumbência de análise e controle dos discursos judiciais. Para participar adequadamente da situação comunicacional do processo penal, o jurista precisa ter diversas competências, de modo a entender o que é e como se dá o discurso, para não confundi-lo com meros atos de fala e assim saber observar suas regras e o seu papel nessa ordem. Na condição de “homem-político-ideológico”, deverá ter a compreensão de que falar não é simplesmente dizer algo a respeito do mundo, mas agir no mundo. A linguagem enquanto discurso é poder e produção social, tem ideologia, não sendo neutra ou inocente para ser reduzida ao simples manejo de regras da gramática ou das palavras de um dicionário, como se crê pelo senso comum. Por ausência de um critério legal para a interpretação dos discursos judiciais, foram adotados, na perspectiva inovadora desta Tese, os conceitos da Análise do Discurso, devidamente adequados ao procedimento legal. Pelo método proposto, aplicado ao *ethos* do processo penal, embrenhado por seus valores e princípios democráticos, concluiu-se da existência de discursos permitidos e discursos proibidos para a encenação dos casos penais. Os discursos proibidos, por causarem *perturbação*, não poderão ser aceitos nos canais comunicativos do processo penal. Não atendem aos critérios do discurso ético, por serem violadores de preceitos legais (por exemplo, nos casos de uso de argumento de autoridade ou em ofensa à dignidade de vítimas e testemunhas de crimes) e ditames constitucionais, como se dá quando da prática dos discursos de ódio. O Tema 1087 do Supremo Tribunal Federal poderá ser solucionado por meio da percepção de um sistema híbrido de absolvições no Tribunal do Júri, por causas legais e supralegais. As causas legais se justificam pelas provas dos autos e as supralegais pelo respeito às regras do discurso. O quesito genérico deverá abarcar somente as causas supralegais e a análise de seu mérito compete exclusivamente ao júri popular. O controle de legalidade dessa decisão poderá ser exercido em grau de apelação, com fundamento em nulidade posterior à pronúncia.

Palavras-chaves: Análise de Discurso; Linguagem; Tribunal do Júri; Tema 1087 do STF; Decisão Absolutória Supralegal; Quesito genérico.

ABSTRACT

The legislator improved the language rules to be observed by the participants in the process, attributing to the judge the task of analyzing and controlling judicial discourses. In order to properly participate in the communicational situation of the criminal procedure, the jurist needs to have several skills, in order to understand what speech is and how it takes place, so as not to confuse it with mere acts of speech and thus know how to observe its rules and its scope paper in that order. As a “political-ideological man”, he must have the understanding that speaking is not simply saying something about the world, but acting in the world. Language as a discourse is power and social production, it has ideology, not being neutral or innocent to be reduced to the simple handling of grammar rules or the words of a dictionary, as is believed by common sense. Due to the absence of a legal criterion for the interpretation of judicial discourses, the concepts of Discourse Analysis were adopted, in the innovative perspective of this Thesis, duly adapted to the legal procedure. By the proposed method, applied to the ethos of the criminal procedure, steeped in its values and democratic principles, it was concluded that there are permitted and prohibited speeches for the staging of criminal cases. Prohibited speeches, because they cause disturbance, cannot be accepted in the communicative channels of criminal proceedings. They do not meet the criteria of ethical discourse, as they violate legal precepts (for example, in cases of use of an argument from authority or in offense to the dignity of victims and witnesses of crimes) and constitutional dictates, as occurs when practicing speeches of hate. The Theme 1087 of the Federal Supreme Court can be solved through the perception of a hybrid system of acquittals in the Jury Court, for legal and supralegal causes. Legal causes are justified by the evidence in the file and supralegal ones by respect for the rules of speech. The generic question should cover only supralegal causes and the analysis of its merits is exclusively up to the popular jury. Control of the legality of this decision may be exercised on appeal, based on nullity subsequent to the pronouncement.

Keywords: Discourse Analysis; Language; Jury court; Theme 1087 of the STF; Supralegal Absolute Decision; Generic question.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
1.1	Considerações necessárias	09
2	DISCURSOS NO PROCESSO PENAL	12
2.1	Um convite ao tema: a importância de conhecer os caminhos da linguagem do processo penal	12
2.2	Para entender o que é o discurso	16
3	A ANÁLISE DO DISCURSO NO PROCESSO PENAL	23
3.1	É possível analisar um discurso? Quem poderá fazê-lo?	23
3.2	Previsão legal de análise e controle dos discursos no Processo Penal	27
3.3	Uma proposta metodológica de análise do discurso para o Processo Penal	32
4	CONSIDERAÇÕES SOBRE O <i>ETHOS</i> DO PROCESSO PENAL: DISCURSOS PERMITIDOS E DISCURSOS PROIBIDOS	41
5	PRECEDENTES JUDICIÁRIOS DE ANÁLISE DO DISCURSO NO PROCESSO PENAL DO JÚRI	52
6	FUNDAMENTOS PARA O DISCURSO PERMITIDO DA TESE ABSOLUTÓRIA SUPRALEGAL EM PLENÁRIO DO JÚRI	59
6.1	Pragmática e verdade: uma resolução de sentença ferenda	59
6.2	Pragmática e procedimento do Tribunal do Júri	66
6.3	Discursos dialógicos e o “dever de prova” atribuído ao orador da tese absolutória supralegal: para entender a possibilidade de um julgamento “manifestamente contrário à prova dos autos”	76
6.4	Discursos da plenitude de defesa: origens, constitucionalidade e democracia participativa em plenário do júri	83
7	O CONTROLE DOS DISCURSOS NO PROCESSO PENAL DO JÚRI	93
7.1	Considerações introdutórias sobre o tema 1087 do STF e a necessidade de efetivo controle das decisões do júri	93
7.2	Da motivação das decisões penais do júri nos países de <i>civil law</i>	101
7.3	Da motivação das decisões penais do júri nos países de <i>common law</i>	109
7.4	Da motivação e controle das decisões penais do júri brasileiro: a criação de dois referenciais para um mesmo processo penal	115

8	SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES PAUTADAS NO QUESITO GENÉRICO ABSOLUTÓRIO	119
8.1	A competência exclusiva do conselho de sentença para a análise do mérito da causa supralegal absolutória: o não cabimento de apelação a pretexto de “decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”	119
8.2	O controle de legalidade da decisão absolutória baseada em causa supralegal: análise dos discursos e o cabimento da apelação pautada em nulidade posterior à pronúncia	123
8.3	A revisão criminal e o tema relacionado às causas supralegais absolutórias.....	127
9	CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E ABSOLVIÇÃO POR CAUSA SUPRALEGAL	129
9.1	Política criminal: atividade precípua do Estado.....	129
9.2	A absolvição por causa supralegal e o possível risco à isonomia	131
9.3	Acerca da possibilidade de um sistema aberto para decisões do júri	135
10	CONSIDERAÇÕES SOBRE A CORRETA FORMA DE QUESITAÇÃO DAS TESES E CAUSAS ABSOLUTÓRIAS HAVIDAS EM PLENÁRIO DO JÚRI.....	139
10.1	A natureza jurídica da causa supralegal e a impossibilidade de utilização de um único quesito a abarcar toda e qualquer tese absolutória	139
10.2	A decisão absolutória advinda da causa supralegal e suas consequências civis: o reiterado problema do quesito único.....	145
10.3	A adequada aplicação do sistema de quesitação para a causa supralegal absolutória	148
10.4	Considerações finais sobre o Tema 1087 do STF	156
11	CONCLUSÕES	158
	REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações necessárias

As palavras são a “matéria-prima” dos juristas, sendo esse provérbio decorrente do indispensável uso da linguagem nas ritualísticas e práticas dos modelos de comunicação de um processo judicial. Mas, no cotidiano forense, não raro, observam-se magistrados, promotores de Justiça e advogados a participarem dos discursos sem conhecerem o seu funcionamento e significado, além de sua importância ao direito e à sociedade.

Quando o jurista denota que falar não é uma simples maneira de se expressar, mas de *agir* no mundo, passa a reconhecer o seu papel processual e social, as orientações deontológicas de sua própria atividade, a sua condição de “homem-político-ideológico”.

Esse foi o propósito deste breviário, a ser lido para se entender o que é e como se dá o discurso, abordando referenciais éticos, jurídicos e democráticos do falar/agir para atestar a sua condição de um poder, mas de poder conferido para o propósito de emancipação, reafirmação e difusão dos direitos humanos construídos historicamente.

Ao ressaltar a atual preocupação do legislador e dos tribunais para com o uso racional da linguagem, inicia-se pelo estudo do discurso, para, posteriormente, buscar apoio e parâmetros em teorias languageiras, de modo a compreender a possibilidade de sua análise. Na sequência, demonstra-se a exigência legal de controle dos discursos no Processo Penal, para desenvolver um método de análise dos discursos judiciais, devidamente adequado ao procedimento legal.

Assim, também pela leitura de que alguns discursos não poderão ser aceitos, por causarem *perturbação* na ordem jurídica, reflexões acerca do *ethos* do processo penal foram feitas, quando se pode extrair uma classificação dos discursos, dividindo-os em *discursos permitidos* e *discursos proibidos*, trilhando parâmetros para a prática do discurso ético e racional e ressaltando as consequências processuais em vista de sua possível violação.

Posteriormente, adentrou-se o controvertido tema dos *discursos permitidos de teses supralegais* relacionadas à Plenitude de Defesa em plenário do

júri, para buscar subsídios filosóficos, democráticos e jurídicos a poderem validar uma decisão absolutória dissociada de fundamentos legais, não bastasse ser também “manifestamente contrária à prova dos autos”. Nesse sentido, pelos contributos da filosofia da linguagem aplicada ao direito e ao procedimento do júri, fez-se inferir a viabilidade de uma decisão absolutória em desacordo com as provas *materiais* dos autos.

Com arrimo na Pragmática, viu-se o deslocamento de uma noção de verdade, antes situada no objeto e agora alcançada intersubjetivamente pelo uso da linguagem ordinária, ou seja, na forma e condições pelas quais o homem poderá (re) significá-la. A verdade, portanto, será obtida ao final da situação comunicacional jurídica, com suas regras dispostas no próprio procedimento penal. Tal deslocamento, conforme situado no trabalho, muda a perspectiva do *dever de prova*, sendo este, destaca-se, também atribuível ao orador da tese supralegal de absolvição. Esse *dever de prova*, contudo, será visto pela submissão do orador às regras do discurso. Não se relaciona, portanto, com as provas *materiais* de um processo criminal. A síntese e o objeto do discurso dialógico do perdão, da clemência, da justiça se revertem em aporias, não sendo sensíveis pelas “provas dos autos”, mas em vista de um valor também imaterial, que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

Ainda depois de reafirmada por aspectos filosóficos, democráticos e jurídicos a plausibilidade da decisão absolutória do júri em virtude do discurso fundamentante da tese supralegal, seria necessária a abordagem da questão da recorribilidade dessa decisão, para desembocar no atual Tema 1.087 do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, ao encarar o propósito, constatou-se a existência de um *sistema híbrido* instaurado pela Lei nº 11.689/2008, quando foram criadas duas formas de absolvição pelo Tribunal do Júri: a primeira amparada por causas legais no tradicional *sistema fechado*, ao modelo francês, de *Civil Law*, já vigente e anterior à inovação legislativa; a segunda, por um *sistema aberto*, discursivo, de recepção de causas supralegais, assemelhado ao modelo dos países do *Common Law*.

Essas decisões, todavia, terão *contornos de motivação* diferentes. Ainda que essa “fundamentação” ou “motivação” das decisões do júri ocorra *implicitamente*, a constatação do sistema híbrido já é o bastante para poder estruturar uma forma de controle e de revisão de suas decisões absolutórias.

Para aquelas decisões absolutórias sustentadas nas causas de exclusão do crime e de isenção de pena previstas em lei, sempre aferíveis pelas provas dos autos, as regras de controle e revisão serão as mesmas, ou seja, as existentes desde antes da reforma do procedimento do júri.

Noutro modo, com relação às sentenças absolutórias decorrentes das causas supralegais, excludentes de punibilidade, há novas regras a serem observadas. Todas, necessariamente, vinculadas ao uso da linguagem em seu plano pragmático, de acordo com o procedimento legal já instituído, no desiderato de se preservar o Devido Processo Legal. Em outras palavras, para se alcançar um ideal democrático e se fazer Justiça a certos casos penais, o Direito, no Tribunal do Júri, não tem apenas a forma da lei, pois agora, muito mais, também terá a forma do discurso.

Por outro lado, como nem todo discurso servirá ao processo penal, e muito menos ao processo democrático do Tribunal do Júri, deverão ser observadas as regras do uso da linguagem para se atingir a prática do *discurso racional e ético*, sempre com a possibilidade, no mais possível, de um controle, motivação e revisão das decisões penais, quer sejam condenatórias ou absolutórias, pois esse é um primado de segurança jurídica que está a reclamar a democracia.

Pela releitura do procedimento penal, inclusive para a elaboração adequada do questionário de julgamento para seus casos, advém uma constatação absolutamente insofismável, da necessidade de recriação de um referencial teórico para o Júri brasileiro, agora baseado nas regras do uso da linguagem.

Assim, recorda-se o aspecto tecnológico¹ da Ciência Jurídica, quando se avista a realidade pela qual o jurista irá fundamentar a norma jurídica vigente por meio de enunciados dogmáticos a possibilitar decisões judiciais. Ao desenvolver um sentido crítico (estudando valores que dão sentido às normas), seu trabalho terá como consequências “programáticas de decisões” a causar menor *perturbação* possível ao aplicador do direito, melhor servindo a sociedade.

A sistematização do tema, para dar condições de decidibilidade, notadamente em relação ao controle judicial da decisão absolutória supralegal em julgamentos do Tribunal do Júri, foi o tema desta Tese.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 212.

2 DISCURSOS NO PROCESSO PENAL

2.1 Um convite ao tema: a importância de conhecer os caminhos da linguagem do processo penal

Os estudos de temas jurídicos, pelos caminhos da linguagem, ainda se mostram escassos e, por vezes, desenvolvidos tangencialmente por linguistas, quando o objetivo da pesquisa não se refere propriamente ao Direito, pois conduz à observação, em processos judiciais, de regras que regem a linguagem humana (Linguística) em seus aspectos fonético, morfológico, sintático, semântico, psicológico e social.

A ideia deste trabalho, em vertente oposta, não foi a de desenvolver um estudo linguístico, mas um estudo ao “nível linguístico” (do discurso), ou seja, numa perspectiva de quanto o Direito necessita da Linguagem para a sua existência e realização,² buscando subsídios para uma “pragmática discursiva” voltada especialmente ao Processo Penal. Trazer possibilidades de análise de discursos em processos judiciais, no sentido de perscrutar quais deles poderão ser admitidos de acordo com a ordem jurídica vigente, foi o cerne da investigação. Tentou-se, modestamente, alcançar um referencial teórico, certamente a ser melhorado, mas que possa servir como ferramenta de apoio para a solução de questões a serem enfrentadas no cotidiano forense.

É importante ressaltar que não se quis, e nem se poderia, reduzir totalmente a análise jurídica de Institutos aos aspectos da linguagem,³ mas fato é

² Conforme bem leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “[...] ou seja, o direito é levado ao nível linguístico, mas o estudo a realizar não é de linguística, mas jurídico, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características, operacionais da teorização jurídica, como a referência à práxis decisória, a possibilidade de solução de conflitos, a regulamentação de comportamentos, etc. A expressão “ao nível linguístico” é usada em termos de “ao nível de discurso” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 08).

³ “[...] Todo direito tem por condição de existência a de ser formulável numa linguagem, imposta pelo postulado da alteridade”. Dizemos, entretanto, *limitadamente*, porque recusamos a redução total do direito à linguagem, mesmo tomando-se esta num sentido amplo de comunicação. Nestes termos, preferimos dizer que o direito não é só um fenômeno linguístico, nem mesmo um fenômeno basicamente linguístico. Se ao nível normativo — o direito como sistema de proposições normativas —, o aspecto linguístico pode ser encarado como fundamental, não se pode esquecer que ele corresponde também a uma série de fatos, empíricos, que não são linguagem, como relações de força, conflitos de interesse, instituições administrativas, etc., os quais, portanto, se não deixam de ter uma dimensão linguística, nem por isso são basicamente fenômenos linguísticos” (*Idem, Ibidem, loc. cit.*).

que a edição de normas processuais para o uso da língua pelos atores processuais e a necessidade de análise de seus discursos vieram, ao longo dos últimos anos, a se tornar um dos temas de maior relevo e preocupação do legislador.

Em diversos enunciados e recentes alterações do Código de Processo Penal, foi conferido especial destaque à necessidade de análise e controle dos discursos judiciais, para coibir falas, expressões e manifestações que não sejam condizentes com os princípios e valores democráticos trazidos pela Constituição da República, notadamente o da Dignidade da Pessoa Humana.

A desobediência às novas disposições processuais irá culminar na ausência de lisura e nulidade do procedimento penal, em virtude dos danos causados não somente às partes do processo, mas a toda coletividade, pois violam os primados da democracia, ao incitarem, por exemplo, a cultura do ódio e a ofensa à dignidade de acusados, testemunhas e vítimas de crimes.

Por essa razão, a Lei nº 14.245/2021⁴ fez proibir, na audiência de instrução e julgamento (de crimes sexuais e de outros quaisquer), em todos os procedimentos penais brasileiros, “a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos” e a “utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”, disposição também aplicável à instrução em plenário do júri, “cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo”.

⁴ Lei nº 14.245/2021 (“Lei Mariana Ferrer”, de 22/11/2021): Art. 3º – O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 400-A e 474-A: “Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”. “Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.”. Art. 4º – O art. 81 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A: “Art. 81. [...] § 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas” (NR).

Antes da aludida alteração do Código, a Lei nº 11.689/2008, que instituiu o novo Júri brasileiro, criou inédito sistema comunicacional para os julgamentos do Tribunal popular, no desiderato de impedir *discursos* abusivos que fizessem uso de “argumentos de autoridade”,⁵ e asseverou se tratar de atribuição do juiz-presidente “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, *excesso de linguagem* ou mediante requerimento de uma das partes”.⁶

Em posição hodierna, quando da análise da medida cautelar na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 779, em 15/03/2021, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre o tema alusivo ao uso da linguagem no Processo Penal, entendeu que o *discurso* da “Legítima Defesa da Honra” ofende a Dignidade Humana e deve ser considerado “atécnico e extrajurídico”, por corresponder a “um recurso argumentativo e retórico odioso, desumano e cruel”. Nos termos de sua decisão liminar, já ratificada quando da análise do mérito pelo Colegiado⁷, o ministro Dias Toffoli deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, ambos do Código Penal,⁸ e ao artigo 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a “legítima defesa da honra” do instituto da legítima defesa.⁹

⁵ Artigo 478, Código de Processo Penal.

⁶ Artigo 497, III, Código de Processo Penal.

⁷ Por unanimidade dos votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o uso da tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres. O julgamento do mérito da matéria, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, foi retomado na sessão plenária da terça-feira (01/08/2023), em que a Corte deu início às atividades do segundo semestre de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511556&ori=1>. Acesso em: 19 jan. 2023.

⁸ Exclusão de ilicitude. Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Legítima defesa: Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

⁹ Salientou o ministro relator Dias Toffoli, nos termos do v. acórdão, que, “na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da ‘legítima defesa da honra’ (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal”. Cf.: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 779 Distrito Federal*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 19 jan. 2023.

Não bastasse, foi criado o Projeto de Lei nº 2.325, de 2021, no âmbito do Senado Federal (já aprovado por Comissão em decisão terminativa e encaminhado à Câmara dos Deputados em 04/08/2022), de modo a alterar o Código Penal e o Código de Processo Penal para fins de que sejam expurgados do ordenamento jurídico os discursos (teses) de excludente de ilicitude da legítima defesa da honra e de circunstâncias privilegiadoras do homicídio:¹⁰ “sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” e do “motivo de relevante valor social ou moral” em casos de crimes de feminicídio, para vedar a quesitação de mencionadas teses em julgamentos do Tribunal do Júri.¹¹

Por outro lado, se há discursos proibidos no processo penal, existem também aqueles que sustentam teses supralegais, que podem, inclusive, contrariar as provas dos autos e levar à absolvição do acusado perante o júri. Tal realidade levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a repercussão geral alusiva ao Tema 1087,¹² para que sejam estudados os limites e as formas de controle da linguagem e das decisões absolutórias do Tribunal do Júri pelos Tribunais de 2º grau de jurisdição.

Portanto, diante dessas atuais considerações legislativas e judiciais, pode-se reafirmar que não é qualquer linguagem que servirá ao Processo Penal no Estado Democrático de Direito, razão pela qual há um referencial teórico a ser alcançado para a prática do *discurso ético* e *racional*, sempre com a possibilidade, no mais possível, de sua análise e controle, pois esse também é um primado que está a reclamar a democracia.

Dessa percepção, tem-se que a possibilidade de análise de aludidos discursos judiciais perpassa pelo contributo das teorias filosóficas da Linguagem¹³

¹⁰ Previstas no Artigo 121, §1º, do Código Penal.

¹¹ O projeto também veda o uso das teses privilegiadoras da “violenta emoção logo a injusta provocação da vítima” e a “defesa de relevante valor social ou moral”, conforme termos da Ementa: “Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para, respectivamente, excluir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher e o feminicídio das circunstâncias atenuantes e redutoras de pena relacionadas à violenta emoção e à defesa de relevante valor moral ou social; e para vedar o uso da tese da legítima defesa da honra como argumento para absolvição, pelo tribunal do júri, de acusado de feminicídio”. Cf.: SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 2325, de 2021*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148901>. Acesso em: 19 jan. 2023.

¹² Tema 1087: “a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF)?”.

¹³ Incluindo aspectos e conceitos da Pragmática e de Análise de Discurso.

e da Comunicação,¹⁴ assim trazidas ao Processo Penal em comunhão de suas normas e princípios, notadamente os da Dignidade da Pessoa Humana, do Devido Processo Legal e aqueles que lhes são concernentes, para se alcançar um processo penal dialogado, emancipatório e que possa ser considerado justo.

2.2 Para entender o que é o discurso

A linguagem permite ao homem pensar e agir, pois não haverá ação sem pensamento e nem mesmo pensamento sem linguagem. Filósofos, desde a Antiguidade, ressaltaram a importância da linguagem na vida em sociedade, mas deve ser tributada a Ferdinand Saussure (1857 – 1913), no início do século XX, a revolução nos estudos linguísticos, com a apresentação de uma visão dicotômica entre língua e fala, inaugurando a “Linguística Moderna”, com estatuto de cientificidade.

Para o autor genebrino, a linguagem humana teria um aspecto social (língua) e outro individual (fala), quando a língua seria um sistema de signos linguísticos,¹⁵ assimilados por indivíduos em sociedade, tornando-se um fato social.¹⁶

Embora tenha representado enorme avanço,¹⁷ a concepção estruturalista de Saussure concebia um determinado estado sincrônico à língua, não se

¹⁴ Filosofia da Linguagem e Teoria da Argumentação Jurídica.

¹⁵ O signo linguístico, para Saussure, é um elemento representativo, que possuirá dois aspectos (significante e significado) e resultará da somatória deles. Assim, entende-se por significante a imagem acústica de uma palavra, a sua reprodução sonora. Ao se ouvir a palavra “cachorro”, tem-se a lembrança, uma real imagem sonora, que é armazenada no cérebro com relação a essa palavra. É o que pode ser chamado de significante do signo “cachorro”. Noutro modo, o significado é o conceito de uma palavra, a realidade que a palavra representa. Teremos a ideia do significado de “cachorro” relacionada a um animal irracional, quadrúpede e vertebrado de uma família de várias espécies. O signo, juntado a outros, formará um sistema linguístico, quando serão utilizadas as regras da Língua (sistema) em torno do seu emprego. Todavia, embora as palavras apresentem um sentido mais ou menos estável, pode-se afirmar que o signo existe apenas no discurso, pois adquire significação de acordo com o ato de linguagem que a constrói, tanto do ponto de vista do enunciador como do interpretante. Assim, a depender do contexto, a palavra “cachorro” poderá adquirir sentido diverso para representar um indivíduo indigno ou mesmo um sanduíche (“cachorro-quente”).

¹⁶ “Ela é a parte social da linguagem, exterior ao indivíduo, que, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; ela não existe senão em virtude duma espécie de contrato estabelecido entre os membros da comunidade” (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye. São Paulo: Editora Cultrix, 1970, p. 22).

¹⁷ Pelo desenvolvimento de conceitos como “langue e parole”, “sintagma e paradigma” e “significante e significado”.

preocupando com mudanças históricas, nem mesmo com o estudo da fala, do seu aspecto individual.

Posteriormente a Saussure, ainda partilhando a ideia de fato social, o filósofo russo Mikhail Bakhtin (1895 – 1975) antecipa novas orientações da linguística moderna pela percepção da língua¹⁸ como algo concreto, fruto da manifestação de cada falante, valorizando, dessa forma, também a fala e o contexto da enunciação,¹⁹ ou seja, criando uma teoria do enunciado. Essa consideração leva à compreensão de que a matéria linguística é apenas parte do enunciado, pois existe outra, não verbal, que se reporta às condições de sua produção.

Desse modo, como ensina Brandão,²⁰ emergiu-se o entendimento pelo qual o ato de enunciação se realiza na intersubjetividade, no processo de interação verbal que é fundamental na língua, quando “o interlocutor não é um elemento passivo na constituição do significado”. De uma concepção em que o signo linguístico era tratado como um sinal inerte (sistema sincrônico abstrato de Saussure), “se passa a outra concepção do fenômeno: a do signo dialético, vivo, dinâmico”, quando o “Outro desempenha papel fundamental na constituição do significado, integra todo o ato de enunciação individual num contexto amplo”, para revelar as relações intrínsecas entre o linguístico e o social.

Portanto, o estudo interno da língua numa visão saussuriana não dará conta de seu objeto, pois a linguagem irá buscar a significação da realidade, quando haverá um distanciamento entre a coisa representada e o signo que a representa. Nessa distância estará a ideologia.

¹⁸ A Língua é tradicionalmente considerada um sistema de signos, letras e fonemas que significam, sendo organizada por regras gramaticais partilhadas em determinada comunidade, de modo a servir à comunicação.

¹⁹ “Enunciação é um termo antigo em filosofia, embora tenha sido empregado sistematicamente, em linguística, apenas a partir de Bally (1932). A enunciação constitui o pivô da relação entre língua e o mundo: por um lado, permite representar fatos do enunciado, mas, por outro, constitui por si mesma um fato, um acontecimento único definido no tempo e no espaço. Faz-se geralmente referência à definição de Benvenise (1974:80), que toma a enunciação como ‘a colocação em funcionamento da língua por um ato individual de utilização’, que o autor opõe enunciado, o ato distinguindo-se de seu produto. Essa definição, entretanto, submete-se a variações significativas, segundo as teorias linguísticas que a mobilizam. [...] A reflexão sobre a enunciação pôs em evidência a dimensão reflexiva da atividade linguística: o enunciado só faz referência ao mundo na medida em que reflete o ato de enunciação que o sustenta. Assim, as pessoas e o tempo do enunciado são selecionados em relação a sua situação de enunciação; desse modo, o enunciado possui valor ilocutório que ele mostra por meio de sua enunciação” (CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Coordenação da tradução de Fabiana Komesu. 3ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2020, p. 193).

²⁰ BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. *Introdução à análise do discurso*. 3ª edição. 4ª reimpressão. Campinas: Editora Unicamp, 2019, p. 08.

Assim, compreendeu-se a palavra como signo ideológico por excelência, produto da interação social, com sua plurivalência e manifestação da ideologia, por representar diversas formas de representação da realidade conforme as vozes que a empregam. “Dialógica por natureza, a palavra se transforma em arena de luta de vozes que, situadas em diferentes posições, querem ser ouvidas por outras vozes”.²¹

Esse reconhecimento da dualidade formal e também material (influenciada por entradas subjetivas e sociais) provocou um “deslocamento dos estudos da linguagem, da problemática colocada pela oposição língua/fala que impôs uma linguística da língua”.²² Na instância da linguagem fora da dicotomia saussuriana, quando se une o linguístico ao extralinguístico, com as percepções de que as significações de um texto também decorrem de suas condições sócio-históricas de produção, é que surge o discurso enquanto ponto de articulação dos processos ideológicos e os fenômenos linguísticos.

Por essa perspectiva, também surgiram no campo da linguística e da comunicação, ainda influenciadas pelo estruturalismo de Saussure, novos campos de pesquisa acerca das construções ideológicas em um texto, como se deu na Europa, com o surgimento da Análise do Discurso (AD),²³ tendo como seu precursor o francês Michel Pêcheux (1938 – 1983), que publicou a obra “Análise Automática do Discurso”, em 1969, dando novas bases para o estudo do discurso que, assim, deveria ser concebido como um processo constituído por um tecido histórico-social.²⁴

²¹ *Idem, Ibidem*, p. 09.

²² BRANDÃO, 2019, p. 11.

²³ “Embora a Análise de Discurso, que tomou o discurso como seu objeto próprio, tenha seu início nos anos 60 do século XX, o estudo do que interessa a ela — o da língua funcionando para a produção de sentidos e que permite analisar unidades além da frase, ou seja, o texto — já se apresentara de forma não sistemática em diferentes épocas e segundo diferentes perspectivas. [...] A análise de conteúdo, como sabemos, procura extrair sentidos dos textos, respondendo à questão: o que este texto quer dizer? Diferentemente da análise do conteúdo, a Análise do Discurso considera que a linguagem não é transparente. Desse modo ela não procura atravessar o texto para encontrar um sentido do outro lado. A questão que ela coloca é: como este texto significa? Dessa maneira, haverá um deslocamento ‘onde a questão a ser respondida não é ‘o quê’ mas o ‘como’. Para responder, ela não trabalha com os textos apenas como ilustração ou como documento de algo que já está sabido em outro lugar e que o texto exemplifica. Ela produz um conhecimento a partir do próprio texto, porque o vê como tendo uma materialidade simbólica própria e significativa, com tendo uma espessura semântica: ela o concebe em sua discursividade” (ORLANDI, Eni P. *Análise de Discurso: princípios e procedimentos*. 13ª edição. Campinas, SP: Pontes Editores, 2020, p. 15).

²⁴ “O nascimento da AD francesa está atrelado a uma proposta de intervenção política que ‘aparece como portadora de uma crítica ideológica apoiada em uma arma científica’, cujo objetivo é o de combater o formalismo linguístico, a automatização presente na relação com a linguagem. Para desconstruir a ilusão de que haveria neutralidade na gramática e a de que os sujeitos são as fontes

Conforme pondera Eni Orlandi, a Análise de Discurso não trata da língua ou da gramática, embora essas coisas lhe interessem. Ela trata do discurso, que etimologicamente traz a ideia de curso, de percurso, de correr por, de um movimento. O discurso é a “palavra em movimento, prática de linguagem: com o estudo do discurso observa-se o homem falando”.²⁵

Dessa forma, o discurso é a mediação que torna possível a permanência e continuidade da vida social, bem como a transformação do homem e da própria realidade em que vive, por estar, sobretudo, na “base de produção da existência humana”.²⁶

Pelo discurso, haverá “movimento de sentidos, errância de sujeitos, lugares provisórios de conjunção e dispersão, de unidade e de diversidade, de indistinção, incerteza, de trajetos, ancoragem e vestígios”,²⁷ pois aqui não se vê a língua como sistema abstrato, mas homens falando, significando, enquanto membros integrantes de uma sociedade e em condições determinadas de produção.

Sendo assim, é de se ver que o discurso não se confunde com fala, pois os dizeres têm efeitos de sentido produzidos em condições determinadas. O discurso “tem sua regularidade, tem seu funcionamento que é possível apreender se não opomos o social e o histórico, o sistema e a realização, o subjetivo ao objetivo, o processo ao produto”,²⁸ conforme orienta a aludida autora.²⁹

Os dizeres não são, como dissemos, apenas mensagens a serem decodificadas. São efeitos de sentidos que são produzidos em condições determinadas e que estão de alguma forma presentes no modo como se diz, deixando vestígios que o analista de discurso tem de apreender. São pistas que ele aprende a seguir para compreender os sentidos ali produzidos, pondo em relação o dizer com sua exterioridade, suas condições de produção. Esses sentidos têm a ver com o que é dito ali, mas também em outros lugares, assim como com o que não é dito, e como o que deveria ter sido dito e não foi. Desse modo, as margens do dizer, do texto, também fazem parte dele.

de seus dizeres e sentidos, Pêcheux ancora seu trabalho na noção de sujeito, que foi deliberadamente excluída durante o percurso estruturalista como forma de marcar posição contrária aos postulados advindos de ciências como a fenomenologia, a hermenêutica e psicologismo no campo dos estudos da linguagem” (WIKIPÉDIA. *Análise do discurso*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1lise_do_discurso. Acesso em: 12 abr. 2023).

²⁵ ORLANDI, 2020, p. 13.

²⁶ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

²⁷ *Idem, Ibidem, p. 08.*

²⁸ *Idem, Ibidem, p. 20.*

²⁹ *Idem, Ibidem, p. 28.*

Destaca-se, igualmente, que o discurso se constitui em seus sentidos, porque aquilo que o sujeito diz se inscreve em uma formação discursiva. É possível perceber que as palavras adquirem sentidos de acordo com as formações discursivas em que estão inseridas, quando os sentidos sempre serão determinados ideologicamente: “essa razão não está na essência das palavras, mas na discursividade, na maneira como, no discurso, a ideologia produz seus efeitos, materializando-se nele”.³⁰

Tal percepção reforça a ideia de que a linguagem enquanto discurso é produção social, não sendo interação neutra, inocente ou natural que se reduza ao “simples manejo de regras de gramática e das palavras de um dicionário”,³¹ como “tendem a fazer crer a escola e o senso comum”.³²

Por ser manifestação de poder e ideologia, que se dá no “teatro da vida”, sempre numa determinada “situação de comunicação”, deve-se levar em conta a finalidade desse acontecimento, a identidade daqueles (locutores e interlocutores) que nela se acham implicados e suas competências para a encenação do discurso, como ensina Charaudeau:³³

A linguagem é um poder, talvez o primeiro poder do homem. Mas esse poder da linguagem não cai do céu. São os homens que a constroem, que o amoldam através de suas trocas, seus contatos ao longo da história dos povos. Assim, é forçoso considerar que a linguagem é um fenômeno complexo que não se reduz ao simples manejo das regras da gramática e das palavras do dicionário, como tendem a fazer crer a escola e o senso comum. A linguagem é atividade humana que se desdobra no teatro da vida social e cuja encenação resulta de vários componentes, cada um exigindo um “savoir-faire”, o que é chamado de *competência*. Uma competência *situacional*, pois não há ato de linguagem que se produza fora de uma situação de comunicação. Isso nos obriga a levar em consideração a *finalidade* de cada situação e a *identidade* daqueles (locutores e interlocutores) que se acham implicados e efetuam trocas entre si. Uma competência semiolinguística que consiste em saber organizar a encenação do ato de linguagem de acordo com determinadas visadas (enunciativa, descritiva, narrativa, argumentativa), recorrendo às categorias que cada língua nos oferece. Enfim, a competência *semântica* que consiste em saber construir sentido com ajuda de formas verbais (gramaticais ou lexicais), recorrendo aos saberes de conhecimento e de crença que circulam na

³⁰ “É pela referência à formação discursiva que podemos compreender, no funcionamento discursivo, os diferentes sentidos. Palavras iguais podem significar diferentemente porque se inscrevem em formações discursivas diferentes” (ORLANDI, 2020, p. 41 – 42).

³¹ CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e discurso: modos de organização*. Coordenação da equipe de tradução de Angela M. S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. 2ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2019, p. 07.

³² *Idem, Ibidem, loc. cit.*

³³ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

sociedade, levando em conta os dados da situação de comunicação e os mecanismos de encenação do discurso.

Por outro lado, numa abordagem crítica da vida social, é de se perceber que o discurso, manifestação de poder com aspecto ideológico, sendo mediação necessária para o entendimento, transformação e emancipação dos homens, historicamente também foi razão para o seu declínio.

Conforme salienta Gonçalves-Segundo,³⁴ há de se levar em consideração o fato da existência de diversas práticas discursivas que foram fruto de articulações de poder ao longo da história, inviabilizando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A propósito, bem considera Foucault³⁵ que “todo o sistema de educação é uma maneira política de manter ou modificar a apropriação de discursos, com os saberes e os poderes que trazem consigo”, deixando a sua margem um enorme contingente de excluídos. Em sua aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 02 de dezembro de 1970, assim ponderou:

O que é afinal um sistema de ensino senão uma ritualização da palavra; senão uma qualificação e uma fixação dos papéis para os sujeitos que falam; senão a constituição de um grupo doutrinário ao menos difuso; senão uma distribuição e uma apropriação do discurso com seus poderes e saberes? Quem é uma “escritura” (a dos “escritores”) senão um sistema semelhante de sujeição, que toma formas um pouco diferentes, mas cujos grandes planos são análogos? Não constituiria o sistema judiciário, o sistema institucional de medicina, eles também, sob certos aspectos, ao menos, tais sistemas de sujeição de discurso?

Assim, reforça-se o entendimento de que a finalidade da “situação de comunicação” havida para os procedimentos penais nas democracias, para serem dialogados, emancipatórios e concebidos para um ideal de distribuição de justiça, reclama de seus atores processuais (locutores e interlocutores, especialmente juízes, representantes do Ministério Público e defensores) uma competência semiolinguística,³⁶ de modo a cumprirem seus papéis e não violarem regras

³⁴ BATISTA JÚNIOR, José Ribamar Lopes. *Análise de discurso crítica para linguistas e não linguistas*. Organização de José Ribamar Lopes Batista Júnior, Denise Tamaê Borges Sato e Iran Ferreira de Melo. 1ª edição. São Paulo: Parábola, 2018, p. 79.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 42.

³⁶ “Eis porque a posição que tomamos na análise do discurso pode ser chamada de *semiologia*. *Semio-*, de “semiosis”, evocando o fato de que a construção do sentido e sua configuração se fazem

estabelecidas para os atos de enunciação, quando seus discursos deverão servir como poder de mediação para efetivação e reafirmação de direitos, notadamente dos direitos humanos concebidos em favor daqueles mais vulneráveis e que historicamente nunca tiveram verdadeiro poder de fala.

através de uma relação forma-sentido (em diferentes sistemas semiológicos), sob a responsabilidade de um sujeito intencional, com um projeto de influência social, num determinado quadro de ação; *linguística* para destacar que a matéria principal da forma em questão - a das línguas naturais. Estas, por sua dupla articulação, pela particularidade combinatória de suas unidades (sintagmático-paradigmática em vários níveis: palavra, frase, texto), impõem um procedimento de semiotização do mundo diferente das outras linguagens" (PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). *Da língua ao discurso: reflexões para o ensino*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005, p. 11 – 27. Disponível em: <http://www.patrick-charaudeau.com/Uma-analise-semiolinguistica-do.html>. Acesso em: 18 abr. 2023).

3 A ANÁLISE DO DISCURSO NO PROCESSO PENAL

3.1 É possível analisar um discurso? Quem poderá fazê-lo?

Primeiramente, é interessante reafirmar que o discurso não pode ser confundido com o ato de fala, ou seja, “um ato situado num aqui e num agora”, conforme orienta Araújo.³⁷ Ao contrário, o discurso é produzido por enunciados dispostos numa formação discursiva alcançada em relações determinadas. Isso fará com que as significações dos enunciados sejam alcançadas pelo “alicerce do próprio discurso”.³⁸

Por outro lado, embora não se confunda com uma frase ou sequência de frases ou proposições, o discurso se dará pelo texto, que será interpretado num contexto. Esse texto não é composto por uma extensão, podendo ser representado por uma só letra³⁹ ou mesmo por várias frases, enunciados, páginas. Não importa, bem como, se o texto é escrito ou oral, já que isso não muda a sua definição.

Porém, é importante ressaltar que o texto só é texto porque significa. Se no texto temos uma manifestação da língua, no discurso temos os princípios, valores e significados que estão por trás do texto. Assim, para o discurso, conforme bem observa Orlandi, “o que interessa não é a organização linguística do texto, mas

³⁷ Salienta a autora: “Nenhum desses domínios possui caráter discursivo, pois o discurso é constituído pelos enunciados que se dispõem numa formação discursiva na qual eles se encontram em relações determinadas, regidas pelos princípios da reutilização, da dispersão, da exterioridade, do acúmulo, da efetividade. Como não há enunciado latente, não há o que interpretar. Grande parte da análise do discurso e da semântica atém-se aos fenômenos da polissemia, das leituras múltiplas, da exegese, do sentido escondido por detrás do texto, do não dito, das repressões. Já Foucault sustenta que nos enunciados discursivos (por exemplo: o discurso médico, psiquiátrico, econômico, da história natural, da gramática geral, da pedagogia etc) as significações se erguem sobre o alicerce do próprio discurso. Dessa forma, o modo o não dito funciona depende dos enunciados. Varia conforme se trate de um enunciado da matemática, ou da economia, se é parte de uma autobiografia, ou da narração de um sonho” (ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*. 1ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Parábola Editorial, 2019, p. 231).

³⁸ Aqui, as significações dos enunciados serão diferentes, a depender do tipo de discurso, se tratar-se de um discurso jurídico, discurso pedagógico ou discurso médico, por exemplo.

³⁹ Ensina Orlandi: “o texto não é definido pela sua extensão: ele pode ter desde uma só letra até muitas frases, enunciados, páginas etc. Uma letra ‘O’, escrita em uma porta, ao lado de outra com a letra ‘A’, indicando-nos os banheiros masculino e feminino, é um texto pois é uma unidade de sentido naquela situação. E isso refere, em nossa memória, o fato de que em nossa sociedade, em nossa história, a distinção masculino/feminino é significativa e é praticada socialmente até para distinguir lugares próprios (e impróprios...). Por isso esse ‘O’ tem seu sentido: tem sua historicidade, resulta em um trabalho de interpretação. Do mesmo modo, ‘Vote Sem Medo’ tem seus sentidos, dos quais apontamos alguns. Mas um texto pode ser, também, todo um livro, que faz sentido na situação literária, extensão que delimita o que é um texto. Como dissemos, é o fato de, ao ser referido na discursividade, constituir uma unidade em relação à situação” (ORLANDI, 2020, p. 67).

como o texto organiza a relação da língua com a história no trabalho significativo do sujeito em sua relação com o mundo”.⁴⁰

Sendo assim, “o discurso é concebido como a inclusão de um texto em seu contexto”⁴¹ (condições de produção e de recepção), o espaço onde é possível identificar as relações entre o texto e o contexto que o produziu. No contexto, uma análise envolverá a palavra, mas também a psicologia, sociologia e quaisquer outros estudos culturais, pois a produção de sentidos do discurso, enquanto objeto linguístico-histórico a ser interpretado, ocorrerá numa relação entre língua, sujeito e história.⁴²

Por isso, enfatiza Luis Alberto Warat⁴³ que o discurso supõe um conjunto de relações extralinguísticas no qual está inscrito, sendo que a Semiologia tende a analisá-los de forma indevida e “a partir de princípios extraídos da própria linguística”, principalmente, “quando pretende uma análise imanente do discurso, da qual se quer deduzir a sua interpretação, a sua função e os seus mecanismos de inserção no social”. Assim, “quando prisioneira da problemática língua-fala, torna-se inadequada a análise dos discursos desprezando-se seu valor político e suas relações com o poder”.

Ao recordar as lições de Pêcheux, defende o citado jurista argentino que a análise discursiva deve tornar possível a mudança paradigmática pela qual a categoria de “sujeito cartesiano e psicológico” seja substituída pela de “sujeito político-ideológico”.⁴⁴ Dessa maneira, nos estudos e análises discursivas se deve compreender a língua não apenas como estrutura formal, mas como acontecimento de um sujeito afetado pela história.

Nessa perspectiva, temos duas considerações importantes. A primeira é que apenas o “sujeito qualificado”⁴⁵ entra na ordem do discurso, já que nem tudo pode ser dito por todos e de qualquer lugar. Para tanto, conforme diz Foucault,⁴⁶ a

⁴⁰ ORLANDI, 2020, p. 68.

⁴¹ CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2020, p. 169.

⁴² Como bem leciona Eni Orlandi: “para compreender — como propõe a análise de discurso — o leitor deve-se relacionar com diferentes processos de significação que acontecem em um texto. Esses processos, por sua vez, são função da historicidade. **Compreender como um texto funciona, como ele produz sentidos, é compreendê-lo enquanto objeto linguístico-histórico, é explicitar como ele realiza a discursividade que o constitui** [grifo nosso]” (ORLANDI, *op. cit.*, p. 68).

⁴³ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª edição aumentada. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri Editor, 1995, p. 83.

⁴⁴ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁴⁵ Expressão usada por Inês Lacerda Araújo (ARAÚJO, 2019, p. 233).

⁴⁶ FOUCAULT, 2014, p. 37.

produção discursiva é “controlada, relacionada, organizada e distribuída por um certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos”, como forma de “dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade”. Salienta o autor francês a importância dos rituais nesse “sistema complexo de restrição”, o que se dará, inclusive, para a hipótese dos discursos judiciais:

Ora, é certo que este tema não resiste ao exame. A troca e a comunicação são figuras positivas que atuam no interior de sistemas complexos de restrição; e sem dúvida não poderiam funcionar sem estes. A forma mais superficial e mais visível desses sistemas de restrição é constituída pelo que se pode agrupar sob o nome de ritual; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo do diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que deve acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciais, terapêuticos e, em parte também, políticos, não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos.

Trazida essa consideração para a realidade do Processo Penal, sua ritualística estabelece possibilidades de práticas controladas e previamente delimitadas por papéis processuais, para todos os participantes do procedimento (situação de comunicação), quando teremos seus diversos discursos possíveis⁴⁷ nas cenas da enunciação.⁴⁸

⁴⁷ Já que há regras para seus discursos, não se permitindo, a nenhum ator processual, falar tudo o que bem entender conforme será explicado doravante no tema relacionado aos discursos possíveis.

⁴⁸ Conforme ensina José Luiz Fiorin: “Os esquemas narrativos são assumidos pelo sujeito da enunciação que os converte em discurso. A enunciação é o ato de produção do discurso, é uma instância pressuposta pelo enunciado (produto da enunciação). [...] A enunciação define-se como a instância de um *eu-aqui-agora*. O *eu* é instaurado no ato de dizer: *eu* é quem diz *eu*. A pessoa a quem o *eu* se dirige é estabelecida como *tu*. O *eu* e o *tu* são os actantes da enunciação, os participantes da ação enunciativa. Ambos constituem o sujeito da enunciação, porque o primeiro produz o enunciado e o segundo, funcionando como uma espécie de filtro, é levado em consideração pelo *eu* na construção do enunciado. Com efeito, a imagem do enunciatário a quem o discurso se dirige constitui uma das coerções discursivas a que obedece o enunciator: não é a mesma coisa produzir um texto para um especialista numa dada disciplina ou para um leigo; para uma criança ou para um adulto. O *eu* realiza o ato de dizer num determinado tempo e num dado espaço. *Aqui* é o espaço do *eu*, a partir do qual todos os espaços são ordenados (aí, lá, etc.); agora é o momento em que o *eu* toma a palavra e, a partir dele, toda a temporalidade linguística é organizada. A enunciação é a instância que povoa o enunciado de pessoas, tempos e de espaços. Por isso, a sintaxe do discurso, ao estudar as marcas da enunciação no enunciado, analisa três procedimentos de discursivização, a actorialização, a espacialização e a temporalização, ou seja, a constituição das pessoas, do espaço e do tempo do discurso” (FIORIN, José Luiz. *Elementos de análise do discurso*. 15ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2018, p. 55 – 56).

