

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E. DE
LORENA

Mariana Celestino de Paula Santos

A POLÊMICA DO FIM DO PROTESTO POR NOVO JÚRI EM
RAZÃO DA LEI Nº 11.689 DE 09 DE JUNHO DE 2008.

Lorena

2011

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E. DE
LORENA

Mariana Celestino de Paula Santos

A POLÊMICA DO FIM DO PROTESTO POR NOVO JÚRI EM
RAZÃO DA LEI Nº 11.689 DE 09 DE JUNHO DE 2008.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial
para obtenção do grau de Bacharel
do Curso de Direito do Centro
Universitário Salesiano de São
Paulo, sob a orientação do
Professor Dr. Eduardo Luiz dos
Santos Cabett.

Lorena

2011

Mariana Celestino de Paula Santos

A POLÊMICA DO FIM DO PROTESTO POR NOVO JÚRI EM RAZÃO
DA LEI Nº 11.689 DE 09 DE JUNHO DE 2008.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial
para obtenção do grau de Bacharel
do Curso de Direito do Centro
Universitário Salesiano de São
Paulo, sob a orientação do
Professor Dr. Eduardo Luiz dos
Santos Cabett.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado com nota 10 (dez) com louvor
em 14/09/2011, pela comissão julgadora:

Prof. Dr. Eduardo Luiz dos Santos Cabett.

Profa. Ms. Luzia de Fátima Ragazini

Profa. Thalita Silveira da Silva Dias

Dedico esta monografia à Cláudia Celeste Celestino, minha mãe, como forma de agradecimento a todo esforço, trabalho, dedicação, atenção, carinho e amor que tem dispensado em meu favor durante toda vida, em especial a acadêmica.
Ao meu pai, Flávio de Paula Santos que, tenho certeza, seja de onde quer que esteja, caminha ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente sempre, a Deus, meu bom pastor, por ser luz nos dias de escuridão, concedendo-me a providência e guiando meus passos durante esta jornada.

Ao Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. João Marcos Cervantes, não somente pela aprendizagem diária imensurável, mas imensamente pela compreensão e companheirismo.

À todos da minha família que acompanharam e torceram pela conclusão deste trabalho, em especial à Claudia Celeste Celestino, minha querida mãe, à qual não me canso de agradecer e dedicar minhas vitórias.

Às funcionárias da biblioteca do Centro Universitário Salesiano de Lorena, pela atenção, paciência e carinho.

Aos amigos Maria Rita Ramalho Campos Antunes de Oliveira e Jorge Alfredo Cespedes Campos, pela lealdade e contribuição.

Ao professor orientador Eduardo Luiz Santos Cabette, pelo norte e exemplo de acadêmico.

RESUMO

Trata-se de estudo teórico que pretende analisar os efeitos da revogação do recurso do protesto por novo júri, em razão do advento da Lei 11.689 de 09 de junho de 2008, haja vista que se tratava de um importante recurso exclusivo da defesa em ações penais de competência do Tribunal do Júri, quando a pena imposta fosse igual ou superior a 20 anos.

O tema mostra-se de fundamental importância para o direito, uma vez que • imperioso analisar o direito intertemporal: os réus que cometeram crimes dolosos contra a vida e conexos, tentados ou consumados, antes da vigência da Lei 11.689/08, mas condenados durante a vigência da nova regra extintiva, fazem jus ao protesto por novo júri?

Neste sentido, a fim de elucidar o citado embate, observar-se- a natureza jurídica da lei revogada e revogadora, ou seja, se possuem caráter processual, penal ou misto, para, então, conferir-lhe efeitos imediatos, retroativos ou ultra-ativos.

Ainda, o presente estudo tem por objetivo confrontar a supressão do protesto por novo júri e princípios constitucionais, como o princípio da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, entre outros.

Palavras chave: Recurso. Protesto por novo júri. Revogação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I - O PROTESTO POR NOVO JÚRI.....	9
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO	9
1.2 CONCEITO.....	11
1.3 PRESSUPOSTOS RECURSAIS.....	12
1.4 PROCEDIMENTO	13
1.5 CONCURSO DE CRIMES	14
1.6 IMPOSIÇÃO DE PENA MAIS GRAVE NO SEGUNDO JULGAMENTO .	15
1.7 PROTESTO POR NOVO JÚRI E APELAÇÃO	16
1.8 PROTESTO POR NOVO JÚRI E LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS	20
CAPÍTULO II – O FIM DO RECURSO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI	21
LEI n°11.689/08 E CRIMES COMETIDOS ANTES DE SEU VIGOR	21
2.1 NORMA DE CARÁTER PENAL, PROCESSUAL PENAL E HÍBRIDAS ..	23
2.2.1NORMA DE CARÁTER PENAL	23
2.2.2NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL	25
2.2.3NORMAS HÍBRIDAS	26
2.2 EFEITOS DA REVOGAÇÃO: NORMA DE APLICAÇÃO IMEDIATA, RETROATIVA OU ULTRA-ATIVA?.....	26
2.2.1APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL.....	27
2.2.2APLICAÇÃO RETROATIVA E ULTRA-ATIVA DA NORMA PENAL	29
CAPÍTULO III – EFEITOS DA REVOGAÇÃO EM CONFRONTO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	32
3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	32
3.1.1DEVIDO PROCESSO LEGAL MATERIAL OU SUBSTANCIAL (<i>substantive due processo f Law</i>).....	33
3.1.2DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL OU EM SENTIDO PROCESSUAL (<i>procedural due process of law</i>).....	34
3.2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	34
3.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	36
3.4 PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA.....	37
3.5 REVOGAÇÃO DO RECURSO x PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	38
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43
ANEXO A – DECISÃO QUE DENEGOU O RECURSO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI AOS RÉUS ANNA JATOBÁ E ALEXANDRE NARDONI.....	45