Noutro modo, se apenas o sujeito qualificado poderá participar do discurso, também não é qualquer um que poderá analisá-lo. Isso porque, diferentemente do leitor comum, há especialistas, um corpo social a quem é dado o poder de interpretar, quando o analista do texto irá fazer parte dele, devendo conhecer as pistas de interpretação que se tecem na historicidade, conforme ensina Orlandi:

Paralelamente, se, de um lado, há imprevisibilidade na relação do sujeito com o sentido, da linguagem com o mundo, toda a formação social, no entanto, tem formas de controle da interpretação, que são historicamente determinadas: há modos de interpretar, não é todo mundo que pode interpretar de acordo com sua vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar (logo de “atribuir” sentidos), tais como o juiz, o professor, o advogado, o padre, etc. Os sentidos estão sempre “administrados”, não estão soltos.⁴⁹

Pelo trabalho de análise, delimitando inicialmente o *corpus* (objeto a ser verificado), o analista constrói um dispositivo ao considerar os processos discursivos, quando poderá explicitar o modo de constituição dos sujeitos e de produção dos sentidos. Do *corpus* ou material empírico (1ª etapa de coleta de dados), passa-se à análise propriamente dita (2ª etapa) até se chegar aos resultados (3ª etapa).

Imperioso salientar que estudiosos criaram vários métodos para a análise do discurso, razão pela qual seria arbitrário afirmar a existência de um melhor critério para esse estudo, que, em qualquer caso, aliás, não irá à busca da “verdade”,⁵⁰ mas de um sentido, ou seja, existirá sempre uma indagação de como o texto significa diante de um jogo ideológico definido na conjuntura de sua produção.

O analista, de tal modo, deve ter pleno conhecimento da situação de comunicação, a sua *finalidade* e a *identidade* daqueles nela envolvidos, quando a interpretação poderá abordar práticas discursivas de diferentes naturezas, como

⁴⁹ ORLANDI, 2020, p. 08.

⁵⁰ A Análise de Discurso distingue-se da Hermenêutica: “[...] A Análise de Discurso que teoriza a interpretação, isto é, que coloca a interpretação em questão. Nesse sentido, o estudo do discurso distingue-se da Hermenêutica. A Análise do Discurso visa fazer compreender como os objetos simbólicos produzem sentidos, analisando assim os próprios gestos de interpretação que ela considera como atos do domínio simbólico, pois eles intervêm no real do sentido. A Análise do Discurso não estaciona na interpretação, trabalha seus limites, seus mecanismos, como parte dos processos de significação. Também não procura um sentido verdadeiro através de uma ‘chave’ de interpretação. Não há esta chave, há método, há construção de um dispositivo teórico. Não há uma verdade oculta atrás do texto. Há gestos de interpretação que o constituem e que o analista, com seu dispositivo, deve ser capaz de compreender” (*Idem, Ibidem*, p. 24).

palavras, imagens e sons. Mas isso não basta. Para buscar o sentido, o analista deverá ter competência para relacionar o discurso com uma “multiplicidade de discursos” havidos anteriormente àquele em análise, o que se dará pelo chamado *interdiscurso*. Essa percepção decorre do simples fato de que nenhum discurso é verdadeiramente original ou está sozinho, pois o discurso analisado terá, de acordo com suas formações discursivas, identidade de sentidos com discursos anteriores havidos em suas formações ideológicas.⁵¹ Assim sendo, será lícito afirmar que os discursos nascem dessa relação interdiscursiva, sendo que o interdiscurso corresponderá a um espaço ideológico em que poderão ser vistas vozes de terceiros no próprio discurso analisado.

Também é importante detalhar que, em vista de uma infinidade de discursos que poderão ser relacionados ao *corpus* em análise (exaustividade horizontal), o analista fará um recorte, uma *pergunta* acerca do ponto de vista pelo qual organizará a pesquisa a ser feita, de modo a delimitá-la. Por essa delimitação vertical, “o analista poderá relacionar o objeto de análise à sua temática, observando fatos da linguagem com sua memória e espessura semântica, sua materialidade linguístico-discursiva”.⁵²

Com a resposta à questão proposta vai se alcançar o resultado, quando se denota que a linguagem é uma ação, e não uma simples prática, pois pela *ideologia* o sujeito discursivo vai produzir sentidos e intervir no real, significar na história.⁵³

3.2 Previsão legal de análise e controle dos discursos no Processo Penal

⁵¹ Conforme salienta Orlandi: “Falamos a mesma língua mas falamos diferente. Dizemos as mesmas palavras mas elas podem significar diferente. As palavras remetem a discursos que derivam seus sentidos das formações discursivas, regiões do interdiscurso que, por sua vez, representam no discurso as formações ideológicas. Como dissemos, o interdiscurso significa justamente a relação do discurso com uma multiplicidade de discursos, ou seja, ele é um conjunto não discernível, não representável de discursos que sustentam a possibilidade mesma do dizer, sua memória. Representa assim a alteridade por excelência (o Outro), a historicidade” (ORLANDI, 2020, p. 78).

⁵² *Idem, Ibidem*, p. 61.

⁵³ Na avaliação de Orlandi: “À diferença do que pensa a Pragmática, asseveramos que o sujeito discursivo não realiza apenas atos. Se, ao dizer, nos significamos e significamos o próprio mundo, ao mesmo tempo, a realidade se constitui nos sentidos que, enquanto sujeitos, praticamos” (*Idem, Ibidem*, p. 93).

A linguagem se faz necessária a representação⁵⁴, ou seja, a encenação de um fato da vida, passado e histórico, desaparecido no tempo. Enquanto teoria dos signos a transportar todo o conhecimento humano será focalizada nos planos lógico (relação de signos com signos), semântico (relação dos signos com os significados que significam) e pragmático (plano do uso da comunicação humana), quando servirá de matéria-prima indispensável à produção, instrução e julgamento do Processo Penal.

Assim, pode-se afirmar que haverá no procedimento penal um sistema comunicacional próprio, onde tudo se faz por meio da linguagem. Desde a fase pré-processual, com regras para a documentação histórica dos vestígios e demais representações de um caso penal,⁵⁵ até o seu encerramento. Os fatos da vida, para adquirirem significância jurídica, deverão ser conhecidos e documentados pelos canais comunicativos⁵⁶ legalmente previstos.

Essa consideração é de suma importância, pois a violação às regras de comunicação estabelecidas (canais comunicativos e situações de comunicação) irá acarretar ofensa ao Devido Processo Legal.

A lisura do procedimento exige observância da morfologia dos atos, que são todos atos de linguagem. Por essa exclusiva razão, declara-se, exemplificativamente, a nulidade da citação (primeiro enunciado do juiz dirigido ao réu) ou de uma interceptação telefônica (com canais comunicativos previstos na Lei nº

⁵⁴ A representação do fato dar-se-á por todas as formas de linguagem, que não se resumem especialmente a linguagem falada. Ensinam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly: “a comunicação imediata no processo penal não se exaure na linguagem falada”. Comentam que “o juiz, ao apreender as informações que lhe são fornecidas por todos os intervenientes (testemunhas, peritos, partes), não pode fazê-lo de maneira mecânica e estática, como se escutasse uma fita gravada”. Orientam, ainda, que o magistrado “deve atentar-se para a diversidade de signos que compõem essa complexa pragmática da comunicação humana”, para se extrair, a partir deles, as “conclusões sobre o fato” (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 9).

⁵⁵ CPP: Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

⁵⁶ Ensina Paulo de Barros Carvalho: “Nesse contexto, penso que nos dias atuais seja temerário tratar do jurídico sem atinar a seu meio exclusivo de manifestação: a linguagem. Não toda e qualquer linguagem, mas a verbal-escrita, em que se estabilizam as condutas intersubjetivas, ganhando objetividade no universo do discurso. E o pressuposto do ‘cerco inapelável da linguagem’ nos conduzirá, certamente, a uma concepção semiótica dos textos jurídicos, em que as dimensões sintáticas ou lógicas, semânticas e pragmáticas, funcionam como instrumentos preciosos do aprofundamento cognoscitivo” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2015, p. 168).

9.296/96), quando forem desenvolvidos ao arrepio das regras de linguagem legalmente previstas.

Não bastasse, tem-se uma ordem sequencial instituída para a situação de comunicação⁵⁷ a ser vivida pelos sujeitos processuais e as partes quando estiverem em audiências e sessões de instrução e julgamento, impondo-se limites, restrições e um controle das manifestações pela ritualística do procedimento legal, com divisão de papéis a serem exercidos no processo penal.

Nessas ocasiões, conforme bem observa Ferraz Jr., a “situação comunicativa”⁵⁸ irá produzir a sua “própria história”,⁵⁹ com a manifestação expressa de “regras de relevância e irrelevância, permissão e *proibição de agentes e temas* e determinação do que atrapalha a situação e do que deve ser feito para evitar-se essa perturbação”.⁶⁰ Dessa maneira, de acordo com a distribuição de papéis, haverá regras para o exercício do discurso racional pelos atores processuais durante as cenas da enunciação, quando, portanto, a situação comunicacional é controlada pelos parâmetros legais.

Em diversas passagens do Código de Processo Penal, o legislador estabelece diretrizes para discursos possíveis, das partes, dos atores principais e secundários. O discurso do réu, por exemplo, poderá ser contemplativo ao exercício de sua autodefesa (corolário da Ampla Defesa). Noutro modo, em razão de seu direito ao silêncio ou da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*), poderá

⁵⁷ Acerca da importância da oralidade no Processo Penal e da situação comunicacional prevista para a solução dos casos penais, bem leciona Pedro Henrique Demercian, ao destacar [...] “que a discussão da causa - nos procedimentos que assim o exigirem – se faça oralmente, na mesma audiência, se possível, e que as teses defendidas pelas partes não se resumam a cansativos e infundáveis ditados ao escrevente, auxiliar do juízo, mas ao próprio juiz da causa, como forma de melhor expressar o pensamento e influir mais diretamente em seu convencimento, evitando-se, inclusive, omissões relevantes que resultem em nulidades processuais insanáveis. É curial, também, que a sentença seja proferida em momento imediatamente posterior aos debates e pelo magistrado que colheu diretamente a prova, para que as impressões colhidas na salutar relação de imediatidade não se esvaíam no tempo”. (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 116)

⁵⁸ Ao contrário de “situação de comunicação”, expressão usada por alguns autores da Análise do Discurso, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior se utiliza do termo “situação comunicativa”.

⁵⁹ Essa é a razão pela qual existirá sempre uma distância entre a história da vida (realidade) e a história narrada (a sua representação linguística) no processo penal, o que interfere em temas como o da “busca da verdade real”, já que a verdade será uma produção cultural humana. Por isso, defende-se o abandono da pretensão do alcance da verdade para a busca de um ideal de justiça.

⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 82.

ele permanecer em silêncio, o que também não deixa de ser, nessa última hipótese, uma forma de se comunicar.⁶¹

A testemunha, contudo, possui responsabilidade processual diversa, “não podendo fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade” (art. 342 do Código Penal) e deverá, portanto, prestar o compromisso legal (art. 210 do Código de Processo Penal) e não se manifestar sobre suas apreciações pessoais quando de seu depoimento em juízo.⁶²

Recorda-se, para se aperceber da importância do uso da linguagem e da análise dos discursos dos participantes do processo, o fato de que a testemunha praticará um crime de falso quando omitir um “fato juridicamente relevante”. Quando se julga o que seria um “fato juridicamente relevante”, tem-se novamente que recorrer à perspectiva da linguagem, fazendo-se um recorte epistemológico do evento (fato social) e de suas representações (signos) no aspecto jurídico. Se, num caso de homicídio culposo de trânsito, a testemunha omitir-se em sua oitiva judicial de que presenciou o condutor do veículo “A” avançando o sinal vermelho e ocasionando, pois, o acidente e a morte da vítima, praticará o crime de falso. Isso porque esse fato terá relevância jurídica para a análise da culpa do réu. Por outro lado, se, no mesmo depoimento, a testemunha se omitir de fato juridicamente irrelevante ou mentir acerca da correta cor da camisa do time de futebol que trajava no momento em que viu o acidente, esta questão nenhuma relevância terá para o julgamento da causa penal, não praticando o crime de falso.

⁶¹ CPP: Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar seu interrogatório, de seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas. Note-se que, quando ficar em silêncio (renúncia à autodefesa), também será uma maneira de comunicar-se. A propósito da “Impossibilidade de Não Comunicar”, ponderam Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson: “Em primeiro lugar, temos uma propriedade do comportamento que dificilmente poderia ser mais básica e que, no entanto, é frequentemente menosprezada: o comportamento não tem oposto. Por outras palavras, não existe um não-comportamento ou, ainda em termos mais simples, um indivíduo não pode não se comportar. Ora, se está aceito que todo o comportamento, numa situação interacional, tem valor de mensagem, isto é, é comunicação, segue-se que, por muito que o indivíduo se esforce, é-lhe impossível não comunicar. Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui valor de mensagem; influenciam outros e estes outros, por sua vez, não podem não responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando. Deve ficar claramente entendido que a mera ausência de falar ou de observar não constitui exceção ao que acabamos de dizer”. (WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da Comunicação Humana* [Título original: *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*]. Tradução de Álvaro Cabral. Editora Cultrix. São Paulo, 1993, p. 44)

⁶² CPP: Art. 213. O juiz **não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais**, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato [grifo nosso].

Da mesma forma, determina o procedimento legal, ao cominar nulidade, que advogados e representantes do Ministério Público não poderão fazer uso indevido da linguagem, por meio de “argumentos de autoridade” (espécie de falácia *ad homine*) em sessão de instrução e julgamento perante o Tribunal do Júri.⁶³

Também é de se ver que há regras para o próprio juiz de direito, a quem se incumbirá o papel principal de análise e controle dos discursos judiciais. Denotam-se tais preceitos, desde a forma como deverá se reportar ao réu no ato do interrogatório, como noutras várias situações comunicativas, a exemplo do uso da linguagem numa decisão de pronúncia. Nesse último caso, não é permitido ao magistrado fazer uso de “linguagem excessiva”, limitando-se “à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação delitiva”.⁶⁴ Referidas considerações recebem enorme importância, pois o desenvolvimento das fórmulas processuais perpassa obrigatoriamente pelo aprimoramento dos caminhos da linguagem no processo penal, criando-se possibilidades para o controle e alcance da prática do discurso racional.

Nesse sentido, destacam-se duas mudanças paradigmáticas com relação à legislação revogada, que devem ser reputadas como avanços para um processo penal mais eficiente, dialogado e emancipatório. A primeira veio com a edição da Lei nº 11.689/2008, que, ao criar inédito *sistema comunicacional* para os julgamentos do Tribunal do Júri, fez proibir, por exemplo, a prática de *discursos* abusivos que fizessem uso de argumentos de autoridade e asseverou se tratar de atribuição do juiz-presidente “dirigir os debates e intervir em caso de *excesso de linguagem*”.

Depois, mesmo serodidamente, com a recente Lei nº 14.245/2021, novas perspectivas foram trazidas para o tratamento das vítimas de crimes, especialmente nos casos de violência sexual. Ao superar um paradigma histórico de processo penal, visto somente pelo dualismo criado entre Estado e acusado, foi vedada a

⁶³ Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – a 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; [...].

⁶⁴ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação. §1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação [...]. Nesse sentido, decidiram nossos tribunais: “Reconhecida a nulidade da pronúncia por excesso de linguagem, outra decisão deve ser proferida, visto que o simples envelopamento e desentranhamento da peça viciada não é suficiente” Conforme Resp. 1575493/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016.

prática de discursos que contenham “a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos” e a “utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”, disposição, aliás, também aplicável à instrução em plenário do júri.

Portanto, dúvida alguma pode residir da necessidade de análise e do controle dos discursos no processo penal. Isso porque os discursos, que são formas de expressão e de poder, representam a mediação necessária ao alcance do conhecimento, à prática da eticidade processual, bem como à *produção de sentidos*.

A *produção de sentidos* irá refletir no resultado da causa penal (*sententia*), como também servirá para a reafirmação ou negação dos direitos que foram construídos histórica e ideologicamente, pois as manifestações dos atores processuais devem ser compatíveis com as regras, valores e princípios da ordem jurídica vigente. Por conta disso, será certo que não existirá apenas o interesse das partes envolvidas no processo, mas de toda a coletividade, pela correta interpretação e controle desses discursos.

3.3 Uma proposta metodológica de análise do discurso para o Processo Penal

A análise do discurso levará em consideração as suas regras, que são convenções normatizadas por colonizações ideológicas. Essas colonizações ideológicas se referem à mentalidade do discurso, ao seu aspecto material. Nessa perspectiva, haverá sempre uma presunção de que o discurso é controlado por um posicionamento ideológico. Da mesma forma, o discurso poderá ser observado como um mosaico em que ocorrerão diversas trocas entre produtores e intérpretes, fazendo-se pontuar aspectos como os da formação ideológica, sujeito, sentidos, história, memória, *ethos*, condições de produção e formação discursiva.

Enquanto componentes do ato de comunicação, são retratados por Charaudeau⁶⁵ a *Situação de comunicação*, que constitui o “enquadre ao mesmo tempo físico e mental em que se acham os parceiros da troca linguageira (identidade psicológica e social)” e que são ligados por um “contrato de comunicação”. Agregam-se a ela, para o autor francês, os *Modos de organização do discurso* pela finalidade comunicativa (enunciar, descrever, contar, argumentar); a *Língua*, como

⁶⁵ CHARAUDEAU, 2019, p. 68.

material verbal estruturado que possui uma forma e um sentido e, por fim, o *Texto*, como resultado material do ato de comunicação e que resulta de escolhas conscientes (ou inconscientes) feitas pelo sujeito falante, considerando-se também as categorias da língua, modos de organização do discurso e *restrições* impostas pela Situação.

Nas cenas de enunciação, portanto, observa-se que comunicar é proceder a uma encenação. Como “numa cena teatral, quando o diretor de teatro se utiliza do espaço cênico”, bem como dos “cenários, luz, a sonorização, os comediantes, o texto, para produzir *efeitos de sentido* visando um público por ele imaginado”.⁶⁶

Na situação comunicacional jurídica, agrega-se uma regra especial, a da *exigibilidade*, assim entendida por Ferraz Jr.,⁶⁷ pois as partes, interessadas no objeto do discurso serão convidadas a intervir e a adotar um comportamento discursivo ativo. Essa característica faz com que seja trazida à “situação comunicativa jurídica”,⁶⁸ para além de emissor e receptor, outra figura (terceiro receptor) capaz de exigir a informação, tornando-a *triádica*. Essa figura é a do juiz, a quem é atribuído o papel de análise e controle dos discursos judiciais durante a enunciação do processo penal.

Tal realidade é percebida em vários excertos da lei, a exemplo de quando o legislador enuncia que caberá “ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo (proibir linguagem que ofenda a dignidade da vítima)”⁶⁹ ou, como noutra hipótese, quando deverá “nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso”.⁷⁰ Portanto, pela regra de que a análise do discurso não poderá ser feita por um simples leitor, a interpretação do texto (escrito ou oral), enquanto *corpus* (objeto de análise) extraído do processo penal, exigirá várias competências do analista, enumeradas por Fiorin como linguística, discursiva, textual, interdiscursiva, intertextual, pragmática e situacional.⁷¹

⁶⁶ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 84.

⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 84.

⁶⁹ Código de Processo Penal: Art. 400-A, redação pela Lei nº 14.245/2021.

⁷⁰ Código de Processo Penal: Art. 497, V.

⁷¹ Ensina o autor: “a) competência linguística, que é a competência básica para produzir o enunciado: o falante deve conhecer a gramática (sistemas fonológico, morfológico e sintático) e o léxico de uma língua para nela produzir enunciados gramaticais e aceitáveis; b) competência discursiva, que engloba uma competência narrativa, que diz respeito às transformações de estado presentes em todo o texto e ao seu arranjo em fases de um esquema canônico que parece ser universal; uma

Interessa salientar que, quanto mais essas competências forem partilhadas entre os demais participantes do processo, melhores serão as cenas da enunciação e a compreensão dos enunciados produzidos, tanto para o enunciador como para o enunciatário do discurso.⁷² Dessa maneira, é lícito afirmar, muito embora não tenham a atribuição legal de análise do discurso judiciário, que tanto o representante do Ministério Público, quanto a defesa do acusado, deverão guardar idênticas competências exigidas da magistratura para o pleno exercício de seus papéis processuais, para poderem atestar a lisura do procedimento penal e formularem eventual impugnação em caso de violação às regras da linguagem (e, assim, ao Devido Processo Legal). Não bastasse, porque deverão ter competência situacional, por exemplo, para conhecerem a ritualística própria de uma audiência,⁷³ bem como competência interdiscursiva para saberem aferir quais discursos poderão se fazer presentes na situação comunicacional prevista para o Processo Penal.

Em virtude da competência interdiscursiva, o enunciador saberá os limites de suas manifestações para o exercício da atividade discursiva. Assim, por exemplo, o que deverá falar (ex: para que o réu ou a sociedade não fiquem indefesos), aquilo que será facultado dizer (de acordo com a estratégia processual adotada) ou mesmo o que será proibido expressar (pelas restrições legais a certos discursos).

Nessas manifestações, conforme bem observa Romero, para além da esfera estritamente textual, na fluidez discursiva dos operadores forenses e notadamente em julgamentos do júri popular, haverá elementos não verbais que dão

competência, que concerne, de um lado à tematização e à figurativização e, de outro, à actorialização, à espacialização e à temporalização, bem como aos mecanismos argumentativos, que vão da utilização dos implícitos ao uso na norma linguística adequada, das figuras de pensamento aos modos de citação do discurso alheio, dos modos de argumentação *stricto sensu* (ilustração, silogismo, etc.) aos efeitos de sentido de objetividade, de realidade, etc.; c) competência textual, que concerne ao saber utilizar a semiótica-objeto em que o discurso será veiculado (por exemplo, os processos de criação de imagens no cinema e na televisão e mesmo os procedimentos de textualização em língua natural, que decorrem do caráter linear dos significantes de seus signos); d) competência interdiscursiva, que diz respeito à heterogeneidade constitutiva do discurso; e) competência intertextual, que se refere às relações contratuais ou polêmicas que um texto mantém com outros mesmo com uma maneira de textualizar, como ocorre, por exemplo, na estilização; f) competência pragmática, que concerne aos valores ilocutórios dos enunciados; g) competência situacional, que diz respeito ao conhecimento da situação em que se dá a comunicação e do parceiro do ato comunicativo” (FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2016, p. 28).

⁷² Ainda orienta Fiorin: “todas essas competências podem ser mais ou menos comuns a enunciador e enunciatário, quanto maior a ponte de intersecção entre E1 e E2, melhor será a compreensão dos enunciados produzidos” (*Idem, Ibidem, loc. cit.*).

⁷³ Por suas regras, apenas o “sujeito qualificado” poderá participar da ordem do discurso para ocupação dos papéis processuais de sujeitos principais. Por isso, há exigências legais para o ingresso na Magistratura, no Ministério Público ou na Ordem dos Advogados do Brasil.

sentido às falas, como gestos e a postura corporal adotada pelo enunciador, que também deverão ser observados e interpretados pelo analista:

Sin duda, esta triple estructura básica del discurso es lo que nos permite que la comunicación sea plena y efectiva, y la deficiencia en uno de los tres elementos de dicha estructura dificulta y empobrece sustancialmente la consecución de nuestros objetivos comunicativos. Cualquier fallo tanto en la codificación como en la decodificación del mensaje resta competencia comunicativa. Así pues, en la fluidez discursiva de los operadores jurídicos juegan un papel fundamental los aspectos no verbales del proceso comunicativo. Se trata, por tanto, de superar el ámbito estrictamente textual y aprovechar todo el potencial comunicativo no verbal en la práctica discursiva forense. En este sentido, y lacto discursivo oral en la escena del juicio conlleva la colaboración, entre outros, de elementos como la orientación corporal del comunicador como factor de máxima relevancia, la gesticulación facial y, dentre de ella, la mirada como elemento primordial dentro del ámbito expresivo, así como la modulación de la voz del comunicador. [...] El conocimiento de las formas de comunicación no verbal (paralenguaje, kinésica y proxémica) permite a los operadores jurídicos emplearlo para apoyar su expresión verbal y dotarla de un plus de significación. Este punto es crucial para un jurado lego en la liturgia procesal, porque todo lo que recibe le influirá a la hora de tomar una decisión, pero también para el jurista pues debe saber interpretar los signos positivos y negativos de su audiencia.⁷⁴

A interpretação dos discursos judiciários, desse modo, poderá abordar práticas discursivas de diferentes naturezas, como palavras, imagens e sons, que serão analisados de acordo com a *formação discursiva* inerente aos temas debatidos.⁷⁵ Também por essa razão, o *corpus* ou material de análise não será

⁷⁴ Em tradução livre: “Sem dúvida, essa tríptica estrutura básica do discurso é o que nos permite ter uma comunicação plena e eficaz, e a deficiência em um dos três elementos dessa estrutura dificulta e empobrece substancialmente o alcance de nossos objetivos comunicativos. Qualquer erro na codificação e decodificação da mensagem reduz a competência comunicativa. Assim, na fluidez discursiva dos operadores jurídicos, os aspectos não verbais do processo de comunicação têm papel fundamental. Trata-se, portanto, de ir além da esfera estritamente textual e aproveitar todo o potencial comunicativo não verbal da prática discursiva forense. Nesse sentido, o ato discursivo oral na cena do julgamento comporta a colaboração, entre outros, de elementos como a orientação corporal do comunicador como fator de máxima relevância, a gestualidade facial e, dentro dela, o olhar como elemento fundamental dentro o alcance expressivo, bem como a modulação da voz do comunicador. O conhecimento das formas não verbais de comunicação (paralinguagem, cinésica e proxêmica) permite aos operadores do direito utilizá-lo para fundamentar sua expressão verbal e dar-lhe um sentido extra. Este ponto é crucial para um júri leigo na liturgia processual, porque tudo o que recebe irá influenciá-lo na hora de tomar uma decisão, mas também para o jurista, pois deve saber interpretar os sinais positivos e negativos da sua audiência” (ROMERO, María Amparo Valero. *La argumentación lingüística en los juicios con jurado*. España: Editora Tirant lo Blanch y Publicacions de la Universitat de València, 2018, p. 113).

⁷⁵ Conforme leciona Orlandi: “Por exemplo, a palavra ‘terra’ não significa o mesmo para um índio, para um agricultor sem terra e para um grande proprietário rural. Ela significa diferente se a escrevemos com letra maiúscula Terra ou com letra minúscula terra etc. Todos esses usos se dão em condições de produção diferentes e podem ser referidos a diferentes formações discursivas. E isso define em grande parte o trabalho do analista: observando as condições de produção e

composto necessariamente por uma frase ou sequência de frases, podendo ser representado até mesmo por um gesto, mas que será interpretado e considerado texto por ser *produto* extraído da situação comunicacional jurídica, uma produção cultural humana a ser documentada no processo judicial.⁷⁶

Diante das condições de produção e ao verificar o funcionamento da *memória*, o juiz remeterá o discurso a ser analisado à *formação discursiva* jurídica, para relacioná-lo a uma multiplicidade de discursos⁷⁷ havidos anteriormente àquele em análise, o que se dará pelo chamado *interdiscurso*. Em virtude dessa pesquisa, por força da constatação de que nenhum é verdadeiramente original,⁷⁸ o juiz irá atestar a identidade do discurso (com a de outros), já que todos nascem dessa relação interdiscursiva.

Pelo interdiscurso se encontrará a *produção de sentidos*, quando se recorda que falar é uma forma de agir, pois nas cenas da enunciação irá se apresentar o “homem político-ideológico” que, pelo discurso, irá *produzir sentidos* e interferir no mundo real. Essa consideração se mostra crucial em razão de que magistrados, representantes do Ministério Público e defensores têm obrigações legais e éticas inerentes aos seus papéis no processo e na vida em sociedade, que irão direcionar o seu agir social.

Desse modo, no discurso judiciário, será possível ouvir “vozes” anteriores de outros discursos, quando muitas não condizem com o *ethos* do Processo Penal.

verificando o funcionamento da memória, ele deve remeter o dizer a uma formação discursiva (e não outra) para compreender o sentido do que ali está dito” (ORLANDI, 2020, p. 41 – 42).

⁷⁶ Em tempos atuais, é comum o uso de tecnologias como filmagens de audiências de instrução e julgamento, sessões de tribunais e também do Tribunal do Júri. Porém, na ausência de recursos tecnológicos, todas as ocorrências de violação às regras do discurso racional deverão ser anotadas em atas relacionadas a esses atos processuais, para que se possa ter o material de análise (*corpus*) documentado no caderno processual.

⁷⁷ O discurso não adquire sentido a não ser no interior de um universo de outros discursos, através do qual ele deve abrir um caminho. Para interpretar o menor enunciado, é preciso colocá-lo em relação com todos os tipos de outros, que se comentam, parodiam, citam, cada gênero de discurso tem sua maneira de gerar as multiplicidades das relações interdiscursivas: um manual de filosofia não cita da mesma maneira nem se apoia nas mesmas autoridades que um animador de promoções de vendas (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2020, p. 172).

⁷⁸ “Somente Adão mítico, abordando com o primeiro discurso um mundo virgem e ainda não dito, o solitário Adão, poderia verdadeiramente evitar absolutamente essa reorientação mútua em relação ao discurso de outrem, que se produz no percurso do objeto (Bakhtin, em Todorov, 1981:98). Por isso, pode-se compreender a palavra diálogo em sentido amplo, isto é, não apenas como a comunicação em voz alta, de pessoas colocadas face a face, mas toda comunicação humana, de qualquer tipo que seja e toda enunciação, por mais significativa e completa que ela seja por si mesma, constitui apenas uma fração de uma corrente de comunicação verbal ininterrupta (que toda a vida cotidiana, a literatura, o conhecimento, a política etc). No entanto, essa comunicação verbal constitui, por sua vez, apenas um elemento da evolução ininterrupta de um grupo social dado” (Bakhtin e Volochinov, 1977:136) (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2020, p. 161).

Essa pontuação é de suma importância quando se recorda que o Processo Penal possui uma ritualística embrenhada de princípios e valores, que devem ser levados em consideração na ordem do discurso, por se relacionarem ao seu aspecto ideológico.⁷⁹

Nesse sentido, aquele que participa do discurso deve levar com conta, na produção de um enunciado, a existência de um código deontológico que o obriga a reconhecer aquilo que a cultura jurídica consideraria uma troca verbal honesta, composta por injunções discursivas normalmente seguidas, mas que poderão ser violadas pelo uso inadequado da linguagem pelos participantes do processo. Por isso, relacionado ao *corpus* (objeto de análise), o juiz deverá propor uma *questão* (pergunta), a ser desdobrada em outras se necessário for, para aferir se o discurso interpretado, por sua *produção de sentidos*, será aceito pelo Processo Penal em virtude de sua ideologia,⁸⁰ ou seja, por aquilo que está no *interdiscurso* e se refira às “vozes” permitidas pelo pensamento jurídico atual⁸¹ e estampado em regras processuais para o uso da linguagem, ou seja, para a prática do discurso ético e também racional.

Essa análise é de suma importância, pois conduz ao estudo e à interpretação necessária para que certos discursos sejam expurgados da “ordem estabelecida” para o processo, impedindo uma *perturbação* que poderia culminar em

⁷⁹ “Apesar das diferenças notórias, há um consenso, nos anos 60 e 70, em definir a ideologia como ‘um sistema global de interpretação do mundo social’ (Aron, 1968:375) dotado de ‘uma existência e de um papel históricos no seio de uma sociedade determinada’ (*Idem, Ibidem*, p. 172).

⁸⁰ Acerca do aspecto ideológico das normas jurídicas, bem ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. que as regras de calibragem expressam uma linguagem ideológica do jurista para unificar o sistema em razão de conflitos de normas, por exemplo. A ideologia é responsável pela imperatividade, pode determinar finalidades do sistema, permitindo controle da intenção da lei, do legislador e a sua interpretação: “A ideologia, isto é, a avaliação ideológica, através da qual podemos identificar a qualidade imperatividade do sistema normativo, sendo metacomunicativa, constitui, portanto, por assim dizer, uma pauta de segundo grau, pressupondo a existência das próprias normas. Ela calibra o sistema normativo na medida em que só por ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve possuir ele, como um todo, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em consequência, que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima” (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 141).

⁸¹ Gadamer criou o giro ontológico da hermenêutica através da linguagem, considerando que “compreender um texto não é recriar como ele surgiu, mas compreender o que ele significa”, quando os próprios pensamentos do intérprete serão usados para redespertar o significado do texto. Assim, “o caráter linguístico da compreensão é a concretização da consciência efetuada historicamente”. O caráter linguístico significa que a compreensão ocorre no meio da linguagem. Conforme ensina Lawrence K. Schmidt, “nossa consciência, que é sempre efetuada pelo passado, é concretamente aquilo que compreendemos através da linguagem, através da fusão de horizontes. Para Gadamer, como para Heidegger, a linguagem é a revelação do mundo” (SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª edição. Série Pensamento Moderno. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 169).

hipótese de julgamento contrário ao direito. Para exemplificar o exercício de análise, se, em tempos atuais, a defesa de um acusado vier a sustentar a tese de *legítima defesa da honra* em razão de adultério,⁸² ao argumento da “pureza de nossos costumes” ou em virtude da “dolorosa contingência em que ficou o marido pela traição”, o juiz da causa, enquanto também enunciário desses enunciados, imediatamente irá interpretá-los através de uma relação com outros discursos ou “vozes” que estarão no interdiscurso, para perquirir se essas manifestações estarão de acordo com as regras discursivas recepcionadas no ordenamento jurídico vigente.

Para tanto, poderá ser formulada uma questão principal e outras relacionadas à análise. Questão principal: o discurso apresentado é compatível com as regras para a prática do discurso ético e racional exigidas para o Processo Penal? Ainda: o discurso apresentado é compatível com os preceitos da Constituição Federal, notadamente com os Princípios da Dignidade Humana e da Plenitude de Defesa e, assim, poderá ser aceito no processo penal democrático do Tribunal do Júri? A tese e as falas do defensor encontram *algum* respaldo (ou vedação) no pensamento jurídico atual, de acordo com as “vozes” ouvidas nos discursos judiciais e doutrinários⁸³ que orientam o tema?

⁸² Noutra perspectiva histórica, referidos discursos foram aceitos pela ordem jurídica, como relatado na obra do advogado Dante Delmanto, em que tal posição era sustentada muitas vezes pelo próprio Ministério Público: “Nesse julgamento e no julgamento de casos idênticos, também citamos brilhante parecer de um dos mais cultos Procuradores de Justiça de nosso Estado, o doutor ÁLVARO DE TOLEDO BARROS que, em uma apelação criminal, declarou: ‘Os jurados, numa afirmação unânime, decidiram pela absolvição, reconhecendo a legítima defesa própria; mas o Promotor Público, pensando de modo diverso, avançou que a legítima defesa não é possível para o caso em debate. Coloco-me, francamente, ao lado da defesa. Os nossos costumes — que Deus sempre os conserve — e até o espírito do legislador que fixou em termos dessa justificativa, permitem o reconhecimento da mesma quando há o adultério. Julgar de outro modo e sustentar uma condenação é contrariar a nossa índole e a pureza de nossos costumes. É, também, impossibilitar a defesa do marido que a desgraça deixou em tão dolorosa contingência, e para o qual, afastada a hipótese, outra não lhe resta para pleitear a absolvição” (Rev. Tr., v. 156, p. 506) (DELMANTO, Dante. *Defesas que fiz no júri*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 49).

⁸³ “O que certamente não se deve tolerar jamais é a prática do homicídio contra o cônjuge adúltero como forma de ‘reparar’ a honra ofendida, pois há evidente desproporcionalidade entre a injusta agressão e a reação. Encontra-se importante passagem em acordão citado por Marcello Jardim Linhares, apregoando ser inadmissível que se possa ‘lavar’ a alvura da honra masculina, tingindo-a no sangue de uma vida, que nem por mal vivida é vida que nos pertença. Não se pode tolerar que o homicídio por adúltero passe a ser, contra a tradição civilizadora do país, ‘contra toda a doçura de nossos foros jurídicos’, o único delito punido com pena de morte. E morte infligida não pelo Estado, através das garantias e conseqüências do processo judicial, mas morte imposta pelo ofendido, sem forma e figura de juízo, num pretório de paixão, em que falam, apenas, as vozes cegas da cólera e da vingança” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 262).

Ao recorrer a esse exercício de *memória* da cultura jurídica (interdiscurso), qualquer juiz irá obviamente recordar que o discurso da “legítima defesa da honra” é absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico, inclusive pela manifestação expressa de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no *sentido* de que ofende a Dignidade Humana e deve ser considerado “atécnico e extrajurídico”, por corresponder a “um recurso argumentativo e retórico odioso, desumano e cruel”.⁸⁴

Outro aspecto a recordar é que a linguagem tem opacidade, ou seja, nem sempre o discurso perturbador (antiético, irracional) será produzido de um modo direto, claro, objetivo. Por essa razão, a técnica de análise do discurso, diferentemente de uma simples leitura gramatical ou literal do texto, servirá à interpretação dos enunciados, daquilo que não foi dito, mas está implícito nas manifestações e de sua produção de sentidos, pois a violação às regras do discurso poderá ser percebida, ainda que indiretamente.⁸⁵

Aliás, numa realidade como essa, será considerada pelo juiz a ausência de *competência interdiscursiva* para o enunciador do discurso, o que desautoriza a sua participação na situação comunicacional jurídica. A melhor solução para a prática de discurso irracional em plenário do júri estará em interromper a sessão de instrução e julgamento para declarar o acusado indefeso⁸⁶.

⁸⁴ ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 779.

⁸⁵ Nesse sentido, foi a decisão do Ministro relator Dias Tofoli, na ADPF 779-DF, posteriormente referendada pelo Plenário para: “(iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento [grifo nosso]”.

⁸⁶ Mesmo antes da alteração do procedimento do Júri pela Lei 11.689/2008, o entendimento prevalente era de que o juiz não poderá intervir durante os debates, mas somente após, notadamente se qualquer dos jurados necessitasse de novos esclarecimentos ou lendo os quesitos e explicando a significação de cada um, conforme antiga previsão do disposto nos artigos 478, caput, e seu parágrafo único e 479 revogados. Portanto, se for para intervir durante os debates, deverá declarar o acusado indefeso, interrompendo a sessão de julgamento. João Gualberto Garcez Ramos assim explica: “Está fixado que há consequências penais para a utilização criminosa dos debates orais pelas partes. *Quid iuris* se qualquer delas fizer pronunciamentos inexatos, ou mesmo mentir para os jurados? Pode o juiz togado interferir em qualquer das fases dos debates, esclarecendo os jurados de que aquela afirmação é imprecisa ou mesmo inverídica? Para uma resposta, o primeiro dado a ser considerado é o da destacada posição do juiz-presidente, a qual, aliada à sua condição de imparcialidade, poderia conferir credibilidade insuperável às suas afirmações, virtualmente condenando ao fracasso a tese da parte por elas contrariada. Admitir hipóteses amplas de intervenção do juiz nos debates é assumir riscos de vulnerar direitos e garantias individuais ou de inviabilizar a aplicação da lei penal. Contudo, e embora o juiz-presidente deva velar para que os jurados estejam perfeitamente esclarecidos no momento de julgar, seu prestígio desproporcionalmente maior do que o das partes técnicas faz com que qualquer intervenção sua nos debates seja potencialmente deletéria. Admitir intervenções, deixando-as ao sabor da maior ou menor habilidade ou refinamento do juiz-presidente é simplesmente imprudente”.

Já com relação à fase do sumário da culpa, eventuais perguntas que sejam alusivas aos discursos proibidos devem ser vedadas; bem como, petições com idênticas manifestações desentranhadas do caderno processual e desconsideradas na sentença ou em quaisquer decisões a serem prolatadas no caso penal.⁸⁷

(RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 333)

⁸⁷ Em ambos os casos, poderá ser o acusado declarado indefeso, por ausência de uma defesa técnica plausível, pela aplicação subsidiária do artigo 497, V, do Código de Processo Penal. Deverá o juiz oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil para a adoção de providências legais pela incapacidade técnica (Art. 34, inciso XXIV, Lei nº 8.906/94).

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O *ETHOS* DO PROCESSO PENAL: DISCURSOS PERMITIDOS E DISCURSOS PROIBIDOS

O Processo Penal tem princípios, garantias e valores que o tornam uma forma de “direito constitucional aplicado”, havido em procedimento contraditório, dialogado e, portanto, democrático. Por se tratar de um “lócus argumentativo”⁸⁸ instituído na perspectiva do Estado Democrático de Direito⁸⁹, faz-se não apenas possível, como necessária, a análise e o controle de seus discursos, na perspectiva de seu próprio *ethos*, a ser trilhada por todos participantes das cenas de seu procedimento.

Ao se recordar que falar é uma forma de agir no mundo para produzir sentidos e interferir na história, percebe-se que não poderão ser admitidos discursos no sistema comunicacional do processo penal que atentem contra valores e princípios constitucionais e legais, construídos historicamente para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária. Discursos são expressões de poder, não sendo possível a imposição de um “poder paralelo”, irracional e antidemocrático, pela intromissão de discursos em ritualísticas penais que possam atentar contra direitos humanos ou para veicular a *cultura do ódio*, em afronta à *ideologia* e à cultura jurídica legitimamente instituída.

Assim, embora existam diversas variações e considerações acerca do *ethos*, Aristóteles o concebia nas virtudes morais do orador (prudência, virtude e benevolência)⁹⁰ e por uma “dimensão social, na medida em que o orador convence

⁸⁸ Bem observa Eugênio Pacelli: “Assim, o processo assume contornos de um verdadeiro *lócus* (lugar) argumentativo, no sentido de tornar possível o sonho pós-positivista de que a decisão judicial não seja obra única daquele que detém a autoridade para fazê-lo. É dizer: o juiz não pode e *não deve* decidir *segundo suas preferências e convicções pessoais*, mas, sim, a partir do diálogo e da interlocução mantida no processo com as partes. Com isso, obtém-se algo mais próximo do que, em doutrina, se afirma tratar-se do *justo processo*, encerrado por uma decisão democraticamente construída [grifos nossos]” (PACELLI, Eugênio. *Código de Processo Penal*. 21ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017, p. 316).

⁸⁹ Conforme bem pondera João Gualberto Garcez Ramos, há um caráter pedagógico a ser ressaltado, de aprendizagem de cidadania na audiência criminal: “Em qualquer dos casos, é politicamente saudável que o Estado estimule, o quanto possível, que provas orais sejam produzidas em audiência, de maneira pública e contraditória. Em primeiro lugar, para possibilitar que a administração da justiça seja convenientemente fiscalizada pela sociedade. Em segundo, para ensejar uma *aprendizagem de cidadania* ao maior número possível de pessoas leigas. Isso se faz através do Júri, como através das testemunhas, que diretamente participam da relação processual penal”. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 251)

⁹⁰ Segundo Aristóteles, seriam éticas necessárias para obtenção de persuasão: *phrónesis* (prudência), *areté* (virtude) e a *eunóia* (benevolência).

ao se exprimir de modo apropriado a seu caráter e a seu tipo social”.⁹¹ Também sustentado na perspectiva de caráter, ainda no período antigo, Cícero definia o bom orador como o “*vir boni dicendi peritus*”, um homem a reunir “o caráter moral e a capacidade de bem manejar o verbo”.⁹²

Nas teorias contemporâneas da argumentação, surgiram novas perspectivas acerca do *ethos*, como aquelas idealizadas por Chaim Perelman, quando ressaltou a necessidade de o orador se adaptar a seu auditório, “de construir uma imagem confiável de si em virtude das crenças e valores daqueles que o ouvem”.⁹³

Em Pragmática, Ducrot⁹⁴ entendeu o *ethos* enquanto imagem ligada ao locutor, que se localiza na fonte de enunciação e “se vê travestido de certos caracteres que, em consequência, tornam essa enunciação aceitável ou indesejável”.⁹⁵ Já para a Análise do Discurso, o *ethos* se desenvolve em relação às cenas da enunciação, “quando cada gênero do discurso comporta uma distribuição pré-estabelecida de papéis que determinam a imagem de si do locutor”.⁹⁶

Embora não se desvincule totalmente do pensamento aristotélico, Maingueneau, expoente da análise do discurso francesa, desenvolveu importantes referenciais com relação ao *ethos*:⁹⁷

- o *ethos* é uma noção discursiva; ele se constitui por meio do discurso, não é uma “imagem” do locutor exterior à fala; - o *ethos* é fundamentalmente um processo *interativo* de influência sobre o outro; - o *ethos* é uma noção fundamentalmente *híbrida* (sociodiscursiva), um comportamento socialmente avaliado, que não pode ser apreendido fora de uma situação de comunicação precisa, ela própria integrada a uma conjuntura sócio-histórica determinada.

Por ser o comportamento avaliado e apreendido dentro de uma situação comunicacional com regras próprias, haverá diversas possibilidades de *ethos*, cada

⁹¹ CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2020, p. 220.

⁹² AMOSSY, Ruth (Org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. 2ª edição. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016, p. 18.

⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 19.

⁹⁴ Oswald Ducrot (1930), linguista francês que desenvolveu uma teoria da argumentação da língua (gem), ao lado de Jean-Claude Anscombe. É, atualmente, professor (*directeur d'études*) na École des Hautes Études em Sciences Sociales em Paris.

⁹⁵ CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2020, p. 220.

⁹⁶ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ MAINGUENEAU, Dominique. *Cenas da Enunciação*. Organização de Sírio Possenti e Maria Cecília Pérez de Souza-e-Silva. São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 63.

qual com as suas particularidades, como se dará naquele específico para a seara do Processo Penal.

Numa interseção da sociologia com a pragmática, Ruth Amossy recorda a visão contemporânea pela qual o *ethos* tem construção linguageira e também *institucional*, pois, do ponto de vista sociológico, a força ilocutória das expressões (*illocutionary force*) não pode ser encontrada apenas nas próprias palavras, já que deriva da função social do locutor e seu discurso. Assim, surge o locutor como “porta-voz autorizado” de determinado grupo, detentor de um “capital simbólico” acumulado (como no caso do padre, professor universitário, escritor, médico, juiz, promotor de justiça, advogado etc.). A eficácia da palavra, pois, não dependerá apenas do que ela enuncia, mas principalmente de quem a enuncia, fazendo emergir o discurso de autoridade.⁹⁸

Vale destacar que o *ethos*, na medida de “imagem de si no discurso”, também é pré-constituído no processo penal em razão do “capital simbólico” historicamente construído pela Magistratura, Ministério Público e Advocacia no ideário social, quando argumentos de autoridade, em violação às regras do discurso, se fazem recorrentes na prática judiciária pelo apoderamento indevido da força ilocucionária advinda dessa representação simbólica, especialmente em julgamentos do júri popular. Essas considerações revelam a importância de um exercício dos papéis processuais nos parâmetros de integridade (deontológicos) e em conformidade com as responsabilidades legais e “contratuais” alusivas às cenas do discurso, previstas para se alcançar a lisura de qualquer procedimento penal.

Nesse sentido, é importante lembrar a lição de Miguel Reale,⁹⁹ ao afirmar a correlação essencial entre o *dever* e a *liberdade* que caracteriza o mundo ético, “que é o mundo do dever ser, distinto do mundo do ser, onde não há deveres a cumprir, mas *previsões que têm de ser confirmadas para continuarem válidas*”. Assim, sustenta a estrutura da norma ética, “como um juízo de dever ser, mas isso significa que ela estabelece, não apenas a direção a ser seguida, mas também a medida da conduta considerada lícita ou ilícita”.