INTRODUÇÃO

O protesto por novo júri, recurso exclusivo da defesa em ações penais de competência do Júri, disciplinado pelo artigo 607 e 608 do Código de Processo Penal, era cabível quando a pena imposta ao réu por um só crime fosse igual ou superior a 20 anos. Devia ser dirigido ao Presidente do Tribunal do Júri, sendo desnecessária a apresentação de razões.

A Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, entretanto, em seu artigo 4º, revogou o Capítulo IV do Título II do Livro III do Código de Processo Penal, extinguindo o recurso do protesto por novo júri.

Assim, tem-se a supressão de um importante recurso da defesa e, conseqüentemente, um grande problema a ser enfrentado: os réus que tiverem cometido crimes dolosos contra a vida e conexos, tentados ou consumados, antes da vigência da Lei 11.689/08, mas condenados durante a vigência da nova regra extintiva, fazem jus ao protesto por novo júri?

Daí a questão intertemporal.

A fim de elucidar o citado embate, imperioso observar a natureza jurídica da lei revogadora e da lei revogada, ou seja, se possuem caráter processual, penal ou misto, para, então, auferir-lhes efeitos imediatos, retroativos ou ultra-ativos.

Ademais, outro ponto a ser observado é a extinção do recurso do protesto por novo júri em confronto com princípios constitucionais dispostos em nossa Carta Magna de 1988, tais como: princípio da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), do duplo grau de jurisdição (que decorre do devido processo legal- artigo 5º, inciso LIV) e da plenitude da defesa (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal).

Ainda, quanto ao confronto do citado recurso em razão dos princípios constitucionais, pincelar-se-á acerca do princípio da soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII).

A presente proposta merece destaque, tendo em vista que mostra relevante valor social, seja para réus que se encontram na situação explanada pelo estudo, seja para sociedade de uma maneira geral, que clama por justiça, vez que os crimes de competência do Júri têm forte apelo emocional e repercussão geral.

Ademais, a pesquisa nos termos em que foi proposta tem grande importância científica, pois trata de assunto controverso, que possui várias correntes doutrinárias, cada qual eivada de seu valor, porém passível de estudo aprofundado. E, ainda, por tratar-se de matéria não pacífica nos nossos Tribunais, parece, vez ou outra, lesionar direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Portanto, pretende-se encontrar a melhor solução para a problemática da revogação do recurso do protesto por novo júri.

Por fim, ressaltamos que trata esta pesquisa de estudo teórico, consistente em pesquisa bibliográfica, comparativa, fundamentada em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e publicações periódicas.

CAPÍTULO I - O PROTESTO POR NOVO JÚRI

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

O recurso do protesto por novo júri nasceu com o fito de sanar erros do judiciário. Assim, foi introduzido Pelo Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832, promulgado em nome do imperador Dom Pedro II durante o Brasil império. Era tratado no artigo 308¹ do referido diploma legal, caso a pena imposta pelo Júri fosse de cinco anos de degredo ou desterro, três anos de galés ou prisão, ou, ainda, nos casos de pena de morte.

Com o advento da Lei 261 de 03 de dezembro de 1841, editada durante a época imperial brasileira, houve limitação do artigo 308 do Código de Processo Criminal, fazendo jus ao novo júri apenas os réus aos quais a pena aplicada fosse a de morte ou de galés perpétua, consoante o disposto em seu artigo 79².

Com a proclamação da República em 15 de Novembro de 1889,

mesmo abolidas aquelas penas extremas, sobreviveu tal protesto nos códigos estaduais requerendo certa gravidade na sanção privativa de liberdade ou, então, determinado numero de votos para sua interposição. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2005, p. 243).

Ou seja, o pressuposto valorativo da pena imposta variava de acordo com cada estado da federação. O estado do Paraná “chegou ao extremo de facultá-lo em condenações

¹ artigo 308 - Se a pena imposta pelo Jury fôr de cinco annos de degredo, ou desterro, tres de galés ou prisão, ou fôr de morte, o réo protestará pelo julgamento em novo Jury, que será o da Capital da Provincia: e sendo a sentença proferida nesta, para o de maior população d'entre os mais vizinhos, designado pelo Juiz de Direito.

² artigo 79 - O Juiz do Direito appellará ex-officio:

1º Se entender que o Jury proferio decisão sobre o ponto principal da causa, contraria á evidencia resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas; devendo em tal caso escrever no processo os fundamentos da sua convicção contraria, para que a Relação á vista delles decida se a causa deve ou não ser submettida a novo Jury. Nem o réo, nem o accusador ou Promotor terão direito de solicitar este procedimento da parte do Juiz de Direito, o qual não o poderá ter, se, immediatamente que as decisões do Jury forem lidas em público, elle não declarar que appellará ex-officio; o que será declarado pelo Escrivão do Jury.