Por tal razão, haverá violação ao *ethos* do processo penal quando os atores processuais descumprirem os preceitos relacionados à prática do discurso ético. Será o caso, por exemplo, de infração ao disposto no artigo 478 do Código de

⁹⁸ AMOSSY, 2016, p. 120 e 121.

⁹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

Processo Penal,¹⁰⁰ que proíbe a utilização de “argumentos de autoridade” em plenário do júri ou mesmo em situações preconizadas pelo artigo 474-A do mesmo *códex*,¹⁰¹ quando o legislador coibiu “a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas de crimes”.

Deve-se sobrelevar o caráter emancipatório das regras de linguagem, quando, no sentido de se adimplir uma dívida histórica a contemplar maior proteção a direitos humanos das vítimas de crimes, foi criado novo regramento para seu tratamento, participação e comunicação no processo penal.

Conforme recorda Scarance,¹⁰² para impedir a revitimização de ofendidos, a Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas de Crimes e Abuso de Poder (adotada pela Organização das Nações Unidas na 96ª Sessão Plenária, pela Resolução 40/34) já exigia o seu tratamento “com a compaixão e respeito pela sua dignidade”.

De acordo com esse construto histórico e no propósito de se evitarem sequelas e sofrimentos para além daqueles advindos da infração penal, em razão de simetria de garantias já previstas para acusados,¹⁰³ há de se conceber a inauguração de novos parâmetros comunicacionais para as vítimas no Processo

¹⁰⁰ Art. 478. 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.

¹⁰¹ Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

¹⁰² SCARANCE, Valéria. A vítima no processo penal: direito à proteção e não revitimização. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume I. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 681.

¹⁰³ Na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, e em todo o seu diploma, não prevê “garantias judiciais” em favor das vítimas de crimes, o que também infelizmente ocorre com a Convenção Americana de Direitos Humanos e Europeia de Direitos Humanos. Contudo, conforme salientam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, as Cortes supranacionais vêm reconhecendo tais direitos: “Conquanto as Convenções Europeia e Americana de direitos humanos não mencionem explicitamente a vítima de crimes, na jurisprudência das respectivas cortes supranacionais, sobretudo no âmbito do Tribunal de Estrasburgo, mas também no Tribunal de San José, a tutela da vítima é tema recorrente e digno da máxima atenção. Em particular, o reconhecimento das obrigações processuais positivas relacionadas à tutela das pessoas ofendidas é cada vez mais frequente nas sentenças da Corte europeia de direitos humanos” (FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 105).

Penal, incluindo-se não somente a proibição de discursos ofensivos à sua dignidade,¹⁰⁴ para incluir-se, nessa perspectiva, a possibilidade de dispensá-las de comparecer a atos processuais¹⁰⁵ e, bem como, o direito ao silêncio, especialmente nos casos em que as provas de autoria e materialidade do crime puderem ser produzidas por outros meios.¹⁰⁶

Nesse sentido, importa reforçar que, antes de legal, trata-se de dever ético e conjunto, de juízes, promotores de justiça e advogados, o de velar pela integridade e dignidade das vítimas que estão a viver os infortúnios de um processo penal, o que, aliás, sempre foi a senda dos grandes juristas.¹⁰⁷

Nada obstante, em perceptível engajamento para se aprimorar as regras de linguagem, em constante busca da prática do discurso racional e ético no processo penal, viu-se o Projeto nº 3890/2020, em trâmite na Câmara dos

¹⁰⁴ É certo que muitos irão sustentar que a vedação a certos discursos implicará em prejuízo à Ampla defesa de acusados, em retrocesso às garantias do Processo Penal, o que não é verdade. Nesse momento, conforme bem descreve Albert O. Hirschman, é que surge a tese contrária, a “tese da perversidade”: “Trata-se, à primeira vista, de uma ousada manobra intelectual. A estrutura do argumento é admiravelmente simples, ao passo que a afirmação que se faz é um tanto extrema. Não se afirma apenas que um movimento ou política não alcançará sua meta, ou ocasionará custos inesperados ou efeitos colaterais negativos: em vez disso, diz o argumento, a tentativa de empurrar a sociedade em determinada direção fará com que ela, sim, se mova, mas na direção contrária. Simples, intrigante e devastador (se for verdadeiro), o argumento tem-se revelado popular entre gerações de ‘reacionários’, além de ser bastante eficaz com o público em geral. Nos debates atuais, ele é frequentemente invocado como o efeito contraintuitivo, contraproducente ou, mais diretamente, perverso de alguma política pública ‘progressista’ ou ‘bem-intencionada’” (HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 22 – 23).

¹⁰⁵ A condução coercitiva da vítima tem previsão legal no artigo 201, § 1º, do Código de Processo Penal, sendo aceita pela jurisprudência atual dos Tribunais Superiores. No Enunciado 12 (005/2012) do COPEVID (Comissão Permanente de Enfrentamento à Violência Doméstica), chegou-se a entender pela inadmissibilidade de condução coercitiva nos casos em que a vítima se retratasse antes do recebimento da denúncia (art. 16, Lei nº 11.340/06), em razão de sua vulnerabilidade. A propósito, Guilherme Madeira compreende que, embora possa haver a sua condução coercitiva, “há necessidade de que se obtenha a concordância da vítima para que seja tomado o seu depoimento” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 737).

¹⁰⁶ Tais como avaliação multidisciplinar, prova documental, testemunhal etc.

¹⁰⁷ Como na passagem de Antonio Evaristo de Moraes, contada por Roberto Lyra: “Como adversário, posso dizer, insuspeita e cientemente, sobre os grandes defensores. [...] Evaristo sabia falar e, o que é, muitas vezes, mais importante e útil, sabia calar [...] Tudo o que sei de ciência própria atesta lealdade, escrúpulo, nobreza. Como promotor num processo de estupro, pedi-lhe que poupasse a ofendida, menor pobre, doente, ignorante, evitando perguntas sobre certos aspectos do caso. Lembrei o grosseiro sadismo da assistência. Seu cliente era um comerciante rico e, certamente, estranharia a aparente incúria. Outros exibiriam os ‘serviços’. Mas Evaristo fez mais do que eu solicitei: desistiu da reinquirição. Um advogado de sua grandeza dispunha de outros recursos para o cumprimento do dever” (LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2015, p. 35).

Deputados, para instituir o “Estatuto da Vítima”,¹⁰⁸ com procedimentos para se evitar a vitimização secundária, ao prever garantias como o “direito de ser ouvida por videoconferência ou teleconferência como estratégia preventiva a vitimização secundária”, “a participação de conferência por intermédio de vítima substituta”¹⁰⁹ e bem como a vedação da oitiva reiterada da vítima quando o depoimento já estiver guardado em mídia digital.¹¹⁰

Para além das hipóteses legais, de idêntico modo irá configurar-se a violação ao *ethos* do processo penal quando se fizerem enunciados ou manifestações em total desconformidade com os princípios convencionais e constitucionais, enquadrando-se tal realidade pela encenação de discursos discriminatórios para insultar pessoas ou grupos de pessoas, por exemplo, em razão de raça,¹¹¹ cor, origem, gênero ou orientação sexual, como se dá nos denominados “discursos de ódio” (*hate speech*).

Aqui, é importante perceber que nenhuma tolerância poderá subsistir a contemplar a prática de *excessos de linguagem* em favor de uma pseudo “liberdade de expressão” ou poder/dever de julgar,¹¹² acusar ou defender, para uma “ampla

¹⁰⁸ O Estatuto da Vítima se trata de providência necessária e não é novidade em outros países, como no Processo Penal europeu (Portugal, Itália, Espanha). No Brasil, as ações que desencadearam a idealização do Estatuto se deram inicialmente no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos – Projeto Avarc, com prolongamento para outras instituições estatais e sociais.

¹⁰⁹ Art. 9º. A vítima tem direito a informação que permita a tomada de decisão quanto a participação em procedimentos extrajudiciais e de saúde decorrentes do evento traumático e, especialmente: VI – optar pela participação de conferência vítima ofensor diretamente ou por intermédio de vítima substituta.

¹¹⁰ Art. 17. A oitiva da vítima e sua eventual submissão a exame médico ou psicológico devem ser realizadas sem atrasos injustificados, devendo ser evitada a sua repetição. Parágrafo único. É vedada a realização de novas oitivas de vítimas cujo depoimento se encontra registrado em mídia digital, devendo ser atribuído valor probatório pleno aos depoimentos colhidos sem vícios formais e, no caso de repetição, as perguntas devem ser direcionadas ao esclarecimento de dúvidas ou fatos novos.

¹¹¹ Conforme descreve Claudia Maria Dadico: “No que tange ao ódio racial, por exemplo, é sabido que meses depois da abolição da escravidão, antes que os negros recém-libertos conseguissem encontrar meios de subsistência e moradia, o Código Criminal de 1890 passou a punir criminalmente condutas de insurreição, vadiagem e capoeiragem, além da prática de espiritismo, na magia, sortilégio e curandeirismo, direcionadas à criminalização da população negra, orientação que permaneceu na Lei de Contravenções Penais, como ‘profilaxia social’. Também o final do século XIX foi marcado pelo pensamento criminológico de Nina Rodrigues, responsável pela tradução das teorias do Classicismo Italiano de Cesare Lombroso e adaptação para a realidade racial brasileira, defendendo a inferioridade negra, assimilando-as aos estágios de desenvolvimento infantil” (DADICO, Claudia Maria. *Crimes de ódio: diálogos entre filosofia política e o direito*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 135).

¹¹² É interessante perceber, assim como se deu com a tese da legítima defesa da honra, que, em razão da evolução da própria sociedade e do pensamento jurídico reinante (ideologia do Direito), certos discursos vêm sendo paulatinamente expurgados da prática judiciária. Neste excerto do brilhante Tribunal de Justiça de São Paulo, já que editado em contexto histórico absolutamente

defesa” ou “plenitude de defesa” ao arrepio de sua leitura constitucionalmente adequada.

Não há como justificar a prática de discursos que ofendam aos primados da democracia processual e da Dignidade Humana,¹¹³ que na arquitetura da Constituição Federal se mostra como metaprincípio norteador de toda a fundamentação, orientação e aplicação do direito material e processual pátrio.¹¹⁴

A propósito, Marco Antonio Marques da Silva sentencia que “o mundo vem lutando para que a dignidade humana se realize por completo, tornando-se um autêntico paradigma ético”.¹¹⁵ Ressalta, sobretudo, que “os direitos nela inscritos constituem hoje um dos mais importantes instrumentos de nossa civilização, visando assegurar um convívio social digno, justo e pacífico”.¹¹⁶

Em idêntica forma, Jorge Miranda obtempera “o papel insubstituível reservado à história na verificação da variedade de condições de realização dos direitos da pessoa”,¹¹⁷ quando se viu momentos de experiências, crises e também percursos de novos avanços. Assim, muito embora a concepção religiosa e filosófica do “homem criado à imagem de Deus” se remonte a um passado mais distante,¹¹⁸

diverso daquele visto em dias atuais, teríamos um exemplo daquilo que agora se reconhece como discurso de ódio: “Não existe a menor dúvida que o homossexual é um psicopata, ou seja, indivíduo que em virtude de mórbida condição mental tem modificada a juridicidade de seus atos e de suas relações sociais. Não se pode vislumbrar, pois, na sua atitude, tentando contra a vida daquele com quem vivia amancebado, assim agindo por ciúme, um delito cometido por motivo torpe” (TJSP – AC – Rel. Weiss de Andrade – RT 463/329) (FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Volume 1. Tomo II. Parte Especial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.861).

¹¹³ Título I – Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...].

¹¹⁴ Obviamente, também no plano internacional: **Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão**: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Da mesma forma, a **Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece obrigação similar em seu artigo 13, item 5**: “a lei deve proibir toda a propaganda a forma da guerra, bem como toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime e à violência”.

¹¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 225.

¹¹⁶ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 73.

¹¹⁸ Destaca-se a obra intitulada “A dignidade do homem”, escrita por Giovanni Pico (renascentista italiano e conde de Mirandola), em 1486, em língua latina, com título inicial de “*Oratio Elegantissima*” (discurso elegantíssimo) alterado para “*De Dignitate Hominis*” (*Sobre a dignidade do homem*), que prevalece até os dias atuais. Para alcançar a láurea mais cobiçada dos intelectuais da época, Pico propôs-se a defender diante da corte papal, em Roma, um elenco de teses que versavam sobre temas do conhecimento humano, “para mostrar que o homem é livre e capaz de moldar a própria imagem” (MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. [Título

somente a partir do século XVIII, inspiradas nas ideias de Kant,¹¹⁹ as primeiras Constituições modernas se preocuparam em explicitar a dignidade humana como ideia e valor inseparável dos direitos fundamentais.

Desse modo, sem desconsiderar que a *Liberdade de Expressão* tenha assumido substancial importância para a construção do próprio conceito de dignidade humana, tanto que a fez integrar diversas constituições com *status* de direito fundamental,¹²⁰ a sua concepção, em moldes liberais, a permitir o discurso de ódio como manifestação legítima, não se amolda aos padrões do Estado Social e Democrático de Direito.¹²¹

Na perspectiva do Estado Social, quando são consideradas as assimetrias sociais, manifestações de pensamento em vistas a humilhar grupos vulneráveis ou minoritários devem ser repudiadas e proibidas, pois representam modos de agir para impedir o exercício da cidadania por todos, especialmente daqueles que não têm *poder de fala*.

Aliás, conforme ensina Paulo Bonavides, tais manifestações contrárias ao próprio Estado Social são típicas de uma visão neoliberal do Direito, trasladada de

original: *Oratio de Hominis Dignitate*]. Tradução, comentários e notas de Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008, p. 56 – 57).

¹¹⁹ Fundamentação da Metafísica dos Costumes: “O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe com o fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nos que se dirigem a ele mesmo como nos que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim”. O imperativo prático: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (MIRANDA, *op. cit.*, p. 73).

¹²⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...].

¹²¹ O tema mostra tratamento diferenciado em várias culturas e países, conforme exemplo de João Trindade Cavalcanti Filho: “Os negros devem ser mandados de volta para a África, e os Judeus devem ser mandados de volta para Israel”. ‘Não havia tecnologia suficiente para se utilizarem de câmaras de gás em Auschwitz’. ‘Vamos dar algum desconto, porém, aos alemães, pois, se houve um Holocausto, este foi com seu povo’. O que essas três absurdas afirmações têm em comum? Por que são tratadas pelo Judiciário de cada país de maneira tão distinta? [...] Todas são ocorrências do que se convencionou chamar de “discurso de ódio” (*hate speech*): o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas. A primeira frase, proferida por um membro da Ku Klux Klan em rede de televisão nos EUA, foi considerada mero e regular exercício da liberdade de expressão (caso *Brandenburg vs. Ohio*). Já os autores das duas últimas foram punidos, criminal e administrativamente. A segunda frase, de autoria do “historiador revisionista” inglês David Irving, justificou a proibição pelo Judiciário alemão de uma convenção neonazista (caso *Auschwitz Lie*). A terceira afirmação, de autoria de outro “historiador revisionista”, só que brasileiro (Siegfried Ellwanger Castan), custou-lhe uma condenação criminal mantida pelo Supremo Tribunal Federal (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17 – 18).

uma reengenharia política e social de índole reacionária e dissolvente dos absolutismos de direita e de esquerda, uma verdadeira tentativa do triunfo da injustiça quando “os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoreando os privilégios e concentrando o capital para perpetuar uma ditadura social dos poderosos”.¹²²

Portanto, os direitos de liberdade de expressão, também garantidos constitucionalmente enquanto postulados da autodeterminação, encontram limites no ordenamento jurídico em razão de que sua fruição deverá estar em conformidade com o interesse da coletividade.

Conforme pondera Celso Lafer,¹²³ a matéria traz uma complexidade própria em razão de que o “conceito do discurso de ódio é um conceito aberto, sendo um problema para o juiz” que, num caso concreto, precisa tomar uma decisão lastreada num conceito “guarda-chuva”. Assim, salienta que a construção da matriz de variáveis e a percepção dos múltiplos destinatários desse discurso (alvo), impactados negativamente pela mensagem, inserem-se no âmbito da *pragmática jurídica*,¹²⁴ que se dedica ao exame da conexão situacional no qual os signos, em especial a palavra e os símbolos, são usados.

Por não existir visão fechada acerca do conceito,¹²⁵ tem-se maior possibilidade de proteção das camadas vulneráveis pelo controle desses discursos pela autoridade judiciária, que deverá proceder à análise dos enunciados de modo situacional, aferindo a necessidade de sua proibição. Dessa maneira, tem-se que os discursos de ódio não poderão ser ouvidos na situação comunicacional do processo penal em virtude do interesse coletivo de desenvolvimento da cultura da paz, do bem comum e da distribuição de uma justiça igualitária.

¹²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 20.

¹²³ GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. 1ª edição. São Paulo: Almedina, 2020, p. 19.

¹²⁴ Conforme salienta em complemento o ilustre professor: “Refiro-me assim ao campo de conhecimento jurídico, pioneiramente inaugurado entre nós por Tercio Sampaio Ferraz Jr” (*Idem, Ibidem, loc. cit.*).

¹²⁵ “o discurso do ódio mais comumente contempla todas as manifestações do pensamento por mensagens e expressões, de conteúdos racistas, xenófobas, homofóbicas, misóginas entre outras variáveis, que tenha o intuito de insultar, discriminar e estigmatizar, desqualificar, gerar violência ou humilhar determinado grupo como um todo e os indivíduos vinculados ao mesmo. Ou seja, há uma valoração negativa, na qual o indivíduo que profere discriminações e estigmatizações intencionalmente, tem como objetivo central negar um estatuto de igualdade aos seus destinatários, cerceando, por conseguinte, a igual dignidade da pessoa humana” (ARAÚJO, Natália Ramos Nabuco de. *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 46).

Por outro lado, ao extrair a possibilidade dos *discursos proibidos* (que ferem preceitos legais, constitucionais e convencionais relacionados à prática do discurso ético) a Lei nº 11.689/2008, ao modificar o procedimento do júri para incluir o quesito genérico de absolvição,¹²⁶ trouxe novas possibilidades de enunciação para a situação comunicacional de seus julgamentos, que podem ser chamados de *discursos permitidos*, vez que arrazoados em critérios legais e também supralegais, sendo admitidos implicitamente pelo ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, o legislador ordinário, inspirado no Princípio Constitucional da Plenitude de Defesa, levou para o cenário do júri a possibilidade de sustentação de teses supralegais, quando são abordados aspectos sociais, culturais, políticos e até religiosos para invocar a clemência, o perdão social do acusado, contemplando a possibilidade de absolvição por razões humanitárias,¹²⁷ desde que atendidos os preceitos do discurso ético.¹²⁸

¹²⁶ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: [...] § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

¹²⁷ Por causa supralegal, não prevista legalmente, como excludente de ilicitude ou dirimente de culpabilidade, mas que são implícitas ao ordenamento jurídico penal em análise teleológica e vertical em vista do Princípio constitucional da Dignidade Humana. Trata-se do perdão social do acusado, a sua clemência pelo Júri. Guilherme Nucci, ao analisar o tema das “Teses defensivas envolvendo excludentes supralegais de Direito Penal”, além da clemência, acrescenta as possibilidades de *inexigibilidade de conduta diversa*, o *excesso exculpante* e o *excesso accidental* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 586 – 587).

¹²⁸ Exemplo de *discurso permitido*, que se amolda ao pedido de perdão social ou clemência (absolvição por causa supralegal), é extraído do caso narrado na obra de Roberto Lyra: “O que preocupava Costa Pinta era predispor o Júri à compreensão e, daí, à tolerância. Considerava o quesito simples meio para colher a boa vontade que legalizaria a sedução intelectual. Sua eloquência tirava toda a forma da simplicidade dos argumentos, da flagrância dos quadros quotidianos, do calor da simpatia humana. E isto tinha uma grandeza aliciante e persuasiva. Suas principais qualidades: o imprevisto da tese, o método de exposição do fato, o desgaste psicológico do acusador”. “Uma das acusações mais difíceis para mim foi a que me parecera mais fácil – contra o ‘negro Basílio’. Limitei-me a ilustrar a narração do fato e à leitura da folha dos antecedentes do acusado. Afirmei aos jurados: ‘Palavras, pro mais longas e vigorosas, não equivalem ao fato e ao passado do acusado que apontam para o máximo de pena e a extrema reprovação social’. Esperava julgamento rápido, pois o réu fizera carreira do crime. Costa Pinto começou assinalando que eu perseguia o ‘negrinho’ (menção à compleição franzina) em nome da sociedade, que depois de tantas desventuras, sofria mais aquela, a de ser acusado por um professor e defendido por um ex-estivador sem letras e recursos. Pediu que o júri não condenasse o réu pelas fraquezas do advogado. Perguntou como a sociedade tratara o ‘negrinho’ e respondeu com o histórico dos processos extraindo dele um martirólogo, desde a meninice do réu, quando órfão, doente, jogado à rua ‘como cão sem dono’ fora condenado por vadiagem [...] Transformou o autor covarde em vítima desgraçada. Os jurados acompanhavam as palavras do advogado com emocionada e grave atenção. Cada um deles sentia um pouco de remorso [...] por fim pediu a absolvição para que o ‘negrinho’ pudesse começar a viver, agora sem a experiência precoce de todas as dores [...]. Precisei replicar com energia, esgotando o tempo e empregando todas as minhas possibilidades. E o Júri não foi além de seis anos de prisão celular (hoje, reclusão)” (LYRA, 2015, p. 38 e 39).

Acerca dessa visível contradição, das teses supralegais com os critérios estritamente legais de isenção de responsabilidade penal, ou seja, das restrições impostas pela racionalidade de uma dogmática penal alemã importada na América Latina, recorda-se a lição de Zaffaroni,¹²⁹ ao considerar a necessidade de o *direito penal humano*¹³⁰ atual propor uma intervenção das agências jurídicas que vise a melhorar uma realidade social defeituosa e, assim, “confrontar-se-á com o *direito penal desumano* que racionalize os obstáculos a essa iniciativa”. Por conseguinte, o *direito penal humano* deverá ser “crítico, partidário e de luta (não de guerra, porque não nega a condição de pessoa a ninguém)”.

Por outro lado, os *discursos permitidos*, ao contrário do que se possa imaginar, não contrariam preceitos legais, em razão de que as mudanças legislativas criaram um sistema híbrido para julgamentos do júri brasileiro, quando a absolvição do acusado poderá ser pautada em teses legais¹³¹ sustentadas pelas provas dos autos, ou supralegais, baseadas no “dever de prova do orador”, ou seja, de se submeter e respeitar as regras do discurso para se alcançar a prática do discurso racional (na situação procedimental prevista) e ético (respeitando-se os limites e as possibilidades de manifestações impostas pelo *ethos* do processo penal).

Nem todos os casos da vida se amoldarão a um sistema fechado, extremamente racionalizado e cartesiano, motivo pelo qual esses *discursos permitidos* em plenário do júri não estarão a colidir com o *ethos* e os princípios convencionais, constitucionais e legais relacionados ao processo penal democrático, por força de sua simetria com os primados de um direito penal humanitário.

¹²⁹ Considera o autor que “a dogmática penal alemã também tem um história que deve ser conhecida, pois, do contrário, não saberemos que política, ideológica e filosoficamente, na verdade, o que importamos”. [...] Ressalta que a dogmática penal alemã sofreu influência dos anos de 1933-1945, quando se teve “o discurso jurídico-penal de legitimação genocida mais finamente elaborado de todos os tempos, cujo nível de racionalização teórica não pode comparar-se com nenhum outro” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. 1ª edição. Florianópolis, SC: Tirant Lo Banch, 2019, p. 24).

¹³⁰ Considera Zaffaroni que “a positivação dos Direitos Humanos a partir de 1948 impõe a todo direito a sua reelaboração teórica conforme marco normativo jus humanista, quer dizer, a construção doutrinária de um direito humano em sentido objetivo e, por conseguinte, em nossa matéria, a de um direito penal humano” (ZAFFARONI, 2019, p. 23).

¹³¹ De acordo com os substratos do crime: excludentes de ilicitude, dirimentes de culpabilidade.

5 PRECEDENTES JUDICIÁRIOS DE ANÁLISE DO DISCURSO NO PROCESSO PENAL DO JÚRI

Os tribunais brasileiros, mesmo que timidamente, vêm avançando em aspectos de análise do discurso para solucionar questões oriundas de julgamentos havidos pelo Tribunal do Júri. Quando da edição da Lei nº 11.689/2008, o legislador ordinário trouxe inovações para o procedimento do júri, com disposições que importam em análise de discurso e seu controle, destacando ser atribuição do juiz “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, *excesso de linguagem* ou mediante requerimento de uma das partes”.¹³²

Não bastasse, para o *novo* Júri foram vedados os “argumentos de autoridade”,¹³³ ao passo que se permitiram discursos relacionados à sustentação de teses supraleais,¹³⁴ com a possibilidade de absolvição do acusado por razões não previstas expressamente no ordenamento jurídico penal.

Ainda no aprimoramento das regras do discurso, foram proibidas mais recentemente, durante a instrução em plenário, manifestações das partes e demais sujeitos processuais presentes ao ato que possam importar em desrespeito à dignidade da vítima, cabendo ao juiz impedir “a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos” e a “utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.¹³⁵

Todas essas questões devem ser vistas e interpretadas irremediavelmente por critérios de análise de discurso aplicados ao Processo Penal. Nesse aspecto, o legislador tornou indubitoso o novo papel do juiz, de verdadeiro intérprete dos discursos judiciais, para se garantir o respeito às regras da

¹³² Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes; (Redação dada pela Lei 11.689/2008); [...].

¹³³ Artigo 478, Código de Processo Penal.

¹³⁴ Em razão do novo sistema de quesitação, com a inclusão do quesito genérico absolutório e obrigatório para todos os julgamentos do Júri, conforme artigo 483, §2º, CPP, que tem a seguinte redação: “o jurado absolve o acusado?”.

¹³⁵ Conforme artigo 474-A, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 14.245/2021.

linguagem cuja violação poderá culminar na nulidade do procedimento por ofensa ao Devido Processo Legal.¹³⁶

Em precedentes relacionados ao tema, denota-se o entendimento pelo qual o desrespeito às regras do discurso, durante a sessão plenária, será enquadrado como causa de “nulidade posterior à pronúncia”, fundamento único e adequado ao recurso de apelação para ser realizado novo júri.

Assim, no julgamento do recurso de apelação vinculado ao processo nº 1500514-27.2018.8.26.0072, havido em 01/06/2021, os sodalícios integrantes da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em outras palavras, ao observarem o *corpus* (material de análise, ata de julgamento, documentação do caso penal), interpretaram que o produto (texto) extraído da situação de comunicação jurídica (em plenário do júri) violaria as regras do discurso racional e ético, levando-se em consideração o *ethos* (valores, princípios) do processo penal democrático do Júri.

As considerações do Colegiado paulista foram ao sentido de que o artigo 478 do Código de Processo Penal merece interpretação extensiva, salientado, os termos do acordão que “linhas argumentativas utilizadas durante os debates orais” poderão levar a nulidade do julgamento, ao considerarem que o veredicto foi viciado pelas “falas do Ministério Público” que extrapolaram “os limites da argumentação acusatória”.¹³⁷

Na hipótese, ressaltou o relator do caso, desembargador Amable Lopez Soto, que deveria ser acolhida a preliminar de nulidade arguida, pois, “durante os debates orais ocorridos na sessão de julgamento, o Promotor de Justiça proferiu fala capaz de induzir os jurados a erro quanto à presunção de inocência”. Segundo consta do caso, durante a explanação a acusação teria mencionado aos jurados que “não seria necessário 100% (cem por cento) de certeza para a condenação”,

¹³⁶ A nulidade pela violação às regras de linguagem ficou expressa nos artigos 478 do Código de Processo Penal (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008): Art. 478. 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.

¹³⁷ O aresto assim foi ementado: “Tribunal do júri - Homicídio qualificado - Preliminar - Promotor de Justiça que, durante os debates orais, disse aos jurados que não era necessário 100% de certeza para a condenação - Falas que podem induzir os juízes leigos a equívoca compreensão quanto ao princípio da presunção de inocência Afirmação que recai sobre o direito abstrato e genericamente considerado e que extrapola os limites da argumentação acusatória - Veredito viciado - Sessão de julgamento anulada Preliminar defensiva acolhida”.

relativizando, segundo a fundamentação, o aludido princípio constitucional e o brocardo “*in dubio pro reo*”, desconhecido dos jurados por serem leigos.

Denota-se, pelos motivos sustentados no aresto judicial, uma verdadeira interpretação do discurso em vista do *interdiscurso* (onde se avistam, pelo exercício da memória, diversos outros discursos com a mesma ideologia), para se entender, por sua *produção de sentidos*, que as falas proferidas não eram condizentes com os preceitos do discurso ético,¹³⁸ pois ofendiam um princípio constitucional (presunção de inocência) estatuído para os julgamentos do Tribunal do Júri.

Em razão de que o discurso interpretado era proibido e provocara *perturbação*, percebeu-se a violação da *ordem* legalmente estabelecida para a ritualística do procedimento, tendo como consequência também a anulação de um “veredicto viciado” do Conselho de Sentença.

Portanto, pela leitura do acórdão, denota-se o entendimento segundo o qual a enunciação de um *discurso proibido*, em ofensa a princípios constitucionais norteadores ou relacionados ao *ethos* do processo penal do júri, dará causa à nulidade do julgamento. Interessa destacar, não por ter sido o veredicto “manifestamente contrário à prova dos autos”, mas em razão de violação às regras da linguagem, pela “nulidade posterior à pronúncia”.

Noutro interessante caso, decidido pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 11/11/2019, quando do julgamento do recurso de apelação referente ao processo nº 0116525-15.2003.8.26.0114, foi dado provimento ao recurso para anular o julgamento do Tribunal do Júri, em razão de que o órgão acusatório, quando da enunciação do discurso, teria usurpado o papel processual de testemunha, sendo considerado que a oração acusatória simulava verdadeiro depoimento pessoal.¹³⁹

¹³⁸ Conforme mencionado, para a interpretação deverá ser formulada uma questão principal e outras relacionadas à análise. Questão principal: o discurso apresentado é compatível com as regras para a prática do discurso racional exigidas para o Processo Penal? Ainda: o discurso apresentado é compatível com os preceitos da Constituição Federal, notadamente com os Princípios da Dignidade Humana e da Plenitude de Defesa e poderá ser aceito no processo penal democrático do Júri? A tese e as falas encontram *algum* respaldo (ou vedação) no pensamento jurídico atual, de acordo com as “vozes” ouvidas nos discursos judiciais e doutrinários¹³⁸ que orientam o tema?

¹³⁹ Consta da Ementa: “HOMICÍDIO SIMPLES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - RECURSO PREJUDICADO. RECURSO DA DEFESA SUSCITADAS PRELIMINARES DE NULIDADE ACOLHIMENTO UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTO PESSOAL DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO INFLUIU NA FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DOS JURADOS - DETERMINADA A REALIZAÇÃO DE NOVÓ JULGAMENTO - PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO”.

Conforme consta do acórdão, de lavra do desembargador Amaro Thomé, durante a sessão de instrução e julgamento em plenário, corretamente, o juiz de direito a presidir a sessão advertira o orador acerca da violação às regras do discurso, fazendo-se constar em ata de julgamento, de ofício, tal ocorrência:

Pelo MM Juiz presidente foi determinado que se constasse desta ata que, no início de sua oração, o Promotor de Justiça afirmou que admirava e tinha muito respeito pelo pai do réu, o qual foi presidente do Tribunal do Trabalho, assim como o seu pai; em seguida, o Promotor de Justiça afirmou que sabia como os fatos teriam ocorrido, porque o pai do réu e seu pai, mas, não concluiu a frase, porque foi interrompido pelo MM Juiz presidente, que o admoestou por ter feito essa afirmação e o advertiu para que não prosseguisse e não dissesse o que sabia ou tomou conhecimento pessoalmente sobre os fatos, pois isso implicaria depoimento pessoal.

Pela análise do julgado, pode-se afirmar que a nulidade primeiramente decorreu do descumprimento das regras para a encenação do discurso, em razão de que a finalidade da “situação de comunicação” reclamava de seus atores processuais (locutores e interlocutores: juiz, representante do Ministério Público e defensor) uma competência semiolinguística¹⁴⁰ de modo a cumprirem seus papéis estabelecidos para os atos de enunciação¹⁴¹.

Outra anotação importante do aresto foi pelo reconhecimento da faceta de um *ethos* também pré-constituído no processo penal, em razão do “capital simbólico” historicamente construído pela Magistratura, Ministério Público e Advocacia, sendo vedada a sua usurpação para abrir caminhos à ilegalidade e à prática do discurso irracional e antiético, por meio de argumentos de autoridade:

O prestígio de que goza todo representante do Ministério Público é expressivo, obviamente fruto do trabalho que a Instituição realiza em prol da sociedade. Na atuação perante o Tribunal do Júri, isto concede ao órgão incumbido da acusação penal uma enorme vantagem, pois o discurso da criminalidade, do *nós contra ele*, coloca a acusação do lado do *bem* na luta contra o *mal*. O argumento de autoridade supera, assim, a autoridade do

¹⁴⁰ Conforme citação 32.

¹⁴¹ João Gualberto Garcez Ramos recorda, noutro modo, que assim como o juiz, se o representante do Ministério Público revelar-se testemunha será digno de suspeição: “Essa regra jurisprudencial tem sua fonte na parte final do artigo 258 do Código de Processo Penal, que estende ao Ministério Público, no que lhe for próprio, as regras de suspeição e impedimento do juiz. Se revela-se testemunha, pois sabe, por experiência própria, de dados fáticos do fato criminoso, torna-se impedido de tomar parte dele, sendo nulo o processo desde quando passou nele a atuar. Quanto ao autor técnico privado e ao defensor técnico, essa regra não vige, sendo possível, portanto, que o representante da parte dê seu testemunho sobre o caso em questão; não há, enfim, nulidade nisso”. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 332)

argumento, pois o Promotor pode se valer de sua privilegiada posição para afirmar, ainda que sem provas, ou com base em supostas conversas paralelas havidas entre seu próprio genitor e o genitor do acusado, como o fato aconteceu, e isto servir para a formação do convencimento dos jurados.

Nesse caso específico, tem-se interessante que a nulidade decorreu não apenas por força da prática de um discurso proibido (violação às regras do discurso ético, pelo “argumento de autoridade”), como também pela ofensa às regras previstas para a situação comunicacional (onde se tem a divisão de papéis, ordens, tempos de fala etc.), conforme ensina Ferraz Jr., para a prática do discurso racional.¹⁴²

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por seu Primeiro Grupo Criminal, quando da análise do recurso de embargos infringentes e de nulidade opostos no processo nº 0006368-83.2021.8.21.7000, relacionado ao caso nacionalmente conhecido como do “menino Bernardo”, veio a entender pela nulidade do julgamento havido pelo júri, fazendo-se referendar, em extenso aresto, vários referenciais relacionados às regras do discurso aplicáveis ao processo penal.

Dentre importantes considerações de análise de discurso, pontuou-se pela incorreção da dinâmica do interrogatório, pois a juíza presidente, em sua manifestação, violou a garantia do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), porquanto se reportou ao acusado, assim enunciando: “ao contrário da primeira fase [...] o Conselho de Sentença poderá interpretar o seu silêncio da forma como achar conveniente, já que não precisam fundamentar a decisão”, “esse silêncio poderá ser interpretado como for”.

Ainda consta do aludido acórdão a menção feita pelo acusado, antes de seu interrogatório, de que não responderia a qualquer indagação. Todavia, quando passada a palavra ao Ministério Público, foram formuladas perguntas em acentuado *tom* de acusação, ou seja, no entender do pretório gaúcho, as regras do discurso foram violadas em razão de que não transcorreu um *diálogo* entre os atores processuais, e sim um *monólogo* com o aproveitamento da oportunidade para

¹⁴² Ensina Ferraz Jr.: “A reflexividade da situação comunicativa pode ser controlada. Este controle exige regras. A situação comunicativa, cuja reflexividade é controlada por regras, nos fornece um tipo de discurso que nos interessa peculiarmente, qual seja, o discurso racional” (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 16 e 17).

acusar sem a idêntica oportunidade de se rebater os termos das indagações, ferindo, sobretudo, a paridade de armas e a plenitude de defesa.

Não bastasse, o Colegiado gaúcho interpretou o discurso para reconhecer a violação ao *ethos* do processo penal, ao considerar as manifestações dos atores processuais em afronta aos princípios constitucionais aplicados à ritualística:

Pois bem, neste quadro, a par da violação material do direito ao silêncio, que tem específico arrimo constitucional (artigo 5º, LXIII, da CF), vejo significativamente comprimidos o contraditório e a plenitude de defesa (CF, artigo 5º, incisos LV; e XXXVIII, “a”, respectivamente), sendo impossível demonstrar ausência de prejuízo, tanto mais no quadro de condenação que decorre de votação sigilosa fruto de decisão imotivada e por íntima convicção. Daí que a solução é proclamar a nulidade e determinar seja o réu Leandro Boldrini submetido a novo júri. [...] Imperativo que, a partir do exato momento em que inequívoco que o direito ao silêncio é invocado pela defesa, o interrogatório, como eventual meio de prova, ceda à plenitude de defesa. A reforçar a bondade da posição externada, veja-se a diretriz legal recém-adotada no direito brasileiro, considerado crime de abuso de autoridade prosseguir o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio (artigo 15 da Lei nº 13.869, de 05/9/2019).

Em idêntico modo, ainda que não se refira a um determinado caso concreto, pela emblemática decisão havida no pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 779-DF, o Supremo Tribunal Federal, pela decisão do relator Dias Tofoli, posteriormente referendada pelo Plenário, entendeu que a “legítima defesa da honra” se trata de *discurso proibido*, considerando-se, noutros termos, que os *discursos de ódio* não poderão adentrar o *ethos* do processo penal, notadamente nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Salientou o ministro que o discurso da “Legítima Defesa da Honra” ofende a Dignidade Humana e deve ser considerado “atécnico e extrajurídico”, sendo exemplo de discurso incondizente com a Plenitude de Defesa, por corresponder a “um recurso argumentativo e retórico odioso, desumano e cruel”. Nessa esteira de entendimento, também considerou o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de violação às regras do discurso pela utilização direta ou indiretamente desse “recurso retórico odioso”, em qualquer fase do procedimento penal do Júri, mesmo pré-processual, com a conseqüente nulidade do ato ou julgamento.

É de se salientar, reiteradamente, que a causa de nulidade não se consubstancia pelo “julgamento manifestamente contrário à prova dos autos”, mas

pela “nulidade posterior à pronúncia”.¹⁴³ Essa consideração é de suma importância, pois confirma o entendimento pelo qual o recurso contra a decisão condenatória ou absolutória do júri, em decorrência de violação às regras da linguagem, sempre deverá ser fundamentado no artigo 593, III, alínea “a”, combinado com os artigos 478 e 564, III, “I”¹⁴⁴ do Código de Processo Penal.

Por força de que considerável parte da magistratura dos tribunais (2º grau de jurisdição), quando da análise de recursos extraídos dos casos penais do júri, ainda não levou em consideração a existência de um novo *sistema comunicacional* instituído para seus julgamentos, a permitir a análise dos discursos e o possível controle e revisão das decisões absolutórias havidas por causa supralegal, foi que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise do Agravo em Recurso Extraordinário 1225185, inaugurou o Tema 1087. O ministro Gilmar Ferreira Mendes assim delimitou a controvérsia: “a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF)?”.

Essa questão, conforme será tratada em capítulo próprio, é solucionada ao se aperceber que a decisão absolutória supralegal não se sustenta nas provas dos autos, sendo a sua legalidade atestada pela obediência às regras do discurso aplicáveis ao júri. A sua impugnação pela via recursal, do mesmo modo dos precedentes ora analisados, será cabível com fundamento em eventual causa de “nulidade posterior à pronúncia”.

¹⁴³ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; [...]

¹⁴⁴ Código de Processo Penal: Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...]. III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: I – a acusação e a defesa na sessão de julgamento; [...].

6 FUNDAMENTOS PARA O DISCURSO PERMITIDO DA TESE ABSOLUTÓRIA SUPRALEGAL EM PLENÁRIO DO JÚRI

6.1 Pragmática e verdade: uma resolução *de sententia ferenda*

Ao longo da história, importou aos filósofos, e muito, a questão da possibilidade dada a um signo, uma palavra, de corresponder a um determinado objeto. Assim, “um dos pressupostos básicos da visão dos primeiros filósofos é a correspondência entre a razão humana e a racionalidade do real, o que tornaria possível um discurso racional sobre o real”.¹⁴⁵

Essa perspectiva permaneceu durante a era medieval, quando, por volta do século XIV, o nominalismo de Ockham apontou para a insuficiência epistemológica de o homem conhecer a essência das coisas, ao considerar que a *verdade* não se encontra na essência de cada ser, e sim na capacidade experimental de o homem relacionar-se com os objetos singularizados encontrados na natureza.¹⁴⁶

Desse modo, com o mundo moderno, o homem passa a ser a fonte doadora do conhecimento, balizado não mais pelo caráter metafísico, e sim pelo modo experimental e limitado do uso da razão. Se, antes, o objeto albergava a verdade, agora, ao contrário, é o sujeito quem detém as condições de dizer e de pronunciar acerca da *verdade* do objeto.

O deslocamento de perspectiva, antes no objeto, agora no sujeito, promove uma importante mudança paradigmática no âmbito da epistemologia. É o sujeito quem dispõe das condições de possibilidade do conhecimento. Em vez de

¹⁴⁵ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. Dos Pré-socráticos a Wittgenstein. 14ª reimpressão. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 27.

¹⁴⁶ GILSON, Etienne. *A Filosofia na Idade Média*. Tradução de Eduardo Beltrão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 798. Guilherme de Ockham (1280 – 1324) foi um franciscano que estudou e ensinou em Oxford, base do empirismo. Bertrand Russell destaca que Ockham era completamente antimetafísico. “Uma ontologia geral, como se encontrava em Platão, Aristóteles e seguidores, é totalmente impossível, segundo Ockham. A realidade é inerente às coisas individuais, singulares, e só isso pode ser objeto de experiência, lavando a um conhecimento direito e certo. Significa que, para uma explicação do ser, o complexo aparato da metafísica aristotélica era totalmente supérfluo. É nesse sentido que devemos interpretar a frase de Ockham de que ‘é inútil fazer com mais o que pode ser feito com menos’. Essa é a base da afirmação diferente e mais conhecida, de que ‘não se devem multiplicar entes além do necessário’. Embora não conste em seus escritos, essa máxima acabou conhecida como a ‘navalha de Ockham’” (HUSSEL, Bertand. *História do Pensamento Ocidental*. A aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebelo. 21ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 209).

perguntar pela essência do ser, a filosofia se ocupa, na modernidade, em perguntar pelas condições de possibilidade disponíveis ao sujeito para conhecer. O conhecimento é decorrência das condições que o sujeito possui para isso.

Portanto, o mundo não é o que é, mas como o homem, dentro de suas condições cognitivas, o apreende. O conhecimento não toca mais as essências, mas tão somente aquilo que o homem, nas suas possibilidades e limitações, pode aprender e representar. O paradigma do sujeito, assim, buscará promover a produção do conhecimento e da objetividade a partir da *subjetividade*.

Por isso, recorda Lacerda¹⁴⁷ a existência do “reinado da coisa em si”, como diz Habermas, e do pensamento, que reflete as coisas em conceitos, até Kant (1724 – 1804). Para Kant, a coisa em si não é cognoscível, o que se conhece são os fenômenos, as coisas tais como elas se manifestam pelo instrumento da sensibilidade e do entendimento. Contudo, “preocupa-se apenas com as formas puras da razão, a linguagem é um fator que só passa a contar a partir do século XIX”.¹⁴⁸

Na obra publicada em 1922, denominada “Tractatus Logico-philosophicus”, Wittgenstein¹⁴⁹ escreve acerca das condições lógicas nas quais a linguagem poderá representar o mundo, quando inaugura a célebre expressão: “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”. Assim, o pensamento de Wittgenstein começaria a modificar definitivamente o pensamento humano, sendo correto afirmar que até Kant foi conhecida a Filosofia do Ser; de Kant a Wittgenstein, a Filosofia da Consciência; de Wittgenstein aos dias de hoje, a Filosofia da Linguagem, especialmente com o advento do “giro-linguístico” e da teoria da comunicação.

Em sua primeira passagem, denominada “Wittgenstein I”, o filósofo austríaco chegou à conclusão de que todo o conhecimento estaria na linguagem e, enquanto teoria dos signos, essa seria focalizada em três planos: a) lógico (relação de signos com signos); b) semântico (relação dos signos com os significados que significam); e c) pragmático (plano do uso da comunicação humana e, assim, científica).

¹⁴⁷ ARAÚJO, 2019, p. 38.

¹⁴⁸ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁹ Ludwig Joseph Johann Wittgenstein escreveu seu Tratado Lógico Filosófico em 1922, cujo entendimento foi reconfigurado pela sua obra posterior, denominada “Investigações Filosóficas”, lançada em 1953.

Dessa forma, a percepção de que “a própria linguagem vai servir de modelo de controle dos conhecimentos por ela produzidos”¹⁵⁰ foi definitiva no bojo de se fazer constatar a necessidade de criação de um “discurso científico”. O discurso científico corresponderia a uma linguagem artificial, pois “a linguagem natural, com seus defeitos que lhe são imanes, como a ambiguidade, jamais traduziria os anseios cognitivos do ser humano”.¹⁵¹

As ideias de “Wittgenstein I” fez reunir várias correntes e doutrinas com o objetivo de se empregar a *linguagem lógica* como ponto central da filosofia e da fundamentação das teorias científicas. Nesse ambiente cultural, recebeu destaque o conhecido “Círculo de Viena”, liderado a partir de 1923 pelo catedrático professor de Filosofia das Ciências recém-chegado à Universidade de Viena, Moritz Schlick, dando origem ao movimento filosófico denominado “Neopositivismo Lógico ou, simplesmente, Positivismo Lógico, Filosofia Analítica, Empirismo Contemporâneo ou Empirismo Lógico”.¹⁵²

Porém, o grande contributo de Wittgenstein viria tempos depois, ao modificar o seu próprio modelo inicial do quadro teórico da filosofia da linguagem baseado na lógica, na matemática e nas propriedades significativas e denotativas das sentenças em proposições com *valor de verdade*. Por meio de sua obra denominada “Investigações Filosóficas”, lançada em 1953, o denominado “Wittgenstein II” supera a antiga noção de linguagem restrita às regras de um código e de fórmulas revestidas de *valor de verdade*. Desta feita, propõe, no lugar de regras lógicas e semânticas para construir proposições, simplesmente o uso da *linguagem ordinária*.

“Wittgenstein II” revolucionou o pensamento humano para estabelecer o denominado giro linguístico (*linguistic turn*), com a concepção de linguagem sem fulcro, sem tarefa representativa. A linguagem não tem uma única gramática e não serve apenas para nomear coisas. Pode-se afirmar que “o caminho para essa nova concepção de linguagem foi uma impiedosa autocrítica: mostrar que a função da linguagem não é falar acerca do mundo, mas agir com a fala no mundo”,¹⁵³ pois ela é um tipo de ação, um comportamento.

¹⁵⁰ CARVALHO, 2015, p. 22.

¹⁵¹ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

¹⁵² *Idem, Ibidem, p. 20.*

¹⁵³ ARAÚJO, 2019, p. 100.