2º Se a pena applicada fôr a de morte, ou galés perpetuas.

iguais ou superiores à 10 anos, ou a 6, quando o *veredictum* não reunisse dois terços dos votos” (ESPÍNOLA FILHO, 1954, p. 218)

Após, com o vigor do Decreto-Lei nº. 167 de 05 de janeiro de 1938, que dispôs sobre o protesto por novo júri a nível nacional, foi-lhe atribuída nova aparência, uma vez que, segundo o artigo 97³, oportuno o recurso em casos de condenação à segregação superior à 24 (vinte e quatro) anos, por uma única vez e de uso privativo do acusado

Em época não tão remota, instituído pelo Decreto-lei nº 6.689 de 03 de outubro de 1941, o vigente Código de Processo Penal versou em seu Título II, Capítulo V, artigos 607⁴ e 608⁵, do recurso do protesto por novo júri, admitindo-o também por uma única vez, porém, agora, quando a pena imposta pelo julgamento dos jurados a um só réu fosse igual ou superior a vinte anos. Era recurso exclusivo da defesa.

Contudo, em 09 de junho de 2008, passou a vigorar a lei 11.689 que, em seu artigo 4º, revogou o Capítulo no qual se inseria o artigo 607, extinguindo o recurso do protesto por novo júri.

3 Artigo 97 - O protesto por novo julgamento é privativo do acusado e só se admitirá uma única vez, quando a sentença condenatória fôr de prisão por vinte e quatro anos ou mais.

Parágrafo único. O protesto invalida qualquer outro recurso interpôsto e deverá ser feito na forma e prazo estabelecidos para interposição da apelação, sendo tomado por termo nos autos.

4 Artigo 607 - O protesto por novo júri é privativo da defesa, e somente se admitirá quando a sentença condenatória for de reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos, não podendo em caso algum ser feito mais de uma vez.

§ 1º Não se admitirá o protesto por novo júri quando a pena for imposta em grau de apelação.

§ 2º protesto invalidará qualquer outro recurso interposto e será feito na forma e nos prazos estabelecidos para interposição da apelação.

§ 3º no novo julgamento não servirão jurados que tenham tomado parte no primeiro.

5 Artigo 608 – o protesto por novo júri não impedirá a interposição de apelação, quando pela mesma sentença, o réu tiver sido condenado por outro crime, em que não caiba aquele protesto. A apelação, entretanto, ficará suspensa até a nova decisão provocada pelo protesto.

1.2 CONCEITO

Segundo Nucci, tratava-se de um recurso especial contra as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri, um favor dispensado à liberdade do acusado. (NUCCI, 2006, p.855)

Era recurso exclusivo da defesa, que podia ser interposto por termo ou petição, dentro do prazo de cinco dias, caso a pena condenatória de reclusão por prática de crime doloso contra a vida, imposta a um só réu fosse igual ou superior a 20 anos, sendo certo que deveria ser endereçado ao Presidente do Tribunal do Júri, sem necessidade de apresentação de razões, porquanto recurso automático que, entretanto, só poderia ser utilizado por uma única vez e, caso houvesse dois protestos, o segundo seria nulo.

Trata-se, pois, de um direito líquido e certo, dos condenados que preencham os pressupostos legais e tem como única finalidade a de desconstituir o julgamento anterior, com a realização de outro, em lugar do primeiro, para todos os efeitos. (MIRABETE, 2006, p. 685)

Ou seja, atendidos os pressupostos ao recurso inerentes, realizar-se-ia novo julgamento, que tornaria inexistente o primeiro

Ademais, importante salientar que nos casos de condenação à pena de reclusão igual ou superior a 20 (vinte) anos, ainda que houvesse interposição do recurso de apelação pelo condenado, esta poderia ser recebida pelo Juízo como se protesto fosse, pois tratava-se de direito inalienável, cabendo apenas ao réu dele desistir.

Isto porque, o novo julgamento em plenário podia gerar uma situação de constrangimento ao acusado, porquanto novamente seria exposto não só aos jurados, juízes, promotores, serventuários da justiça etc., mas também a quem interessar, haja

vista a publicidade destas audiências (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2005, p. 247).

1.3 PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Em atenção ao pretérito artigo 607 do Código de Processo Penal⁶, parágrafo segundo, obedecia-se forma e regras da apelação.

Neste sentido, como anteriormente mencionado, deveria ser interposto em cinco dias, contados da data da leitura da decisão tomada pelos jurados, juizes naturais da causa, pelo Juiz togado.

Poderia ser interposto pelo defensor do réu ou, até mesmo, pelo próprio acusado, à luz do disposto no artigo 577 do Código de Processo Penal⁷, que confere capacidade postulatória ao acusado em sede recursal.

Assim, para designação de novo julgamento, imperioso observar se o protesto havia sido interposto pela defesa, se era tempestivo, se o favor não havia sido utilizado anteriormente e, finalmente, se a pena imposta ao crime era igual ou superior a vinte anos.

⁶ Op. cit., p. 02.

⁷ Art. 577 - O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, passava-se ao procedimento do recuso.

1.4 PROCEDIMENTO

O suprimido recurso em estudo perfazia-se apenas com a apresentação de vontade em protestar por novo júri, posto que desnecessária a apresentação de razões.

Deveria ser interposto nos próprios autos do processo, por meio de petição ou termo, dirigido ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, que ao recebê-lo passaria a análise e decisão acerca da admissibilidade do recurso, caso fossem observados todos os pressupostos recursais.

Caso admitisse o recurso, designar-se-ia data para novo Júri.

Por outro lado, caso fosse negado, em que pese a controvérsia de alguns doutrinadores, tal como José Frederico Marques, que defendia a impetração de *habeas corpus* como remédio cabível, pois tratava-se de “um recurso de juízo *a quo* para juízo *a quo*” (MARQUES, 2000, p. 352), posição predominante indicava possibilidade de interposição de carta testemunhável contra referida decisão, onde deveria ser requerido o reexame da decisão pelo tribunal de segundo grau.

Ademais, o artigo 607, parágrafo terceiro do Código de Processo Penal⁸ apresentava regra claríssima quanto ao impedimento de serem jurados no novo Júri os sete que

⁸ Op. cit., p. 02.

compuseram o conselho de sentença anterior, acerca do mesmo delito, ensejando nulidade caso fosse verificado.

Quanto aos juízes, promotores e serventuários da justiça não há tal limitação. Porém, a limitação deveria ser estendida aos juízes Presidentes do Tribunal, posto que a discricionariedade na imposição da pena à eles compete (TOURINHO FILHO, 2009, p. 491).

1.5 CONCURSO DE CRIMES

Claro era o abolido texto legal no tocante à impossibilidade de somar as penas impostas por diversos crimes, a fim de atingir o patamar mínimo para a concessão do favor em estudo.

Neste sentido, impossível a aplicação do referido instituto nos casos de concurso material de crimes (artigo 69 do Código Penal⁹):

"No concurso material de crimes é inadmissível a soma das penas autônomas, para concessão do favor legal previsto no art. 607 § 2º , do CPP" (STF, RE, rel. Cunha Peixoto, RT 535/394).

9 Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

No entanto, caso fosse aplicada pena de 20 anos ou mais em virtude de reconhecimento de concurso formal de crimes (artigo 70 do Código Penal¹⁰), ou continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal¹¹), poderia haver o protesto, haja vista que “quanto ao crime continuado, por ser uma *fictio juris*, um crime só, e quanto ao concurso formal, em face de sua unidade delitual, considerada pelo artigo 77, II, do CPP” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 483).

1.6 IMPOSIÇÃO DE PENA MAIS GRAVE NO SEGUNDO JULGAMENTO

Não havia qualquer impedimento legal acerca da majoração da pena imposta ao réu no segundo julgamento.

No entanto, uma vez que se tratava de remédio em favor unicamente da defesa e da liberdade do réu, eventual exasperação da pena em sede de segundo julgamento poderia tornar temerária a utilização do recurso.

Contudo, insta salientar o ponto controverso da matéria no que tange a possibilidade de aplicação de pena superior à imposta no primeiro, com vistas ao princípio constitucional

10 Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

11 Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

da soberania dos veredictos disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII¹², ou seja, tendo em vista que o julgamento no Tribunal do Júri se dá pelos jurados, em atenção ao citado princípio, haveria a possibilidade de *reformatio in pejus* indireta caso fosse esta a decisão dos jurados.

1.7 PROTESTO POR NOVO JÚRI E APELAÇÃO

No caso de haver condenação por crime doloso contra a vida e crime conexo havia possibilidade de protestar por novo júri naquela situação, e apelar nesta, em atenção ao disposto no antigo artigo 608 do Código de Processo Penal¹³.

Entretanto, caso o protesto fosse recebido, a apelação ficaria suspensa até o julgamento do novo júri.

Divergência apontada na doutrina se consubstanciava acerca do momento desta suspensão: se antes ou depois do oferecimento das razões.

Partilhamos do entendimento de Antonio Luiz da Câmara Leal, eis que uma vez interposta a apelação quanto ao crime conexo ficará ela em suspenso. Após o novo julgamento pelo Tribunal do Júri, caso o réu seja absolvido quanto ao crime daquela

12 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: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

¹³ Op. cit, p. 02.

competência, a defesa deveria apresentar suas razões e, posteriormente, Ministério Público as respectivas contrarrazões (LEAL, 1942, p. 110). De outro lado, caso fosse o réu condenado no segundo julgamento poderia a defesa apelar dessa decisão, oportunidade em que poderia produzir apenas um arrazoado combatendo as duas decisões (TOURINHO FILHO, 2009, p. 486).

No entanto, imperioso observar que o prazo para interposição de apelação deverá ser respeitado, posto que caso não seja o recurso tempestivo transitará em julgado a decisão quanto ao delito conexo.

Ademais, como já suscitado anteriormente neste mesmo capítulo, ainda que houvesse a interposição do recurso de apelação, sob fundamento da ocorrência de nulidade, nos casos em que também caberia o protesto por novo Júri, este poderia ser recebido por aquela, em razão do princípio da fungibilidade dos recursos.

Por fim, acreditamos que grande discussão doutrinária tenha se instaurado acerca da possibilidade de protesto por novo júri, caso a pena fosse majorada em grau de recurso de apelação do Ministério Público, e atingisse o mínimo temporal pressuposto para utilização do protesto.