A linguagem, portanto, enquanto ação/atividade, se realiza em contextos, os quais recebem de Wittgenstein a denominação de “formas de vida”, sendo a linguagem parte inerente dessas formas de vida, suporte de interação social, condição de uma ação comunicativa interpessoal (intersubjetiva). Contextos e formas de vida são noções que conduzem ao conceito central da filosofia de Wittgenstein II: os *jogos de linguagem*. Assim sendo, se a significação é assegurada a partir do uso que se faz da linguagem, a questão a respeito das regras da linguagem não será mais encontrada nem na *sintaxe* nem na *semântica*, mas na *pragmática*. A linguagem, para “Wittgenstein II”, não estará separada da práxis social, do lastro ético, político e jurídico, e o conteúdo semântico, diferentemente de outrora, será revelado (desvelado) dentro do *jogo da linguagem*.¹⁵⁴

O positivismo lógico queria encontrar um único jogo de linguagem possível para comunicar o conhecimento científico, de forma lógica e objetiva. “Wittgenstein II” demonstra, ao contrário, a existência de uma pluralidade de jogos de linguagem e a operabilidade humana dentro deles, na grande maioria das vezes, por força do hábito. O que se sabe, agora para Wittgenstein, é que, ao fazer uso da linguagem ordinária, adentra-se um processo de interação social simbólica.

¹⁵⁴ “No jogo, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu. Essas regras constituem um quadro de referência intersubjetivo que, por um lado, determina as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente, e, por outro, deixa ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Coleção Filosofia. São Paulo: Loyola, 1996, p. 143 – 144). Num paralelo com o futebol, é possível perceber a importância das regras na constituição daquilo que se entende por jogo: “Experimente dar uma bola a um grupo de crianças no jardim da infância, na faixa etária de até três anos, e peça a elas que joguem futebol. Provavelmente farão de tudo com a bola, menos jogar futebol. A elas faltarão coordenação motora para empreender a partida e desconhecimento das regras que sustentam a disputa. Não formarão times e cada qual, individualmente, fará suas peripécias aleatórias com a bola, e possivelmente brigarão entre si, o que demandará a presença de um adulto para apartá-las. As crianças, nesse caso, apenas brincam, sem conseguir fazer da bola instrumento para um jogo de fato. [...] Na mesma toada do futebol, imagine a possibilidade de ir ao estádio ou assistir pela TV a uma partida de futebol, sabendo antecipadamente que os times não respeitarão as regras do jogo e, para piorar, o juiz inventará e aplicará novas regras durante a disputa em benefício de um dos times. Veja que o jogo só faz sentido porque há regras que determinam o procedimento de como a querela futebolística deverá ser jogada para sagrar um time vitorioso e outro perdedor. Destruir as regras do jogo aniquilará o jogo em si. [...] As regras não engessam a partida, mas permitem uma disputa equilibrada e asseguram a liberdade para que os jogadores (individualmente) e os times (coletivamente) organizem suas estratégias, façam a marcação dos adversários, controlem os passes de bola, driblem, enfim, demonstrem a beleza do esporte. Um pênalti marcado pelo juiz não caracteriza uma crise no jogo, apenas repara alguma falta cometida para a continuidade equilibrada da disputa. O jogo depende de regras e de procedimentos claros, cujo conhecimento seja acessível a todos”. Ver: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. *Política sem ofensa, por gentileza!* Londrina, PR: Editora Engenho das Letras, 2022, p. 15 – 16. Antes de qualquer posicionamento por meio de palavras, há de se observar as regras intersubjetivamente instituídas, e que ofertam a possibilidade de uma interação comunicativa.

Linguagem e interação social são vertidas numa só coisa. O importante a notar é que a linguagem, a sociabilidade e o jogo não são dados de antemão ao homem, mas todas elas dependem de sua capacidade criativa. A sociabilidade decorre do reconhecimento de regras sociais (não privadas), aceitas e colocadas em prática por cada um dos membros de uma comunidade.

Obedecer a qualquer regra, incluindo as regras da linguagem, é um ato social. Não existem regras privadas, apenas regras supraindividuais com extensão transubjetivas, portanto, intersubjetivas. Observar tais regras é fazer parte de um mesmo pacto semântico, de um mesmo *ethos* linguístico.

Essas considerações são de suma importância para o entendimento do procedimento penal, da pragmática do júri e da análise do resultado de seus julgamentos, em especial para casos de absolvição por causa supralegal em decorrência da votação do quesito genérico. Em razão da ritualística do júri, a absolvição por causa supralegal, como *produto* da situação comunicacional havida para a sua ritualística, não estará alicerçada nas “provas dos autos”. A sua possibilidade se sustenta exclusivamente na obediência às regras procedimentais da situação comunicacional prevista para seus julgamentos, e bem como na aferição da prática do discurso ético.

A *verdade* pela qual o acusado será considerado inocente (por razões supraleais), utilizando-se da lição de João Maurício Adeodato, decorrerá de uma perspectiva retórica e de uma solução intersubjetiva obtida ao final da pragmática do julgamento, pois “não é pertinente dizer que a norma concreta é ou não criada pelo magistrado ou pelo decididor do caso concreto”,¹⁵⁵ uma vez que “a decisão judicial é constituída por um acordo linguístico (retórica material)”.

Por outro lado, em vista de que a própria democracia processual implica *limites*, os discursos jurídicos deverão ser objeto de controle e necessária legitimação. Em virtude dessa realidade, é de se recordar que teorias do “discurso prático” foram criadas no século XX,¹⁵⁶ todas no sentido de fundarem referenciais

¹⁵⁵ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2014, p. 367.

¹⁵⁶ São exemplos: (1) *Ética Analítica* do naturalismo, do intuicionismo e do emotivismo de Stevenson; (2) *Regras do discurso* formuladas por Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier; (3) Teoria Consensual da Verdade de Habermas; (4) *Teoria da Deliberação Prática* da Escola de Erlangen e (5) *Teoria da Argumentação* de Perelman, dentre outros.

teóricos para a prática de um *discurso racional*, necessário à ordem democrática instituída pelo direito na contemporaneidade.¹⁵⁷

Dessa forma, a filosofia pragmática oferece importante instrumental para o direito, conforme alude Lenio Luiz Streck, em razão da crise neopositivista.¹⁵⁸ Na mesma medida, salienta Claudia Toledo serem “imprescindíveis teorias da argumentação jurídica, de modo que se possam estabelecer normas que permitam o trâmite legítimo do discurso especificamente jurídico” no Estado democrático de Direito.¹⁵⁹ Consubstanciada nos consensos racionais havidos entre os participantes do discurso, haverá uma *justificação discursiva* do resultado do julgamento, a decorrer das próprias regras de argumentação. Nesse sentido, considera-se a superação de *verdade aristotélica*: “a verdade não está no mundo presente, na natureza, mas é produção cultural humana”, sujeita à refutabilidade.¹⁶⁰

A *verdade*, no novo modelo, também adquire o caráter de *provisoriedade*, pois, ainda que assumida em dado momento, poderá ser superada ou negada posteriormente,¹⁶¹ sendo essa constatação decorrente da própria existência dos *jogos de linguagem*. Na mesma medida, Perelman avaliza esse entendimento ao sustentar a apreensão dos fatos e das *verdades* de modo provisório e situacional, quando de sua recepção no “auditório universal”.¹⁶²

¹⁵⁷ A propósito, considera Lenio Luiz Streck: “Hoje, diante da invasão das teorias voluntaristas como o neoconstitucionalismo e as correntes ligadas à jurisprudência dos valores e dos interesses, torna-se necessário que a comunidade jurídica se dê conta da superação da dicotomia sujeito-objeto (nos seus dois âmbitos: o paradigma objetivista-aristotélico-tomista e o paradigma subjetivista da filosofia da consciência), tarefa que somente se torna possível através do primado da linguagem, que encontrou terreno e lastro seguro naquilo que se convencionou chamar de giro ontológico-linguístico que se estabeleceu no século XX” (STRECK, Lenio; LEITE, George Salomão (Coords.). *Interpretação, Retórica e Linguagem*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 14 e 17).

¹⁵⁸ “Na medida em que o projeto neopositivista fracassou em sua tentativa de construir uma linguagem rigorosa/técnica/lógica, a semiótica (ou a semiologia), a partir de sua vertente pragmática (filosofia pragmática ou filosofia da linguagem ordinária), trabalha com os múltiplos usos ou jogos que regem o linguajar, privilegiando o terceiro nível da semiótica, é dizer, a relação dos signos com os seus usuários. A matriz se encontra em Wittgenstein, que substitui a (anterior) ênfase no rigor e na pureza do discurso por análises que passam a privilegiar os contextos e as funções das incertezas significativas dos discursos. [...] A filosofia pragmática oferece, assim, um importante instrumental para a interpretação do Direito, o que se pode ver pelas contribuições da retórica jurídica, tema desenvolvido pela teoria da argumentação jurídica, a partir de Viehweg, Perelman e Robert Alexy (este mais recentemente), e no Brasil, Ferraz Jr. e Warat, além dos demais estudos sobre semiótica espalhados pelo mundo” (*Idem, Ibidem*, p. 17).

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 4ª edição. São Paulo: Gen Forense, 2017, p. 2.

¹⁶⁰ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

¹⁶¹ Essa é a razão, por exemplo, de que o mesmo caso, levado a um novo julgamento em plenário do Júri, poderá receber solução absolutamente oposta do julgamento anterior.

¹⁶² Considera Perelman: “Entre os objetos de acordo pertencentes ao real distinguiremos, de um lado, os *fatos* e *verdades*, de outro, as *presunções*. Não seria possível nem conforme ao nosso propósito

Para se alcançar o resultado justo (discursivamente possível e não necessariamente “correto”), devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento. Essas condições podem ser reconstruídas em regras para promover a participação geral de todos os interlocutores competentes, com chances iguais de expressão, o que é aplicável à situação comunicacional para julgamentos do júri.¹⁶³

Não bastasse, interessa pontuar que a pesquisa sobre a racionalidade do discurso jurídico se dará por dois ângulos, divididos por Alexy em: a) formal: pela racionalidade procedimental discursiva, pelo cumprimento das regras lógicas do discurso; e b) material, por meio da análise crítica do *ethos*, adentrando-se as normas direcionadas ao agir social.¹⁶⁴ Desse modo, “os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua *verdade* atingida *argumentativamente* com a observância dessas regras do discurso. Sua *verdade* é chamada *correção*, ou seja, é *correto o que é discursivamente racional*”.¹⁶⁵

dar do fato uma definição que permita, em todos os tempos e em todos os lugares, classificar este ou aquele dado concreto como sendo um fato. Cumpre-nos, ao contrário, insistir em que, na argumentação, a noção de ‘fato’ é caracterizada unicamente pela ideia que se tem de certo gênero de acordos a respeito de certos dados: os que se referem a uma realidade objetiva e designariam, em última análise, citando H. Poincaré, ‘o que é comum a vários entes pensantes e poderia ser comum a todos’. Esta últimas palavras sugerem imediatamente o que chamamos de acordo do auditório universal. O modo de conceber esse auditório, as encarnações desse auditório que reconhecemos serão, portanto, determinantes para decidir o que, neste ou naquele caso, será considerado um fato e se caracteriza por uma adesão do auditório universal, adesão tal que seja inútil reforçá-la. Os fatos são subtraídos, pelo menos provisoriamente, à argumentação, o que significa que a intensidade de adesão não tem de ser aumentada, nem de ser generalizada, e que essa adesão não tem necessidade de justificação. A adesão ao fato não será, para o indivíduo, senão uma reação subjetiva a algo que se impõe a todos. [...] Aplicamos, ao que chamamos *verdades*, tudo o que acabamos de dizer dos fatos. Fala-se geralmente de fatos para designar objetos de acordo precisos, limitados; em contrapartida, designar-se-ão, de preferência com o nome de *verdades* sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos, que se trata de teorias científicas ou de concepções filosóficas ou religiosas que transcendem a experiência” (PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 75 e 77).

¹⁶³ Também na perspectiva de Klaus Gunther, nos discursos práticos: “A verdade é possibilitada por regras, como franqueza ou reconhecimento da repartição de encargos argumentativos. Como processo, afinal argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes. Devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento. Estas condições podem ser reconstruídas em regras que determinam a participação geral de todos os interlocutores competentes, com chances iguais de expressão, percepção e aproveitamento ‘U’, dentro dos discursos práticos, nas respectivas diferentes maneiras, de modo que uma norma só será válida, quando cada um a aceitar (ou possa aceita-la) ‘como participante de um discurso prático’” (GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36).

¹⁶⁴ *Idem*, *Ibidem*, p. 3.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*. Estudos para a filosofia do direito. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 91.

Tal perspectiva também deve ser considerada válida para o Tribunal do Júri, quando a racionalidade discursiva será alcançada em dois aspectos. Primeiramente, pelo respeito às regras do procedimento legal (formal); depois, pela análise do discurso permeada pelos referenciais do *ethos* (material), de modo a aferir se o discurso enunciado é proibido ou permitido.

A aplicação de uma causa supralegal de absolvição de acusados em julgamentos do Tribunal do Júri, na perspectiva da filosofia da linguagem, sustenta-se na possibilidade trazida pela pragmática, de situar os propósitos da linguagem jurídica com relação a seus usuários e o direito, enquanto meio de comunicação cujas balizas dimanam de uma conexão entre seus agentes, o legislador e o povo.

A propósito, leciona Coelho,¹⁶⁶ ao recordar Alf Ross, que o papel das diversas instâncias na elaboração do direito, sob o domínio comum da política jurídica, desenvolve-se pela “interação mútua de conhecimento e ação, entre *ideologia* e *atitude*” e “afasta-se de quantos reduzem a política jurídica ao trabalho legislativo e demonstra que ela extravasa a atividade legiferante”, para abarcar todos os problemas práticos decorrentes do uso da técnica do direito para a consecução de objetivos sociais.

O juiz e as autoridades públicas se sentem obrigados pelas palavras da lei, pelos textos, mas a política jurídica admite, na mesma medida, que toda a administração de justiça contenha um ponto de decisão que ultrapasse essa atividade intelectual, de realização de um silogismo para a aplicação da lei. As leis devem servir aos Homens, e não o contrário. Portanto, no processo penal democrático do Júri, ao lado das causas legais¹⁶⁷ para absolvição dos acusados, aduzidas para uma política *de lege ferenda*, emergiram-se, em complemento, pela pragmática de seu procedimento, hipóteses de absolvição por causas supraleais, quando se evidencia uma política de *sentencia ferenda*.¹⁶⁸ Portanto, sem contemplar qualquer incorreção ou arbitrariedade, denota-se, no processo penal do Júri, que a *verdade* e a justiça não se resumirão aos preceitos legalmente instituídos.

6.2 Pragmática e procedimento do Tribunal do Júri

¹⁶⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 5ª edição. Curitiba: Bonijuris, 2019, p. 261.

¹⁶⁷ Causas justificantes (excludentes de ilicitude) e dirimentes de culpabilidade.

¹⁶⁸ COELHO, *op. cit.*, p. 261.

A aplicação da pragmática na seara jurídica, em decorrência do giro linguístico, trouxe a possibilidade de superação de um modelo ancorado na métrica da lógica formal, refugiado nas dimensões teóricas da sintaxe e da semântica proposicional, para buscar resultados a partir de um contexto discursivo, situacional.

Todavia, é importante ressaltar que a incursão da pragmática e do *ethos* na aplicação do direito não exclui o sistema legal; pelo contrário, apenas confere outras possibilidades para a argumentação e a decisão jurídica que irremediavelmente devem ser afastadas do arbítrio.

Os julgamentos do Tribunal do Júri são caracterizados por um ritual solene, numa situação comunicacional legalmente prevista, desde a abertura¹⁶⁹ da sessão de instrução e julgamento até a leitura da sentença em plenário, que precede à declaração de encerramento dos trabalhos.¹⁷⁰

Assim, diversas regras de linguagem foram historicamente edificadas para um julgamento embrenhado por valores e princípios constitucionais próprios, regido por disposições legais do Código de Processo Penal. Dentre várias, são notadamente percebidas as que se reportam à incomunicabilidade das testemunhas¹⁷¹ e a do Conselho de Sentença,¹⁷² a tomada de compromisso com a exortação jurados,¹⁷³ a ordem dos depoimentos para a instrução em plenário,¹⁷⁴ a leitura de peças processuais e a formalidade do interrogatório do acusado.¹⁷⁵ Em

¹⁶⁹ CPP: Art. 463. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

¹⁷⁰ CPP: Art. 493. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.

¹⁷¹ CPP: Art. 460. Antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras.

¹⁷² CPP: Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

¹⁷³ CPP: Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo.

¹⁷⁴ CPP: Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

¹⁷⁵ CPP: Art. 186. Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. [...]

idêntica forma, observam-se aquelas acerca da ordem dos discursos e do tempo para os debates,¹⁷⁶ quando “não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.¹⁷⁷

Porém, a pragmática linguística aplicada ao procedimento do Júri teve seu ápice com o atual *sistema comunicacional* instituído pela Lei nº 11.689/2008, com a previsão inovadora de regras do uso da linguagem para se alcançar a prática do discurso ético e racional. Desse modo, o legislador vedou na situação comunicacional do Júri a utilização de argumentos de autoridade,¹⁷⁸ regulou a possibilidade de apartes,¹⁷⁹ bem como declarou expressamente ser atribuição do juiz presidente a *análise dos discursos*, para “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes”.

A percepção mais interessante do novo sistema foi a expressa previsão de nulidade para casos de violação às regras de linguagem, em virtude do evidente prejuízo em tais hipóteses e da ruptura aos ditames do Devido Processo Legal. Dessa feita, o disposto no artigo 478 do Código de Processo Penal merece interpretação ampla ao versar sobre os “argumentos de autoridade”, pois as hipóteses legais previstas não fazem *numerus clausus*, conforme considera Badaró, ao salientar que, em qualquer outro caso, desde que “demonstre concretamente que linhas argumentativas seguidas pelas partes efetivamente influenciaram, de forma indevida e falaciosa, o convencimento dos jurados, a nulidade também será de reconhecer”.¹⁸⁰

¹⁷⁶ CPP: Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica. § 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo. § 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.

¹⁷⁷ CPP: Art. 479.

¹⁷⁸ CPP: Art. 478. 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.

¹⁷⁹ CPP: Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

¹⁸⁰ Edilson Mougenout Bonfim, em sentido oposto, entende ser o Art. 478 do Código de Processo Penal inconstitucional: “Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer

Portanto, conforme precedentes trazidos em capítulo anterior, relacionados à análise do discurso pelos tribunais no procedimento do júri, a interpretação extensiva do aludido dispositivo legal permite o reconhecimento da nulidade em qualquer situação de ofensa às regras de linguagem, ainda que não prevista expressamente, como se dará pela “utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.¹⁸¹

Não bastasse, pela teoria geral das nulidades, o próprio código sempre previu a nulidade para violação das regras de linguagem, como no caso de declaração de réu *indefeso* e a consequente dissolução do Conselho de sentença pelo juiz presidente do Júri.¹⁸² Nesse sentido, consideram Ada Pellegrini Grinover,

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”. Acerca dessa nulidade, em virtude da “criação de um tipo processual penal aberto”, Edilson Mougnot Bonfim faz interessante consideração, sustentando sua inconstitucionalidade: “Afim, 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 conclui 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, Edilson Mougnot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 302 e 303).

¹⁸¹ A Lei nº 14.245/2021 alterou o Código de Processo Penal para instituir regras de linguagem para melhor tratamento de vítimas, mas não estabeleceu expressamente a nulidade por sua violação: Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021).

¹⁸² Art. 497. 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.

Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁸³ ser a infringência ao disposto no artigo 497, V, do Código de Processo Penal, causa ensejadora de nulidade absoluta do processo penal.¹⁸⁴

Além da previsão legal dos *discursos proibidos*, o sistema comunicacional instituído pela Lei nº 11.689/2008 previu *discursos permitidos* de teses supralegais¹⁸⁵ para se invocar o veredicto de perdão social (clemência) de acusados,¹⁸⁶ amparados constitucionalmente pelo Princípio da *Plenitude de Defesa* (Art. 5.º, XXXVIII, “a”, CF). Por outro lado, a alteração legislativa também foi inspirada na *Soberania dos Veredictos* (Art. 5.º, XXXVIII, “c”, CF), para reafirmar o Tribunal do Júri como único juízo competente e insubstituível para análise do mérito da causa penal. Nesse sentido, razões supralegais de inocência poderão, pela

¹⁸³ Salientam: “Lembre-se, ainda, que o art. 497, V, do CPP, ao cuidar do problema do réu indefeso, é considerado aplicável a qualquer tipo de procedimento: v. Acórdãos 48 a 50 do TACrimSP, in O processo constitucional em marcha (Ap. 336.099, Ap. 330.705 e Ap. 279.843). Também em relação à autodefesa, diversos acórdãos, salientando a existência, ao lado da defesa técnica, da autodefesa, consistindo na presença do acusado aos atos processuais, consideram seu desrespeito como causa de nulidade absoluta: STF, RTJ 46/653, 95/1.070, 79/110, 64/332, 80/37; TACrimSP, JTACrim 53/190, 65/224, 70/100, 73/57 e 339, RT 489/380. Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, l, o) (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78).

¹⁸⁴ 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, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2016, p. 573).

¹⁸⁵ Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, as teses supralegais “não são ilegais, nem fazem parte do direito alternativo”, pois são teses implícitas ao ordenamento jurídico penal: “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, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 333).

¹⁸⁶ A Clemência, ou Perdão Social, foi prevista no ordenamento processual penal infraconstitucional pela Lei nº 11.689/2008, que alterou o Art. 483 do Código de Processo Penal, 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.

íntima convicção do júri, ser aceitas ou rejeitadas em decorrência dos *jogos de linguagem* havidos na situação comunicacional de seus julgamentos.

A mudança no procedimento, com a necessidade de inclusão do quesito genérico de absolvição¹⁸⁷ (“se o jurado absolve o acusado?”), inaugurou um novo paradigma de decisão, antes vinculado apenas à lei, 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, de modo a potencializar o uso da linguagem no Tribunal do Júri.

Na perspectiva de um *sistema jurisprudencial*, como é o anglo-americano, ao contrário de um *sistema legislativo*, de maneira intencional, “o direito deixa subsistir muitas lacunas, quando a razão é chamada para preencher essas lacunas de acordo com o caso concreto”.¹⁸⁸ Por ser adversarial, a razão se dá ou se constroi pelo debate, no qual reina a argumentação, a dialeticidade, para a realização de um direito dinâmico e mais democrático, pautado em um discurso¹⁸⁹ como aceito e reconhecido pela ordem jurídica vigente. Assim, ao valorizar o discurso e elevar o grau de democratização nas decisões do júri, também se reforçou a garantia individual da Plenitude de Defesa, princípio constitucional do Processo Penal.

Aliás, devem ser analisadas conjuntamente as garantias constitucionalmente previstas para o Júri (plenitude de defesa, sigilo das votações,

¹⁸⁷ Art. 483, § 2, Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 11.689, de 09/06/2008.

¹⁸⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5ª edição. São Paulo: Martin Fontes, 2014, p. 439.

¹⁸⁹ Gabriel Chalita faz interessante ponderação 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, Gabriel. *A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1 e 2).

soberania dos veredictos e juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida), por serem ditames cogentes que se completam, invioláveis e indisponíveis pelo próprio acusado. A tutela de inocência não configura um interesse individual,¹⁹⁰ mas coletivo, a ser preservado de modo a se evitar a nulidade do procedimento.¹⁹¹

Por tal razão, a eficiência da defesa em plenário do júri deve ser aferida e atestada pelo seu juiz presidente, por sua atribuição de análise do discurso e garantidor do Devido Processo Legal, fiscalizando se todas as possíveis vertentes defensivas foram exploradas, para que o acusado não fique indefeso.

A análise da questão, todavia, não implicará em exigência de uma defesa “perfeita”, pois a defesa em plenário¹⁹² contenta-se em ser “razoável”, de modo a sustentar os pontos favoráveis ao acusado, quando não se cobrará do defensor “uma peça perfeita de dialética forense, e, muito menos, produção jurídica de alto valor doutrinário”. Deve-se esperar uma “defesa razoável, expondo 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”.

Por outro lado, essa *defesa tecnicamente razoável*, na perspectiva da linguagem do atual processo penal do júri, também está a vincular-se a faculdade conferida ao defensor pela Lei nº 11.689/2008, de fazer uso de um *novo discurso*, das teses supraleais em favor do acusado. Em vista da alteração legislativa, Guilherme de Souza Nucci pondera: “ao saber que o quesito (inciso III, art. 483) é obrigatório e será ofertado 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 apresentação do quesito indagando se o acusado deve ser absolvido.¹⁹³

¹⁹⁰ 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 JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 235).

¹⁹¹ 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”.

¹⁹² Conforme magistério de José Frederico Marques (PORTO, Hermínio Alberto Marques; CANOSA NETO, José Gonçalves; SILVA, Marco Antonio Marques da (Atualizadores). *A Instituição do Júri*. Campinas, SP: Editora e distribuidora BookSeller, 1997, p. 318).

¹⁹³ NUCCI, 2015, p. 300.

Muito embora a tese absolutória supralegal seja de caráter subsidiário e não obrigatória, pois sua ausência, em regra geral, não irá culminar na declaração de “acusado indefeso”, é de se reconhecer a sua indispensabilidade na hipótese em que o próprio acusado solicitar o perdão ao júri. Nesse caso, por se tratar de tese possível, a defesa técnica deverá expor ao Conselho de sentença a possibilidade de o acusado ser absolvido por causa supralegal, reforçando os argumentos do acusado, em razão da comunhão a ser havida entre ambas (defesa técnica e pessoal).

Nesse aspecto, a utilização da *linguagem em seu plano pragmático*, legalmente prevista para o procedimento do Júri brasileiro, faz compreender a criação de um novo *sistema comunicativo*, mais *discursivo* e, assim, *aberto*. Não menos importante está o aspecto do aperfeiçoamento da jurisdição penal 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.

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

Dessa maneira, 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, por se respaldar em axiomas e referenciais éticos e jurídicos, como pelos da Dignidade Humana, a nortear a pretensão de se alcançar a melhor solução para os casos penais.

Noutro modo, em razão da necessidade de *controle* judicial de modo a coibir o *excesso de linguagem* na sessão plenária, devem ser traçados os parâmetros para um *discurso racional e ético* da defesa da tese supralegal.

Embora não prevista explicitamente em lei, a causa supralegal deve ser avistada de acordo com o próprio ordenamento jurídico que a permitiu. Essa percepção se torna indispensável, inclusive, para fins de se ter a possibilidade de impugnação da decisão absolutória por causa supralegal em grau de recurso.

É de se ver, contudo, que a possibilidade de absolvição por causa supralegal se reporta às questões de política criminal, notadamente por configurar hipótese de exclusão de responsabilidade penal diversa das causas justificantes e dirimentes de culpabilidade, atreladas a análise da *prova dos autos*.

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

Nesse sentido, a inclusão do quesito genérico e obrigatório de absolvição servirá àquelas realidades nas quais não haja sentido para se aplicar as sanções aflitivas do direito penal, por uma constatação a ser extraída do “livro da vida”, ao se sentir, verdadeiramente, os infortúnios que rondaram as partes de um processo penal.¹⁹⁴ Por outro lado, a possibilidade de enunciação das teses supralegais não inaugurou a prática de um *livre discurso*, pois, se o direito no plenário do júri também é o discurso, esse não poderá ser contemplativo de *excesso de linguagem*.

Dessa maneira, os parâmetros a serem observados para a prática do discurso racional devem ser extraídos da própria sistemática processual penal,¹⁹⁵ malgrado não esteja prevista expressamente no Código Penal. É de se recordar, todavia, que *o referencial a ser aferido da prática do discurso racional da tese absolutória supralegal, obviamente, não se estrutura e muito menos se justifica na prova dos autos. A sua construção discursiva será de acordo com a situação*

¹⁹⁴ Dentre 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 data de 19/07/2012, relativa ao processo nº 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 nº 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.

¹⁹⁵ Art. 483, III e §2º, Código de Processo Penal.

comunicativa havida para o procedimento legal do júri, com validade atestada pelas regras do discurso.

Por essa via, já se tem a possibilidade de traçar balizas teóricas para se atestar a prática do discurso racional e ético da tese absolutória supralegal, para o perdão social (clemência) do acusado em plenário do júri. O discurso racional será alcançado desde que observados os seus *pressupostos formal e material* de validade.

O *pressuposto formal de validade* da tese do Perdão Social estará consubstanciado pela observância das regras processuais que compõem a *situação comunicacional* legalmente prevista para o procedimento do júri, que já estabelece uma *situação ideal de fala*, com idênticas oportunidades de argumentação e refutação à acusação e defesa.

Nesse aspecto, também se recorda a necessidade do registro da tese absolutória supralegal em ata de julgamento. Não apenas por previsão legal, mas também para que possa eventualmente ser impugnada em grau de recurso.¹⁹⁶ Trata-se de providência necessária, em virtude da possibilidade de absolvição pelo Conselho de sentença por prerrogativa, ou seja, mesmo quando não sustentada qualquer tese absolutória supralegal em favor do acusado.

Assim, quando da violação às regras do discurso, deverá o juiz presidente dissolver o Conselho de Sentença, designando outro dia para o júri. Todavia, mesmo diante da constatação de violação às regras do discurso, é possível que o contrário venha a ocorrer, decidindo o magistrado em prosseguir com o julgamento.

Por conta dessa hipótese, para possibilitar a impugnação de eventual decisão absolutória em grau de recurso, será imprescindível se fazer constar da ata de julgamento as manifestações e expressões motivadoras de violação às regras do discurso praticadas pelo orador da tese absolutória supralegal durante sua explanação na sessão plenária.

Desse modo, no que diz respeito ao *pressuposto material*, a prática do discurso racional será perquirida por meio da análise crítica do *ethos*, adentrando-

¹⁹⁶ 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; [...]”.

se, destarte, o *conteúdo* das normas direcionadas do agir social,¹⁹⁷ quando a tese supralegal não poderá ser ilegal ou contrária ao ordenamento jurídico vigente.

Em vista de sua vocação histórica de representação do Estado democrático de Direito, a tese absolutória supralegal como a do perdão social (clemência) apenas se sustentará por um discurso compatível com os valores éticos e jurídicos, preservados pela própria instituição democrática do Júri.

Dessa maneira, poder-se-á denominar de *discurso ético* aquele que se utilizará necessariamente de juízos, normas e valores com *algum* respaldo no sistema jurídico, *não o contrariando*.¹⁹⁸ O *discurso ético* será o *pressuposto material de validade* da tese absolutória supralegal, do Perdão social, facultativamente a ser sustentada em plenário do júri.

6.3 Discursos dialógicos e o “dever de prova” atribuído ao orador da tese absolutória supralegal: para entender a possibilidade de um julgamento “manifestamente contrário à prova dos autos”

É discutida a possibilidade de anulação do veredicto absolutório do Tribunal do Júri, havido em razão da votação do quesito genérico e obrigatório,¹⁹⁹ quando “manifestamente contrário à prova dos autos”.²⁰⁰

¹⁹⁷ ALEXY, 2015, p. 03.

¹⁹⁸ “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 filosófica retórica, comunicar significa os participantes construírem conjuntamente informações. E essa construção é sempre determinada eticamente, isto é, emocionalmente, com vistas a ‘valores’ [...]. Isso vale para todas as esferas do conhecimento, mas é o direito que interessa aqui. O Sol girar em torno da Terra ou a Terra girar em torno do Sol é acordo de crença, sem dúvida, mas apela a elementos empíricos e meios de prova supostamente alheios ao acordo discursivo e a esta ou aquela forma de percepção. Mas se as pessoas acordam que ciganos ou homossexuais não são seres humanos, se o direito os define como tal, eles não são seres humanos. É daí que a ‘realidade jurídica’ depende do controle feito agora das expectativas também atuais sobre as incertezas do futuro, e é daí que a linguagem controla as incertezas; toda forma de linguagem, incluindo a jurídica, das ordálias e presságios até a dogmática jurídica. Então todo o direito faz necessariamente uma opção ética. Algumas opções triunfam diante de outras. As escolhas vencedoras são então impostas a todos, mesmo àqueles que com elas não concordam. Por isso que, diferentemente da moral, o direito vive às voltas com necessidades de legitimação” (ADEODATO, 2014, p. 140 e 367).

¹⁹⁹ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: [...] § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?”.

²⁰⁰ Tema 1087, STF: O ministro Gilmar Ferreira Mendes assim delimitou a controvérsia: “a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra

Por se tratar de questão nada leniente, de indubitosa repercussão geral, foi instaurada a controvérsia alusiva ao Tema 1.087 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte indagação: “poderá o Tribunal de 2º grau anular a absolvição pautada em quesito genérico sem ofender ao Princípio da Soberania dos Veredictos?”.

Ao se fazer um breve apontamento acerca do *Princípio da Soberania dos Veredictos*, deve-se afirmar, desde logo, não ser admissível a contemplação de decisões arbitrárias no processo penal democrático do Júri. Aliás, a previsão legal de interposição de recursos para tais hipóteses já perdura há mais de setenta anos, desde a edição da Lei nº 263/1948, que alterou o disposto no artigo 593 do Código de Processo Penal.²⁰¹

O Princípio da Soberania dos Veredictos não o autoriza a decidir ilegalmente, mas reafirma a ideia de insubstitutividade, qual seja: o Tribunal do Júri é o único juízo competente para o julgamento do *mérito* da causa penal dos crimes dolosos contra a vida.

Por outro lado, essa leitura do princípio também nos conduz sistematicamente à percepção de que o “Tribunal de 2º grau” jamais poderá julgar o “mérito” da causa supralegal, a ser analisada exclusivamente pelo Conselho de Sentença durante a situação comunicacional prevista para a ritualística do Júri.

Pela vigência da Lei nº 11.689/2008 e a inclusão do quesito genérico e obrigatório para seus julgamentos, restou criado um *sistema híbrido* para as absolvições pelo Tribunal do Júri, a dividir-se em: a) veredicto absolutório por causas legais (causas excludentes de ilicitude e dirimentes de culpabilidade); e b) veredicto absolutório decorrente de causas supralegais (implícitas ao ordenamento jurídico).

As causas legais de absolvição estão vinculadas ao *sistema fechado*, de “absolvição vinculada”, estatuídas no artigo 386 do Código de Processo Penal. São

absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF)?”.

²⁰¹ Conforme o Art. 8.º da Lei nº 263/1948: “O Art. 593 do Código de Processo Penal passa a ser o seguinte: ‘Art. 593. Caberá apelação no prazo de 05 dias: [...] III- das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos [...] §3.º Se a apelação se fundar no n.º III, letra d, deste artigo, e o Tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação[...]’”.

previstas para os *discursos da ampla defesa* aplicável também aos procedimentos penais comuns, de análise e competência dos juízes togados.

Em realidade oposta, as causas supralegais decorrem dos *discursos da plenitude de defesa* como garantia ao acusado em plenário do júri, por um *sistema aberto* de recepção de causas supralegais absolutórias. Dessarte, conclui-se da existência de um *sistema híbrido* para absolvições pelo júri, pautadas em *causas legais* ou *causas supralegais* a serem analisadas pelos juízes leigos.

Portanto, é lícito afirmar que o “Tribunal de 2º grau” não poderá analisar, em grau de recurso, se a decisão absolutória sustentada em causa supralegal é *manifestamente contrária à prova dos autos*. Primeiramente, por lhe faltar competência para adentrar o mérito, da pertinência, ou não, da causa supralegal atribuída com exclusividade ao júri popular, ou seja, trata-se de situação totalmente diversa de anulação do julgamento por absolvição arbitrária pautada em *causa legal* absolutória inexistente (ex: legítima defesa não provada nos autos), pois as *causas legais*, ao contrário das *causas supralegais*, também são de competência e poderão ser revistas pela magistratura togada.

Não bastasse, conforme será mais bem explicado, o veredicto absolutório pautado em causas supralegais não se sustenta nas “provas dos autos”, mas em juízos humanitários considerados para isentar o acusado da aplicação da pena. Diante dessas necessárias considerações, adentra-se novamente a questão de ser possível, ou não, a anulação dos julgamentos do júri em vista de decisão absolutória *manifestamente contrária à prova dos autos*.

A resolução do tema, agora, perpassa pela verificação do aspecto probatório, ou seja, do *dever de prova* das causas absolutórias reconhecidas pelo Conselho de Sentença. Haverá, em relação ao *dever de prova*, três situações distintas.

Por ser o quesito genérico absolutório (“o jurado absolve o acusado”?) de caráter obrigatório em todos os julgamentos do júri, mesmo sem o pedido expresso do próprio acusado em seu interrogatório, de sua defesa ou da promotoria de justiça pela sua absolvição, os jurados poderão absolvê-lo. Nessa primeira hipótese, a *causa supralegal*, a presumir²⁰² ter dado ensejo à absolvição, não precisará, nem poderia, ser provada pelo conjunto probatório extraído do caso penal. A decisão

²⁰² As causas legais devem ser sustentadas, sob pena de ser o acusado considerado indefeso (Art. 497, V, CPP).

absolutória decorrerá da prerrogativa do Tribunal do Júri, sendo apenas o pressuposto de sua validade a observância das regras do procedimento penal.

Para os dois últimos casos, teremos a apresentação de discursos das teses das causas legais ou supralegais de absolvição em sessão plenária do júri. Se a absolvição tiver apoio no discurso da *causa legal*, sendo toda conduta típica, a *priori*, também antijurídica, compete ao orador²⁰³ da tese defensiva o *dever de prova*, ou seja, de demonstrar pelas *provas (materializadas) dos autos* a presença da causa justificante. Nesse caso, se a causa absolutória não for inferida pelos *elementos de prova*, o júri deverá ser anulado pelo “Tribunal de 2º grau” em razão de decisão arbitrária, não havendo, dessa maneira, qualquer violação à Soberania dos Veredictos.

Por fim, resta uma última possibilidade de absolvição, novamente por causas supralegais, havida em função de seu discurso pelo orador em plenário do júri.

Assim, para essa hipótese, renova-se a indagação: as razões da tese absolutória supralegal estarão respaldadas nas *provas materiais*, ou seja, poderão ser motivadas por elementos de prova erigidos do conjunto probatório documentado no caso penal? Outro ponto a detalhar: o orador da tese absolutória supralegal tem o dever de provar o que diz? Para completar, em caso positivo, o “Tribunal de 2º grau” tem competência para verificar se foi desrespeitado o *dever de prova* do orador da tese supralegal para anular a decisão do Conselho de Sentença?

Talvez de modo subjacente ao problema da interferência dos juízes togados numa decisão absolutória pelo júri sem o respaldo “em provas” resida na percepção da necessidade da motivação das decisões penais, por se tratar de um primado do processo penal nas democracias.

Diante dessa reflexão, pode-se afirmar, malgrado se decida pela “íntima convicção”, que as decisões do Tribunal do Júri também são fundamentadas, pois,

²⁰³ Reporta-se, obviamente, à possibilidade da sustentação da tese pela Defesa ou, até, pelo Ministério Público. Recordar-se, em caso de absolvição, que poderá haver interposição de apelação pelo assistente de acusação, ainda que não habilitado nos autos, conforme disposto no artigo 598 do CPP: Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

como bem ensina Hermínio Marques Porto,²⁰⁴ as decisões do Conselho de Sentença terão *motivação implícita*. Nesses moldes, o orador da tese absolutória supralegal tem o *dever de prova* de suas alegações e, na hipótese de violação a esse dever, o Tribunal de 2º grau poderá anular o julgamento.

Para se entender o *dever de prova*, nesse caso, observações devem ser tecidas para a compreensão do tipo de discurso a ser desenvolvido na pragmática dos julgamentos do Tribunal do Júri.

Salienta-se, *a priori*, não haver discurso sem orador, nem discurso sem ouvinte. A ação linguística do orador é dirigida a alguém (ouvinte), como apelo ao entendimento de quem ouve. Por isso, considera-se discurso ou ato de falar somente aquele que pode ser entendido, ensinado e, assim, repetido. Conforme observa Ferraz Júnior,²⁰⁵ “o ouvinte é visado pelo orador como participante de uma decisão ou como observador passivo”.

Dessa duplicidade, surgem duas possibilidades. O objeto do discurso poderá ser um *dubium*, caso o ouvinte entre na relação com o orador como parte a ser conquistada pela argumentação, tendo em vista um eventual ajustamento de opiniões; ou poderá ser um *certium*, na hipótese em que o papel do ouvinte seja de submissão, aceitação ou recusa.

Na contingência de um *discurso monológico*, quando o objeto do discurso é um *certium*, não será propriamente desenvolvida uma argumentação, mas uma demonstração, como se dá no discurso científico. O ouvinte é abstraído, de modo a perder, em certa medida, a dimensão pragmática da situação comunicacional.

Em sentido oposto, o objeto do *discurso dialógico*, desenvolvido na pragmática do júri, é sempre “um *dubium*, o seu procedimento será argumentação, a ser expressa pelo modo do questionamento: a questão é a expressão verbal do *dubium*”.²⁰⁶

²⁰⁴ Salienta o autor, em comentário antes da reforma processual, que a motivação implícita se dará pelas provas dos autos. Na ocasião, não seriam possíveis os discursos de teses supraleais. Atualmente, em se tratando dos discursos de teses legais (excludentes de ilicitude, dirimentes de culpabilidade), a motivação continuará a ser pelas provas dos autos; no caso das teses supraleais, a sua motivação também será implícita e decorrerá da observação das regras da linguagem no plano pragmático (PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários*. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 145 e 146).

²⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Do Discurso sobre Justiça*, s/d. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66876/69486/88271>. Acesso em: 08 jun. 2023.

²⁰⁶ *Idem, Ibidem*.

Assim, o discurso da causa supralegal absolutória é eminentemente *dialógico*, pois os temas versados desembocam em aporias: o “perdão”, a “clemência”, a “verdade”, a “justiça” são tipicamente um *dubium*, uma *forma* a ser alcançada e não uma *matéria*, algo físico demonstrável. Aristóteles assim dizia: “a forma é o tema privilegiado do discurso dialético, sendo a definição dialética, por oposição à verdadeira definição física, a que se atém à forma e renúncia ao conhecimento de que matéria essa forma é forma”.²⁰⁷ Noutras palavras, a forma do discurso dialético é aquilo que se deixa manifestar no discurso, algo simples para descrevê-la, mas obscura e aporética em sua essência.

Embora alguns filósofos da pós-modernidade (Paul de Man, Derrida, Barthes) tenham difundido a ideia de incompatibilidade entre a *retórica* e *prova*, para condená-la “a arte de convencer por meio de emoções”, reconhece Chartier²⁰⁸ o sentido equivocado da tradução conferida à palavra “pisteis” da “Retórica de Aristóteles”, de onde se buscou o seu primeiro sentido, em algumas traduções, como “meios de persuasão”, e não como “provas”. Ressalta a existência de versões da obra em francês e inglês, como a escolhida por Ginzburg, a conferir a importância central atribuída na obra às “provas”, distinguindo-as em duas categorias: *artísticas* e *não artísticas*, além de classificar as três primeiras em três espécies: *prova ética*, *prova lógica* e *prova emocional* ou *patética* (internas ao discurso).

Denota-se, assim, a preocupação para que o discurso seja *fundamentante*, por se tratar de ação linguística que apela ao entendimento de outrem. Discursos não podem ser imposições arbitrárias.

Por esse motivo, o discurso sempre se dará numa situação de comunicação, para manter uma ordem entre seus participantes, com regras de atribuição e papéis definidos no ambiente discursivo, que a torna controlada.²⁰⁹

A configuração de uma situação comunicativa discursiva ocorre, pois, pela ação dos seus participantes em termo de mútuo entendimento. Isso dá à situação uma certa ‘ordem’, não apenas no sentido espacial, mas também temporal: *quando* alguém deve falar, *quando* pode falar etc. Numa situação comunicativa discursiva, como numa relação amorosa, para valer-se de um exemplo de Luhmann, nem tudo é permitido logo de início. A constituição de uma história, em termos de mútuo entendimento, permite-nos dizer que a

²⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, s/d.

²⁰⁸ CHARTIER, Roger. *Verdade e prova: retórica, literatura, memória e história*. Tradução de Luzmara Curcino Ferreira. In: FERREIRA, Luzmara Curcino; SARGENTINI, Vanice; PIOVEZANI, Carlos (Orgs.). *Discurso e (pós) verdade*. 1ª edição. São Paulo: Parábola, 2021, p. 22 – 23.

²⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 83.

ação dos partícipes da situação comunicativa discursiva não é um simples *resíduo* de ações repetidas (ritual), nem a simples formalização de ações possíveis (previsão) mas um comportamento em que cada partícipe é sempre parte, isto é, alguém que traz, em princípio consigo a carga da sua personalidade historicamente constituída e assume, no mútuo entendimento, um determinado papel. Assim, a situação comunicativa se limita internamente também na forma de regras de atribuição e de diferenciação de papéis. Com isso é possível determinarem-se diversas reações avaliativas dos partícipes: cooperativas, contestativas, indiferentes etc., com a consequente qualificação do objeto do discurso e seu controle (função estimativa do discurso).

Portanto, o discurso racional será o discurso fundamentante, pois “discursos não são apenas prováveis, mas comprováveis”.²¹⁰ Porém, os instrumentos de comprovação decorrem do mútuo entendimento das partes, ou das regras do discurso, que o torna racional. A racionalidade não implica em acordo sobre os temas pelos quais se diz (assuntos, conceitos, opiniões), mas pelas regras que permitem falar deles. Não bastasse, para ser racional o discurso não terá que fundamentar tudo, mas deverá estar aberto à *exigência da fundamentação*, ao dever de prova.

Interessante perceber que o *onus probandi* está submetido a regras que determinam seu decurso. São regras da situação comunicativa e não para ela. Isto é, surgem na situação comunicativa, e não fora dela. “O orador vai ter que provar o que diz, na medida da exigência crítica do ouvinte, que em princípio é ilimitado, mas na prática se exerce limitadamente”.²¹¹

Assim, o discurso racional será o discurso provado (submetido ao dever de prova, na medida da exigência crítica do ouvinte, no caso, a do Conselho de Sentença) na situação comunicacional prevista para o júri, atendendo-se às regras da ritualística do procedimento penal para resolver a questão da causa supralegal (perdão, clemência), ainda que a decisão afirme em termos lógicos um *aparente absurdo*²¹² (decisão manifestamente contrária à prova dos autos) como fundamento.

De qualquer modo, essa situação não representa teratologia nem poderá culminar em críticas às decisões do Júri, por não “solucionar”, mas “resolver” o

²¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 16.

²¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 19.

²¹² Conforme lição de Ferraz Júnior: “Assim, por exemplo, o discurso filosófico é tipicamente um discurso que desemboca em aporias (que é o conhecer, falar, o ser justo, o verdadeiro, etc), mas, ao enfrentá-las, reconhecendo-as como motivo último do seu discursar, é racional, mesmo quando as ‘resolve’ (embora não as ‘solucione’), afirmando o absurdo como fundamento. Em última análise, no discurso racional tem de haver espaço para o questionamento que é outra regra básica que me permite falar em discurso fundamentante” (*Idem, Ibidem*, p. 17).

conflito em parâmetros supraleais, pois será produzida uma decisão absolutória fundamentada num valor, também imaterial e supremo, o da Dignidade da Pessoa Humana.