Isto por que o abolido artigo 607, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal¹⁴ era expresso ao não permitir tal situação, posto que, à luz do artigo 606 do Código de Processo Penal¹⁵, havia previsão do Tribunal de Justiça, quando a apelação se fundasse

¹⁴ Op. cit, p. 02.

¹⁵ Artigo 606 - Se a apelação se fundar no n° III, letra “b”, do art. 593 e o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão dos jurados não encontra apoio algum nas provas existentes nos autos, dará provimento à apelação para aplicar a pena legal, ou absolver o réu, conforme o caso.

Parágrafo único – Interposta a apelação com fundamento no n° III, letra “c”, do art. 593, o Tribunal de Apelação, dando-lhe provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

e injustiça da decisão baseada em prova manifestamente contrária à dos autos, condenar ou absolver o acusado.

Contudo, com advento da Constituição de 1946, houve necessidade de adequar o Código de Processo Penal na parte cabente ao Tribunal do Júri, tendo em vista que nela foi inserida o princípio da soberania dos veredictos, oportunidade em que a Lei nº 263, de 23/02/1948, revogou o artigo 606 do Código de Processo Penal¹⁶.

Assim, uma vez que o artigo 607, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal¹⁷, fazia menção expressa ao artigo 606¹⁸ do mesmo diploma legal, a doutrina se dividiu entre os que admitiam o protesto por novo júri ante a revogação da norma que proibia a aplicação do artigo 607, e outros que acreditavam que ainda que o *caput* do artigo 606 houvesse sido revogado, seu parágrafo único não o havia sido, por ausência de disposição expressa.

Para estes últimos “permitir o protesto das decisões proferidas pelos juízes togados seria desnaturá-lo, desvirtuando seus fundamentos. O protesto é, em última análise, o apelo da decisão do povo para o próprio povo” (ABREU, 1945, p.330).

Ademais afirma Fernando da Costa Tourinho Filho em sua obra: “Note-se, além disso, no § 1º do art. 607, fez apenas referência ao art.606 (e não ao seu respectivo parágrafo único, por entender, com razão, aliás, que a hipótese ali tratada seria também compreendida na proibição” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 484), sendo certo que o parágrafo único do artigo 606 apenas haveria sido deslocado para o atual artigo 593,

¹⁶ Op. cit., p. 09

¹⁷ Op. cit, p. 02.

¹⁸ Op. cit, p. 09.

parágrafo segundo do Código de Processo Penal¹⁹, persistindo, então, a norma proibitiva.

Neste mesmo sentido era o Supremo Tribunal Federal:

“Se a decisão do Tribunal apenas reformou a sentença quanto à dosimetria da pena, não cabe o protesto por novo julgamento pelo Júri.”(RT, 630/381).

Ousamos discordar desta corrente doutrinária.

Partilhamos da idéia de ser possível o protesto nestes casos, pois, além da revogação expressa do artigo ao qual a norma proibitiva se estendia, como bem asseverou José Frederico Marques “não pode o tribunal *ad quem* modificar a pena e se subtrair, com isso, o direito do réu a interpor o protesto” (MARQUES, 2000, p.352).

Ainda, cumpre-nos observar que não estaria desnaturando-se o recurso em estudo neste caso, pois o protesto não seria contra a decisão dos juízes togados, posto que foram as respostas aos quesitos dadas pelo júri popular que permitiram a fixação da pena ao nível exigido pelo recurso (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2005, p. 246). Se assim não fosse, não seria possível a aplicação do recurso sequer da decisão de primeira instância, porquanto quem fixa o *quantum* da pena é o juiz Presidente do Tribunal do Júri, e não os jurados, porém, de igual maneira, baseado nas respostas aos quesitos dadas por estes:

19 Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias

§ 2o - Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

Se o intuito do protesto por novo júri é assegurar a ampla defesa, nada mais justo que se permita também a sua interposição em segundo grau de jurisdição, sendo incompreensível a vedação feita pelo §1º, salvo se a leitura fosse feita á luz do que anteriormente dispunha o art. 606, que permitia ao tribunal ad quem reformar, no mérito, a decisão do júri. (NUCCI, 2006, p. 587).

1.8 PROTESTO POR NOVO JÚRI E LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Em que pese nosso entendimento no sentido de não haver recurso similar em legislações estrangeiras, entendem alguns autores que o *writ of ‘venire facias de novo’*, recurso surgido na Inglaterra, como instituto similar ao nosso. (TOURINHO FILHO, 2009, p.512):

O remédio bretão é definido com a ordem dada pelo tribunal ao juiz para que convoque o júri para novo julgamento; funda-se na inovação de erros visíveis ao mais superficial exame dos autos; o writ é concedido quando o Tribunal Superior verifica a existência de irregularidade e certas violações na decisão do júri, ou quando o veredicto é de tal modo imperfeito, ambíguo ou contraditório que nenhuma decisão poderia nele ter baseado. (BRAGA, 2009).

Nosso recurso, ao contrário, não exigia qualquer erro, qualquer vício de forma ou procedimento para a concessão do benefício.