É de se recordar que em qualquer procedimento judiciário a transformação dos conflitos numa questão institucionalizada será desenvolvida em procedimentos decisórios, quando haverá, além das partes, um terceiro comunicador, o juiz, para decidir o *dubium*. Porém, mesmo pela adoção de critérios exclusivamente legais, haverá apenas uma canalização, a “resolução” do conflito pela via judicial, e não necessariamente a sua solução.

Apresenta-se, portanto, a única²¹³ possibilidade de o “Tribunal de 2º grau” anular o veredicto absolutório pautado em causa supraleal *manifestamente contrária à prova dos autos*, não em decorrência de análise do mérito da causa supraleal, mas em razão da violação ao *dever de prova* do discurso, ou seja, quando forem desrespeitadas as regras do discurso racional (procedimentais da situação comunicacional do júri) e ético (pela enunciação de discursos proibidos) em plenário do júri.

Contudo, essa anulação não irá provocar “violação à Soberania dos Veredictos”, e muito menos terá como fundamento “decisão manifestamente contrária à prova dos autos” na acepção *material* da prova. O seu embasamento se encontra em verdadeira causa de “nulidade posterior à pronúncia”,²¹⁴ ratificando a tese pela qual toda violação às regras do discurso terá como consequência a ruptura do Devido Processo Legal, por ofensa aos seus canais comunicativos, com a insanável nulidade do procedimento.

6.4 Discursos da plenitude de defesa: origens, constitucionalidade e democracia participativa em plenário do júri

No ideário francês, para se garantir a liberdade e segurança jurídica dos cidadãos, a lei historicamente representou a “vontade soberana” e o freio contra o

²¹³ Se a tese supraleal não for sustentada, mas, ainda assim, o Conselho de Sentença absolver o acusado em razão do quesito genérico obrigatório, não existindo qualquer ofensa ao procedimento penal, a decisão não poderá ser anulada em grau de recurso, por faltar competência ao “Tribunal de 2º grau” para análise da causa supraleal de absolvição.

²¹⁴ Código de Processo Penal: Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; [...]

eventual arbítrio da magistratura. A perspectiva de um direito atrelado à lei, ou seja, de um “direito legislativo”, escrito em códigos, historicamente influenciou todos os ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-germânica, de *civil law*, ao qual veio a se filiar o Brasil.

Em razão de um pensamento jurídico enraizado numa ritualística tradicional, juristas²¹⁵ passaram a questionar aspectos de constitucionalidade da Lei nº 11.689/2008, especialmente por força da inclusão do quesito genérico obrigatório,²¹⁶ a possibilitar uma nova forma de absolvição de acusados, dissociada de fundamento legal e, conseqüentemente, das provas produzidas nos autos do processo criminal.

Primeiramente, é de se ressaltar que, quando da análise de sua constitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça, o Projeto de Lei nº 4.203, de 2001, ao dar origem ao novo diploma do procedimento do júri, recebeu aprovação unânime, especialmente em razão de sua redação ter sido calcada em pareceres de uma plêiade de juristas.²¹⁷

Aliás, o equívoco de qualquer alegação de inconstitucionalidade repousa no ensinamento antigo, pelo qual a lei seria a exclusiva “fonte formal” do Direito

²¹⁵ “Em nenhum lugar a Constituição diz que o júri está dispensado de fundamentação. E tampouco fala em íntima convicção. O que é íntima convicção? É o jurado poder decidir de qualquer modo. E como saber o que está no seu íntimo? Impossível. Como é o júri hoje, ninguém pode se queixar de absolvições absurdas ou até mesmo de condenações bizarras”, “argumenta Lenio, que tem larga experiência em Tribunais do Júri, adquirida nos tempos em que atuou como promotor de Justiça”, em entrevista concedida por Aury Lopes Júnior e Lenio Luiz Streck ao *site* Consultor Jurídico, em 24 de janeiro de 2021. Cf.: HIGÍDIO, José; ALVES, Mateus Silva. “Não é admissível que, em pleno século 21, sigamos julgando por íntima convicção”. *Consultor Jurídico*. Publicado em 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/entrevista-lenio-streck-aury-lopes-jr-professores-advogados>. Acesso em: 20 jun. 2023.

²¹⁶ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: [...] § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?” (incluído pela Lei 11.689/2008).

²¹⁷ Compuseram a Comissão elaboradora dos Anteprojetos, constituída pela Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000, do Ministro da Justiça José Gregory, os professores Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. Em artigo publicado, René Ariel Dotti defendeu os novos poderes conferidos ao Tribunal do Júri: São inconsequentes e desviadas de objetivos práticos as manifestações contrárias à existência e ao funcionamento do Júri. Não se questiona a necessidade de especialização da magistratura como um dos roteiros para se alcançar a prestação adequada à complexidade de um grande número de casos concretos. Esta exigência é agravada frente à multiplicidade das normas jurídicas, que se elevam a patamares quase infinitos, e o desdobramento dos ramos tradicionais de direito em “departamentos” muitas vezes fluidos e meramente retóricos. Mas, quando se trata de crimes contra a vida, cujo objeto jurídico é concebido com clareza e os tipos de ilícito são taxativos, não se justifica o preconceito para com os juízes leigos (DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do júri. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 271 – 290, abr. 1994).

Penal para estatuir as causas de exclusão de responsabilidade penal. Na verdade, conforme ensina Limongi França,²¹⁸ há um erro terminológico para designar “fonte”, geradora de alguma coisa, para confundi-la com “forma de expressão”. Portanto, por ser apenas *forma de expressão*, a lei não cria, não produz, não gera o direito, que é decorrente das “necessidades sociais e da vontade humana”.

De qualquer modo, mesmo desprezando a confusão terminológica, a temática alusiva às *fontes* do Direito Penal vem sofrendo revisões, em vista da relevância que contam nos dias atuais os princípios jurídico-penais, bem como pela importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com força supralegal.²¹⁹

Nesse âmbito específico, salienta Luiz Flávio Gomes²²⁰ a necessidade de se partir da análise de uma premissa muito relevante: é fundamental distinguir o *Direito penal incriminador* (que cria ou amplia o *ius puniendi*, ou seja, que cuida da definição do crime, da pena, das medidas de segurança ou das causas de agravamento da pena) do *Direito penal não incriminador* (conjunto de normas penais que cuidam de algum aspecto do *ius puniendi*, sem se relacionar com o crime, a pena, as medidas de segurança ou com o agravamento das penas). “O primeiro (Direito penal incriminador), no que se refere à sua origem (isto é, à sua ‘fonte’), é muito mais exigente (e restrito) que o segundo”.

Dessa forma, a garantia da Legalidade²²¹ do Direito Penal deve ser compreendida enquanto limite do poder punitivo estatal. Os direitos fundamentais “não são ‘direitos do Estado’ ou ‘para o Estado’ ou no ‘interesse do Estado’, mas direitos em direção a, e, se necessário, contra o Estado”²²² e em favor do indivíduo.

Nesse contexto, apresenta-se o Tribunal do Júri não como simples órgão do Poder Judiciário, mas como *garantia* do Estado Democrático de Direito, embrenhada por princípios constitucionais estampados no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, para cultivar a sua vocação histórica e democrática

²¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. Atualização de Antonio de S. Limongi França. Prefácio de Giselda M. F. Novaes Hironaka. 10ª edição, revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

²¹⁹ Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343-SP e HC 90.172-SP.

²²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Fontes do Direito Penal: necessária revisão desse assunto (Parte 1). *Migalhas*. Publicado em 10 de setembro de 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1>. Acesso em: 10 jun. 2023.

²²¹ Art. 5º, XXXIX, CF e Art. 1º, CP.

²²² FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 29.

desenvolvida desde o seu nascedouro, em 1215, na Inglaterra.²²³ Na ocasião, o Rei João Sem-Terra se viu forçado pelos barões a conceder a *Magna Charta Libertatum*; o diploma de *Rummined* veio a se tornar a primeira grande Constituição europeia, de princípios democráticos inovadores, como o do Devido Processo Legal, além de estabelecer o julgamento pelos pares e pelas leis da terra (*law of the land*) como único meio possível de se restringir a liberdade dos “homens livres”.²²⁴

Nos Estados Unidos da América do Norte, salienta Nardelli,²²⁵ o júri foi marcado pela tendência dos cidadãos da colônia em ordenar seus assuntos por si mesmos, “buscando-se afastar das práticas inglesas e evitar um demasiado tecnicismo que acabasse por prestigiar as formalidades estritas em lei em detrimento da justiça”. Segundo descreve a autora, teria sido em 1735, quando do julgamento de John Peter Zenger, que se celebraria o júri como “germe da liberdade americana”, fazendo inspirar a edição da Primeira, Quinta e Sexta Emendas da Constituição americana. O acusado era responsável por um jornal que tecia críticas ao governo da Colônia de Nova York, quando os jurados demonstraram resistência contra as injustiças da lei britânica e do poder local: “Cristalizou-se a partir daí o simbólico poder do júri de impor a justiça concreta mesmo diante da lei injusta”.

Aliás, a ideia de julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como da plenitude de defesa, foi assentada na perspectiva do *jury nullification*,²²⁶ que “é justamente o

²²³ A origem do Tribunal do Júri, comumente aceita, foi na Inglaterra, em 1215. Porém, ilustres autores consideram outras possibilidades: “Há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos *diskatas*, na *Heliéia* (tribunal popular) ou no *Areópago gregos*; nos *centeni comites*, dos primitivos germanos; ou ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeu e americano. [...] Outra, entretanto, em nosso entender, e como o máximo de respeito, dever ser a conclusão da pesquisa às fontes disponíveis, determinantes da convicção de que o verdadeiro, por assim dizer autêntico, embrião do tribunal popular, que recebeu a denominação hoje corrente (tribunal do júri), se encontra em Roma, no segundo período evolutivo do processo penal, qual seja o do sistema acusatório, consubstanciado nas *quaestiones perpetuae*”. (TUCCI, Rogério Lauria. Origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a, p. 15).

²²⁴ Capítulo 39. “Nenhum homem livre será preso ou preso, ou privado de seus direitos ou posses, ou declarado fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra” (BRITISH LIBRARY. *English translation of Magna Carta*. Publicado em 28 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 18 jun. 2023).

²²⁵ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 278 – 279.

²²⁶ “In its strictest sense, jury nullification occurs when a jury returns a Not Guilty verdict even though jurors believe beyond reasonable doubt that the defendant has broken the law. [...] Other terms you may hear in place of jury nullification are conscientious acquittal, juror veto, or jury pardon”. Tradução: “Em seu sentido mais estrito, a anulação do júri ocorre quando um júri retorna um

reconhecimento da independência dos jurados, no sentido de negarem a aplicação de uma lei que consideram capaz de produzir uma injustiça no *caso concreto*".²²⁷ Nessa hipótese, os cidadãos poderiam agir "não como meramente juízes do fato, mas como representantes da consciência da comunidade".²²⁸

Na França, diversos autores influentes da Revolução Francesa, tais como Beccaria, Montesquieu e Voltaire, se rebelaram contra o sistema de provas legais e a opressão do sistema penal vigente. Por conta disso, a Assembleia Constituinte de 1789 fez operar mudanças do procedimento inquisitivo do *Ordonnance Criminelle* de 1670, destacando-se o abandono ao sistema inquisitório por meio da instituição do Júri popular, com procedimento pautado na oralidade e imediatidade,²²⁹ fazendo também emergir o princípio da *íntima convicção*.

Após a influência francesa e o transplante do júri para diversos países da Europa, no Brasil, o Tribunal do Júri surgiu em 1822,²³⁰ para se tornar, no ordenamento vigente, *direito fundamental humano*²³¹ e *garantia fundamental humana*. Recorda Nucci,²³² sob a ótica de garantia fundamental humana, que salvaguardas são instituídas pelo Estado para fazer valer um direito humano fundamental. Por ser "a liberdade um bem jurídico essencial, instaurando-se um processo crime contra alguém, é indispensável conceder-lhe a ampla defesa (no Júri, a plenitude de defesa)".

veredicto de inocente, mesmo que os jurados acreditem, sem sombra de dúvida, que o réu infringiu a lei. Como o veredicto de Inocente não pode ser anulado e os jurados não podem ser punidos por seu veredicto, diz-se que a lei foi anulada, nesse caso específico. Outros termos que você pode ouvir no lugar da anulação do júri são absolvição conscienciosa, veto do jurado ou perdão do júri" (FULLY INFORMED JURY ASSOCIATION. *O que é anulação do júri?* Disponível em: https://fija-org.translate.google.com/library-and-resources/library/jury-nullification-faq/what-is-jury-nullification.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 18 jun. 2023).

²²⁷ NARDELLI, *op. cit.*, p. 279, em nota de rodapé.

²²⁸ NARDELLI, 2019, p. 279, em nota de rodapé.

²²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 253.

²³⁰ Com a edição da Lei de 18 de julho de 1822, sendo instituição popular e democrática existente mesmo antes da proclamação da independência, jamais sendo abolida por ser arraigada nas nossas tradições jurídicas.

²³¹ No entender de Guilherme Nucci, que atribui os conceitos autônomos em relação ao Júri, porém interligados: "Direitos humanos fundamentais são materiais ou formais. Materiais são os essenciais à existência humana, como pessoas individualizadas, cuidadas e respeitadas pelo Estado desse modo, podendo viver em liberdade, sem restrições, que não impliquem afetação aos direitos de terceiros. Qualquer Constituição de âmbito nacional precisa prever, por exemplo, o direito à vida, o direito à liberdade de ir e vir, o direito à segurança pública, entre outros (art. 5º, caput, CF). Sem tais direitos, o ser humano não estaria inserido em um Estado Democrático de Direito" (NUCCI, 2015, p. 38).

²³² *Idem, Ibidem*, p. 39.

Inarredável é a diferença entre a *ampla defesa* (para os processos em geral) e a *plenitude de defesa* prevista constitucionalmente²³³ (para os acusados no Tribunal do Júri), pois, como considera Badaró: “não parece se tratar de mera variação terminológica, com o mesmo conteúdo”,²³⁴ pois “pleno é mais do que amplo, exigindo uma defesa em grau maior do que a da ampla defesa”.

Por essa interpretação constitucional, em respeito à *garantia da plenitude de defesa*, o legislador ordinário possibilitou novos discursos em favor dos acusados no júri, além de reafirmar a sua Soberania de Veredictos para o reconhecimento de causa supralegal, ainda que não invocada durante a sessão de julgamento.

A perspectiva trazida pela inovação legislativa reafirma a realidade pela qual, “além da lei, do costume, da jurisprudência, da doutrina, o direito se revela de outros modos, como o direito estranho, os princípios gerais de direito, o direito estatutário, os atos particulares, o standard etc.”.²³⁵

Conforme bem sustenta Diniz,²³⁶ o direito não se resume à norma: “estamos envolvidos por um mundo circundante, que além de nós, contém inúmeros objetos, sendo o direito um deles”. Por essa razão, “o direito é um dado que abrange diferentes experiências que se complementam, sejam elas históricas, antropológicas, sociológicas, psicológicas, axiológicas etc.”. Dessa maneira, “normas são partes de um âmbito maior, que é o direito; sendo assim não esgotam a totalidade jurídica e nem podem identificar-se com ela”.

A adoção de um sistema híbrido, de causas legais e supralegais para as absolvições do júri brasileiro se mostra mais condizente com o Instituto, pois razões históricas, sociológicas, psicológicas, dentre outras, são consideradas nos julgamentos populares, tudo a prevalecer um direito penal humano.²³⁷ Pela

²³³ Artigo 5º, XXXVIII, “a”, CF.

²³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 653.

²³⁵ FRANÇA, 2010, p. 168.

²³⁶ Ainda complementa: “O direito não se reduz, portanto, à singeleza de um único elemento, donde a impossibilidade de se obter uma unidade sistemática que abranja o direito em sua totalidade. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo. Querer um sistema jurídico único é utopia” (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 87).

²³⁷ Como bem observa Zaffaroni: “Para enfrentar uma lei penal desumana, é necessário, antes de tudo, que nos despojemos de sua desumanidade, ou seja, que nos expliquemos como ela conseguiu escondê-la com sucesso durante séculos. Sem prejuízo de deixar este mecanismo claro, também será necessário aprofundar a análise de suas racionalizações, pois o estudo detalhado do direito penal desumano é essencial para que seu oponente não caia novamente nas armadilhas perversas de suas conhecidas *racionalizações*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito penal humano*

possibilidade de adoção das causas supraleais, é visto um sistema aberto, com as características de “incompleto e prospectivo, porque se abre para o que vem, não alterando suas regras”.²³⁸

É certo que o ordenamento jurídico está voltado a oferecer a necessária segurança e estabilidade nas relações humanas, mas, conforme considera Celso Ribeiro Bastos,²³⁹ ao lado das preocupações de uma “única interpretação possível”, “da melhor interpretação”, ou da “verdadeira interpretação”, caminham correntes doutrinárias a considerar o mero aplicador da lei um verdadeiro autômato, pois “não é a segurança jurídica o primado último do Direito”, há outros objetivos, em especial, o princípio da justiça, pois “nem todo o Direito seguro será inexoravelmente um direito justo”.

Não bastasse, o estudo das fontes históricas da instituição jurídica é indispensável ao seu efetivo conhecimento, quando se percebe que o Tribunal do Júri tem raízes no sistema de *common law*, aberto, dialético. O legislador brasileiro, ao modificar o modelo de quesitação, teve o notório interesse em dar ao juiz leigo a condição de decidir, sem os equívocos do tecnicismo jurídico de outrora, com absoluta clareza e simplicidade, adotando critério assemelhado ao do processo penal americano.²⁴⁰

Portanto, não há inconstitucionalidade material a ser vista no atual ordenamento do Tribunal do Júri, ao se depreender da análise sistemática e vertical da norma, pela qual o legislador ordinário fez valer o próprio texto constitucional que já impunha um direito democrático para seus julgamentos. Nesse sentido, reafirma

& poder no século XXI. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 101).

²³⁸ Outro importante aspecto a detalhar é que “a integração da lacuna não se situa no plano legislativo nem tampouco é uma delegação legislativa ao juiz; ela não cria normas jurídicas gerais, mas individuais [...] A jurisdição é subsidiária ou supletiva, integra as normas, porém a lacuna permanece. O juiz deve sempre decidir, em caso de lacunas, mas o fato de julgar, *de facto* e *de iure*, não pressupõe, necessariamente, que o comportamento levado a juízo tenha um status deontológico. A sentença do magistrado não confere juridicidade ao comportamento não previsto”. Noutros termos, a absolvição por causa supraleal não torna o comportamento justificável (como se daria por uma excludente de ilicitude), pois tem natureza jurídica de causa excludente de punibilidade” (DINIZ, 2019, p. 40 e 119).

²³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 31.

²⁴⁰ Quando se indaga aos jurados se o acusado deverá ser considerado “culpado ou inocente?” (“*guilty ou not guilty?*”).

Konrad Hesse²⁴¹ a força normativa da Constituição, pois, ao tratar de garantias fundamentais, “logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social”.

Aliás, a abertura de novos espaços de representação democrática se assenta no princípio contemporâneo que torna possível todas as formas de convivência, dá legitimidade à cidadania e auxilia na elaboração de cada sistema de governo, de modo a reger os cidadãos e os Estados mutuamente. Os reclames da atual democracia nasceram de um fenômeno ocorrido especialmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando as transformações e mudanças se voltaram à reconstrução do próprio conceito de Estado de Direito, o qual não poderia ficar mais subsumido a seu aspecto formal.

A visão desse novo conceito de Estado de Direito, a ser concebido também em seu aspecto substancial, tem em mente os princípios estabelecidos nas normas constitucionais que deram nome ao chamado Neoconstitucionalismo.²⁴² Assim, a compreensão do neoconstitucionalismo, enquanto modelo de Estado, “nos conduz a reconhecer a existência de três paradigmas ao longo da história constitucional: a) o Direito Pré-Moderno; b) o Estado Legislativo de Direito; e c) o Estado Constitucional de Direito”.²⁴³ O conceito de Estado Legislativo de Direito não se interessa por sua valoração como justo, quando a experiência deixa de ser jurisprudencial e perpassa somente pelo princípio da legalidade e pela lei como forma de sua legitimação, voltada sempre à forma, e não ao conteúdo.

Em razão da mudança paradigmática do Neoconstitucionalismo, a legalidade passa a ficar subordinada às constituições rígidas através do exercício jurisdicional, quando a legitimidade das próprias normas, portanto, passará por uma dimensão substancial, que dará luz à democracia. Noutros termos, toda a

²⁴¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. [Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*]. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabre Editor, 1991, p. 24.

²⁴² Conforme bem pondera Karyna Batista Sposato. Cf.: SPOSATO, Karyna Batista. A criança no Neoconstitucionalismo brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. (Orgs.). *Direitos fundamentais em construção*. Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Brito. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 41.

²⁴³ “Como esclarece Ferrajoli, o Estado de Direito nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e até mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Neste cenário, a experiência deixa de ser jurisprudencial e submete-se à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, sendo, portanto, mais voltada à forma que ao conteúdo” (*Idem, Ibidem, loc. cit.*).

argumentação que sustenta a crítica à atividade judicante exercida em prol da efetivação das garantias individuais, da Dignidade da Pessoa Humana, não se coaduna com a perspectiva atual do Estado Democrático de Direito.

Isso implica em dizer que a democracia se converteu em um direito dos povos, para muitos um direito de quarta geração,²⁴⁴ no qual estão inseridos todos aqueles relativos à Dignidade humana, *positivados ou não*.

Pela lição de Antonio Manuel Hespanha: “Numa perspectiva pós estadualista — a que corresponde um conceito mais complexo de democracia —, a validade das normas jurídicas não pode ser estabelecida de forma mecânica e limitada”. Salienta que “há modalidades de consenso comunitário, diferentes das do Estado representativo, que têm que ser tidas em conta”.²⁴⁵

Dessa maneira, a possibilidade conferida ao processo penal democrático do júri de debater aspectos não exclusivamente legais, nada mais é do que um reconhecimento da existência de uma sociedade complexa e com direito ao Pluralismo reconhecido pela ordem constitucional imposta. Noutras palavras, a democracia implica, cada vez mais, na abertura de possibilidades de utilização do sistema participativo em todas as esferas de poder, de modo a legitimar as suas próprias instituições e decisões.²⁴⁶

²⁴⁴ Paulo Bonavides assevera que o direito à democracia “é um direito de qualidade distinta, direito que eu diria de quarta geração. Autores há que estabelecem com extremo rigor e afã metodológico distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. De tal sorte que, segundo eles, os primeiros independem de estarem ou não positivados, ao passo que os segundos vêm a ser aqueles que num determinado ordenamento jurídico são formulados como tais pelo legislador; inserem-se no texto normativo básico ou constam de suas respectivas declarações de direitos. Direitos da primeira geração, no consenso dos publicistas, foram os direitos individuais; direitos da segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; e, de último, na idade da tecnologia, direitos da terceira geração, aqueles que entendem como a paz, o desenvolvimento, o interesse dos consumidores, a qualidade de vida e a liberdade de informação. Três gerações regidas ou inspiradas sucessiva e cumulativamente pelos princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 523).

²⁴⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. 1ª edição. São Paulo: Editora AnnaBlume, 2013, p. 81.

²⁴⁶ Assim, interessante foi a experiência havida pelo Judiciário de Roraima, de promover o “Júri em Aldeia Indígena”, conforme notícia veiculada pela Folha de São Paulo: “No dia 23/04/2015, foram levados ao banco dos réus dois macuxis acusados de tentativa de homicídio contra um membro da mesma etnia, mas de aldeia diferente. “Apesar de um deles ter sido absolvido e outro condenado a uma pena leve, que cumpre em regime aberto, as lideranças se assustaram com a maneira exaltada que a acusação e defesa conduziram o júri. Os macuxis classificaram a arguição da defesa e dos promotores como ‘desrespeitosa’ e ‘brutal’”. Outro aspecto interessante foi consideração dos indígenas de que o discurso da defesa violava e causava *perturbação* ao Ethos: “A defesa elogiou o vendedor de bebida alcoólica aos índios e também certos invasores das nossas terras”. “Esse tipo de atitude contraria a nossa prática e expectativa de que autoridades devam dar exemplos de boa fala e boas atitudes”, criticou, em nota, a coordenação regional do Conselho Indígena. Uma semana

A participação popular na jurisdição penal, muito criticada por alguns, mostra-se absolutamente legítima. Peter Häberle²⁴⁷ recorda o sentido de “povo”, a ser interpretado não apenas como um referencial quantitativo a se manifestar no dia da eleição, sendo também “um elemento pluralista”, como grupo de interesse, como cidadão. Os direitos fundamentais são “parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*)”.

Ainda no entender de Wolkmer, o pluralismo pode ter como meta “práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e complementadas pelo Estado”.²⁴⁸ A ideia concebida, trazida especialmente para os julgamentos do Tribunal do Júri, não repousa em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade.

Portanto, a existência de um direito democrático no Tribunal do Júri condiz com os primados de uma sociedade livre, justa e solidária.

depois do júri, em evento fechado, decidiram aplicar uma pena seguindo seus próprios costumes. Na nova decisão, os dois réus, e mais um terceiro, que teria incentivado a briga, foram expulsos da aldeia por dois anos. Eles terão que fazer trabalhos comunitários em outra aldeia e não podem participar dos eventos da comunidade. “Consideramos o júri positivo [de abril], mas demos o nosso jeito depois”, afirmou Júlio Macuxi, um dos representantes da comunidade. Abertamente, os índios dizem que o julgamento aprofundará discussões internas sobre a solução dos problemas, mas não gostaram do comportamento das autoridades no evento” (MARQUES, José. Índios classificam 1º júri feito em aldeia de 'brutal' e refazem sentença. *Folha de S. Paulo*. Caderno Poder. Publicado em 22 de maio de 2015. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>. Acesso em: 23 jun.23).

²⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão 2022, p. 37.

²⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 261.

7 O CONTROLE DOS DISCURSOS NO PROCESSO PENAL DO JÚRI

7.1 Considerações introdutórias sobre o tema 1087 do STF e a necessidade de efetivo controle das decisões do júri

Talvez um dos maiores dilemas do processo penal brasileiro se reporte à possibilidade de controle jurisdicional, em grau de recurso, das decisões absolutórias oriundas da aplicação do quesito genérico em julgamentos do Tribunal do Júri.

Assim, nossos tribunais vêm retratando posições contraditórias quando analisam a forma de controle e cabimento de revisão das decisões absolutórias do Tribunal do Júri. Por vezes, os magistrados acabam pretendendo inclusive adentrar ao mérito da causa supralegal, para perquirirem os “motivos da clemência”, quando essa possibilidade, conforme mencionado, trata-se de atribuição exclusiva do Júri.

Aliás, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 350.895/RJ,²⁴⁹ impetrado pela Defensoria do Estado do Rio de Janeiro em vista de acórdão do Tribunal de

²⁴⁹ Julgado em 14/03/2017. Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. ANULAÇÃO. PRESUNÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ILEGALIDADE CONFIGURADA.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria.
2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.
3. É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção.
4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria. 5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão. 6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o

Justiça daquele Estado, a divergência de entendimento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se mostrou patente. Na hipótese, o Ministério Público recorreu da decisão absolutória com fundamento em *decisão manifestamente contrária à prova dos autos*. O tribunal estadual, por sua via, cassou a decisão do Júri a pretexto de contrariedade na votação dos quesitos, pois, ainda que reconhecida a materialidade e autoria do fato pelo Conselho de Sentença, o réu foi absolvido.²⁵⁰ O entendimento apontou pela necessidade de o juiz presidente do Júri repetir a votação, fazendo aplicar o disposto no artigo 490²⁵¹ do Código de Processo Penal.

Todavia, a decisão da corte estadual se mostrava equivocada. Primeiro porque o quesito genérico é também obrigatório, não havendo, dessarte, contrariedade na votação.²⁵² Depois porque, se assim não fosse, o juiz presidente do Júri teria que repetir a votação por infinitas vezes, até que o Conselho de Sentença, votando “corretamente”, viesse a condenar o acusado.

Na abordagem do tema, interessante foi o voto do ministro Nefi Cordeiro, que, negando o *habeas corpus*, esboçou uma visão bastante conservadora acerca do procedimento do Júri, ainda mantida em boa parte da magistratura:

pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade.

7. Ordem concedida para cassar o acórdão da apelação e restabelecer a absolvição proferida pelo Tribunal do Júri (HC 350.895/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/05/2017).

²⁵⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sua “JURISPRUDÊNCIA EM TESES”, Edição de nº 78 – TRIBUNAL DO JÚRI II, de julgamentos publicados até 03/03/2017, consolidou o seguinte entendimento: “Após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11.689/2008, o quesito genérico de absolvição (art. 483, III, do CPP) não pode ser tido como contraditório em relação ao reconhecimento da autoria e da materialidade do crime”.

²⁵¹ Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

²⁵² Em relação ao quesito genérico de absolvição, sustenta Edilson Mougenot Bonfim, que a sua obrigatoriedade causa perplexidade: Sua obrigatoriedade, contudo, causa perplexidades. Imagine-se, por exemplo, que a única tese apresentada pela defesa seja a de negativa de autoria. Afastada a tese pelo Conselho, com a resposta afirmativa aos quesitos relativos à materialidade e à autoria ou participação, deverá o juiz presidente, ainda assim, indagar ao corpo de jurados se absolvem o acusado. Respondendo negativamente, nenhum problema se suscita, já que os jurados confirmam a condenação. Todavia, se os jurados responderem afirmativamente ao quesito, absolvendo o acusado, qual o fundamento da absolvição? O resultado de um julgamento decidido nesses termos trará perplexidade, e, havendo recurso do órgão acusador, parece-nos que não resta outra alternativa ao tribunal *ad quem* senão ordenar que o réu seja submetido a novo julgamento, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 316).

Deste modo, se os jurados reconheceram que o réu era autor do crime, realmente não poderiam ter, na sequência, absolvido este acusado sem que existissem outras teses de defesa. Assim, corretamente o Tribunal anulou o julgamento. Volto a insistir, porque talvez este seja o ponto que venhamos até a enfrentar logo na Seção Criminal. Não há, na reforma feita pelo Código de Processo Penal, ampliação de poderes dos jurados. O jurado permanece julgando de acordo com a lei e os ditames de sua consciência. O jurado permanece limitado às hipóteses de absolvição do art. 386 do Código de Processo Penal. O que não se pode é corrigir pela segunda vez o erro dos jurados. Isto não é introduzir no Brasil uma nova hipótese de absolvição, é garantir a soberania do júri por impedimento a um duplo julgamento, ou um mesmo fato criminoso. Assim, com vênias de Vossa Excelência, voto em contrário, denegando a ordem. Com a vênias de Vossa Excelência e do Ministro Sebastião Reis Júnior, eu participei dos dois precedentes citados pelo Ministro Sebastião Reis Júnior. A compreensão que tinha e mantenho é de que pode haver absolvição mesmo afirmada a autoria e materialidade. Mas para isso é necessária a existência de alguma tese de defesa afora a denegação da autoria ou da materialidade, senão estaremos em situação de absolvição manifestamente contrária à prova dos autos. Por isso o primeiro precedente admitiu que pode não haver contrariedade na absolvição mesmo reconhecida a autoria e a materialidade. Pode haver porque podem existir outras teses de defesa. Pode ser arguida legítima defesa ou outras excludentes. Agora o que não admito é que a alteração do Código de Processo Penal seja entendida como autorização a um jurado julgar contra o direito, com mais poderes que o juiz togado. O jurado não tem poder de absolver fora das hipóteses legais. O que fez a alteração do Código de Processo Penal foi simplesmente tornar mais fácil a votação pelos jurados, reunindo num só quesito quaisquer hipótese de absolvição. Não ampliou os poderes decisórios dos jurados. Permanece assim vigente o art. 593 no parágrafo que prevê a possibilidade de anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos e isso se dará sempre que qualquer tese de defesa seja reconhecida contrariamente à prova dos autos. O que se chama de clemência, na verdade, é o simples impedimento a um segundo julgamento pelo júri. Não existe clemência no direito, não existe clemência a um juiz togado, nem a qualquer julgamento popular ou por juiz que não precise externar a motivação, seja no júri, seja no conselho de sentença da justiça militar. Nos julgamentos em que é dispensada a motivação, apenas se faz isso em proteção à falta de capacidade técnica exigível de quem julga. Assim, no presente caso, examinando-o, vejo que o tribunal disse que a única tese de defesa era justamente referente à autoria do crime.

Já em sentido contrário, o ministro Antonio Saldanha Palheiro, em seu voto, considerou que, ao aproximar do “sistema de votação típico do modelo estadunidense”, onde os jurados respondem *guilty* (culpado) ou *not guilty* (inocente), “passou a admitir o nosso ordenamento jurídico, implicitamente, que a absolvição possa ter sido decidida por uma questão de justiça”. Salientou, por outro lado, que “essa regra acaba por também consentir que a absolvição seja contrária às provas dos autos”, não podendo ser admitido o recurso nessa hipótese.²⁵³ Por fim, fez

²⁵³ Trecho do voto: [...] “O fato de os jurados não motivarem o veredicto, ainda que por respostas digitalizadas ‘sim’ ou ‘não’ para indagações técnicas, tornaria ainda mais difícil e isolada a

consignar que “clemência significa sentimento ou disposição de perdoar, indulgência pela ação cometida”, vez que “o perdão se concede aos possíveis culpados, pois aos inocentes se faz justiça”.

Também pela concessão do pedido, o ministro Rogerio Schietti Cruz entendeu ser possível o afastamento do controle judicial da decisão absolutória supralegal, contrariando o voto da relatora Maria Thereza de Assis Moura.²⁵⁴

A relatora observa “que o entendimento dos juízes leigos se submete a posterior controle judicial”, “sem que se arroste, com isso, o brocardo da soberania dos julgamentos do júri, vez que o alcance do princípio é limitado às devidas amarras legais”. Assim não me parece. A uma, porque o art. 593, §3º, última parte, do CPP imuniza o veredicto proferido no segundo julgamento contra apelação por “decisão manifestamente contrária à prova dos autos” (art. 593, III, d), de modo que se o Júri insistir em seu julgamento dissociado dos fatos o Tribunal terá de aceitar a contradição que considerou existir. A duas, porque o controle judicial sobre o julgamento do Tribunal Popular se realiza em diversas hipóteses, elencadas no próprio dispositivo retrocitado, o que, todavia, não impede que, eventualmente, esse controle seja afastado quando se alcança o veredito absolutório por razões de clemência.[...]

No sistema de votação anterior à reforma de 2008, o questionário apresentado para votação dos jurados apresentava maior complexidade, pois procurava desdobrar, em tantos quesitos quantos fossem necessários, as teses que as partes, durante os debates em plenário, houvessem apresentado.

O objetivo, então, era o de transformar em quesitos cada um dos componentes normativos dos institutos jurídico-penais que integram a teoria do crime, nomeadamente aqueles que perfazem a estrutura do crime.

Após a vigência da Lei n. 11.689/2008, a quesitação não foi apenas simplificada, mas também passou a permitir ao jurado absolver o acusado a partir das teses e informações trazidas ao seu conhecimento e debatidas durante o julgamento.[...]

Destarte, por conclusão lógica, na hipótese de absolvição do réu pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no terceiro quesito obrigatório estabelecido no art. 483, III, do Código de Processo Penal, é inviável a inferência pela Corte revisora de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

impugnação recursal por não se ter conhecimento das razões que motivaram o júri a optar pela absolvição. A prevalecer a possibilidade do recurso contra tal indagação genérica ao corpo de jurados, cairíamos num paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação, e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada no conjunto probatório. Ora, se posso decidir sem motivar, como questionar a decisão por ausência de motivação compatível? [...] Ressaltou ainda o ministro que a regra vigente nos países de tradição anglo-saxônica (double jeopardy) vem sendo recepcionada em países como Itália e França, impedindo a interposição de recurso do Ministério Público em vista de decisão absolutória em primeiro grau de jurisdição.

²⁵⁴ No julgamento, o voto da ministra foi pela concessão da ordem, de ofício, para que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidisse sobre a tese da clemência, ou seja, adentrando ao mérito da causa supralegal.

Em razão do aludido precedente, imaginava-se que a questão poderia ser pacificada no sentido de que os tribunais pudessem reconhecer o incabimento da interposição de recurso, a pretexto de decisão *manifestamente contrária à prova dos autos*,²⁵⁵ em vista da absolvição por causa supralegal (clemência).

Todavia, posteriormente,²⁵⁶ quando do julgamento do recurso em habeas corpus (HC 323.409/RJ), por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), os ministros da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceram a possibilidade de absolvição por clemência. Contudo, conforme voto vencedor do ministro Felix Fischer, a decisão “será passível de revisão pelo Tribunal de origem quando não houver respaldo fático mínimo nos autos que deem suporte à benesse”. O voto foi seguido pelos ministros Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Nefi Cordeiro. Portanto, em resumo, decidiram os ministros que a decisão absolutória por clemência não é irrecorrível, “quando dissociada das provas apresentadas no decorrer da instrução e do plenário”:

A absolvição dos réus pelos jurados com base no art. 483, inc. III, do Código de Processo Penal, não constitui decisão irrecorrível, podendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, cassá-la, ao verificar que a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença é absolutamente dissociada das provas apresentadas no transcorrer da instrução e em plenário. Tal hipótese (art. 593, inc. III, 'd', do CPP), apesar de excepcional, não ofende a soberania dos veredictos (art.5º, inc. XXXVIII, 'c', da

²⁵⁵ Art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal.

²⁵⁶ Julgamento encerrado em 28/02/2018. Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. JURI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA DOS JURADOS.

APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 593, III, 'D', DO CPP. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. CASSAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - O Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - A anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, 'd', do Código de Processo Penal), não viola a soberania dos veredictos.

III - Negar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredicto popular e a prova dos autos implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis a sua configuração, o direito à igualdade entre as partes. (STF - HC 111207, Segunda Turma, Relatora Ministra Carmem Lúcia, SJe 17/12/2012).

IV - Inviável, na esfera do habeas corpus, o reexame da matéria fático-probatória. Ordem não conhecida.

(HC 323.409/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018).

Constituição Federal), pois exige a submissão do caso a novo júri, e caracteriza um mínimo de controle sobre o Conselho de Sentença, como corolário do duplo grau de jurisdição, no intuito de evitar excessos e arbitrariedades.

Em sentido contrário, no mesmo julgamento, com o voto vencido, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca entendia que “nem sempre o juízo de absolvição terá como amparo fatos, podendo ser respaldado em razões de convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência”. Por não se referir a fatos, argumentou o ministro, “não se refere, conseqüentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário à prova dos autos”.

Dessa forma, em decorrência da falta de percepção da existência de uma nova situação comunicativa para o procedimento do Júri, o que implica formas diversas de controle da decisão absolutória (a depender se o fundamento da absolvição reside em causa legal, ou supralegal), tem-se o equívoco e a falta de critério para o tratamento da questão nos tribunais.

Assim, o pensamento equivocando, e reiterado, de vinculação da causa supralegal às provas dos autos, em total erro de jurisdição, vem causando incerteza, e assim, insegurança jurídica na resolução de inúmeros casos.

Por essa enorme celeuma instaurada e ainda não pacificada pelos tribunais superiores, foi reconhecida a repercussão geral relacionada ao Tema 1087, quando da análise do Agravo em Recurso Extraordinário 1225185²⁵⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, delimitada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes nos seguintes termos: “a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF)?”.

Em sua manifestação, salientou o ministro que, embora a jurisprudência da Corte aponte para a compatibilidade entre “o princípio da soberania dos veredictos e o juízo anulatório empreendido pelo Tribunal de Justiça em caso de

²⁵⁷ Assim ementado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (ARE 1225185 RG, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020).

decisões proferidas pelo Júri, reputadas como manifestamente contrárias à prova dos autos”, também “é certo que a questão está longe de se encontrar pacificada no âmbito doutrinário e jurisprudencial”.

De qualquer forma, foi ressaltada na decisão de reconhecimento da controvérsia a obrigatoriedade do quesito genérico, a englobar “tudo quanto alegado em favor do réu pela defesa, nos debates que antecedem a votação pelos jurados, sem que seja necessário quesitação técnica quanto aos componentes de eventuais excludentes alegadas”.²⁵⁸

Por fim, ao recordar a posição do decano e ex-ministro Celso de Mello (RHC 117.076 MG, j. 16.9.2013), também se fez considerar a existência de “expressiva orientação jurisprudencial no sentido de que com o advento da Lei 11.689/2008, os jurados teriam passado a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios”, pois não estariam vinculados às teses da defesa ou a “quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica”.

Dessa maneira, não se apresenta como cerne da questão a possibilidade de absolvição por razões supraleais, mas a possibilidade de revisão da decisão absolutória em segundo grau de jurisdição, no sentido de se efetivar um controle judicial das decisões do Tribunal do Júri.

Na forma já apresentada, na hipótese de absolvição por razões supraleais, não se deve levar em conta “se o julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos”, e sim se foram observadas as regras previstas para a *situação comunicacional* prevista para o julgamento em plenário do júri.

A decisão absolutória pautada em causas supraleais (perdão social) nada tem a ver com as provas (materializadas) dos autos, pois foi inaugurado, pela Lei nº 11.689/2008, um sistema híbrido de absolvição, que poderá ser pautada em causa legal, ou supraleal, com possibilidades diferentes de impugnação, revisão e controle.

²⁵⁸ Termos da decisão. Cf.: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tema 1087 - Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5745131&numeroProcesso=1225185&classeProcesso=ARE&numeroTema=1087>. Acesso em: 23 jun. 2023.

Infelizmente, a ausência de uma metodologia adequada para a revisão e controle das decisões do Tribunal do Júri caminha em sentido contrário à democracia, fazendo com que surjam campanhas contra a Instituição.²⁵⁹

Acerca do tema, interessante estudo foi desenvolvido pelo “Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores”,²⁶⁰ uma pesquisa nacional com abordagem em julgamentos do ano de 2019. De um total de 55 mil decisões revistas nos 27 Tribunais de Justiça brasileiros, foram vistos apenas 248 julgados que cassaram decisões absolutórias do Tribunal do Júri lastreadas no quesito genérico (artigo 483, III, do CPP), por considerá-las manifestamente contrárias às provas dos autos (artigo 593, III, “d”, do CPP).

Nada obstante, desses 248 casos, 76 absolvições foram baseadas em causa legal inexistente, ou seja, na legítima defesa prevista no artigo 23, II, do Código Penal, incluindo um caso de “legítima defesa da honra”.

Portanto, de um índice baixíssimo, ou seja, do percentual inferior ao de 4% de decisões cassadas em segunda instância, 1/3 sequer se relacionava às causas oriundas de teses absolutórias supraleais.

A enorme quantidade de sessões plenárias do júri ocorridas anualmente no país,²⁶¹ confrontada pelo número quase irrisório de anulações de decisões, fez surgir uma corrente de opinião²⁶² pela qual deve ser reconhecida a extinção do recurso de apelação para todos os casos de absolvição, por serem pautados no quesito único e genérico e em razão de que “a ausência desse recurso traria pouco impacto ao sistema de justiça”.

²⁵⁹ “Em julgamento sobre possibilidade de novo Júri a homem absolvido após confessar tentativa de homicídio da companheira por ciúmes, o ministro do STF, Dias Toffoli, aproveitou para emitir sua opinião a respeito do Tribunal do Júri. Para ministro, a instituição é anacrônica e deveria ser extinta. Toffoli ressaltou que, por várias vezes, já teve a oportunidade de manifestar, do ponto de vista de reflexão, que o Tribunal do Júri é uma instituição completamente anacrônica. O ministro disse que nem 30% dos homicídios são levados às varas dos Tribunais de Júri e, daqueles que são levados, há uma série de subterfúgios para tentar fazer novos Júris” (MIGALHAS. “*Não funciona*”, diz Toffoli sobre Tribunal do Júri. Publicado em 29 de setembro de 2020. Atualizado em 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334112/nao-funciona---diz-toffoli-sobre-tribunal-do-juri>. Acesso em: 21 jun. 2023).

²⁶⁰ CAMBRAIA, Ana Raísa; WANDECK, Flávio. A caça às absolvições pelo quesito genérico no Tribunal do Júri. *Consultor Jurídico*. Publicado em 09 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/opiniao-caca-absolvicoes-quesito-generico-tribunal-juri>. Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁶¹ De acordo com o Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri 2019, do CNJ, entre os anos de 2015 e 2018 foram realizadas no Brasil cerca de 28.984 sessões de júri. A média nacional anual, portanto, foi de 7.246 julgamentos em plenário do júri (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri*, Brasília: CNJ, 2019, p. 8).

²⁶² CAMBRAIA; WANDECK, *op. cit.*

Todavia, mesmo se a decisão absolutória decorrer da prerrogativa do Tribunal do Júri, quando não aventada tese absolutória supralegal e os jurados absolverem em vista da obrigatoriedade do quesito genérico, deverá ser observado o pressuposto de validade dessa decisão absolutória, concernente à observância das regras do procedimento penal. É de se ver que a possibilidade de interposição de recursos em face das decisões do tribunal popular não lhe retira a soberania dos veredictos, mas serve para atestar a lisura do procedimento, sendo indispensável aos primados da democracia processual.

Dessa percepção é alcançada uma conclusão indubitosa, de que o “controle das decisões absolutórias” do Tribunal do Júri perpassa necessariamente pela “análise e controle dos discursos” havidos na situação comunicacional prevista para seus julgamentos.

7.2 Da motivação das decisões penais do júri nos países de *civil law*

Está intrinsecamente relacionada ao Tema 1087 do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de anulação do veredicto contrário, ou seja, “sem base ou motivo” nas provas dos autos, a questão da motivação das decisões penais. Historicamente, o nosso processo penal do júri se espelhou no modelo francês, quando os casos de exclusão de responsabilidade penal são previstos em lei, inspirando também a elaboração do sistema de quesitação. Por sua redação atual, preconiza o artigo 349-1 do Código de Processo Penal francês:

Article 349-1

Créé par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 80 JORF 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

Artigo 349-1 Criado pela Lei nº 2000-516 de 15 de junho de 2000 - art. 80 JORF de 16 de Junho de 2000 em vigor em 1 de Janeiro de 2001

Lorsque est invoquée comme moyen de défense l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévues par les articles 122-1 (premier alinéa), 122-2, 122-3, 122-4 (premier et second alinéas), 122-5 (premier et second alinéas) et 122-7 du code pénal, chaque fait spécifié dans le dispositif de la décision de mise en accusation fait l'objet de deux questions posées ainsi qu'il suit :

Quando a defesa da existência de uma das causas de irresponsabilidade penal previstas por artigos 122 (primeiro parágrafo), 122-2, 122-3, 122-4(primeiro e segundo parágrafos), 122-5 (primeiro e segundo parágrafos) e 122-7 do código penal, cada fato especificado na parte decisória da decisão de impugnação é objecto de duas perguntas:

" 1° L'accusé a-t-il commis tel fait?;

"1. O acusado cometeu tal fato?

"2° L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article... du code pénal selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui... ?"

2 ° O acusado se beneficia por este fato da causa de irresponsabilidade penal prevista no artigo do código penal de acordo com o qual não é criminalmente responsável a pessoa que...?

Le président peut, avec l'accord des parties, ne poser qu'une seule question concernant la cause d'irresponsabilité pour l'ensemble des faits reprochés à l'accusé.

O Presidente pode, com o acordo das partes, fazer apenas uma pergunta sobre a causa da irresponsabilidade por todos os fatos alegados contra o acusado.

Sauf si l'accusé ou son défenseur y renonce, il est donné lecture des questions posées en application du présent article.

A menos que o acusado ou seu advogado renuncie, as questões colocadas sob esta seção devem ser lidas.