CAPÍTULO II – O FIM DO RECURSO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

LEI n°11.689/08 E CRIMES COMETIDOS ANTES DE SEU VIGOR

No dia 09 de junho de 2008 passou a vigorar a Lei n° 11.689, que revogou o Capítulo IV do Título II do Livro III do Código de Processo Penal, no qual se inseria o recurso do protesto por novo júri.

Na opinião de alguns doutrinadores a revogação do recurso veio a calhar, tendo em vista que sua manutenção no processo penal atual era, no mínimo, inconveniente.

É o que se depreende da obra de Guilherme de Souza Nucci – Manual de Processo Penal e Execução Penal, que mesmo antes da lei revogadora preconizava:

Embora existam alguns entusiastas de sua existência, cremos ser inviável que permaneça no contexto dos recursos do processo penal brasileiro. Inexiste pena capital ou de caráter perpetuo, ou mesmo cruel, no Brasil, razão pela qual uma segunda chance, somente para o contexto da condenação produzida no Tribunal do Júri, onde as penas aplicadas não são as mais elevadas do Código Penal, é exagerada. (NUCCI, 2006, p. 855).

Neste sentido, entendiam alguns doutrinadores ser o recurso do protesto por novo júri embaraço à máquina judiciária, visto que esta deve prezar pela economia processual.

Isto sem contar a ofensa direta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos e do juiz natural em razão da utilização do citado recurso.

De outra banda, defendiam outros doutrinadores tratar o protesto por novo júri de recurso que, assim como os demais, permitiam o reexame de uma decisão proferida por um juiz que, enquanto ser humano, pode falhar. Por isso, aliás, estão os recursos de uma maneira geral, ressalvados por princípios constitucionais como o da ampla defesa, da plenitude da defesa etc.

No entanto, após o vigor da Lei nº 11.689/08, tais críticas deram lugar a outra discussão: Nos casos de crimes dolosos contra vida e conexos cometidos antes da revogação do recurso em estudo, porém com condenação sob a égide da nova regra extintiva, como proceder?

Daí o problema de direito intertemporal.

A discussão atual procura seguir duas vertentes principais: há aqueles que defendem a manutenção do recurso para os réus que cometeram crimes dolosos contra vida antes da lei extintiva, mas que foram julgados e condenados durante sua vigência, e há aqueles que dizem ser inviável a manutenção do recurso nestes casos.

A corrente doutrinária que defende a manutenção do recurso nos mencionados casos, subdivide-se em duas linhas de raciocínio diferentes mas, que desembocam em um parecer comum.

Uma entende ser cabível o protesto naqueles casos, uma vez que trata a norma revogada de norma de caráter penal material e, portanto, ultra-ativa. Outra assevera que trata-se de norma híbrida, ou seja, ao mesmo tempo penais e processuais, sendo justa a manutenção do recurso do protesto por novo júri no caso em comento.

Noutra linha de raciocínio temos uma corrente que defende o carácter processual da lei revogadora, conquanto de aplicação imediata.

Antes de esmiuçar as argumentações destas correntes doutrinárias, defendidas por festejados autores, mister se faz entender o que são normas penais, processuais e híbridas.

2.1 NORMA DE CARÁTER PENAL, PROCESSUAL PENAL E HÍBRIDAS

2.2.1 NORMA DE CARÁTER PENAL

A norma penal, enquanto conteúdo da lei, possui carácter penal material quando versar sobre o direito de punir do Estado, seja da forma abstrata, seja sob o aspecto concreto, criando, extinguindo ou modificando este direito (CAPEZ, 2007, p. 48).

Neste diapasão, são normas de cunho penal aquelas que criam tipos penais incriminadores, que disciplinam novas causas extintivas de punibilidade, as que aumentam ou diminuem as penas ou o prazo prescricional, entre outras.

Obedecem o princípio do *tempus regit actum*, por isso, via de regra, não retroage, salvo para beneficiar o réu (artigo 2º do Código Penal²⁰ recepcionado pelo artigo 5º, inciso

20 Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

XXXIX da Constituição Federal), ou seja nos casos de nova lei que passa a vigorar que melhora a situação do réu (*novatio legis in melius*).

Fernando Capez ressalta em sua obra que no caso de normas que versam sobre extinção da punibilidade, ainda que estejam inseridas em diplomas processuais, serão sempre de caráter penal. Como é o caso do artigo 60, inciso I do Código de Processo Penal²¹, pois, em que pese tratar de prazo para dar andamento ao processo (regra processual), sob pena de recair os efeitos da preempção, a norma, entretanto, será penal, haja vista que a consequência da preempção é a extinção da punibilidade (CAPEZ, 2007, p. 49).

Não partilhamos deste entendimento.

Isto porque, trata o caso do artigo 60, inciso I do Código de Processo Penal de norma eminentemente processual material, como se verá adiante.

No mais, pertinente a transcrição do conceito de norma penal para Rogério Greco:

“A proibição e o mandamento, que vem inseridos na lei, são reconhecidos como normas penais, espécie do gênero norma jurídica que, na definição de Bobbio, são aquelas ‘cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada’ ”(GRECCO, 2011, p.17)

21 Art.60.Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á preempta a ação penal: I-quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

2.2.2 NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL

Por sua vez, a norma processual penal, ao contrário do que reconheciam doutrina e jurisprudência no passado, não dizem respeito apenas ao fato de estarem inseridas no Código de Processo Penal ou outra lei processual penal, pois há casos em que “embora a lei receba epígrafe de ‘lei processual’, a natureza jurídica da norma nela inserida pode ser diversa, pois de conteúdo de direito material” (BONFIM, 2011, p. 123).