O modelo francês sempre foi atrelado à lei, por uma visão iluminista pela qual as leis são expressão da vontade soberana, ao mesmo tempo um freio contra abusos da magistratura, pois, “se a lei constitui expressão da vontade popular soberana, nada mais consentâneo com isso que o dever que tem o juiz de demonstrar à opinião pública, à sociedade, enfim, que suas decisões estão apoiadas no texto legal”.²⁶³

Além de um modelo atrelado à lei, é também de origem francesa o sistema da “íntima convicção”,²⁶⁴ criado à época da Revolução Francesa, na

²⁶³ Conforme lição de Antonio Magalhães Gomes Filho: “Os reclamos de um controle sobre a atuação dos magistrados tem a ver, igualmente, com as teses de Montesquieu sobre a divisão de poderes e ainda, por influência sobretudo de Locke e Rousseau, com a ideia de supremacia do Poder Legislativo, pois este é o único a ser exercido diretamente por representantes do povo. Para a doutrina iluminista, na sua vertente liberal e democrática, o primado da lei decorre não somente do fato de ser a expressão da vontade popular soberana, mas também porque a lei, geral e certa, representa a garantia dos direitos individuais. [...] Percebe-se, daí, a íntima relação entre o dever de motivar e a concepção supremacia da lei legada pelo iluminismo: se a lei constitui expressão da vontade popular soberana, nada mais consentâneo com isso que o dever que tem o juiz de demonstrar à opinião pública, à sociedade, enfim, que suas decisões estão apoiadas no texto legal. Essa visão explica também, por outro lado, a indiferença doutrinária acerca da motivação no que tange aos fatos, até porque, preconizando a adoção dos julgamentos do júri, segundo o modelo inglês, a ideologia iluminista exprimia uma absoluta confiança na racionalidade de decisões resultantes da livre apreciação das provas pelos jurados” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 52 e 53).

²⁶⁴ O artigo 353 do Código de Processo Penal francês prevê expressamente o sistema da íntima convicção: Article 353. *Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations: "Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par*

perspectiva do abandono do sistema legal de prova, quando, idealizado na racionalidade, a Corte seria livre para condenar com base em qualquer tipo de prova considerada convincente.

Por outro lado, em vista da necessidade de motivação das decisões penais, o sistema de “íntima convicção” passou a ser mitigado em diversos países da Europa, especialmente em razão de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (CEDH). No caso *Taxquet v. Bélgica* foi abordada a necessidade de motivação das decisões do *Tribunal d’Assises*, detectando violação ao §1º, Art. 6º da Convenção,²⁶⁵ por falta de fundamentação na decisão condenatória. Sopesou-se que a forma lacônica de se responder aos quesitos, por simples afirmação ou negação, fez com que o acusado recebesse uma decisão arbitrária e pouco transparente, principalmente diante da redação da quesitação, considerada vaga e genérica.

Em outro caso, *Saric v. Dinamarca*, contam Ianilton Pereira do Vale e Teodoro Silva Santos²⁶⁶ que “o Tribunal considerou que a ausência de razões de julgamento, devido ao fato de que a culpa do recorrente tinha sido determinada por um júri leigo, não era em si contrária a Convenção”. Todavia, salientou a Corte, para

lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: "Avez-vous une intime conviction?". Em tradução livre: “Antes de o Tribunal de Justiça se aposentar, o Presidente lê a seguinte instrução, que também é exibida em letras grandes no lugar mais óbvio na Câmara de Procedimentos: ‘Sujeito à exigência de fundamentar a decisão, a lei não exige que cada um dos juízes e jurados do Tribunal de Justiça considere os meios pelos quais se convenceram, não prescreve a eles regras de que devem para tornar a plenitude e a suficiência de uma prova particularmente dependente, é necessário que elas se questionem em silêncio e meditação, e busquem, na sinceridade de sua consciência, que impressão foram feitas em sua razão de ser, as provas apresentadas contra o acusado e os meios de sua defesa. A lei lhes dá apenas essa questão, que contém toda a extensão de seus deveres: ‘Você tem uma convicção íntima?’”.

²⁶⁵ Artigo 6.º Direito a um processo equitativo: 1 - Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

²⁶⁶ DO VALE, Ianilton Pereira; SANTOS, Teodoro Silva. *O Tribunal do Júri no contexto dos Direitos Humanos: análise da Instituição à luz das convenções internacionais de Direitos Humanos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 225.

um julgamento justo, “o acusado, e certamente o público, deve ser capaz de entender a sentença que foi dada, sendo esta a salvaguarda contra a arbitrariedade”.

O parlamento francês, em razão da posição da CEDH, modificou seu código de processo penal, especialmente em razão do caso *Agnelet v. França*, julgado em 10/01/2013, cuja matéria versava sobre a motivação das decisões penais do julgamento popular. Franklyn Roger Alves Silva recorda que:²⁶⁷

A Corte partiu da premissa de que o sistema de julgamento por um júri fundado na íntima convicção não viola a Convenção. No entanto, o desrespeito à norma internacional ocorreu quando o acusado e o público não conseguiram extrair a justificativa do decreto condenatório. A forma como os quesitos foram elaborados, não permitindo que os jurados respondessem de acordo com elementos de provas apresentados durante a instrução, foi o fator determinante a por em cheque a ausência de fundamentação.

Embora não se tenha abandonado o sistema da íntima convicção, essa realidade fez o júri francês inaugurar um novo modelo de fundamentação das decisões, por meio de uma “folha de motivação” (*feuille de motivation*). Nessa folha, os jurados acabam por assinalar as provas pelas quais foram persuadidos ao veredicto, na forma da redação do artigo 365-1 do aludido estatuto processual francês:

Article 365-1

Créé par LOI n°2011-939 du 10 août 2011 - art. 12

Artigo 365-1

Criado por LOI n ° 2011-939 de 10 de agosto de 2011 - art. 12

Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt.

O presidente ou um dos assessores por ele designados elabora as razões do julgamento.

En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.

Em caso de condenação, a fundamentação é a declaração das principais provas incriminatórias que, para cada um dos fatos denunciados contra o

²⁶⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. Motivação dos veredictos do tribunal do júri, a experiência francesa e o projeto do novo código de processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 267, p. 14 – 15, fev. 2015. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108174. Acesso em: 25 ago. 2018.

acusado, convenceu a Corte de Justiça. Esses elementos são aqueles que foram expostos durante as deliberações conduzidas pelo tribunal e pelo júri do Artigo 356, antes das votações sobre as questões.

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364.

A exposição de motivos aparece em um documento anexado à folha de perguntas, chamado de folha de motivação, que é assinada de acordo com o Artigo 364.

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision.

Quando devido à complexidade particular do caso, relacionado ao número de acusados ou aos crimes com os quais eles são acusados, não é possível escrever imediatamente a folha de motivação, deve então ser elaborado, inscrito no arquivo e apresentado na secretaria do Tribunal Superior o mais tardar três dias após a data da decisão.

Ainda que de uma maneira sucinta, a decisão dos jurados estará vinculada ou fundamentada “pela declaração das principais provas incriminatórias que, para cada um dos fatos denunciados contra o acusado, convenceu a Corte de Justiça”.

Acerca das deliberações e votações do júri, o artigo 356, recentemente modificado em março de 2016, traz o seguinte enunciado:

Article 356

Modifié par LOI n°2016-297 du 14 mars 2016 - art. 47 (V)

Artigo 356

Modificado pela LEI n ° 2016-297 de 14 de março de 2016 - art. 47 (v)

La cour et le jury délibèrent, puis votent, par bulletins écrits et par scrutins distincts et successifs, sur le fait principal d'abord, et s'il y a lieu, sur les causes d'irresponsabilité pénale, sur chacune des circonstances aggravantes, sur les questions subsidiaires et sur chacun des faits constituant une cause légale d'exemption ou de diminution de la peine.

La qualification d'inceste prévue aux articles 222-31-1 et 227-27-2-1 du code pénal fait l'objet, s'il y a lieu, d'une question spécifique.

O tribunal e o júri deliberam, depois votam, por escrutínios separados e sucessivos e por votações separadas, primeiro sobre o fato principal e, se necessário, sobre as causas da irresponsabilidade criminal, em cada circunstância agravante, sobre questões subsidiárias e sobre cada um dos fatos que constituem uma causa legal de isenção ou redução de pena.

A qualificação do incesto previsto nos artigos 222-31-1 e 227-27-2-1 do Código Penal é o assunto, se aplicável, de uma questão específica.

Percebe-se que a legislação processual francesa manteve o tradicional sistema de respostas aos diversos quesitos, sendo o primeiro acerca do fato principal e outros relativos às possíveis causas de isenção ou redução de pena. Todas essas causas, portanto, resumem-se às hipóteses legais de exclusão de responsabilidade penal, estatuídas no artigo 122 do código penal francês.

Não apenas na França, como na legislação de outros países europeus, a necessidade de *motivação* das decisões do júri se faz presente. Na Espanha, a redação do artigo 52 da Lei Orgânica nº 5/1995 (Lei do Tribunal do Júri) determina a motivação dos veredictos do júri popular, em seu artigo 61.1:

Artículo 61. Acta de la votación. 1. Concluida la votación, se extenderá un acta con los siguientes apartados:...d) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Artigo 61. Ata da votação. 1. Após a conclusão da votação, será redigida uma ata com as seguintes seções: ... d) Uma quarta seção, iniciada da seguinte maneira: "Os júris serviram como evidência para fazer as seguintes declarações:..." Esta seção conterá uma explicação sucinta das razões pelas quais eles declararam ou se recusaram a declarar certos fatos como comprovados.

Plácido Fernández-Viagas Bartolomé salienta que a *ratio decidendi*, a razão da motivação das decisões penais do júri, “se converte em uma garantia da jurisdição”. Sem prejuízo da liberdade do juiz de interpretar as normas, “se pode provar que a solução dada ao caso é consequência de uma exegese racional do ordenamento e não fruto de arbitrariedade”. Em análise do disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal espanhol, considera o autor:²⁶⁸

La sucinta explicación de razones — que el art. 61 d que la Lei manda incluir en el correspondiente apartado del acta de la votación — puede consistir en una descripción detallada y minuciosamente crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar por probados o no los hechos de que se hace cuestión. A esta opción maximalista se opone una posición minimalista que se contenta con la escueta afirmación de que, estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y, así las cosas, declara probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Hay una tesis razonable de proporciones medias que entiende cumplidos los deberes de motivación si

²⁶⁸ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. El veredicto del jurado y su motivación. *Actualidad Penal*, p. 385 – 395. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=25837. Acesso em: 25 ago. 2018.

— reparando en cada uno de los hechos — el Jurado se limita a individualizar inequívocadamente las pruebas y cualquier otro elemento de convicción cuyo impacto psicológico le persuade e induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos.

A explicação sucinta das razões — que o art. 61 que a Lei ordena ser incluída na seção correspondente do registro de votação — pode consistir em uma descrição detalhada e meticulosamente crítica da interioridade do processo psicológico que leva os fatos comprovados ou não comprovados a serem questionados. Esta opção maximalista é contraposta por uma posição minimalista que se contenta com a breve declaração de que, sendo o conjunto de provas, o Jurado se abstém de outros detalhes e, assim, declara fatos provados e não provados outros de todas as propostas. Há uma tese razoável de proporções médias que compreende os deveres de motivação cumpridos se — reparando em cada um dos fatos — o Jurado se limita a identificar inequívocamente as evidências e qualquer outro elemento de convicção cujo impacto psicológico o persuade e induza a admitir ou recusar a versão histórica dos respectivos eventos.

Assim, nos países da Europa continental, não somente em razão da Convenção europeia,²⁶⁹ houve ao longo dos anos uma tendência de substituição do Tribunal do Júri pelo “assessorado” ou “escabinado”, com a mescla de juízes profissionais e instrutores ao lado dos juízes leigos. Essa providência se deu no desiderato de se evitar o arbítrio nos julgamentos populares, melhorando a qualidade de jurisdição e a motivação das decisões penais.

De tal forma, o sistema misto de julgamento foi implantado na Itália pelo decreto de 23 de março de 1931, que criou a *Corti d'Assise* como sistema utilizado até hoje em seu processo penal. Embora assemelhado ao encontrado também em outros países europeus de tradição romano-germânica (*civil law*), ao exemplo da própria França, Suíça e Bélgica, tem o assessorado italiano suas peculiaridades. A sua criação se deu inicialmente no Reino da Sardenha, em 1859, por força da dominação napoleônica, atendendo-se, assim, a um modelo francês de jurisdição:

Come altre istituzioni francesi, la corte d'assise si è diffusa in altre nazioni europee ed extraeuropee, soprattutto sulla scia delle conquiste napoleoniche e dell'espansione coloniale. In Italia la corte di assise, introdotta durante la dominazione napoleonica, fu ripresa dal Codice di procedura penale del Regno di Sardegna del 1859. Inizialmente era composta, sul modello francese, da tre giudici togati (il *presidente* e due *assessori*) e da una *giuria* di dodici cittadini. Nel 1907 furono eliminati i due

²⁶⁹ O artigo 6º da Convenção Europeia dispõe: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, s/d. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 23 jun. 2023).

giudici togati che affiancavano il presidente e nel 1913 il numero dei giurati fu ridotto a dieci. In epoca fascista, com R.D. 23 marzo 1931, n. 249, venne ridimensionato il ruolo dei giudici laici, ridotti a cinque e fatti sedere, com il nome di *assessori*, in un unico collegio giudicante assieme a due togati. Il decreto legge 5 ottobre 1944, n. 290, mutò il nome degli assessori in *giudici popolari*; nel 1946 si ritornò alla vecchia composizione di un presidente e dieci giurati; infine, com la legge 10 aprile 1951, n. 287, tuttora vigente, la composizione è stata stabilita in due giudici togati e sei giudici popolari. La stessa legge ha inoltre istituito la *corte d'assise d'appello*.²⁷⁰

Como outras instituições francesas, o tribunal de benefícios se espalhou para outras nações européias e não européias, especialmente na esteira das conquistas napoleônicas e da expansão colonial. Na Itália, o Tribunal de Assizes, introduzido durante a regra napoleônica, foi reavivado pelo Código de Processo Penal do Reino da Sardenha, em 1859. Ele foi originalmente composta, no modelo francês, três juízes profissionais (um presidente e dois assessores) e um painel de doze cidadãos. Em 1907, os dois juízes que acompanharam o presidente foram eliminados e, em 1913, o número de jurados foi reduzido a dez. Na era fascista, com R.D. 23 de março de 1931, n. 249, o papel dos juízes leigos foi reduzido, reduzido a cinco e assentado, com o nome de conselheiros, em uma única diretoria junto com dois juízes togati. O decreto-lei 5 de outubro de 1944, n. 290, mudou o nome dos avaliadores em juízes populares; em 1946 ele retornou à antiga composição de um presidente e dez jurados; finalmente, com a lei 10 de abril de 1951, n. 287, ainda em vigor, a composição foi estabelecida em dois juízes e seis juízes populares. A mesma lei também instituiu o tribunal de apelações.

Não bastasse, o sistema italiano se diferencia dos outros modelos de júri europeu pela composição do tribunal de apelações, a chamada *Corte d'assise d'appello*, que prevê a participação de leigos no julgamento da apelação, ao lado dos juízes togados. Criou-se um diferente sistema de duplo grau de jurisdição com a participação popular.

Pondera Aury Lopes Jr.²⁷¹ ser interessante o procedimento italiano, ao passo que “as convicções pessoais que os leigos podem aportar são extremamente úteis para o juiz profissional, e o resultado do intercâmbio é francamente favorável para a melhor administração de justiça”. Pondera existir vantagem consistente na formação de “um colegiado único, decidindo sobre fato e direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro”.

As perspectivas do processo penal europeu, notadamente nos países de tradição romano-germânica (*civil law*), fazem perceber a tendência cada vez mais acentuada de se exigir a motivação das decisões penais, mesmo quando oriundas dos julgamentos populares.

²⁷⁰ WIKIPEDIA. *Corte d'assise*. Disponível em: https://it.wikipedia.org/wiki/Corte_d%27assise. Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 148.

7.3 Da motivação das decisões penais do júri nos países de *common law*

Antes de se espalhar para diversos países da Europa, o Tribunal do Júri surgiu em 1215, na Inglaterra, para ser mantido como instituição central de justiça, como se dá em todos os países do *common law*. Todavia, o Júri entrou em declínio no ano de 1933, nitidamente com a extinção definitiva do *Grand Jury*,²⁷² formado por 24 jurados, bem como pela substituição dos juízes de paz pela polícia profissional no século XIX.

Atualmente, o Júri é formado por 12 jurados, não se exigindo mais a votação unânime para a condenação do acusado como se dava em tempos outros, pois basta a decisão condenatória por maioria qualificada.²⁷³ Assim, “quando o veredicto unânime para a condenação deixou de ser exigido e, através de uma lei de 1977, várias infrações penais foram reclassificadas”,²⁷⁴ o Júri passou a ser utilizado para apenas cerca de 3% dos casos penais, porque os acusados deixaram de ter a possibilidade de exigí-lo em várias hipóteses. O principal argumento para a diminuição de atribuições do Júri foi o seu elevado custo para o Estado, se comparado aos procedimentos conduzidos pelos juízes togados.

Nos Estados Unidos da América do Norte, para onde foi herdado do modelo inglês, o Júri se manteve com enorme prestígio, sendo instituição judiciária com competência para os casos criminais e também civis. No regime americano, porém, o *Grand Jury*, colegiado de 25 (vinte e cinco) cidadãos leigos, somente se aplica aos processos criminais, especialmente nas acusações dos crimes mais graves. A acusação perante o *Grand Jury* restou prevista na VI Emenda da constituição americana, pela qual se mostra como um direito de todo acusado em processo criminal.

²⁷² O Código de Processo Criminal do Império, que entrou em vigor em 29/11/1832, também instituiu o “Grande Júri” no Brasil, formado por 23 jurados e que tinham a função de decidir sobre a pronúncia do acusado.

²⁷³ Os jurados, no júri inglês, em número de 12 pessoas com idade entre 18 e 70 anos, decidem se o réu é culpado ou inocente com um *vere dictum* que deve expressar a vontade, se for condenatória, de, pelo menos, 10 votos contra 2, pois, do contrário, se não houver essa maioria que será chamada de qualificada, o réu será submetido a novo júri, perante novos jurados. Se o novo júri não alcançar essa maioria, para condenar, o réu será considerado inocente e, conseqüentemente, absolvido (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri*. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45).

²⁷⁴ NUCCI, 2015, p. 300.

O sistema de justiça americano tem como referência, conforme leciona Maurício Antonio Ribeiro Lopes:²⁷⁵ “o respeito ao princípio de base da democracia daquele País: o *due process of law*, que consta expressamente na constituição dos Estados Unidos” e também se faz “repetido em todas as constituições dos estados federados”. Salienta o autor ser o júri uma “garantia essencial” naquele país:

A garantia essencial do júri no sistema norte-americano existe desde a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, onde se acha, no n. VIII, “que em todo processo criminal, incluídos aqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado...”.

Também é de se destacar a diferença entre o sistema romano-germânico, francês, apoiado em leis escritas, do modelo jurisprudencial dos países do *common law*, conforme destaca Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego:²⁷⁶

A expressão *common law* é utilizada para se referir ao direito comum, fruto das decisões dos tribunais reais, em contraposição ao direito baseado nos costumes locais, característica central do direito anglo-saxônico (também chamado de direito local, senhorial ou tribal), aquele dominante na Inglaterra antes da conquista normanda. Desde seu surgimento, nota-se que o *common law* é essencialmente um direito jurisprudencial, ancorado na autoridade das decisões judiciais pretéritas. Por isso, utiliza-se a expressão *judge made law* para realçar a principal marca desse sistema jurídico, uma vez que o principal instrumento do trabalho do jurista é o precedente judiciário, inclusive decisões longínquas, de séculos atrás, até porque o Direito inglês valoriza a continuidade, a tradição e a história, algo não visto nos países de tradição romano-germânica marcados por rupturas e revoluções.

Ao traçar as principais diferenças entre os sistemas, René David nomeou o sistema de *civil law* como um sistema legal “fechado”, sendo, ao contrário, o sistema de *common law* um sistema “aberto”, não restrito à lei, para conter lacunas que podem ser preenchidas pela razão, de acordo com a situação do caso individual. Ainda considera o autor francês:²⁷⁷

²⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999b, p. 283 e 284.

²⁷⁶ REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. *Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 24.

²⁷⁷ DAVID, 2014, p. 439 e 440.

Sistema aberto e sistema fechado. A *common law* foi elaborada, originalmente, sobre a razão, dissimulada sob a ficção do costume geral imemorial do reino. Na medida em que regras mais precisas não foram estabelecidas, de modo a dar mais certeza às relações sociais, a razão continua a ser fonte inesgotável, à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema de direito inglês como para guiar a evolução desse sistema.

Nesse aspecto, o princípio não é diferente da Inglaterra e nos países do sistema românico; no entanto, uma diferença deve ser notada. Nos países de direito escrito em que o direito se apresenta principalmente sob a forma de um direito legislativo, as regras de direito são formuladas com uma tal generalidade que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro destas fórmulas legais, sob forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na legislação dificilmente é reconhecida; mais que completar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na *interpretação da lei*. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico que reveste o direito deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito substituiu-se uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *common law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão.

Merece destaque o fato de não existirem normas escritas a exigir a motivação das decisões penais nos ordenamentos de *common law*, vigorando, pelo contrário, como regra geral, a sua não obrigatoriedade.²⁷⁸ Porém, conforme orienta Antonio Magalhães Gomes Filho, isso não significa que, na prática, as decisões não sejam motivadas:

A exposição sobre a evolução histórica do dever de motivar as decisões judiciais e sua atual inserção no constitucionalismo contemporâneo reclama, por último, uma referência a respeito dos ordenamentos ligados à tradição da *common law*.

Quanto a esse tema, a primeira e mais genérica constatação é que nesses ordenamentos não só não existem prescrições escritas exigindo a motivação, mas, ao contrário, a regra em geral admitida é justamente no sentido de sua não obrigatoriedade. [...]

Isso não significa, ao contrário do que poderia parecer, que na prática judiciária as decisões dos juízes e tribunais nesses países não venham regularmente acompanhadas de uma justificação, sendo mesmo constatado que as argumentações apresentadas costumam ser longas e completas, dando conta exaustivamente do raciocínio que levou o juiz às suas conclusões, a tal ponto que o seu exame tem constituído material importante para o estudo de teóricos e filósofos do direito.

²⁷⁸ GOMES FILHO, 2013, p. 61.

Não bastasse, no sistema de *common law* há uma estrutura de procedimento com regras de seleção e descoberta das provas do processo que irão embasar a decisão judicial,²⁷⁹ diferindo-se do sistema de *civil law*, quando as provas são apresentadas pelas partes no decorrer da instrução.²⁸⁰

Na situação comunicacional prevista para o júri americano, com o amplo debate a ser havido entre as partes em um *sistema adversarial*, o resultado *justo* do processo, a ser buscado pelo encontro dialético, terá como pressuposto a própria lisura do procedimento penal. Nesse sentido, considera Fábio Ramazzini Bechara:²⁸¹

O desenvolvimento do processo no sistema anglo-americano, de tradição de *common law*, caracteriza-se pela competitividade, principalmente no que se refere à atividade de busca de provas, em que as partes decidem as questões de fato que serão submetidas a julgamento, cabendo ao juiz

²⁷⁹ Em palestra ministrada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, havida no dia 24/08/2017, durante o curso de pós-graduação em Processo Penal IBCCRIM/COIMBRA, intitulada “Tribunal do júri e racionalidade de seus veredictos”, Marcella Mascarenhas Nardelli sustentou que as bases de uma racionalidade dos veredictos estão no procedimento do júri. Assim, nos países de *common law*, com a anterior seleção de provas, haveria uma motivação da decisão do júri “*ex ante*” e, nos países de *civil law*, com o desenrolar da prova durante a instrução, a motivação seria “*ex post*”.

²⁸⁰ Nesse sentido, leciona Michele Taruffo: “O oferecimento e a admissão das provas no *civil law*. São diversos os mecanismos processuais para o oferecimento e a admissão das provas usados nos sistemas de *civil law*. Em geral, esses mecanismos são bastante simples: o sistema básico consiste em que as partes busquem e encontrem por si mesmas – fora do processo e especialmente antes que esse tenha seu início – as provas que possam utilizar, e então solicitem à admissão daquelas que considerem relevantes e admissíveis. Normalmente, faz-se essa solicitação com as primeiras alegações ou em uma etapa inicial do processo, porém podem ser admitidas solicitações posteriores quando necessário, por exemplo, quando forem alegados novos fatos ou forem descobertas novas provas. As solicitações das partes são admitidas e rechaçadas de acordo com os critérios de relevância e admissibilidade (ver *supra* cap. II). As provas reais ou documentais deverão ser produzidas em juízo. A descoberta das provas no *common law*. Nos sistemas de *common law*, os mecanismos processuais para o oferecimento e a admissão das provas são diferentes devido à distinta estrutura do procedimento de primeira instância. A característica peculiar mais importante de tais sistemas é a distinção entre as fases do *pre-trial* (preliminar ao juízo) e *trial*, e especificamente a *discovery* (descoberta) das provas, que é o núcleo da fase preliminar. Tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos, a petição inicial e a defesa devem identificar a ação proposta. Essas alegações podem incluir uma descrição dos fatos que sustentam suas pretensões, porém – especialmente sob o sistema de *notice pleading* introduzido pelas Federal Rules of Civil Procedure estadunidenses – não é necessário que se faça definição pormenorizada desses fatos. Em caso algum, todavia, as alegações iniciais incluem a oferta ou o requerimento de provas das partes. De fato, as provas são ‘descobertas’ pelas partes na fase preliminar (*pre-trial*) e, portanto, não podem ser identificadas nas alegações finais. A *discovery* desempenha, precisamente, a função de permitir as partes conhecer quais elementos de prova estão na posse ou sob o controle da outra parte. Por conseguinte, cada parte tem a obrigação de revelar às outras os elementos de prova que detém. [...] Na Inglaterra, a *discovery* limita-se essencialmente a documentos e a provas tangíveis e, por sua vez, não se admite em relação às provas testemunhas e privilegiadas. Nos Estados Unidos, a *pre-trial discovery* é muito mais abrangente e inclui a possibilidade de ‘descobrir’ todos os meios de prova relevantes acerca da matéria controversa. Por conseguinte, todas as partes podem – ao menos virtualmente – conhecer previamente todos os elementos de prova que podem ser apresentados por qualquer outra parte em juízo (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 116).

²⁸¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 87.

assegurar a correção da disputa. Isso significa dizer que o resultado do julgamento pressupõe a lisura no procedimento, quanto mais respeitado o encontro dialético entre as partes, maior a probabilidade de um resultado mais justo.

De tal forma, constata-se que o quesito genérico de absolvição (“o jurado absolve o acusado?”) previsto no artigo 483, III, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, foi herdado do modelo dos países do *common law*, notadamente dos Estados Unidos da América do Norte, quando se indaga aos jurados se o acusado deverá ser considerado “culpado ou inocente?” (“*guilty ou not guilty?*”).

Em idêntica forma dos demais países de *common law*, no processo penal americano há uma orientação de que os jurados somente deverão reconhecer a culpa do acusado quando a sua demonstração esteja assentada em um nível de certeza que esteja além da “Dúvida razoável”, um verdadeiro *standard* de prova a ser verificado pelo júri.²⁸²

Se for o caso de deliberação pelo júri, ouvidos os argumentos do *prosecutor* e do advogado do réu, o juiz instrui o júri (*judge's charges to the jury*) com palavras mais ou menos no seguinte teor:

You must acquit unless you are convinced of guilt, beyond a reasonable doubt (Devem os senhores absolver, a não ser que estejam convencidos de culpa, convencimento esse superior a qualquer dúvida razoável).

Aliás, o sistema da “Dúvida Razoável” corresponde a uma fórmula criada no século XVIII pelos juízes ingleses, especialmente para os julgamentos pelo júri. Assemelha-se, nesse ponto, ao sistema de “íntima convicção” adotado nos países de *civil law*, conforme previsão expressa no artigo 353 do Código de Processo Penal francês.²⁸³

²⁸² Conforme lição de Maurício Antonio Ribeiro Lopes (TUCCI, 1999b, p. 285).

²⁸³ *Article 353. Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations : "Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: "Avez-vous une intime conviction?".* Antes de o Tribunal de Justiça se aposentar, o Presidente lê a seguinte instrução, que também é exibida em letras grandes no lugar mais óbvio na Câmara de Procedimentos: “Sujeito à exigência de fundamentar a decisão, a lei não exige que cada um dos juízes e jurados do Tribunal de Justiça considere os meios pelos quais se convenceram, não prescreve a eles regras de que devem para tornar a plenitude e a suficiência de uma prova

Em matéria de *standard* probatório, a perspectiva de que o nível de certeza exigido pela expressão “além da dúvida razoável” seja superior ao do modelo da “íntima convicção”, segundo orienta J. R. Spender,²⁸⁴ é “provavelmente equivocada”:

A expressão “íntima convicção” e “além da dúvida razoável”, têm certamente, origens diferentes. Íntima convicção provém do abandono do sistema de ‘prova legal’ à época da Revolução Francesa, quando os reformadores desejavam assegurar que os integrantes da Corte não fossem obrigados a condenar apenas porque um determinado número de provas foi apresentado mas sim, de maneira inversa, que a Corte era livre para condenar com base em qualquer tipo de prova que acreditasse convincente. A maior parte da discussão sobre a ‘íntima convicção’ lida não com um nível de certeza que estas palavras representam, mas com a liberdade dada à Corte para ponderar cada prova da maneira que julga apropriada. [...] Na lei francesa, a Corte não deve condenar a não ser que tenha “uma íntima convicção” de que o acusado é culpado. A mais conhecida expressão dessa frase é encontrada na célebre instrução dada aos jurados franceses contida no artigo 353 do CPP: “...a lei lhe coloca uma única questão, que compreende o conjunto de suas obrigações, a dizer ‘tendes vós uma íntima convicção’? O conceito de íntima convicção também é encontrado na lei alemã e belga como o é, na maior parte dos países que foram influenciados pela lei francesa no século XIX. [...]

Na common law, como todos sabem, a teoria é que a culpa do acusado deve ser estabelecida para além de uma dúvida razoável. Esta foi a fórmula desenvolvida pelos juízes ingleses no século XVIII ao presidir julgamentos pelo júri. A jurisprudência desencoraja os juízes ingleses a elaborar ou explicar essa fórmula. Os juristas ingleses genericamente dizem que “além da dúvida razoável” é um conceito incapaz de ser precisamente explicado mas, é claro, que “além da dúvida razoável” denota um nível de certeza mais elevado que “equilíbrio das probabilidades” que é o nível aplicado aos casos civis. Há uma diferença real entre o nível de certeza requerido pela frase “além da dúvida razoável” e aquele requerido pela expressão “íntima convicção”? No mundo da *common law* e em alguns lugares da Europa continental, é largamente imaginado que o *standard* da *common law* é diferente e mais exato. Esta ideia é provavelmente equivocada.

De qualquer modo, ainda que subsistam diferenças nos sistemas adotados pelos países de *common law* e *civil law*, denotam-se várias similitudes acerca do procedimento do júri, especialmente em relação à técnica de decisão dos jurados.

particularmente dependente, é necessário que elas se questionem em silêncio e meditação, e busquem, na sinceridade de sua consciência, que impressão foram feitas em sua razão de ser, as provas apresentadas contra o acusado e os meios de sua defesa. A lei lhes dá apenas essa questão, que contém toda a extensão de seus deveres: ‘Você tem uma convicção íntima?’”.

²⁸⁴ DELMAS-MARTY, Mirreille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 628 e 629.

7.4 Da motivação e controle das decisões penais do júri brasileiro: a criação de dois referenciais para um mesmo processo penal

A quesitação no Tribunal do Júri, antes da edição da Lei nº 11.689/08, obedecia às regras previstas no revogado artigo 484 do Código de Processo Penal, com a redação seguinte:

Os quesitos serão formulados com a observância das seguintes regras: I- o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo; II- se entender que alguma circunstância exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários; III- se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isenta de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondente imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude [...].

Desse modo, ao modelo francês, a possibilidade de absolvição dos acusados em plenário do júri estaria restrita aos casos em que o réu apresentasse na sua defesa, ou alegasse, nos debates, “qualquer fato ou circunstância *que por lei isenta de pena ou exclua o crime*”.

Somente seriam admitidas, portanto, causas legais de exclusão de responsabilidade, quando as teses jurídicas eram postas e se desdobravam em vários quesitos obrigatórios para a análise, inclusive, acerca da ocorrência de eventual excesso doloso ou culposo na conduta do acusado.

Em sentido contrário, o enunciado do Artigo 483, III e parágrafo segundo, do Código de Processo Penal atual previu a redação de um quesito genérico e obrigatório, de modo a contemplar todas as causas legais ou supralegais de exclusão da responsabilidade penal, quando o jurado será indagado apenas acerca da absolvição:²⁸⁵

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando-se sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria do fato; III – se o acusado deve ser absolvido [...] §2º Respondidos afirmativamente por mais de 3(três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será

²⁸⁵ No quesito genérico, em regra, encontram-se implícitas todas as causas de excludente de ilicitude ou culpabilidade sustentada pela defesa, bem como as supralegais que poderão ser invocadas em defesa do acusado.

formulado um quesito com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

Embora tenha facilitado o entendimento dos juízes leigos, a simplificação do questionário também fez emergir um novo referencial a ser estudado, pois o acusado poderá ser absolvido por duas realidades bem distintas.

A absolvição, primeiramente, poderá estar vinculada às causas legais, excludentes de ilicitude ou de isenção de pena, conforme já era previsto na legislação anterior para o procedimento do júri. Nessa hipótese, *há um sistema de absolvição por causa legal a ser inferida das provas dos autos*. Se o acusado alegar a prática do fato em legítima defesa, por exemplo, será dele o ônus da prova da causa justificante, pois toda a conduta típica é, *a priori*, antijurídica. Acaso se reconheça pelo conselho de sentença uma legítima defesa inexistente, a decisão arbitrária do júri deverá ser anulada em grau de recurso, posto que “manifestamente contrário à prova dos autos”.²⁸⁶ Ainda que os jurados julguem por sua íntima convicção, diferentemente do sistema de absolvição vinculada aplicável aos juízes togados, a decisão absolutória estará “motivada”, ou seja, será referenciada pelas provas do processo.

Sem desprezar a leitura do disposto no artigo 5º, XXXVIII, “b”, da Constituição Federal, ao prever o *sigilo das votações* como decorrência do sistema da íntima convicção, haverá, na perspectiva de absolvição por causa legal, uma *motivação* ou “fundamentação implícita” da decisão penal absolutória. O magistério do tratadista Hermínio Alberto Marques Porto é nesse sentido:²⁸⁷

A observada valoração realizada pelos jurados não é explicitada de modo fundamentado, pois estão os jurados sempre presos à resposta em fórmulas monossilábicas (sim ou não). Mas a resposta do jurado compreende uma *fundamentação implícita* e que pode ser encontrada na análise das provas, e o estudo em confronto destas pode mostrar, com o acréscimo da expressividade que receberam nos debates orais, as bases motivadoras das respostas aos quesitos. Para tal análise voltam-se as partes e o Tribunal de segundo grau quando dos recursos abordando a decisão dos jurados, debatida como manifestamente, ou não, em oposição à prova dos autos. A valoração dada pelos jurados à norma penal substantiva está presente e é mostrada na variadas soluções que podem adotar, afastando, inteiramente, o campo classificatório proposto pela pronúncia, ou inovando, em desvinculação ao citado campo, a proposição judicativa; sempre, nas soluções dadas, manifestam, em atividade

²⁸⁶ Art. 593, III, d, do Código de Processo Penal.

²⁸⁷ PORTO, 2005, p. 145 e 146.

jurisdicional, valoração de uma norma penal substantiva em relação à conduta descrita do acusado.

Noutro modo, tem-se a possibilidade de absolvição por causas supraleais. Aludidas causas são excludentes de punibilidade oriundas de política criminal e reconhecidas implicitamente pelo ordenamento jurídico, *sem vínculo com as provas do processo*, podendo ser reconhecidas por prerrogativa do próprio Tribunal do Júri, diante, por exemplo, de razões humanitárias e condições pessoais do acusado.

Para essa possibilidade, a “fundamentação implícita” da decisão absolutória por causa supraleal terá um referencial diverso do cotejo probatório. A “motivação” estará consubstanciada no respeito às regras do discurso pelos atores processuais no seu plano pragmático. Portanto, em meio à *prática discursiva racional* desenvolvida na *situação comunicacional* prevista para o procedimento do júri, quando inúmeras questões (legais, culturais, sociais, políticas etc.) são trazidas, o entendimento de que o acusado deverá ser absolvido é fruto de uma *verdade* construída linguisticamente, pelas circunstâncias do caso penal.

Portanto, criaram-se dois referenciais para um mesmo processo penal. No primeiro deles, a absolvição será vinculada às causas legais a serem consubstanciadas pelas provas materiais do processo. No segundo, a absolvição estará atrelada a um sistema *aberto, discursivo*, oriundo da própria situação comunicacional prevista para o procedimento penal, quando poderá ser construída uma verdade retórica, que faça o júri entender pela absolvição do acusado.

A legislação processual penal brasileira, ao potencializar o uso da linguagem no processo penal do júri, para buscar alternativas de um novo modelo de quesitação, alcançou parâmetros mais democráticos. Fez-se no sentido de não se atrelar a solução de justiça apenas à lei, a um modelo cartesiano que jamais atenderá a todos os casos da vida. O direito e a justiça, por não se resumirem à lei, poderão ser estudados de acordo com as particularidades do caso da vida. Interessante, aliás, recordar a lição de Luigi Ferrajoli:²⁸⁸

Ainda hoje, a contraposição da equidade à legalidade, como modelo de juízo complementar, supletivo ou alternativo é um lugar-comum da filosofia

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1ª edição italiana por Norberto Bobbio. 3ª edição, revista. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

jurídica [...] A equidade seria, assim, uma espécie de “muleta da justiça”, consistente em “uma tendência oposta a todo formalismo, do qual deve ser complementar”; ou bem um meio para suprir as lacunas ou os equívocos evidentes da lei, mediante o reenvio ao direito natural, à consciência social ou a discricionariedade normativa do juiz; ou inclusive uma lógica alternativa àquela própria do juízo de legalidade, não “fechada”, “silogística” ou “dedutiva”, mas “aberta”, “silogístico-retórica” ou “entimemática”; ou, enfim, “a justiça do homem, em contraste a justiça da lei” [...]; o juízo de equidade consiste, ao inverso, na compreensão das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotadas pela lei.

Ainda assim, a consideração a respeito da “motivação” das diferentes decisões penais absolutórias (por causa legal ou supralegal) se faz absolutamente necessária, especialmente para fins de conferir as possibilidades de interposição de recurso com relação às decisões do Tribunal do Júri.

Por fim, também é de se perquirir sobre a (in) compatibilidade de um único quesito genérico absolutório (“o jurado absolve o acusado?”), de modo contemplar um sistema misto, ou seja, que permita a absolvição dos acusados em plenário do júri por fundamento legal ou supralegal.

8 SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES PAUTADAS NO QUESITO GENÉRICO ABSOLUTÓRIO

8.1 A competência exclusiva do conselho de sentença para a análise do mérito da causa supralegal absolutória: o não cabimento de apelação a pretexto de “decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”

O Princípio da Soberania dos Veredictos reforça a atribuição do Tribunal do Júri, de juízo natural e competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cujas decisões não poderão ser substituídas, em regra,²⁸⁹ por outro órgão de jurisdição.

Contudo, essa soberania popular não autoriza a edição de decisões arbitrárias, desvirtuadas dos próprios princípios constitucionais e legais embrenhados na ritualística de seu procedimento. Por conta desse motivo, bem como por razões políticas, historicamente foi desenvolvido maior mecanismo de controle das decisões do júri.

Depois de ter sido instituído no Brasil em 16 de junho de 1822,²⁹⁰ para o julgamento dos crimes de imprensa, o Júri teve a sua competência ampliada para todas as infrações penais e algumas de alçada civil pela Constituição do Império de 1824, quando foi definitivamente inserido na estrutura judiciária nacional.

Após se manter nas Constituições de 1891 e 1934, recebeu enorme assolo com a implantação do regime autoritário do “Estado Novo” de Getúlio Vargas. A Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 silenciou sobre sua matéria, e abriu portas à edição do Decreto-Lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938. Por tal decreto, ficou abolida a soberania dos veredictos e se permitiu, aos tribunais de apelação, a adequação da pena ou, até mesmo, a absolvição do acusado quando o julgamento fosse considerado contrário à prova dos autos.

²⁸⁹ Embora a regra seja a da insubstitutividade, os tribunais têm admitido, excepcionalmente, revisão criminal de decisões do Júri para ser exercido o *judicium rescidens* (para anular a decisão do júri) como o *judicium rescisorum* (quando poderá absolver o réu condenado).

²⁹⁰ Relata José Frederico Marques (PORTO; CANOSA NETO; SILVA, 1997, p. 20): “Nascido na Inglaterra em 1215, depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus, o Júri Popular serviu àquela época como principal reação à magistratura das monarquias absolutistas, tendo seu modelo logo absorvido pelos revolucionários franceses e transplantado para todo o continente europeu, à exceção da Holanda e Dinamarca como os únicos países que não o fizeram adotar”.

Posteriormente recolocado entre as garantias individuais pela Carta Política de 1946, o Tribunal do Júri teve novamente reconhecida a “Soberania dos Veredictos”,²⁹¹ mas que acabou sendo delimitada pela vigência da Lei nº 263, de 23/02/1948,²⁹² com a consequente alteração do artigo 593 do Código de Processo Penal,²⁹³ de modo a permitir interposição de recurso de apelação com base em fundamento de mérito, podendo ser anulada a decisão do júri, ainda que por única vez a esse pretexto, quando considerada “manifestamente contrário à prova dos autos”.

Na época da alteração do Código de Processo Penal, instaurou-se acalorada discussão sobre a constitucionalidade do preceito, em vista da soberania dos veredictos prevista na Constituição de 1946. Todavia, a jurisprudência restou firme, ao se posicionar no sentido de haver a possibilidade de anulação do julgamento por meio do recurso de apelação, tornando-o instrumento processual disponível não só aos reclames da acusação, como também aos da defesa.

Após seis décadas, a edição da Lei nº 11.689/2008 reacendeu o tema da soberania dos veredictos, para se questionar a viabilidade de uma decisão absolutória pautada em causas supraleais.

Sobre o tema, Nucci²⁹⁴ ressalta a mudança legislativa com a inauguração do debate sobre a obrigatoriedade do quesito genérico de absolvição, especialmente quando a única tese defensiva seja a de negativa de autoria. Considera o autor que entender o quesito genérico como facultativo seria uma “visão desfocada do objetivo da reforma trazida pela Lei 11.689/2008”, mesmo porque a “ideia básica é consagrar

²⁹¹ Art. 141, § 28, da Constituição Federal de 1946: “É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações e plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

²⁹² Dispõe o Art. 8º da Lei nº 263/1948: “O Art. 593 do Código de Processo Penal passa a ser o seguinte: ‘Art. 593. Caberá apelação no prazo de 05 dias: [...] III- das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos [...] §3.º Se a apelação se fundar no n.º III, letra d, deste artigo, e o Tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação’[...]”.

²⁹³ Dispõe o Art. 593 do Código de Processo Penal: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. §.º Se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem*, se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

²⁹⁴ NUCCI, 2015, p. 300.

o princípio constitucional regente da instituição do júri, qual seja a soberania dos veredictos, associado a outro de igual envergadura, a plenitude de defesa”.

Por disposição expressa da legislação processual, bem como por consequência lógica do sistema que norteia essa modalidade de procedimento penal, o quesito se mostra obrigatório e a absolvição será permitida, mesmo não sendo enunciada em sessão plenária qualquer tese absolutória supralegal.

Essa é a razão pela qual a análise do mérito de causa supralegal absolutória, em qualquer situação, competirá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por uma questão de competência funcional. Assim, bem orienta José Frederico Marques:²⁹⁵

O problema se situa, assim, no campo da competência funcional. Sobre a existência de crime e responsabilidade do réu, só o Júri pode pronunciar-se, o que faz através de veredictos soberanos. Sobre a aplicação da pena, decide, não soberanamente, o juiz que preside o Júri. Aos tribunais superiores, o objeto do juízo, na sua competência funcional, se restringe à apreciação sobre a regularidade do veredicto, sem o substituir, mas pronunciando ou não pronunciando o *sententia rescindenda sit*.

Por conta da reforma processual feita à luz da Constituição Federal, também orienta Nucci existir, para os jurados, “o direito constitucional de absolver o acusado, se assim o desejar”.²⁹⁶

Os jurados devem ter, sempre, a oportunidade de apreciar livremente a materialidade e autoria do fato. Após, com base em inúmeras teses defensivas viáveis, *mas também a existência de mera clemência*, o Tribunal do Júri tem o direito constitucional impostergável de absolver o acusado, se assim o desejar.

Portanto, as decisões absolutórias pautadas em causas supraleais não poderão ser anuladas, a pretexto de ter havido “julgamento manifestamente contrário à prova dos autos”.

Esse foi o entendimento do legislador, pelo qual o quesito genérico não se vincula às provas dos autos. Se assim não fosse, não se faria constar

²⁹⁵ PORTO; CANOSA NETO; SILVA, 1997, p. 80.

²⁹⁶ NUCCI, 2015, p. 300.

expressamente do Código,²⁹⁷ que, mesmo se reconhecida a autoria e materialidade do fato, a sua votação será obrigatória.

Em razão de ser a apelação interposta contra as decisões absolutórias do júri, recurso de fundamentação vinculada,²⁹⁸ seu cabimento ficará restrito a uma das hipóteses previstas na legislação processual. Se o acusado for absolvido pelo perdão social (clemência), faltará o pressuposto de admissibilidade recursal (cabimento) se o recurso for interposto com base no artigo 583, III, alínea “d”, do Código de Processo Penal,²⁹⁹ por falta de previsão legal, conforme bem explica Ada Pellegrini Grinover:

Em síntese, a sistematização dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito dos recursos, elaborada levando em conta a construção científica do processo, conduz a uma nova classificação, que é a seguinte: a) condições de admissibilidade dos recursos: a) possibilidade jurídica (previsão no ordenamento); b) legitimação; c) interesse em recorrer (utilidade mais adequação). [...] A possibilidade jurídica, com relação ao exercício do direito de ação, é via de regra conceituada em termos negativos, como exclusão, *a priori*, pelo ordenamento, do pedido ou da *causa petendi*, formulado pelo autor. [...] Esta exigência corresponde à previsão legal do recurso. Só há possibilidade de utilização da via recursal quando o ordenamento contempla certo meio de impugnação para atacar a decisão. Desse modo, a possibilidade jurídica de recorrer prende-se à recorribilidade da decisão.

Acerca do tema alusivo à recorribilidade das decisões do Tribunal do Júri, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento pelo qual “o cabimento e o provimento do recurso estão imbricados com uma das ocorrências das hipóteses delineadas na norma processual”. Não foi outro o entendimento havido no julgamento do agravo regimental do recurso extraordinário 638757, de relatoria do ministro Luiz Fux:

²⁹⁷ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando-se sobre: [...] §2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado o quesito com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

²⁹⁸ Súmula 713 do STF: O efeito devolutivo da apelação contra as decisões do júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição.