Assim, entende-se por norma processual penal aquelas que não guardam relação com o poder punitivo do Estado, posto que repercutem apenas sobre o processo, como é o caso, por exemplo, das regras acerca da prisão provisória, que não estão relacionadas com o *jus puniendi* do Estado (BONFIM, 2011, p. 124), uma vez que não importa para o Estado se o réu responde ao processo solto ou preso, porquanto seu direito de punir em nada será afetado com essa situação, pois não guarda relação com a pretensão punitiva, mas possui caráter meramente acautelatório. (CAPEZ, 2007, p. 49)

Em que pese não diferenciar as normas puramente processuais das normas processuais penais, José Frederico Marques define com maestria o fenômeno da repercussão das normas processuais sobre o processo:

A regra contida na norma processual penal, consiste nas disposições estatuídas sobre as atividades que se desenvolvem no processo com os seus consectários lógicos, consistentes na regulamentação da atuação do juiz, das partes e terceiros. (MARQUES, 2000, p. 20)

No caso de normas de cunho processual penal, aplicar-se-á o disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal²², que confere à regra processual penal aplicação imediata.

2.2.3 NORMAS HÍBRIDAS

Apresentam-se as normas híbridas, ou mistas, como aquelas de cunho penal material e processual penal, concomitantemente. Ou seja, são regras processuais capazes de afetar o direito substancial do acusado.

José Frederico Marques, no entanto, seguindo os ensinamentos de De Marisco, refere-se às normas híbridas como normas processuais materiais instrumentais, diferenciando-as de normas puramente instrumentais, uma vez que, não perdendo sua qualidade instrumental, acabam por gerar obrigações e eventuais direitos. (MARQUES, 2000, p. 20.)

2.2 EFEITOS DA REVOGAÇÃO: NORMA DE APLICAÇÃO IMEDIATA, RETROATIVA OU ULTRA-ATIVA?

Após diferenciar normas de cunho penal, processual e híbridas, adentremos no mérito deste estudo, conferindo os efeitos inerentes a cada tipo normativo e, com isso, concluindo se o recurso do protesto por novo júri ainda pode ser utilizado em determinados casos, esmiuçando as três correntes doutrinárias que tratam do assunto.

²² Art.2o - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

2.2.1 APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL

Em atenção ao disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal²³, consagrou-se o princípio da aplicação imediata da norma processual, porquanto “o ato processual será regulado pela lei que estiver em vigor no dia em que ele for praticado (*tempus regit actum*).” (CAPEZ, 2010, p. 88)

Neste sentido, não há o que se falar em retroatividade da norma processual quanto aos atos processuais anteriores que se perfizeram inteiramente sob a égide de norma processual revogada, salvo disposição expressa em contrário.

Nesta mesma seara o ilustre doutrinador José Frederico Marques preleciona:

A norma processual não tem efeito retroativo. A sua aplicação decorre do princípio, válido para toda lei, de que, na ausência de disposições em contrário, não se aplica norma jurídica a fatos passados (...) os atos processuais realizados sob a lei revogada, salvo expressamente disposto o contrário, ‘mantém plena eficácia debaixo de lei nova’, embora esta dite normas jurídicas de conteúdos diferentes. (MARQUES, 2000, p. 45)

Fernando Capez, no entanto, ressalta que existe retroatividade no caso de normas processuais sob outro aspecto: ainda que o fato tenha sido cometido antes de seu vigor, contanto que o ato processual sobre o qual versava a da lei revogada não esteja perfeito e acabado, hipótese em que a lei não poderia retroagir; ainda que a nova regra traga prejuízo ao réu, em razão justamente do imediatismo conferido à norma processual, será aplicada. (CAPEZ, 2010, p. 88)

²³ Op. cit., p. 18.

Destarte, verifica-se que a lei processual posterior abrange, portanto, os procedimentos que devem se iniciar e os que já estão em curso, sem terem sido definitivamente sentenciados. Todavia, nada obsta que a lei processual nova seja mais severa com o acusado, pois não obedece o princípio da irretroatividade *in pejus*.

E é justamente sobre este norte que fia-se corrente doutrinária que defende não ser possível a utilização do recurso do protesto por novo júri nos casos dos réus que cometeram crimes dolosos contra a vida antes da extinção do recurso, mas, contudo, foram julgados já sob o manto da nova regra extintiva.

Senão vejamos.

Para estes autores o entendimento é de que a norma insculpida no artigo 4º da Lei 11.689/2008 é de cunho processual e, por isso, de aplicação imediata, não havendo possibilidade de protestar por novo júri nos casos supramencionados, haja vista a vigência da lei revogadora e seu princípio norteador (*tempus regit actum*), mesmo se tratando de nova regra que piora a situação do réu.

“Assim, não há o que se cogitar da retroatividade ou ultra-atividade mais benigna da norma revogada.” (CAPEZ, CAMPOS JÚNIOR, 2010.)