²⁹⁹ Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. §1º Se a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida correção; §2º Interposta a apelação com fundamento no n. III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. §3º Se a apelação se fundar no n. III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento, não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

É importante ressaltar que a previsão contida no artigo 593, III, do Código de Processo Penal não se constitui mera hipótese de cabimento de recurso. Em verdade, o cabimento e o provimento do recurso de apelação nos casos ali delineados estão imbricados com a ocorrência de uma das hipóteses fáticas delineadas na mencionada norma processual penal. Portanto, a apelação contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri tem natureza restrita, não sendo devolvido à superior instância o conhecimento integral da causa criminal, o que significa dizer que o conhecimento do Tribunal estadual fica circunscrito aos motivos invocados na interposição. É o enunciado da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: 'O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição' (RE 638757 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 9.4.2013, DJe de 26.4.2013).

Também pela mudança do procedimento, manifestações surgiram para sustentar a irrecorribilidade das decisões absolutórias do Tribunal do Júri. Arvoram-se no entendimento sustentado pela posição majoritária de que quesito genérico obrigatório deve abarcar todas as possibilidades de absolvição, para haver uma “insindicabilidade” da decisão absolutória, possivelmente a ser sustentada em razões legais, ou não.³⁰⁰ Por essa posição, o poder de absolvição pelo júri seria “ilimitado” diante da sistemática atual, sendo o recurso contra a decisão *manifestamente contrária à prova dos autos* de interposição exclusiva pela defesa do acusado.

Referida posição de irrecorribilidade não se coaduna com as bases de uma democracia processual sustentada pela própria Instituição, pois, conforme já salientado anteriormente, não há democracia sem controle.

Por tal razão, o controle das decisões absolutórias oriundas do Tribunal do Júri, e sua impugnação na via recursal, devem ter em vista a nova *situação comunicacional* prevista para o seu procedimento penal, o que perpassa, necessariamente, pela análise da motivação de suas decisões penais, de modo a aferir o fundamento da decisão absolutória e o recurso cabível.

8.2 O controle de legalidade da decisão absolutória baseada em causa supralegal: análise dos discursos e o cabimento da apelação pautada em nulidade posterior à pronúncia

³⁰⁰ A exemplo de Eliete Costa da Silva Jardim. Cf.: JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri - Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 13 – 31, jan./fev., 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_13.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018.

Em razão do novo sistema comunicacional instituído pela Lei nº 11.689/2008, o controle das decisões absolutórias sustentadas por causas supralegais perpassa pela análise dos discursos havidos no procedimento do júri. É lícito afirmar que, muito embora não tenham competência para a análise do mérito da causa supralegal, tanto o juiz presidente do júri como o “tribunal de 2º grau” assim terão para atestar a sua *legalidade*.

Aliás, por disposição expressa, foi atribuído ao juiz o poder/dever de controle da situação comunicacional dos julgamentos do júri, para “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, *excesso de linguagem* ou mediante requerimento de uma das partes”.³⁰¹ Também em várias outras disposições do Código, o legislador ressalta seu papel de analista dos discursos no processo penal, quando caberá “ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo (proibir linguagem que ofenda a dignidade da vítima ou de testemunhas)”³⁰² ou, como noutra hipótese, em que deverá “nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso”.³⁰³

Portanto, devem ser observadas as regras do discurso de modo a justificar a decisão absolutória sustentada em causa supralegal, pois os “discursos não são apenas prováveis, mas comprováveis”.³⁰⁴ A “situação comunicativa” irá produzir a sua “própria história”, com a manifestação expressa de “regras de relevância e irrelevância, permissão e *proibição de agentes e temas* e determinação do que atrapalha a situação e do que deve ser feito para evitar-se essa perturbação”.³⁰⁵

Nesse sentido, na própria Seção XII (“Dos debates”: art. 476 a 481), o Código de Processo Penal traz regras para o uso da linguagem pela acusação e pela defesa em plenário do júri. Dentre várias, encontram-se as relacionadas à proibição de argumentos de autoridade (art. 478) ou leitura de documentos novos durante a sessão plenária (art. 479). O artigo 476, caput, do Código de Processo Penal enuncia, por exemplo, que o Ministério Público “fará a acusação nos limites da pronúncia”, bem como “finda a acusação terá a palavra a defesa” (§3º).

Pela regra de que a análise do discurso não poderá ser feita por um simples leitor, a interpretação do texto (escrito ou oral), enquanto *corpus* (objeto de

³⁰¹ CPP: Art. 497, III.

³⁰² Código de Processo Penal: Art. 400-A, redação pela Lei nº 14.245/2021.

³⁰³ Código de Processo Penal: Art. 497, V.

³⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 16.

³⁰⁵ *Idem*, 2015, p. 82.

análise) extraído do processo penal, exigirá várias competências já enumeradas, tais como linguística, discursiva, textual, interdiscursiva, intertextual, pragmática e situacional.

Embora não exista nem seja necessária uma metodologia expressa no ordenamento jurídico, pelo trabalho de análise, delimitando inicialmente o *corpus* (objeto a ser verificado) o juiz, então analista, constrói um dispositivo ao considerar os processos discursivos, para explicitar o modo de constituição dos sujeitos e de produção dos sentidos. Do *corpus* ou material empírico (1ª etapa de coleta de dados), passa-se à análise propriamente dita (2ª etapa), até se chegar aos resultados (3ª etapa).

Nesse critério de interpretação, não se irá à busca da “verdade”, mas de um sentido, ou seja, existirá sempre uma indagação de como o texto (escrito ou falado) significa diante de um jogo ideológico definido na conjuntura em que foi produzido.

Pelas condições de produção e ao verificar o funcionamento de sua *memória*, o juiz remeterá o discurso a ser analisado à *formação discursiva* jurídica, para relacioná-lo a uma multiplicidade de discursos havidos anteriormente àquele em análise, o que se dará pelo chamado *interdiscurso*, para se alcançar a *produção de sentidos*.

Para um exercício interpretativo, o juiz deverá propor uma *questão* (pergunta), inclusive podendo ser desdobrada em outras, para aferir se o discurso interpretado poderá ser admitido pelo Processo Penal em virtude de sua ideologia, ou seja, por aquilo que está no *interdiscurso* e se refira às “vozes” aceitas, ou não, pelo pensamento jurídico atual e estampado em regras processuais para o uso da linguagem, ou seja, para a prática do discurso ético.

Para contribuir com a tarefa judiciária, o legislador previu de antemão a violação ao *ethos* do processo penal em diversas passagens do Código de Processo Penal. Será o caso, por exemplo, da infração ao disposto no artigo 478, ao proibir a utilização de “argumentos de autoridade” em plenário do Júri, ou mesmo em situações preconizadas pelo artigo 474-A para vedar “a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas de crimes”.

Não bastasse, também irá configurar violação ao *ethos* do processo penal quando se fizerem enunciados ou manifestações em total desconformidade com os princípios convencionais e constitucionais, enquadrando-se tal realidade pela encenação de discursos discriminatórios, de modo a insultar pessoas ou grupos de pessoas, por exemplo, em razão de raça, cor, origem, gênero ou orientação sexual, como se dá nos denominados “discursos de ódio”.

Desse modo, o controle de legalidade das decisões absolutórias do Tribunal do Júri, sustentadas em causas supralegais, se dará pela observância de seus pressupostos de validade, no aspecto formal e material.

Recorda-se que o pressuposto formal será observado pelo respeito às regras da situação comunicacional, durante a sessão de julgamento em plenário do júri, de onde se extrai a prática do *discurso racional*. Já com relação ao pressuposto material, será alcançado pela prática do *discurso ético*, quando o orador da tese supralegal fará uso de expressões e manifestações com *algum* respaldo no sistema jurídico, *não o contrariando*.

Dessa percepção, tem-se a exclusiva³⁰⁶ hipótese para o “Tribunal de 2º grau” anular o veredicto absolutório pautado em causa supralegal, não em decorrência de análise do seu mérito, mas de sua legalidade, quando desrespeitadas as regras do discurso racional (procedimentais da situação comunicacional do júri) e ético (pela enunciação de discursos proibidos) em plenário do júri.

Assim sendo, haverá nulidade absoluta do procedimento penal se não forem respeitadas as regras do discurso racional e ético. Ainda que não se aplique interpretação ampla, para compreender as hipóteses do artigo 478 como *numerus apertus*, a nulidade também poderá ser declarada por infringência ao disposto no artigo 497, V, ou mesmo consoante o disposto no artigo 564, III, “I”, do Código de Processo Penal.

Para todos os casos de violação às regras de linguagem, será cabível a interposição de recurso de apelação em vista da decisão absolutória pautada em causa supralegal, em razão da nulidade posterior à pronúncia, com fundamento no artigo 593, III, “a”, do Código de Processo Penal.

³⁰⁶ Se a tese supralegal não for sustentada, mas, ainda assim, o Conselho de Sentença absolver o acusado em razão do quesito genérico obrigatório, não existindo qualquer ofensa ao procedimento penal, a decisão não poderá ser anulada em grau de recurso, por faltar competência ao “Tribunal de 2º grau” para análise da causa supralegal de absolvição.

8.3 A revisão criminal e o tema relacionado às causas supralegais absolutórias

Em que pese a sua natureza jurídica seja de verdadeira ação autônoma para a desconstituição da sentença penal condenatória transitada em julgado, na arquitetura do Código de Processo Penal o legislador, equivocadamente, incluiu a revisão criminal como modalidade recursal disponível à defesa do acusado (revisão pro reo)³⁰⁷.

Assim, para esgotar a análise da questão da recorribilidade das decisões oriundas do júri, na perspectiva de sua nova sistemática comunicacional, mostra-se imperioso fazer um apontamento acerca da possibilidade de cabimento da revisão criminal com fundamento em causas supralegais de absolvição.

Durante muito tempo, por força da Soberania dos Veredictos e do entendimento pelo qual o Tribunal do Júri não poderá ser substituído por outro órgão jurisdicional no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entendia-se pela inviabilidade da revisão criminal de suas decisões. Aliás, em regra, a própria anulação dos veredictos condenatórios ou absolutórios “de mérito”, ou seja, por “julgamento manifestamente contrário à prova dos autos”, em sede de apelação, não se mostra adequada quando a decisão do Conselho de Sentença for pautada em vertente probatória viável ou admissível.

De qualquer forma, aos poucos os tribunais contemplaram a revisão criminal das decisões do júri, fundando-se a nova posição na prevalência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação ao da Soberania dos Veredictos³⁰⁸.

³⁰⁷ CAPÍTULO VII. DA REVISÃO. Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

³⁰⁸ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA SOBRE A SOBERANIA DOS VEREDITOS E COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. Havendo o Tribunal de origem consignado que a solução condenatória contrariou a evidência dos autos, inviável rever o entendimento do Tribunal, porquanto importaria em reexame do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Diante do conflito entre os princípios da soberania dos vereditos e da dignidade da pessoa humana, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário (REsp 964978/SP). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão,

Acerca do tema, conforme magistério de Demercian e Maluly há de admitir-se a revisão criminal da decisão condenatória prolatada pelo Tribunal do Júri, “uma vez que a soberania dos veredictos somente existe como garantia individual e constitucional da pessoa (art. 5º, inciso XXXVIII, CF), em seu benefício, para resguardar a sua liberdade”, pois seria “contraproducente manter essa intangibilidade se a decisão dos jurados fosse manifestamente incorreta, ofendendo o direito individual do condenado”³⁰⁹.

Malgrado seja admissível a revisão criminal de seus julgados, não poderão ser invocadas no pedido revisional as causas supralegais, excludentes de punibilidade, em favor dos condenados pelo Tribunal do Júri. Isso porque a análise do mérito da causa supralegal absolutória, em qualquer hipótese, competirá somente ao Conselho de Sentença. Ou seja, se o Tribunal de 2º grau de jurisdição não tem competência para adentrar ao mérito da causa supralegal absolutória para anular a absolvição havida sob este pretexto, muito menos terá para rescindir o veredicto condenatório de modo contemplá-la.

Portanto, nas revisões criminais das decisões condenatórias do Tribunal do Júri, somente poderão ser invocadas as *causas legais* de exclusão ou de *diminuição* da responsabilidade penal, restando a possibilidade de apresentação das teses referentes às *causas supralegais*, exclusivamente, para o momento da *situação comunicacional* havida em plenário, de modo a serem apreciadas pelos jurados.

não provido. (REsp n. 1.050.816/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/12/2016, DJe de 15/12/2016.) Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800850362&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em 24 ago. 2023.

³⁰⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 714.

9 CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E ABSOLVIÇÃO POR CAUSA SUPRALEGAL

9.1 Política criminal: atividade precípua do Estado

Muito embora possa receber uma multiplicidade de sentidos, a expressão “Política Criminal” tradicionalmente alcançou seus dois principais pilares no binômio: atividade do Estado e atividade científica.

Por ser *atividade do Estado*, a Política criminal se reporta às opções decorrentes de um próprio modelo político, ou de *perfil* de Estado, incluindo aqui o seu nível de autoritarismo ou democratização,³¹⁰ quando serão adotadas medidas sociais extrapenais e penais no sentido de neutralizar o fenômeno delitivo.

No que se refere à *atividade científica*, a Política criminal levaria a cabo o estudo da atuação do Estado em sentido amplo, fazendo-se valer também nesta atividade, da aplicação do Direito Penal como mecanismo de contenção da criminalidade, considerando-se, noutro modo, os princípios limitadores estabelecidos para o Direito positivo.

Inicialmente, conforme recorda Carolina Costa Ferreira,³¹¹ o “modelo de ciência penal global” proposto por Liszt, no final do século XIX, teve como ciências integradas *Kriminalpolitischen Aufgaben* (“*Problemas Político-Criminais*”) a Criminologia, a Política Criminal e a Dogmática Jurídico-Penal. Assim, a compreensão conjunta das “ciências-irmãs” seria imprescindível, pois a Criminologia classificaria fatos relevantes a serem valorados; diante da valoração (moral, religiosa, social) pela Política Criminal tais fatos poderiam ser objeto de projeção

³¹⁰ Para o professor emérito da UFMG Jair Leonardo Lopes: “A política criminal, no Estado Democrático de Direito, considerando razões de oportunidade e conveniência, escolhe os meios mais adequados para, respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana, tentar reduzir os índices da criminalidade a níveis razoáveis. Nenhum legislador, por mais temíveis que sejam suas leis, poderá ter a veleidade de supor que, com tais leis, fará desaparecer ou reduzir a ocorrência de crimes” (LOPES, Leonardo Lopes. **A política criminal da “Lei e da Ordem”**. Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal: Uma visão crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 12)

³¹¹ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte, 2017, p. 35.

jurídico-penal. Por fim, com essa projeção haveria a elaboração, aprovação e aplicação das leis penais pela Dogmática Jurídico-Penal.

A despeito da independência de cada uma, tais ciências se mostram interligadas, pois têm por objeto o estudo da criminalidade, do crime e seu enfrentamento.

Conforme leciona Claus Roxin,³¹² o Positivismo fez banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. Dessa forma, para uma teoria do delito que, à maneira positivista,³¹³ exclua todos os pontos de vista político-criminais, sendo concebida como pura classificação formal, a única saída será a “correção valorativa”.³¹⁴ Citando exemplos “inaceitáveis para a consciência atual”, como o da legítima defesa contra ataque de crianças (já que estas podem agir antijuridicamente), considera realidades nas quais “surge uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa”.

De qualquer modo, arremata o jurista alemão, que quando um dado procedimento (“correção valorativa”) “ultrapassa a separação lisztiana entre Direito Penal e Política Criminal, abre caminhos para que valorações político-criminais se introduzam na parte geral”. Assim, os interesses político-criminais ficam mal servidos, pois “enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico”.³¹⁵

³¹² ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p. 16.

³¹³ Com relação ao Finalismo de Welzel, Claus Roxin criticou a estrutura ontológica da ação: a estrutura ontológica da ação é para ele anterior a qualquer valor ou regulamento; se ela for menosprezada, o resultado será necessariamente falso. Orientando-se nela, porém, o resultado será conduzido à esfera do verdadeiro, a qual pertence, sobretudo, o dolo no âmbito do tipo penal e suas consequências para a doutrina do erro. Essa ontologia “livre de valores” determinou resultados que se desviaram consideravelmente da “ontologia social” do primeiro período de Welzel. Entre elas, Welzel realocou a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como causa de justificação; essa novidade foi também abandonada por ele no fim de sua vida, quando a teoria da adequação social já tinha apenas importância marginal (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014, p. 119).

³¹⁴ Roxin (2014, p. 16 *apud* JESCHECK, 1969, p. 231): “O direito de defender-se deve terminar ali, onde o seu exercício feriria o sentimento jurídico de maneira grave”. O que significa, neste contexto: “Também a exigência de que se deva escapar (...) do ataque de crianças é justa”.

³¹⁵ Nesse aspecto, Roxin (2014, p. 19) dá o exemplo da teoria da participação, onde o desenvolvimento da jurisprudência levou a realidade na qual a distinção entre autor e partícipe fosse feita sem orientação alguma em categorias sistemáticas, à livre apreciação do juiz. Assim: “As consequências dessa jurisprudência são conhecidas: as sentenças contradizem-se entre si de maneira grossa, e a frase, de já 60 anos, que caracterizou a teoria da participação como ‘o mais sombrio e confuso capítulo da doutrina penal’ tornou-se lugar comum”.

Noutras palavras, para uma visão funcionalista, a teoria do delito³¹⁶ deverá ser lastreada em critérios político-criminais. Por se tratar de atividade do Estado, pela Política Criminal serão valorados os comportamentos desviados e a sua forma de contenção, a ser exteriorizada pela lei, que regula um próprio sistema de freios e contrapesos para o Direito Penal.

Assim, nesse modo de pensar, a Dogmática Jurídico-Penal surge para estabelecer critérios legais, *fechados*, rígidos, aplicáveis a todos indistintamente (notadamente impondo limites de punição também em prol do indivíduo), tipificando aquelas condutas que ofendem os bens jurídicos protegidos³¹⁷ pelo Estado e a forma como deverão ser punidas.

Diante dessa realidade, partindo-se da premissa de que a Política Criminal se mostra como atividade precípua de Estado, a escolher os eleitos para a Justiça Penal, seria possível ao juiz de direito, ou ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, por razões supralegais, deixar de punir o autor de um crime doloso contra a vida?

9.2 A absolvição por causa supralegal e o possível risco à isonomia

A resposta a essa indagação, se afirmativa, inicialmente apontaria para uma verdadeira usurpação de atividade estatal pelo Judiciário, mais do que isso, a contemplação de uma ofensa ao Princípio da isonomia.³¹⁸ Pela lição de Antonio Carlos da Ponte, “se é verdade que o direito penal e o processual penal devem

³¹⁶ Na perspectiva do Funcionalismo teleológico, teoria do crime desenvolvida pelo autor que adquiriu prestígio a partir de 1970, superando a perspectiva do Finalismo, teoria do crime ontológica criada por Hans Welzel, que adquiriu muitos adeptos a partir do pós-guerra, ides de 1945, e é adotada pelo Código Penal brasileiro, em sua parte geral, especialmente após a reforma havida em 1984.

³¹⁷ Para Gunther Jakobs, na perspectiva do Funcionalismo sistêmico, a proteção não se dá aos bens jurídicos, “pois o direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”. Dá o seguinte exemplo: “Quando um juiz comete uma prevaricação, não significa que tenha lesado um bem existente com a denominação “correta administração da justiça”, e sim, que deixou de gerar aquela administração de justiça deve existir”. Se quisermos, isso ainda pode ser relacionado com a teoria dos bens jurídicos, afirmando-se que o juiz haveria deixado de participar da constituição do bem jurídico – “correta administração da justiça” – contrariando, assim, seu dever. Todavia, a afirmação de que o juiz não tenha cumprido o seu papel é mais adequada à matéria em questão, ou seja, que ele não atuou conforme era esperado (JAKOBS, Gunther; CALLEGARI, André Luis; LYNETT, Eduardo Montealegre; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005, p. 34).

³¹⁸ Princípio da Isonomia: Art. 5º, Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:[...]”.

possuir fundamentação constitucional e estarem vinculados ao respeito incontinente a uma pauta de direitos humanos, não é menos verdade que referida opção indica percurso a ser observado em matéria de política criminal”³¹⁹.

Desse modo, a experiência do foro leva a crer que a depender do “cliente” da Justiça penal, notadamente os menos estereotipados (aqueles mais bem apessoados, com melhor posição social, família constituída etc.) certamente terão a possibilidade de melhor “sorte” nos julgamentos criminais. Tal oportunidade, contudo, menos restará aos estigmatizados, delinquentes pelo “imaginário coletivo” e que normalmente se tornam alvo da criminalização secundária³²⁰.

Nesse aspecto, a questão se mostra de importante reflexão, pois num ambiente de desigualdade social a imperar no Brasil, a própria Política Criminal exige o “mínimo de racionalidade”, pois como bem recorda Alexandre Rocha Almeida de Moraes, a ordem constitucional brasileira, apesar de seu aparente espírito igualitário, “não é capaz de reverter o contexto de iniquidade social nem sequer de criar as condições políticas para a inclusão de setores expressivos da população nos quadros da cidadania formalmente regulada.”³²¹

³¹⁹ Ainda sustenta o autor: “A atividade científica, como destacado, é que permite e empresta lastro à política criminal, justificando a razão pela qual alguns bens ou interesses são passíveis de transigência, outros não. Ora, se o próprio juiz togado não pode conceder benefícios não permitidos pelo texto legal, o mesmo se aplica ao jurado, que em resposta a uma indagação genérica e aberta, não pode negar o direito à vida ou liberdade”. (PONTE, Antonio Carlos da. Quesitação e Soberania do Júri. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 483 e 485).

³²⁰ De acordo com os dados divulgados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, de julho a dezembro de 2019, o Brasil possuía 748.009 pessoas privadas de liberdade. No período supracitado, os negros representavam 66,7% do perfil da população carcerária masculina, e brancos 32,29%. Outro dado que mostra como a população negra vem sendo oprimida na sociedade é o ATLAS DE VIOLÊNCIA de 2020. O levantamento de assassinatos entre os anos de 2008 e 2018 apontam para 628.595 pessoas mortas no Brasil. Desse total, 75,7% eram pessoas negras. Não bastasse, no período houve aumento de 11,5% de homicídios entre os negros e diminuição de 11,5% dos homicídios entre os que não eram negros. Conforme pondera Elvira Barreto “et al”: “O Estado não é um objeto inanimado, suas estruturas são dirigidas por pessoas e estas pessoas têm classe social, têm gênero e têm raça, cujas práticas, discursos e posicionamentos reproduzem a seletividade e a segregação social e têm contribuído para uma visão seletiva daqueles considerados perigosos e nossa sociedade (BARRETO, Elvira “et al”. A invisibilidade das penas alternativas no capitalismo brasileiro: A quem interessa?. In: MATANZAZ, Sara Carvalho (Coordenação). *Direito Penal dos Silenciados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 261 e 262).

³²¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 66.

Aliás, os direitos de liberdade e igualdade devem ser preservados igualitariamente pelas políticas do Estado, assim considerados por Ronald Dworkin³²² ao responder a célebre indagação: “*Que direitos que temos?*”:

O conceito central da minha argumentação será o conceito não de liberdade, mas de igualdade. Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e, com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão.

As consequências dessa percepção desaguam na *seletividade* do Direito Penal, sustentada primeiramente pela Criminalidade Crítica, conforme observa Alessandro Baratta:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos desses bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Na visão de Nilo Batista,³²³ muito além da histórica tensão entre a Política Criminal (conselheira a aprimorar a funcionalidade repressiva do sistema penal) e o Direito Penal (concebido também na perspectiva garantístico-liberal), o grande debate é havido entre as *finalidades políticas externas* que pretendem modelar o

³²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 419.

³²³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada, 1ª reimpressão, abril de 2013. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 34 e 35. O autor pondera que o campo da política criminal tem hoje uma amplitude enorme e diversa da considerada por Liszt. Assim a conceitua (pág. 33): “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentam novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*”.

sistema jurídico. Aqui, em uma perspectiva mais abrangente, a depender de cada “etapa do sistema penal”, entende o autor que esse processo se espalha, e a própria Política criminal se desdobrará em política de segurança pública (ênfase na fase policial), política de judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional).

Também pela constatação de que os sistemas jurídicos e políticos de controle do Estado visam proteger os interesses de grupos sociais hegemônicos, pondera Juarez Cirino dos Santos³²⁴ existir “objetivos declarados do discurso jurídico oficial” que se distanciam da realidade. Nesse sentido, o Direito Penal há de ser estudado do ponto de vista dos: “objetivos declarados (manifestos) e de seus objetivos reais (ou latentes), nos quais se manifestam as dimensões de ilusão e de realidade dos fenômenos da vida social nas sociedades contemporâneas”.

Dessa forma, não bastasse o fato de a criminalização primária (pelo processo legislativo penal) implicar em verdadeiro passo seletivo, pondera Eugenio Raul Zaffaroni³²⁵ que uma segunda criminalização, secundária, também se dá quando da atuação das agências do Estado. Pondera o autor argentino, que em vista de suas limitações operativas e a imensidão do programa que discursivamente lhe é recomendado, há de se optar pela inatividade ou seleção. Assim, por força da seletividade, serão delinquentes normalmente os mais vulneráveis (por razões étnicas, estéticas, religiosas, econômicas), pessoas notadamente “sem acesso à comunicação social”, estereotipadas no imaginário coletivo.

Portanto, independentemente da realização de julgamentos populares, ou por juízes togados, o processo de criminalização secundária sempre guardou relação com questões subjacentes, quando os mecanismos de contenção da criminalidade tiveram como alvo normalmente os mais desvalidos.³²⁶

³²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 07.

³²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; NILO BATISTA, Alejandro Alagia. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª edição, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, abril de 2015, p. 46.

³²⁶ Em tempos atuais, por conta do enorme esforço de setores da Polícia judiciária, Ministério Público e Magistratura, como também pela participação da mídia, tem recebido ampla divulgação e notoriedade o trabalho de repressão às práticas de corrupção de agentes públicos, e bem como à criminalidade organizada e econômica. Tal realidade, fez com que inúmeros políticos e empresários passassem a fazer parte de uma *nova* clientela penal.

Por conta dessa infeliz realidade, Lolita Aniyar de Castro,³²⁷ em cinco princípios, nos dá um norte da melhor Política Criminal na contemporaneidade, a ser havida para os Estados Democráticos de Direito:

Quais são os princípios, qual é o campo de reflexão-ação de um criminólogo crítico? O aprofundamento da democracia, vista através de algumas de suas variáveis fundamentais: 1. A transparência do discurso, isto é, não enganar as pessoas; 2. A defesa dos direitos humanos; 3. A não seletividade do controle; 4. O antiautoritarismo.

Portanto, tem-se no ideal da Política Criminal em um Estado Democrático a defesa dos direitos humanos, a ser estampado no Direito Penal e Processual Penal positivado.

9.3 Acerca da possibilidade de um sistema aberto para decisões do júri

Em ambiente de expansionismo, com uma inflação ou hipertrofia legislativa difundida por uma ideia (por vezes equivocada) de contenção da criminalidade pelo recrudescimento do Direito Penal, eis que surge, em paradoxo, a criação de um *sistema aberto*³²⁸ para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, aqueles considerados mais graves e importantes do ordenamento jurídico.

Portanto, pelos discursos contraditórios da Política Criminal brasileira, o Código de Processo Penal, em razão da Lei 11.689/2008, teve modificado o seu procedimento do Júri.

Antes pautado tradicionalmente no *modelo fechado*, francês ou de *civil law*, o procedimento penal passou a conceber um novo modelo híbrido, a contemplar a exclusão de responsabilidade penal por causas legais, previstas no ordenamento jurídico penal, ou supralegais. Assim, determinando a lei processual que em *todos* os julgamentos do Júri deverá ser respondido um quesito genérico e obrigatório de

³²⁷ CASTRO, Lola Anyiar de. **La Criminologia hoy**: política criminal como sínteses de la criminología. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº 32, 2000, p. 252-268.

³²⁸ Pela possibilidade de exclusão de punibilidade por motivos supralegais, por força da nova redação dada ao artigo 483, do Código de Processo Penal, que previu o quesito genérico e obrigatório de absolvição e sua interpretação teleológica. *Verbis*: Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: [...] III – se o acusado deve ser absolvido; [...] §2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

absolvição, quando se indaga se “o jurado absolve o acusado?”,³²⁹ mesmo que a defesa não tenha sustentado tese absolutória.

Essa realidade causou enorme discussão e perplexidade em parte da doutrina penal e processual penal, agora pela coexistência de um *modelo aberto*, importado dos países do *common law*, em que o Direito é mais dialético, retórico, de uma verdade e justiça contemplativas, declaradamente, de uma produção cultural humana, pelo exercício da linguagem no Processo Penal.

Dessa forma, a maior barreira de entendimento da alteração legislativa reside no fato de pensar o Direito Penal em um modelo absolutamente fechado, ao estilo alemão, situação justificável em vista de que a parte geral do Código Penal brasileiro, de 1984, adotou a “Teoria da Ação Final” (Hans Welzel). Assim, da análise dos “substratos” do crime, não se contempla, por regra explicitamente prevista, um “perdão” para os crimes dolosos contra a vida.

No ideário do sistema de *common law*, conforme aponta Paulo César Busato,³³⁰ não há diferença de percepção ou análise das causas de justificação ou exclusão de responsabilidade penal de maneira escalonada, como se dá ao modelo tradicional alemão:

É corrente nos modelos de organização da teoria do delito a adoção do molde alemão de análise escalonada. Ou seja, parte-se comumente de um substrato estrutural (normalmente a ação) e, sobre esse substrato, pretensamente ontológico, segue a análise através de sucessivas valorações que vão se acumulando de modo a dotar aquele substrato do qualificativo criminoso.

Ocorre que, por um lado, já resta demonstrado claramente que a ação não é um conceito ontológico capaz de representar um substrato sobre o qual hão de ser acrescentadas valorações. Por outro, a pretensão de afirmação de que um tipo de ação é injusto e que é culpável não tem porque ser discriminado de modo sucessivo.

Aliás, os sistemas baseados no Common Law não distinguem entre *justifications* e *excuses*, valendo todas de modo idêntico para excluir a responsabilidade penal. Trata-se do que Fletcher qualifica de raciocínio plano (*flat thinking*), em contraposição ao raciocínio escalonado adotado pela teoria tradicionalmente conhecida no Brasil.

³²⁹ No processo penal americano, o quesito “guilty or not guilty?” (culpado ou inocente?), que emprestou a ideia ao processo brasileiro para a redação do quesito genérico “O jurado absolve o acusado?”.

³³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 484.

Por outro lado, na busca de um Direito Penal democrático, vêm surgindo teorias do crime baseadas em um *modelo aberto*, comunicativo, como é o caso da Teoria da Ação Significativa, já com inúmeros precursores na Europa e no Brasil.

Conforme se extrai da lição de Paulo César Busato, seu precursor no Brasil, a “Teoria da Ação Significativa” foi desenvolvida pelo espanhol Vives Antón com base em pensamentos de Wittgenstein (filosofia da linguagem) e Habermas (teoria da ação comunicativa) aproximando-se do modelo anglo-saxão:

No modelo significativo de teoria de delito, portanto, as permissões são tratadas conjuntamente, divididas apenas em permissões fortes (causas legais de justificação) e permissões fracas (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação), aproximando-se do modelo do direito anglo-saxão ao fazer com que todos os resultados sejam excludentes da pretensão de ilicitude, por outra, preservando as vantagens do raciocínio escalonado ao estipular diferentes grandezas para a exclusão da pretensão de ilicitude: uma ampla horizontal e verticalmente, quanto ao plano dos âmbitos jurídicos e dos autores envolvidos (permissões fortes), e outra restrita horizontal e verticalmente, dirigida só ao âmbito jurídico penal e afastando a responsabilidade exclusivamente do autor (permissões fracas).

Em virtude de uma visão crítica da filosofia da ação, explica Cezar Roberto Bitencourt,³³¹ desde a concepção cartesiana da mente até o funcionalismo sociológico e psicológico, a conduta é vista sob o olhar da teoria da ação comunicativa. Aqui, tem-se o desprendimento de concepções ontológicas, quando a ação não corresponde “ao que as pessoas fazem”, mas sim “ao significado do que fazem”, a ser interpretado segundo regras ou normas:

Essa concepção tem a pretensão de traçar uma nova perspectiva dos conceitos e significados básicos do Direito Penal. Essa proposta de sistema penal repousa nos princípios do liberalismo político e tem como pilares dois conceitos essenciais: ação e norma, unidos em sua construção pela ideia fundamental de “liberdade de ação”. O conceito significativo de ação, na ótica de seus ardorosos defensores como Vives Antón, Zugaldía Espinar e Paulo César Busato, identifica-se melhor com um moderno Direito Penal, respondendo aos anseios de uma nova dogmática e respeitando os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Reconhecem, no entanto, que sua perspectiva metodológica não se encontra plenamente desenvolvida, embora – sustentam – suas propostas político-criminais sejam sensíveis à crítica do próprio Sistema e prometam bases bastante seguras e mais adequadas a uma interpretação humanista do direito penal garantista. Na verdade, parece-nos que está surgindo uma nova e promissora *teoria da ação* que, certamente, revolucionará toda a *teoria geral do delito*, a exemplo do que ocorreu, a seu tempo, com o finalismo de Welzel.

³³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 307.

Dessa forma, a par das críticas e considerações acerca do tradicional papel do julgador e de seu distanciamento das questões de Política Criminal, o fato é que o Direito Penal, conforme considera Paulo César Busato,³³² não poderá “permanecer estancado em pretensões de verdades absolutas e sistemas fechados de imputação”:

Urge a tomada de uma perspectiva aberta, sujeita a uma permanente oxigenação, baseada menos em explicações que em compreensões. Por isso, não é mais adiável o giro hermenêutico em busca da construção de um Sistema de imputação adequado às exigências do mundo atual, que somente pode encontrar bases na Teoria da Comunicação.

Assim, a defesa de uma dogmática do Direito Penal obediente ao verdadeiro Estado social e democrático de Direito corresponde, entre outras coisas, à adoção de um conceito de ação comunicativo: o conceito comunicativo de ação, o qual, conjugado à correta perspectiva a respeito da norma e à ideia central de liberdade de ação podem compor um sistema que responda a tais expectativas.

De acordo com esse entendimento, o surgimento de um *sistema aberto*, porém com regras havidas para o uso e controle da linguagem no Processo Penal, antes de ofender os primados de Política Criminal, poderão atender aos anseios do Direito Penal e Processo Penal humanitário.

Não bastasse, essa realidade fará reforçar princípios constitucionais do próprio Tribunal do Júri (Plenitude de Defesa, Soberania dos Veredictos), além do Princípio da Dignidade da Pessoa humana, enquanto também referencial de Política Criminal no Estado Democrático de Direito.

³³² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 170.

10 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CORRETA FORMA DE QUESITAÇÃO DAS TESES E CAUSAS ABSOLUTÓRIAS HAVIDAS EM PLENÁRIO DO JÚRI

10.1 A natureza jurídica da causa supralegal e a impossibilidade de utilização de um único quesito a abarcar toda e qualquer tese absolutória

A previsão legal de um quesito genérico e obrigatório,³³³ a ser votado independentemente da sustentação de teses defensivas supralegais, induz a convicção de que a absolvição por causas supralegais deve ser considerada, com relação à (re) análise de mérito, irrecorrível.³³⁴

Por ser de competência funcional do júri,³³⁵ a análise da causa supralegal não poderá ser revista por outro órgão jurisdicional, nem mesmo em sede de recurso, por falta de previsão legal.³³⁶

É de se denotar uma nova sistemática recursal em decorrência do quesito genérico de absolvição, também concebida pelo ideal de se evitar a “dupla perseguição penal”, sedimentada em princípio do processo penal norte-americano (“*double jeopardy clause*”, a constar da *Quinta Emenda do corpo da Constituição do EUA*), conforme orienta Rogerio Schietti Machado Cruz.³³⁷

Conforme anota Jay Siegler, há certo consenso, ao menos entre os autores de língua inglesa, de que o propósito original da criação da regra proibitiva de dupla perseguição penal foi o de proteger o indivíduo contra o abuso

³³³ “[...] O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o quesito genérico de absolvição, previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, deve ser formulado independente das teses sustentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos” (HC 276.627-RJ). Conforme Súmula 156/STF: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

³³⁴ Dalmo de Abreu Dallari aduz que no Tribunal do Júri mais uma exceção ao duplo grau de jurisdição, dada a soberania dos veredictos, a impedir o reexame da decisão de mérito, na forma do art. 593 do Código de Processo Penal (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 102).

³³⁵ Conforme ensina José Frederico Marques, citado na nota 281 de rodapé.

³³⁶ Considera Rogério Schietti Machado Cruz que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição poderá, em alguns casos, sofrer exceções e mitigações. Recordo que “o Supremo Tribunal Federal já foi chamado a decidir sobre o alcance do princípio do duplo grau de jurisdição, não aplicável, segundo reiterada jurisprudência, quando se trata de julgar cidadão que goza de prerrogativa de função, bem assim eventuais coatores ou partícipes”. Sublinha que “o direito ao Duplo grau de jurisdição costuma ser positivado nos tratados internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos entre os direitos fundamentais do acusado, como um desdobramento à ampla defesa, e não entre os direitos das partes em geral” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 29).

³³⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla perseguição penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 13 e 14.

persecutório [...] Esse, aliás, é o mote central do célebre voto do juiz Black J., da Suprema Corte dos EUA, em *Green v. United States*: A ideia subjacente, bem fixada ao menos no sistema de jurisprudência anglo-americana, é que o Estado, com todos os recursos e poder, não deveria ser autorizado a realizar repetidas tentativas de condenar um indivíduo por um alegado crime, sujeitando-o, assim, à perturbação, às despesas e ao sofrimento, e forçando-o a viver em um contínuo estado de ansiedade e insegurança, bem como aumentando a possibilidade de que, mesmo sendo inocente, ele possa vir a ser considerado culpado.

Por outro lado, João Gualberto Garcez Ramos³³⁸ recorda que o princípio se encontra relativamente em crise, quando se notou a possibilidade de se “perpetuar soluções judiciais — especialmente absolvições — iníquas”. Conta que um júri do condado de Los Angeles absolveu quatro policiais acusados de agredir, em abril de 1992, o cidadão negro Rodney King. Durante o julgamento, foi exibido um vídeo onde se demonstrava que a vítima fora violentamente agredida pelos policiais. Porém, os jurados, de maioria branca, ignoraram as provas do processo. O resultado absurdo do julgamento fez eclodir uma onda de violência em Los Angeles, ocasionando a morte de 55 pessoas, o ferimento de outras 2.300 e a depredação de 1.100 prédios. A solução encontrada para o caso foi a de “soberania dupla”, que superou a barreira do “duplo risco de condenação”. Sob esse argumento, os réus, absolvidos pelo júri estadual, puderam ser novamente levados a julgamento por um júri federal.

Referidas considerações são necessárias no sentido de se pontuar as dificuldades de controle da decisão absolutória quando da adoção de um “sistema aberto”, notadamente para se evitar eventual arbítrio do júri. Por outro lado, é de se animar pelo fato de que a previsão de absolvição por causa supralegal irá albergar um sem-número de casos, para quando forem os acusados merecedores de isenção de pena.

De qualquer modo, em razão da instituição de um sistema híbrido, contemplando causas legais (sistema fechado) e, ao mesmo tempo, causas supraleais (sistema aberto), apresenta-se equivocado o entendimento pelo qual o quesito genérico (“o jurado absolve o acusado?”) deverá abarcar todas as causas de absolvição do acusado.

Antes do Projeto de Lei nº 4.203, de 2001, a dar ensejo à edição da Lei nº 11.689/08, havia a proposta de alteração do Código de Processo Penal pela

³³⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

Comissão presidida pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Diário Oficial da União, de 25/11/1994, número 223). Naquela ocasião, idealizava-se a criação de um quesito genérico (“se o acusado deve ser condenado?”) para os julgamentos pelo Júri. Assim, os quesitos seriam elaborados na seguinte ordem, perquirindo-se sobre: a) a materialidade do fato; b) a autoria ou a participação; c) se o acusado deve ser condenado; e d) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa.

Quando de sua análise, antevendo os problemas do terceiro quesito proposto, Hermínio Marques Porto considerava a impossibilidade de se determinar, pelo quesito genérico, a causa de absolvição do acusado, ou seja, os fundamentos ou razões da decisão absolutória. Em consequência disso, restariam logicamente as dificuldades de se apresentar, na via recursal, as razões para uma possível reforma, ou mesmo pela própria manutenção da decisão dos jurados.³³⁹

A indagação tratada pelo terceiro quesito proposto (“se o acusado deve ser condenado”), com o sentido da pergunta “culpado ou inocente”, irá gerar dificuldades insuperáveis para o necessário encontro, em etapa recursal, do fundamento da decisão absolutória, pois a resposta pela inocência do acusado trará implícita, ao lado de outros exemplos, a aceitação de causa de exclusão de ilicitude não determinada. O aspecto criará dificuldades na formulação, em etapa recursal, de razões quando voltadas para a reforma ou para a manutenção da decisão dos jurados, bem como criará embaraços na apreciação, pela instância superior, do mérito de apelação manifestada por ser, por uma das partes, tida a decisão dos jurados como manifestamente contrária à prova dos autos. Temos como imprópria a proposta fórmula indagativa, pois à decisão dos jurados devem ser levados, através de quesitos, temas defensivos nominalmente tratados.

Atualmente, tem-se como matéria pacificada a plausibilidade de absolvição dos acusados por causas supralegais, por se tratar de prerrogativa do próprio júri. Porém, deve ser vista a natureza jurídica da causa supralegal de exclusão de responsabilidade penal para se denotar da (in)conveniência de seu julgamento conjunto às demais causas legais de justificação ou isenção de pena, em quesito único, conforme regra geral prevista no Código de Processo Penal.

A propósito, Nucci³⁴⁰ considera as teses supralegais implícitas ao ordenamento jurídico, olvidadas pelo legislador no momento de redigir o Código Penal, mas que emergem de força interpretativa da doutrina e jurisprudência. Aliás,

³³⁹ TUCCI, 1999b, p. 210.

³⁴⁰ NUCCI, 2015, op. cit, p. 38.

as causas supralegais não se confundem, absolutamente, com aquelas causas justificantes ou dirimentes legalmente previstas. Não há como situá-las dentre as possibilidades de exclusão do crime ou de culpabilidade estatuídas no Código Penal, o que torna imperioso retratá-las na perspectiva da punibilidade, sem enquadrá-las, porém, nas escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade.³⁴¹

Bem pondera Aloysio de Carvalho Filho,³⁴² para distinguir as causas de extinção da responsabilidade penal daquelas de isenção da mesma responsabilidade. Alude que estas, como a infância ou loucura, são anteriores ao delito, ou concomitantes a ele, como na legítima defesa. As primeiras ocorrem depois do crime, mesmo depois de passada a ação na justiça, e, em certos casos, após a sentença de condenação.

Embora subsistam alguns autores a sustentar que a punibilidade seria integrante do tipo penal,³⁴³ na teoria do crime mais aceita e tradicional, são elementos do injusto culpável apenas a conduta típica, ilícita e culpável. Não bastasse, também é de se ver que as causas supralegais de absolvição do acusado em plenário do júri, ensejadoras do perdão social (clemência), não se enquadram naquelas causas de extinção da punibilidade previstas no artigo 107 do Código Penal,³⁴⁴ não podendo ser confundidas, especialmente, com o perdão judicial, cuja aplicabilidade é *restrita às hipóteses legais, expressamente previstas*.

³⁴¹ As escusas absolutórias são legalmente previstas, como na isenção de pena de natureza pessoal, que se dá nos crimes contra o patrimônio (art. 181, Código Penal); as condições objetivas também, como no caso da prova da verdade na calúnia ou difamação (art. 138, §3º, e art. 139, parágrafo único, CP).

³⁴² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1953, p. 64. Menciona o autor (p. 64) que, “na exposição de motivos do projeto que se converteu no atual Cód. Penal do Uruguai, J. Irureta Goyena classificava em três grupos as circunstâncias que isentam de penalidade, a saber: circunstâncias justificativas, circunstâncias de inimputabilidade e circunstâncias de impunidade. Por aquelas, falta o delito, porque o agente exerce um direito; pelas segundas, faltam a consciência e a vontade; pelas últimas, a perigosidade”.

³⁴³ Interessante a posição de Mir Puig: “Para além destas hipóteses excepcionais, a punibilidade afeta todas as categorias do delito, que é antes de tudo um fato punível. A decisão acerca do que é não só danoso e imputável ao seu autor, mas também punível, condiciona o conteúdo e os limites do injusto penal e da imputação pessoal. A seleção dos fatos penalmente atípicos não depende apenas da sua danosidade social, mas também do que pareça necessária e oportuna a cominação de uma pena. A exclusão do injusto penal pode dever-se também à falta de necessidade da pena. Por fim, também as causas de exclusão da responsabilidade penal vão se ampliando historicamente à medida que aparecem tratamentos alternativos preferíveis à pena. Teria sentido, por isso, definir o delito como um comportamento humano penalmente antijurídico e imputável ao seu autor. Essa é a razão pela qual, nesta obra, fala-se em antijuridicidade penal, tipicidade penal e responsabilidade penal” (SANTIAGO, Mir Puig. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122).

³⁴⁴ Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição,

Pelo magistério de René Ariel Dotti,³⁴⁵ as causas extintivas de punibilidade possuem natureza jurídica mista, em razão de constituírem institutos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, estando reguladas em ambos os códigos. Salienta que também nas leis especiais estão previstas causas extintivas de punibilidade que não fazem parte da relação do artigo 107 do Código Penal. Dessa forma, considera a possibilidade da existência de causas de extinção de punibilidade implícitas, elencando a hipótese de cumprimento das condições na suspensão condicional do processo.

Na perspectiva da Punibilidade, enquanto “incidência sob a ameaça da pena”, Nelson Hungria³⁴⁶ reputa as causas enumeradas no art. 107³⁴⁷ do código como *não taxativas*, elencando outros casos previstos em lei, como o do arrependimento eficaz, desistência voluntária e de perdão judicial. Ressalta que, *por considerações de oportunidade ou política criminal*, a lei, não obstante a existência de um crime determina, em certos casos, a não aplicação da pena ou a extinção da punibilidade.

Portanto, as causas de extinção de punibilidade são causas legalmente previstas que irão extinguir a ação ou a condenação, *em que as causas supralegais de exclusão da punibilidade não se amoldam*. As causas de extinção de punibilidade estão para um sistema legal, “fechado”, enquanto as causas supralegais são inerentes a um sistema “aberto”, discursivo, dialético.

Mesmo antes da adoção desse sistema aberto de exclusão de responsabilidade penal ora vigente no Tribunal do Júri, o Brasil já havia recepcionado em seu ordenamento jurídico idêntica possibilidade. Na forma do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 31, combinado com o artigo 21 do mesmo diploma, são reconhecidas, em um *sistema aberto*, as *teses de exclusão de responsabilidade penal supralegais*. São teses sustentadas de acordo com os “*princípios gerais do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes*” e “a

decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - revogado; VIII - revogado; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

³⁴⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 782 e 783.

³⁴⁶ HUNGRIA, 1953, p. 24.

³⁴⁷ À época, art. 108 do CP.

aplicação e interpretação do direito de modo compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.³⁴⁸

Conforme considera Kai Ambos, na perspectiva do direito penal internacional, as teses supralegais defensivas são condizentes com o direito internacional, que compõe um ordenamento jurídico dinâmico.³⁴⁹ Salienta a difícil negociação havida para se fazer constar no artigo 31 do Estatuto, envolvendo os países da *common law* e os da *civil law*, pelo qual surgiu uma nova terminologia para as *causas de exclusão de punibilidade* no lugar de “defesas” ou causas de “justificação e de exculpação”.

Dessa maneira, é lícito considerar a natureza jurídica do perdão social como causa de exclusão de punibilidade, diferentemente, quando da análise dos substratos do crime, das causas excludentes de ilicitude e dirimentes de culpabilidade. Essa é a razão pela qual o quesito genérico não poderá abarcar toda e qualquer tese absolutória, ou seja, teses legais e supralegais, em razão também de serem diversos os modos de impugnação de uma eventual decisão absolutória.

³⁴⁸ Artigo 31. Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal

[...] 3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual. Artigo 21. Direito Aplicável. 1. O Tribunal aplicará: a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados; c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos. 2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores. 3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

³⁴⁹ Explica, ainda, Kai Ambos que “a proibição de retroatividade, no direito penal internacional, orienta-se conforme a característica de ‘ordenamento jurídico dinâmico’ do direito internacional. Por isso, é suficiente que a ação em questão seja punível segundo os princípios não escritos do *direito consuetudinário*. Pelo geral, isto é afirmado com o argumento de que os fatos em questão – guerra de agressão, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – eram puníveis no momento do fato como costume internacional. [...] Assim, em direito penal internacional se há de tolerar um determinado grau de insegurança” (AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman; revisão de Pablo Alífen e Fabio D’Avila; atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Edição brasileira reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 103).

10.2 A decisão absolutória advinda da causa supralegal e suas consequências civis: o reiterado problema do quesito único

A primeira importante consequência da natureza jurídica da causa supralegal, enquanto excludente de punibilidade, está na percepção de que a sentença absolutória, a seu pretexto, não fará coisa julgada no juízo cível. Isso porque não excluem a autoria e materialidade do fato, nem correspondem a uma causa excludente de ilicitude com possíveis reflexos no campo indenizatório.

Por conta dessa realidade, também se mostra de todo inconveniente o julgamento da causa supralegal em quesito único, com as demais causas de justificação penal.

Aqui, poderia se argumentar que o disposto no artigo 935 do atual Código Civil,³⁵⁰ ao dizer que “a responsabilidade civil é independente da criminal”, pelo que somente não se poderá “questionar a existência do fato ou quem seria seu autor quando decididas pelo juízo criminal”, resolveria, por si só, a questão, pois o quesito genérico deverá ser votado somente após o reconhecimento da autoria e materialidade.

A propósito, José de Aguiar Dias,³⁵¹ ao comentar o artigo 1.525 do Código Civil de 1916 (atual art. 935), pondera que os elementos do injusto penal nem sempre coincidem com os do injusto civil. Portanto, reconhecidos na instância penal o fato e a autoria, e se, ainda assim, for o acusado declarado “não delinquente”, o julgado criminal não condiciona o civil, para o fim de excluir a indenização. Não são idênticos num e noutro ramo do direito os princípios determinantes de responsabilidade. No crime, a responsabilidade por culpa é exceção, e no cível é regra.

No que diz respeito propriamente às decisões absolutórias do Tribunal do Júri, muito se argumenta que jamais farão coisa julgada no juízo cível, em razão de ausência de motivação explícita, ou seja, por não se saber exatamente, em certos casos, a fundamentação que deu ensejo à absolvição do acusado.

³⁵⁰ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

³⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. 2. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 954.

Aludida situação era mais patente com a antiga redação do artigo 484 do Código de Processo Penal, alterado pela reforma da Lei 11.689/08, uma vez que o primeiro quesito congregava todas as realidades concernentes à autoria, materialidade e nexo de causalidade. Portanto, se a resposta ao quesito fosse negativa, não se saberiam os motivos da absolvição.³⁵²

Aliás, essa questão foi objeto de crítica de Hermínio Marques Porto,³⁵³ que, com arrimo nas lições de Basileu Garcia, lembrava que a absolvição por negativa do fato jamais obstaría a propositura de ação de indenização, pois, pelo sistema do antigo questionário, sempre se perguntava aos jurados se o réu, em tal data, em tal dia, tal hora e tal lugar, praticara o fato tal. Assim, nunca se saberia se a decisão teve em vista a inexistência do fato ou da autoria. Essa realidade, porém, foi superada com a mudança do questionário, podendo se aferir, por exemplo, se absolvição foi em decorrência da negação do fato ou da autoria delitiva.

Noutro modo, há de se relembrar o disposto no art. 65 do Código de Processo Penal, quando prescreve que fará coisa julgada no cível a sentença criminal absolutória que reconheça a prática do fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Portanto, ainda que se trate de decisão do Tribunal do Júri, sem uma motivação explícita, quando a absolvição estiver pautada em causas justificantes, essas serão *fundamentadas* ou demonstradas pelas provas dos autos, podendo fazer coisa julgada no juízo cível.

³⁵² Nesse sentido: PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – INEXISTÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – MORTE DE MENOR – ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. I – Tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado. II – Permite-se a investigação, no âmbito cível, da existência de responsabilidade civil, quando o Tribunal do Júri absolve o réu, por negativa de autoria, uma vez que essa decisão não é fundamentada, gerando incerteza quanto à real motivação do juízo decisório criminal. Recurso especial provido (REsp 485.865/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 219). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=JURI+ABSOLVICA0+INDENIZACAO&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 02 set. 2018.

³⁵³ PORTO, Hermínio Alberto Marques; BONILHA, José Carlos Mascari. Júri: autoria e materialidade no mesmo quesito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 5-6., nov. 1999. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19172. Acesso em: 02 set. 2018.

Em diversos casos, os tribunais vêm reconhecendo os reflexos da decisão absolutória da justiça penal, mesmo quando proveniente do Tribunal do Júri, no campo da responsabilidade civil.

Desse modo, em precedente analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, numa ação de indenização proposta contra o Município de São Caetano do Sul, adotou-se solução interessante. Na hipótese, foi ajuizada ação indenizatória em razão da morte de civil em abordagem policial. Os guardas municipais tinham sido acusados da prática de homicídio simples e absolvidos em plenário do Júri, ao fundamento de que agiram em estrito cumprimento do dever legal. O pedido indenizatório restou julgado improcedente pelo juiz de primeira instância, em razão do disposto no artigo 65 do Código de Processo Penal. Quando da análise do recurso,³⁵⁴ foi reiterado o entendimento de que a sentença criminal absolutória, na hipótese, não poderia reabrir a discussão dos fatos na justiça civil. Não obstante, a indenização deveria ser deferida em vista da responsabilidade objetiva da Administração Pública, pois o ato, mesmo desprovido de dolo ou culpa, causara prejuízo a terceiros.

Por isso, é mais do que necessário denotar a existência de dois referenciais vigentes relativos à decisão absolutória do Júri, se por causa legal ou supralegal.

³⁵⁴ Processo 0001919-57.2006.8.26.05.05, julgado pela Décima Câmara de Direito Público, em 19/11/2015. Assim ementado: “Ação de indenização de perdas e danos. Morte de civil em abordagem por guardas municipais. Danos materiais e morais. Agentes absolvidos por sentença penal fundada no estrito cumprimento do dever. Absolvição transitada em julgado. Artigo 65 do Código de Processo Penal. Exclusão da responsabilidade dos agentes públicos. Artigo 188, I, do Código Civil e artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Responsabilidade objetiva do Poder Público que se mantém. Direito a indenização de danos materiais e morais. Análise das provas pertinentes. Apelação parcialmente provida” (TJSP. Apelação 0001919-57.2006.8.26.0505; Relator (a): Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Pires - 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 09/11/2015; Data de Registro: 19/11/2015). Salientou o desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, em voto condutor: Como ponderou o relator, a vista do disposto no art. 65 do Código de Processo Penal, “os guardas civis foram absolvidos da acusação do crime de homicídio simples, por sentença transitada em julgado. O fundamento da absolvição da absolvição foi o reconhecimento de terem eles agido no estrito cumprimento de dever legal (art. 386, III e IV, CPP). Impossível, por isso, reabrir discussão em torno da excludente de antijuridicidade, ainda que se entendesse que haveria prova técnica a amparar conclusão em sentido contrário. Por isso, correta a sentença que partiu do pressuposto de que os guardas civis agiram no cumprimento de dever legal e afastou pedido indenizatório. Isso porque, o art. 188, I, do Código Civil dispõe que o ato praticado no exercício de um dever legal não constitui ato ilícito. [...] Entretanto, a exclusão da responsabilidade dos guardas civis, no caso concreto não afasta a responsabilidade objetiva da Municipalidade, à vista do art. 37, parág. 6, da Constituição Federal[...] a responsabilidade estatal se caracteriza sempre que da atividade do agente pública resultar dano a alguém [...]. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Consulta Completa. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=0572D54D7CDDDBDDACBA7BAD44BB61B.cjsg1>. Acesso em 07 set. 2018. Acesso em: 07 set. 2018.

Além de diversas razões que serão expostas, mas também por isso, mostra-se absolutamente inadequado o julgamento das causas supralegais com aquelas causas legais de exclusão de responsabilidade penal, em quesito único, pois as consequências da sentença penal absolutória, se por causa excludente de punibilidade, ou por exclusão do crime, serão diferentes no campo indenizatório.

10.3 A adequada aplicação do sistema de quesitação para a causa supralegal absolutória

O entendimento esboçado pela doutrina, reprisado majoritariamente pelos tribunais, a considerar a possibilidade de absolvição por fundamentos e teses diversas e votadas em quesito único, não foi atento aos problemas que adviriam para efeito da recorribilidade das decisões do Júri. Com relação ao tema, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer³⁵⁵ consideram a viabilidade de utilização do quesito único, ponderando que, se houver mais de três votos afirmativos diante de várias teses defensivas, não será possível identificar em qual delas se basearam os jurados que absolveram o réu. Contudo, reafirmam a possibilidade de haver “excepcional controle” nas decisões do Júri para evitar arbitrariedades (“mesmo absolutórias”), pois “a conclusão do Conselho de Sentença não deve estar dissociada integralmente daquilo que foi apurado nos autos”.

Não bastasse ser a posição equivocada, pois a análise do mérito da causa supralegal é de competência exclusiva do Júri, o fato de o quesito genérico ser aplicado para a votação de todas as teses legais e supralegais, conjuntamente, ao contrário do que possa parecer, vem em desfavor do próprio acusado. Há casos nos quais a defesa do acusado vem a sustentar uma tese de legítima defesa, por exemplo, e outra de inexigibilidade de conduta diversa ou clemência, todas votadas em quesito único.

Nessa hipótese, se o acusado for absolvido e a acusação interpuser o recurso de apelação, a defesa do acusado não terá condições de sustentar que a absolvição foi baseada em causa supralegal, cujo tema não poderá ser rediscutido em segundo grau de jurisdição. De tal modo, sem se saber o motivo da absolvição, o

³⁵⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9ª edição. São Paulo, 2017, p. 984.

tribunal poderá anular o julgamento se entender que a tese de legítima defesa, votada no quesito único, era “manifestamente contrária à prova dos autos”.³⁵⁶

Também não deve ser descartada a situação na qual a defesa sustente uma excludente prevista em lei, como o estrito cumprimento do dever legal, e os jurados, pretendendo absolver por clemência, votem afirmativamente ao quesito genérico. Em idêntica forma, a decisão também será passível de anulação pelo tribunal quando da análise de eventual apelo. A experiência do júri, aliás, demonstra que os jurados, por vezes, deixam de acatar as teses apresentadas pela acusação e pela defesa, produzindo veredicto outro.

Noutro modo, a utilização do quesito genérico, de modo a abarcar várias teses absolutórias, em caso de absolvição, retira a condição de se arrazoar eventual recurso contra o veredicto, pois não se saberá qual das teses fundamentou a decisão absolutória. Também se mostra desprezível a alegação de que todas as teses poderão ser impugnadas a pretexto de constarem em ata de julgamento.³⁵⁷ Isso porque a decisão absolutória oriunda de uma causa legal de exclusão do crime produzirá consequências jurídicas possivelmente diversas³⁵⁸ daquelas havidas por uma causa excludente de punibilidade.

É de se perceber que o quesito genérico é obrigatório,³⁵⁹ ou seja, não se trata de um quesito facultativo a ser formulado em razão das teses da defesa. Portanto, se não for apresentada qualquer tese de exclusão do crime, a sua votação ainda será exigida. Esse é o sentido da norma, pelo qual o perdão social do acusado não estará vinculado às teses da defesa ou ao cotejo probatório dos autos. Noutras palavras, a defesa técnica do acusado poderá sustentar a tese supralegal absolutória, ou não, quando, ainda assim, poderá haver a absolvição a esse pretexto.

Conclui-se, por tal razão, pela vinculação do quesito genérico obrigatório exclusivamente às causas sup legais, excludentes de punibilidade, por serem de competência funcional do Conselho de Sentença. Portanto, se a defesa do acusado

³⁵⁶ Art. 593, III, alínea d, do Código de Processo Penal.

³⁵⁷ Art. 495. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente: [...]. XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos.

³⁵⁸ A absolvição por causal legal poderá interferir, a depender da hipótese, no dever de indenizar (artigo 935, Código Civil). Nos casos de absolvição pela causa supralegal, excludente de punibilidade, o dever de indenizar permanecerá.

³⁵⁹ Art. 483. §2º, do Código de Processo Penal: “respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: *o jurado absolve o acusado?*”.

sustentar a única tese supralegal absolutória (perdão social, clemência), implícita ao ordenamento jurídico, não haverá votação dessa tese em quesito outro, conquanto, haverá um único quesito a indagar genericamente sobre a absolvição.

Com relação às demais teses, à exceção da negativa de autoria, que é relacionada ao segundo quesito obrigatório (é ônus da acusação a prova da autoria do crime), todas serão facultativas³⁶⁰ e nenhum obstáculo haverá em se formular um quesito único e com redação simples,³⁶¹ em proposições afirmativas, para cada uma delas.

Não há qualquer vedação à elaboração dos quesitos facultativos, de acordo com as alegações sustentadas pela defesa técnica ou mesmo pela defesa pessoal do acusado. Inclusive no sistema de quesitação revogado, em que as teses de defesa se restringiam às causas de exclusão do crime ou isenção de pena, sempre previstas em lei, a jurisprudência já aceitava a sustentação das causas supralegais de exclusão de punibilidade, desde que votadas em quesito próprio.³⁶²

Em comentário sobre o tema, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto sustentam, “como forma de mitigar a clara deficiência da lei e garantir o pleno exercício da função julgadora do júri, constitucionalmente asseguradas”, a “individualização dos argumentos de defesa em quesitos próprios”. Consideram,

³⁶⁰ Recorda-se, aqui, a possibilidade de o réu invocar eventual tese de defesa em seu interrogatório. Em seu comentário sobre a possibilidade de reforma do Código de Processo Penal, Alberto Silva Franco bem lembrou que “é possível, o réu, no interrogatório, invoque um ponto de vista que seu advogado não tenha acolhido, substituindo por outro, com aquele incompatível. Em tal conjuntura, convém sejam ao Júri propostas as duas defesas, ficando aos jurados a liberdade de decidir como lhes parecer de acerto” (FRANCO, Alberto Silva. A proposta de novo questionário no Tribunal do Júri. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 24, p. 03, dez. 1994. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13626>. Acesso em: 08 set. 2018).

³⁶¹ Conforme dispõe o art. 482 e parágrafo único, do Código de Processo Penal: “O Conselho de Sentença será questionado sobre a 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”.

³⁶² Nesse sentido, posicionou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSUAL PENAL - INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA. CAUSA LEGAL E SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE, CUJA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO JÁ NÃO PODE SER NEGADA. - JURI. HOMICÍDIO. DEFESA ALTERNATIVA BASEADA NA ALEGAÇÃO DE NÃO EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DESDE QUE SE APRESENTEM AO JÚRI QUESITOS SOBRE FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS, NÃO SOBRE MERO CONCEITO JURIDICO. - QUESITOS. COMO DEVEM SER FORMULADOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 484, III, DO CPP, A LUZ DA REFORMA PENAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA EXTIRPAR-SE DO ACORDÃO A PROIBIÇÃO DE, EM NOVO JULGAMENTO, QUESTIONAR-SE O JÚRI SOBRE A CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE EM FOCO (REsp 2.492/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/1990, DJ 06/08/1990, p. 7347).

ainda, que a “imposição desse quesito”, em verdade, foi o “de introduzir e consagrar a possibilidade de que o Conselho de Sentença possa absolver a qualquer custo”, não bastasse ser “de todo absurdo sustentar a possibilidade de que se julgue sem abrigo na prova dos autos”.³⁶³

No mesmo sentido, ao sustentar a necessidade de desmembramento dos quesitos relacionados às várias teses defensivas, Antonio Carlos da Ponte bem recorda a dificuldade de apreciação da matéria por parte do Tribunal, na hipótese de aplicação do quesito de forma abrangente, a culminar na vedação ao direito de recorrer da parte. Dessa maneira, propõe o autor, acaso a defesa sustente, por exemplo, “legítima defesa real”, “legítima defesa putativa” e “clemência” (“por ter uma grande prole”), sendo votado afirmativamente o quesito absolutório “cabará ao juiz presidente desdobrá-lo, partindo sempre do protocolo que a tese mais benéfica deve preceder a de menor abrangência”, também em razão das consequências civis decorrentes do veredicto³⁶⁴.

A visão desses autores, absolutamente adequada em relação à possibilidade de formulação dos quesitos separadamente, mostra-se, noutro sentido, não totalmente aplicável se adotado o entendimento pelo qual a absolvição por causa supralegal tem motivação atestada pelo respeito às regras do discurso racional e ético, na situação comunicacional havida em plenário do júri.

³⁶³ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA, Pinto Ronaldo. *Tribunal do Júri*. Procedimento especial comentado por artigos. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivum, 2016, p. 283 e 284. Consideram, ainda, “que se sustentada tese única, como a legítima defesa, não há maiores questionamentos”, podendo ser julgada pelo quesito genérico. Dão exemplos da formulação dos quesitos: “o jurado absolve o acusado pela legítima defesa?”, “o jurado absolve o acusado por obediência hierárquica”.

³⁶⁴ Na situação hipotética, sustenta o autor não ser cabível a absolvição por clemência, ao argumento de que não foi conferido ao jurado o poder de fazer política criminal, sendo passível de anulação, pois, o veredicto absolutório havido por esse fundamento. Por essa razão, respondendo afirmativamente, por maioria, o quesito genérico absolutório, “o juiz presidente deverá continuar a votação dos seguintes quesitos: a) O acusado deve ser absolvido? Sendo respondido afirmativamente tal indagação, o quesito precisaria ser desdobrado: b) O acusado deve ser absolvido por ter agido em legítima defesa própria? Afirmado o quesito, o réu estaria absolvido, com a observação de que a sentença fará coisa julgada no crime e no cível. Caso a resposta ao quesito “b” fosse negada, deveria ser apresentado um terceiro quesito: c) O acusado deve ser absolvido por ter agido em legítima defesa putativa? Afirmado o quesito o increpado estaria absolvido, com a ressalva de que a obrigação de reparar o dano na esfera cível não estaria afastada. Daí o porquê da indagação sobre a legítima defesa real preceder ao questionamento da legítima defesa putativa. Negado o quesito “b”, o réu, no exemplo dado, também estaria absolvido, com fundamento, porém, no fato de ter uma grande prole”. (PONTE, Antonio Carlos da. Quesitação e Soberania do Júri. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 484 e 485).

Feitas essas considerações, de acordo com a nova situação comunicacional legalmente prevista para o procedimento do júri, que implica na observância de dois referenciais de decisão absolutória, serão obtidas as formas de redação adequada do quesito absolutório, conforme hipóteses a seguir:

a) Inexistência de tese absolutória com base em causa legal ou supralegal

Ainda que não sejam sustentadas teses de absolvição por causa legal ou supralegal em plenário do júri, deverá ser redigido o quesito genérico e obrigatório de absolvição,³⁶⁵ pois sua ausência do questionário implicará em nulidade³⁶⁶ absoluta do julgamento. Aqui é reconhecida como da competência funcional e exclusiva do júri a possibilidade de absolvição por razões supraleais, altruístas, humanitárias, por piedade etc. Nesse particular, o mérito da causa supralegal é irrecorrível; inclusive, pela ausência de previsão legal do recurso de apelação para a hipótese, torna-o incabível.

b) Tese única supralegal

Se a defesa técnica do acusado vier a sustentar a tese única supralegal (ex: perdão social ou inexigibilidade de conduta diversa), também não deverá ser alterada a quesitação, pois o tema trazido pela defesa em plenário já é implícito ao ordenamento jurídico e à própria prerrogativa do júri. A tese supralegal de defesa será decidida pela votação do quesito genérico e obrigatório.

Nas duas situações acima elencadas (inexistência de tese absolutória com base em causa legal ou supralegal; tese única supralegal), será possível o *controle da legalidade* da decisão absolutória pelo tribunal de 2º grau. O julgamento poderá ser anulado por violação às regras do discurso. Inclusive, se, durante a sessão de instrução e julgamento, emergir essa ocorrência, deverá o Juiz presidente declarar o réu indefeso, encerrando-a imediatamente. Se assim não proceder,

³⁶⁵ “(...) O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o quesito genérico de absolvição, previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, deve ser formulado independente das teses sustentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos” (HC 276.627-RJ).

³⁶⁶ Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

caberá ao prejudicado (Ministério Público, Assistente de acusação) solicitar o registro imediato da ocorrência em Ata de julgamento, fazendo-se constar as manifestações e expressões verbais que configuraram o *excesso de linguagem*. Em havendo a absolvição do acusado pelo júri, será caso de interposição de recurso de apelação, mas não por julgamento *manifestamente contrário à prova dos autos*,³⁶⁷ e sim pela nulidade posterior à pronúncia, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea a, do Código de Processo Penal.

c) *Pluralidade de teses*

Na hipótese de apresentação de diversas teses absolutórias pela defesa em plenário, legais e supralegais, todas as teses legais, por serem facultativas, deverão ser quesitadas separadamente, em proposições únicas, afirmativas e simples.

Deve ser observada a correta ordem dos quesitos, quando o quesito genérico e obrigatório de absolvição será votado depois das teses de exclusão do

³⁶⁷ Em razão da não percepção da nova situação linguística que envolve o procedimento do Júri, os tribunais vêm recebendo o recurso com fundamento no art. 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. Essa realidade, inclusive, faz com que se tenha uma análise incorreta acerca da questão recursal, pois os juízes togados acabam adentrando o “mérito” da causa supralegal, tentando, de modo equivocado, confrontá-la com as provas dos autos. Assim foi o que ocorreu no julgamento do primeiro recurso de apelação em caso de absolvição por clemência pelo TJ/PR, em que atuamos como defensor dativo. O relator do recurso, Desembargador Clayton Camargo, analisando as provas dos autos, assim considerou em seu voto: “Assevera o Ministério Público do Estado do Paraná que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária ao acervo probatório, isso porque há nos autos provas cabais da materialidade e da autoria do delito, além de estar consubstanciado o motivo torpe e o recurso que dificultou a defesa da vítima, tendo os jurados levado em conta apenas a versão apresentada pelo Réu. Contudo, razão não assiste ao Parquet. Senão vejamos. O argumento da defesa quanto ao perdão social era de que o Réu era pessoa idosa (62 anos), sobrevivendo de ajuda da Igreja (Grupo Carismático) e do benefício assistencial do LOAS, uma vez que não consegue mais auferir renda por conta de sua doença e das cirurgias. Não bastasse isso, o Acusado Antônio Norivaldo da Silva teria sido atropelado em via pública, sendo necessária a operação e colocação de próteses no quadril e outras partes do corpo, que resultaram sequelas permanentes”. Assim ficou ementado: **Apelação 1731428-6 da Comarca da Região Metropolitana de Londrina** - Foro Central de Londrina. Vara: 1 Vara Criminal. Ação Originária: 0004994-96.2009.8.16.0014 Ação Penal. **Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelado: Antonio Norivaldo da Silva. Def. Dativo: Silvio José Farinholi Arcuri.** Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Clayton Camargo. Revisor: Des. Miguel Kfoury Neto. Julgado em: **23/11/2017** DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público**, nos termos do voto. EMENTA: **APELAÇÃO CRIME - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E DISSIMULAÇÃO (ART. 121, §2º, I E IV, C/ C ART. 14, II, DO CP) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE NOVO JULGAMENTO - DECISÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS - NÃO VERIFICAÇÃO - ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.**

crime, pois, se a absolvição se pautar em causa legal, advirá uma situação possivelmente mais favorável ao acusado com relação às consequências civis.³⁶⁸ Dessa maneira, ficará resguardada a possibilidade de controle e revisão da decisão absolutória em grau de recurso, quer seja em razão de causa legal, quer seja supralegal, embora por fundamentos distintos.

A votação, em quesito único, de todas as teses sustentadas pela defesa causa prejuízo ao próprio acusado. Isso porque, em caso de absolvição, a defesa também não terá plenas condições de contrarrazoar adequadamente eventual recurso da acusação. Portanto, se uma das teses, dentre várias, era supralegal e não incorreu o defensor em violação às regras do discurso, a decisão absolutória pela causa supralegal seria mantida em grau de recurso. Se, no mesmo quesito, for votada uma tese de causa justificante (ex: estrito cumprimento de dever legal), considerada inexistente pelo tribunal diante da análise das provas do caso, o julgamento acabará por ser anulado.

d) Tese de absolvição por causa de inimizabilidade

No caso de ser aventada a tese de inimizabilidade, deverá ser lavrado um quesito próprio para o julgamento da dirimente, dissociado, também, do quesito genérico e obrigatório. Por se tratar de decisão absolutória “imprópria”, haverá imposição de medida de segurança em vista da periculosidade do acusado. A

³⁶⁸ Absolutamente acertado foi o critério adotado pela juíza presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Uraí-PR, Ana Cristina Cremonesi, no julgamento do processo nº 000001207.2010.8.16.0175, havido em 01/10/2014, em que atuamos como defensor dos acusados Amaury Bianchi e José Loiola Nogueira. Em razão das diversas teses defensivas: em favor do primeiro réu: negativa de autoria, ou alternativamente desclassificação para lesões corporais seguidas de morte, legítima defesa putativa e excesso culposo na legítima defesa (teses alternativas em razão da conduta confessada do corréu, de ter agido sem intenção de matar e em legítima defesa putativa), homicídio privilegiado por relevante valor moral e clemência; e em relação ao segundo réu, as idênticas teses menos a negativa de autoria, os quesitos foram redigidos, em dois questionários idênticos para ambos os réus, da seguinte forma: Amaury Bianchi: 1) Em data de 28 de novembro de 2009, por volta das 23:50hs, nas imediações da Avenida Antonio Brandão de Oliveira, no Município de Jataizinho, a vítima Cassemiro Santo Candido sofreu ferimentos descritos no laudo de necropsia acostado aos autos? 2) O réu, Amaury Bianchi, promoveu as agressões que atingiram a vítima na região da cabeça e abdômen e que foram a causa determinante da morte? 3) com referida conduta, o réu desejou a morte da vítima? 4) O jurado absolve o acusado pela tese de legítima defesa putativa? 5) O réu agiu de forma imoderada, de forma culposa, pois imprudentemente atingiu a cabeça da vítima com golpes intensos? 6) O jurado absolve o acusado por clemência? 7) O crime foi praticado por relevante valor moral, em virtude de inúmeras ameaças e agressões praticadas pela vítima contra a família do acusado? No final do julgamento, soube-se a fundamentação exata da absolvição do primeiro réu, por negativa de autoria, bem como da condenação do segundo réu por lesões corporais seguidas de morte privilegiadas.

reunião dos temas levantados pela defesa, em quesito único, mostra-se impraticável. Imagine-se, por exemplo, que sejam arguidas em plenário as teses de legítima defesa (excludente do crime) e a dirimente de culpabilidade em razão de doença mental. Se, nessa hipótese, for questionado ao Conselho de Sentença se “o jurado absolve o acusado?”, jamais se saberá o motivo de uma eventual absolvição. Em idêntica forma, sequer o juiz presidente teria condições de lavrar a sentença que possa representar a decisão do Conselho de Sentença.

Portanto, deverão ser redigidos quesitos, separadamente, dos temas facultativos trazidos pela defesa, para as três possibilidades de absolvição. O primeiro quesito relativo à excludente de ilicitude (*causa justificante*): “o jurado absolve o acusado por ter agido em legítima defesa?”; o segundo, por força da possibilidade de reconhecimento da excludente de punibilidade (*causa supralegal*): “o jurado absolve o acusado?”, e o terceiro, em razão da excludente de culpabilidade (*causa dirimente*): “O réu, padecendo de doença mental, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?”.

Acerca do tema, Antonio Carlos da Ponte³⁶⁹ bem orienta a formulação do quesito relacionado à inimputabilidade separadamente do genérico absolutório, adaptando-o ao laudo psiquiátrico do caso concreto. No entendimento do autor, os quesitos poderão, inclusive, ser desdobrados, primeiramente, indagando-se se “o acusado era, ao tempo do fato, em virtude de doença mental, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato praticado?”. Em caso afirmativo, haverá absolvição imprópria. Na hipótese de a resposta ser negativa, deverá o juiz presidente formular outro quesito com a seguinte redação: “o acusado era, ao tempo do delito, em virtude de doença mental, inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com o entendimento que possuía do caráter ilícito do fato praticado?”. Sustenta, ainda, para os casos de semi-imputabilidade, que “embora o cotidiano dos Tribunais do Júri revele um sentido contrário, deixando ao critério do juiz, a solução correta”, pelo Princípio da Soberania dos Veredictos, deverá ser formulado quesito novo, acerca da aplicação da pena ou da medida de segurança. Se os jurados optarem por essa última, restará ainda ao presidente do júri, a necessidade de indagar aos jurados se é caso de aplicação de medida de segurança restritiva. Se a resposta for negativa, será aplicada medida de segurança detentiva ao acusado.

³⁶⁹ PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

10.4 Considerações finais sobre o Tema 1087 do STF

Para se perquirir acerca da forma de controle das decisões absolutórias do Tribunal do Júri, há de se perceber a existência de dois referenciais de veredictos absolutórios. O primeiro, estruturado nas causas legais de exclusão do crime e isenção de pena, sempre a ser inferido pelas provas dos autos. O outro, que se sustenta pelas regras do uso da linguagem, em seu plano pragmático, durante a sessão de instrução e julgamento.

Não bastasse a aplicação do sistema da *íntima convicção*, haverá uma *fundamentação implícita* das decisões absolutórias do júri. Assim, a decisão absolutória por causa legal estará fundamentada nas provas e a outra, decorrente de causa supralegal, pela observância das regras da linguagem previstas para o procedimento penal.

Por conta dessa motivação implícita, tem-se como consequência a possibilidade de impugnação e revisão das decisões do júri. No primeiro caso, a absolvição por causa legal irá desafiar a interposição de apelação com base no artigo 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a decisão foi *manifestamente contrária à prova dos autos*.

Noutro modo, para a absolvição por causa supralegal, não haverá previsão legal de interposição de recurso de apelação para reanálise de mérito, faltando-lhe o pressuposto de admissibilidade recursal relacionado ao cabimento, pois a análise do mérito da causa supralegal é de competência exclusiva do Conselho de sentença.

Ainda assim, restará a possibilidade conferida ao “Tribunal de 2º grau” do *controle da legalidade* da decisão absolutória supralegal pelo júri, que poderá ser cassada quando desrespeitadas as regras do discurso racional (procedimentais da situação comunicacional) e ético (pela enunciação de discursos proibidos) em plenário do júri. Contudo, a interposição do recurso de apelação, nesse caso, será fundada no art. 593, III, a, por ter havido nulidade posterior à pronúncia.

Por essa perspectiva, também se infere que, na hipótese de sustentação de causas legais e sup legais concomitantemente em favor do acusado, o juiz presidente do júri deverá formalizar quesitos próprios para as causas legais, com redação simples, apartadas do quesito genérico e obrigatório, relacionado

exclusivamente às causas supralegais. Referida providência se faz necessária para se atestar a motivação da decisão penal absolutória, permitindo a sua eventual impugnação na via recursal.

Pelo entendimento da nova sistemática do procedimento penal, tem-se a possibilidade para uma análise, controle e revisão das decisões absolutórias oriunda do Tribunal do Júri.

11 CONCLUSÕES

I. Por meio de diversos enunciados do Código de Processo Penal, o legislador aprimorou as regras de linguagem a serem observadas pelos participantes do processo, atribuindo ao juiz a incumbência de análise e controle dos discursos judiciais.

II. Para participar da situação comunicacional de um procedimento penal, o jurista deve ter várias competências, para saber o que é e como se dá o discurso, a não ser confundido com meros atos de fala.

III. De acordo com a finalidade e pelas regras da situação comunicacional do processo penal se dará o discurso judicial, a ser concebido pela inclusão de um texto em seu contexto, o espaço onde é possível identificar as relações entre o texto e o contexto que o produziu. No contexto, uma análise envolverá a palavra, mas também outros estudos culturais, pois a produção de sentidos do discurso, enquanto objeto linguístico-histórico a ser interpretado, ocorrerá numa relação entre língua, sujeito e história.

IV. Assim, surge o jurista na condição de “homem-político-ideológico”, para ter a compreensão de que falar não é simplesmente dizer algo a respeito do mundo, mas *agir* no mundo. A linguagem, enquanto discurso, é produção social, tem ideologia, não sendo neutra ou inocente para ser reduzida ao manejo de regras da gramática ou das palavras de um dicionário, como se crê na escola ou pelo senso comum.

V. Os discursos, na esfera pública do processo penal, são expressões de um *poder* a ser utilizado pelo jurista, mas com o propósito de emancipação, reafirmação e difusão dos direitos humanos construídos historicamente.

VI. Por força da ausência de um critério legal, foram adotados na perspectiva inovadora desta Tese os conceitos da Análise do Discurso para desenvolver um método de interpretação dos discursos judiciais, devidamente adequado ao procedimento legal.

VII. Pelo método proposto, aplicado ao *ethos* processo penal, embrenhado por seus valores e princípios democráticos, concluiu-se pela existência de *discursos permitidos* e *discursos proibidos* para a encenação dos casos penais. Os discursos proibidos, por causarem *perturbação*, não poderão ser aceitos nos

canais comunicativos do processo penal, por não atenderem aos referenciais do discurso ético, sendo violadores de preceitos legais (por exemplo, nos casos de uso de argumento de autoridade ou em ofensa à dignidade de vítimas e testemunhas de crimes) ou ditames constitucionais, como se dá quando da enunciação dos discursos de ódio.

VIII. O discurso permitido de teses supralegais em plenário do júri possui assento na Filosofia da Linguagem, especialmente pelas percepções extraídas pelo advento do giro linguístico e da pragmática (Wittgenstein II), pois pela prática dos *jogos de linguagem* será alcançada uma verdade construída linguisticamente, atribuindo-se ao caso penal uma solução de *sentencia ferenda*.

IX. O orador da tese supralegal absolutória tem o *dever de prova*, pois “discursos não apenas prováveis, mas comprováveis”, sendo esse *dever de prova* atestado por sua submissão às regras do discurso, quando os argumentos poderão ser refutados pela parte contrária e avaliados pelo ouvinte, na medida de sua exigência. Pelo respeito ao *dever de prova* será desenvolvida a prática do *discurso racional*.

X. O discurso da tese e a absolvição por causas supralegais atendem plenamente aos ditames e parâmetros de constitucionalidade e do direito democrático a ser desenvolvido no Tribunal do Júri.

XI. O Tema 1087 do Supremo Tribunal Federal: “a realização de novo júri, determinada por Tribunal de 2º grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF)?” poderá ser resolvido pela percepção da existência de um novo sistema comunicacional para os julgamentos do Tribunal do Júri, instituído pela Lei 11.689/2008.

XII. Para se perquirir acerca da forma de revisão e controle das decisões absolutórias do Tribunal do Júri há de se perceber a existência de dois referenciais de veredictos absolutórios (sistema híbrido), por causas legais ou supralegais.

XIII. Embora o ordenamento jurídico tenha adotado o sistema da *íntima convicção*, haverá uma *fundamentação implícita* das decisões absolutórias do Júri. Assim, a decisão absolutória por causa legal estará fundamentada nas provas dos autos e a outra, decorrente de causa supralegal, pela observância das regras da

linguagem em seu plano pragmático, quando o discurso deverá ser racional (pressuposto formal) e ético (pressuposto material) para ser atestada a lisura da decisão absolutória sustentada em causas supralegais.

XIV. Em razão da motivação implícita, tem-se como consequência a possibilidade de impugnação e controle das decisões do júri. No primeiro caso, a absolvição por causa legal irá desafiar a interposição de apelação com base no artigo 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a decisão foi *manifestamente contrária à prova dos autos*. Já para a absolvição por causa supralegal, há dois pontos a serem destacados.

XV. A análise da causa supralegal é de exclusiva atribuição e competência do Conselho de Sentença, por isso não será possível a interposição de recurso para (re)análise de seu mérito, sendo, nesse aspecto, a decisão absolutória irrecorrível. Por outro lado, o “Tribunal de 2º grau” poderá exercer o *controle de legalidade* dessa decisão absolutória, passível de anulação, se não forem obedecidas as regras do discurso para a situação comunicacional do júri. Para essa decisão será cabível o recurso de apelação com fundamento em nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, *a*, CPP).

XVI. Em virtude da natureza jurídica diversa das causas legais e supralegais de absolvição, sendo essas últimas excludentes de punibilidade, torna-se inadequada a votação de suas teses em quesito genérico e único. Certamente, esse tem sido o maior motivo da discussão instaurada nos “tribunais de 2º grau” para dar ensejo ao Tema 1.087 do STF, por não perceberem que, no procedimento do Tribunal do Júri, há dois referenciais de decisões absolutórias, por causa legal ou supralegal, que não poderão ser confundidos na votação do quesito genérico.

XVII. Para as teses relacionadas às causas legais de absolvição, não existirá qualquer óbice para a formulação dos respectivos quesitos, um para cada tese apresentada, por serem quesitos facultativos.

XVIII. Já o quesito genérico, por ser obrigatório e não se relacionar necessariamente a qualquer tese exposta pela defesa, deverá abranger, exclusivamente, a possibilidade de absolvição por causas supralegais, pois essa forma de absolvição, implícita ao ordenamento jurídico, é prerrogativa dos jurados, a não depender sequer de iniciativa da defesa.

XIX. Com a redação adequada dos quesitos, de modo a tratar separadamente os temas trazidos a julgamento, será contemplada a possibilidade de se arrazoar e contra-arrazoar eventual recurso em instância superior, proporcionando o exercício dialético das partes e o controle da decisão absolutória. Essa providência fará superar o maior impasse existente acerca da recorribilidade das decisões penais no Judiciário nacional.

XX. Para a resolução do Tema 1087 do STF, definitivamente, será necessário enxergar as novas regras para a análise e controle dos discursos judiciais, nos julgamentos dessa que é a mais democrática Instituição jurídica brasileira, o Tribunal do Júri, para contemplar os seus ideais de Justiça.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2014.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2016.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**. Estudos para a filosofia do direito. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 4ª edição. São Paulo: Gen Forense, 2017.

AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman; revisão de Pablo Alífen e Fabio D'Ávila; atualização de Kai Ambos e Miguel Lamadrid. Edição brasileira reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMOSSY, Ruth (Org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do ethos. 2ª edição. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. 1ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Parábola Editorial, 2019.

ARAÚJO, Natália Ramos Nabuco de. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio**. Curitiba: Juruá, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Política sem ofensa, por gentileza!** Londrina, PR: Editora Engenho das Letras, 2022.

BARRETO, Elvira; BASTOS, Samira Safadi; SANTOS, Graça Crispina Gomes dos. A invisibilidade das penas alternativas no capitalismo brasileiro: A quem interessa?. In: MATANZAZ, Sara Carvalho (Coordenação). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 253-270.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BATISTA JÚNIOR, José Ribamar Lopes. **Análise de discurso crítica para linguistas e não linguistas**. Organização de José Ribamar Lopes Batista Júnior, Denise Tamaê Borges Sato e Iran Ferreira de Melo. 1ª edição. São Paulo: Parábola, 2018.

BECHARA, Fabio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri**: do inquérito ao plenário. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. 3ª edição. 4ª reimpressão. Campinas: Editora Unicamp, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri**, Brasília: CNJ, 2019.

BRITISH LIBRARY. **English translation of Magna Carta**. Publicado em 28 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CAMBRAIA, Ana Raisia; WANDECK, Flávio. A caça às absolvições pelo quesito genérico no Tribunal do Júri. **Consultor Jurídico**. Publicado em 09 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/opinioao-caca-absolvicoes-quesito-generico-tribunal-juri>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 6ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso**: modos de organização. Coordenação da equipe de tradução de Angela M. S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. 2ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2019.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. Coordenação da tradução de Fabiana Komesu. 3ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2020.

CHARTIER, Roger. Verdade e prova: retórica, literatura, memória e história. Tradução de Luzmara Curcino Ferreira. In: FERREIRA, Luzmara Curcino; SARGENTINI, Vanice; PIOVEZANI, Carlos (Orgs.). **Discurso e (pós) verdade**. 1ª edição. São Paulo: Parábola, 2021.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 5ª edição. Curitiba: Bonijuris, 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA, Pinto Ronaldo. **Tribunal do Júri**. Procedimento especial comentado por artigos. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivum, 2016.

DADICO, Claudia Maria. **Crimes de ódio**: diálogos entre filosofia política e o direito. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª edição. São Paulo: Martin Fontes, 2014.

DELMANTO, Dante. **Defesas que fiz no júri**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DELMAS-MARTY, Mirreille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no Processo Penal brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 2. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do júri. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 271 – 290, abr. 1994.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Com a colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DO VALE, Ionilton Pereira; SANTOS, Teodoro Silva. **O Tribunal do Júri no contexto dos Direitos Humanos**: análise da Instituição à luz das convenções internacionais de Direitos Humanos. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, s/d. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 23 jun. 2023.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. El veredicto del jurado y su motivación. **Actualidad Penal**, p. 385 – 395. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=25837. Acesso em: 25 ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1ª edição italiana por Norberto Bobbio. 3ª edição, revista. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Do Discurso sobre Justiça**, s/d. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66876/69486/88271>. Acesso em: 08 jun. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

FICHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 3ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2016.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15ª edição. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2018.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Atualização de Antonio de S. Limongi França. Prefácio de Giselda M. F. Novaes Hironaka. 10ª edição, revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. A proposta de novo questionário no Tribunal do Júri. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 24, p. 03, dez. 1994. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13626>. Acesso em: 08 set. 2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. Volume 1. Tomo II. Parte Especial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FULLY INFORMED JURY ASSOCIATION. **O que é anulação do júri?** Disponível em: https://fija-org.translate.google.com/library-and-resources/library/jury-nullification-faq/what-is-jury-nullification.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 18 jun. 2023.

GILSON, Etienne. **A Filosofia na Idade Média**. Tradução de Eduardo Beltrão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio**: desafios jurídicos. 1ª edição. São Paulo: Almedina, 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Fontes do Direito Penal: necessária revisão desse assunto (Parte 1). **Migalhas**. Publicado em 10 de setembro de 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1>. Acesso em: 10 jun. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão 2022.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. 1ª edição. São Paulo: Editora AnnaBlume, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. [Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*]. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabre Editor, 1991.

HIGÍDIO, José; ALVES, Mateus Silva. "Não é admissível que, em pleno século 21, sigamos julgando por íntima convicção". **Consultor Jurídico**. Publicado em 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/entrevista-lenio-streck-aury-lopes-jr-professores-advogados>. Acesso em: 20 jun. 2023.

HIRSCHMAN, Albert O. **A retórica da intransigência**: perversidade, futilidade, ameaça. Tradução de Tomás Rosa Bueno. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1953.

HUSSEL, Bertand. **História do Pensamento Ocidental**. A aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebelo. 21ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri - Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 13 - 31, jan./fev., 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_13.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2015.

MAINGUENEAU, Dominique. **Cenas da Enunciação**. Organização de Sírio Possenti e Maria Cecília Pérez de Souza-e-Silva. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. Dos Pré-socráticos a Wittgenstein. 14ª reimpressão. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARQUES, José. Índios classificam 1º júri feito em aldeia de 'brutal' e refazem sentença. **Folha de S. Paulo**. Caderno Poder. Publicado em 22 de maio de 2015. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>. Acesso em: 23 jun. 2023.

MIGALHAS. **"Não funciona", diz Toffoli sobre Tribunal do Júri**. Publicado em 29 de setembro de 2020. Atualizado em 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334112/nao-funciona---diz-toffoli-sobre-tribunal-do-juri>. Acesso em: 21 jun. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. A dignidade do homem. [Título original: *Oratio de Hominis Dignitate*]. Tradução, comentários e notas de Luiz Feracine. São Paulo: Editora Escala, 2008.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. Coleção Filosofia. São Paulo: Loyola, 1996.

ORLANDI, Eni P. **Análise de Discurso**: princípios e procedimentos. 13ª edição. Campinas, SP: Pontes Editores, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Código de Processo Penal**. 21ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9ª edição. São Paulo, 2017.

PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). **Da língua ao discurso**: reflexões para o ensino. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005, p. 11 – 27. Disponível em: <http://www.patrick-charaudeau.com/Uma-analise-semiolinguistica-do.html>. Acesso em: 18 abr. 2023.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTE, Antonio Carlos da. Quesitação e Soberania do Júri. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; CANOSA NETO, José Gonçalves; SILVA, Marco Antonio Marques da (Atualizadores). **A Instituição do Júri**. Campinas, SP: Editora e distribuidora BookSeller, 1997.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimento e aspectos do julgamento: questionários. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; BONILHA, José Carlos Mascari. **Júri**: autoria e materialidade no mesmo quesito. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 5-6., nov. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19172>. Acesso em: 02 set. 2018.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROMERO, María Amparo Valero. **La argumentación lingüística en los juicios con jurado**. España: Editora Tirant lo Blanch y Publicacions de la Universitat de València, 2018.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye. São Paulo: Editora Cultrix, 1970.

SCARANCE, Valéria. A vítima no processo penal: direito à proteção e não revitimização. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume I. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª edição. Série Pensamento Moderno. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2325, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148901>. Acesso em: 19 jan. 2023.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Motivação dos veredictos do tribunal do júri, a experiência francesa e o projeto do novo código de processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 267, p. 14 – 15, fev. 2015. Disponível em:

http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108174. Acesso em: 25 ago. 2018.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. A criança no Neoconstitucionalismo brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. (Orgs.). **Direitos fundamentais em construção**. Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

STRECK, Lenio; LEITE, George Salomão (Coords.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial Nº 1.050.816-SP. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800850362&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em 24 ago. 23.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 779 Distrito Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 19 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 1087** - Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5745131&numeroProcesso=1225185&classeProcesso=ARE&numeroTema=1087>. Acesso em: 23 jun. 2023.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Consulta Completa**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=0572D54D7CDDDBDDA CBA7BAD44BBB61B.cjsg1>. Acesso em 07 set. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. Origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999b.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª edição aumentada. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri Editor, 1995.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da Comunicação Humana**. [Título original: *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*]. Tradução de Álvaro Cabral. Editora Cultrix. São Paulo, 1993.

WIKIPÉDIA. **Análise do discurso**. Disponível em:
https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1lise_do_discurso. Acesso em: 12 abr. 2023.

WIKIPEDIA. **Corte d'assise**. Disponível em:
https://it.wikipedia.org/wiki/Corte_d%27assise. Acesso em: 26 ago. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal humano & poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. 1ª edição. Florianópolis, SC: Tirant Lo Banch, 2019.