O Procurador de Justiça Criminal de São Paulo Pedro Henrique Demercian defende veementemente que é “difícil imaginar, de início, que uma lei que revogue algum tipo de recurso – posto que exclusivo da defesa – tenha natureza penal (direito material)” (DEMERCIAN, 2010.), e conclui

o protesto só é possível para aqueles casos em que o réu já poderia exercer o direito na vigência da lei anterior, numa fase de transição, ou seja, se a sentença foi prolatada depois da reforma, a norma anterior já não terá incidência. (DEMERCIAN, 2010.)

Convém mencionar, ainda, sobre o entendimento suso, o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Penal²⁴ (Dec.Lei 3.931/41), que disciplina acerca da aplicação da lei anterior quanto às condições de admissibilidade, forma e julgamento, quando já houver sido interposto o recurso.

2.2.2 APLICAÇÃO RETROATIVA E ULTRA-ATIVA DA NORMA PENAL

Tendo em vista que já conceituou-se o que são normas puramente penais, cumpre-nos assinalar o efeito retroativo destas apenas no caso de *novatio legis in melius*.

Antes, contudo, vale lembrar que é eficaz toda lei que esteja apta a produzir efeitos, durante período compreendido entre sua entrada em vigor e sua revogação, denominando-se período de atividade.

Assim, caso haja incidência de uma lei fora de seu período de vigência, ou seja, após sua revogação, ter-se-á extra-atividade da norma.

A norma penal, via de regra, não retroage, nem tem ultra-atividade. Contudo, por disposição expressa contida no artigo 2º do Código Penal²⁵, preconizado pelo artigo 5º,

24 Art 11 - Observar-se-á, quanto ao prazo de duração das intenções nos casos dos art. 8º e 9º, o disposto no art. 72 do Código Penal, no que for aplicável.

25 Op. cit., p.15.

inciso XXXIX da Constituição Federal²⁶, em se tratando de nova lei que melhora a situação do réu, há retroatividade, uma vez que a novel legislação alcança os fatos ocorridos na vigência da lei revogada.

A irretroatividade da lei penal apresenta-se verdadeiramente como uma garantia do cidadão, pois além da segurança jurídica, há garantia de que não será surpreendido por novas leis, que criminalizam condutas que, até então, não eram tipificadas como crime. É verdadeiro corolário do princípio da anterioridade da lei penal (BITENCOURT, 2008, p. 160).

Denomina-se retroatividade “o fenômeno pelo qual a norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua vigência” (MIRABETE, FABBRINI, 2011, p. 42).

Entretanto retroatividade e ultra-atividade de uma norma são institutos que não podem ser confundidos.

Isto porque, “se o período for anterior à sua entrada em vigor, ocorre a chamada retroatividade; se posterior, surge a ultra-atividade, sendo ambas espécies do gênero extratividade” (CAPEZ, 2010, p. 87).

E foi nesta seara que instalaram-se duas correntes acerca da possibilidade de utilização do recurso do protesto por novo júri.

²⁶ Op. cit., p.16.

A primeira, entendendo que constituía a norma insculpida no extinto artigo 607 do Código de Processo Penal²⁷ de norma de cunho penal, posicionou-se por sua eficácia ultra-ativa, uma vez que benéfica ao réu, fazendo jus ao protesto, portanto, àqueles condenados a vinte ou mais anos de reclusão por delitos da competência do júri, cometidos antes do vigor da Lei n° 11.689/2008, mais gravosa e irretroativa.

Outra corrente, seguida pelo renomado autor Damásio Evangelista de Jesus, insurge acerca da natureza mista/híbrida da norma, ou seja, concomitantemente de natureza penal e processual, devendo prevalecer sua natureza penal. Assim, o artigo 4° da Lei 11.689/2008 é irretroativo, e o artigo 607 do Código de processo Penal²⁸ ultra-ativo, devendo-se proceder a um segundo julgamento naqueles casos. (JESUS, 2008.)

Neste diapasão, ainda, é Fernando da Costa Tourinho Filho:

Por isso mesmo, o protesto por novo Júri, banido do nosso ordenamento pela Lei n. 11.689/2008, sua exclusão somente se efetivará em relação aos fatos que ocorreram tão logo entre o diploma legal em vigor. Tratando-se, como se trata, de normas processuais materiais (híbridas), sua ultra-atividade é manifesta. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 39)

Nossa posição segue nesta mesma seara, posto que não há o que se falar em norma puramente processual enquanto, ainda que indiretamente, a supressão de um recurso afeta não só o *jus puniendi* estatal, mas o *status libertatis* do réu, caracterizando sua denotação material, porquanto patente a ultra-atividade da norma revogada, haja vista que o caráter penal deve prevalecer sobre o processual, sendo certo que os condenados por crime doloso contra a vida cometidos sob o vigor do extinto artigo 607 do Código de Processo Penal²⁹, julgados sob amparo da novel legislação, podem sim protestar por novo júri.

²⁷ Op. cit., p.02

²⁸ Op. cit., p.02

²⁹ Op. cit., p.02

CAPÍTULO III – EFEITOS DA REVOGAÇÃO EM CONFRONTO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nossa opinião acerca da revogação em estudo é no sentido de que, muito além de conceituar se estamos diante de norma penal, processual ou híbrida, conferindo-lhes respectivos efeitos, grande e essencial discussão deve se instalar acerca da ofensa ou não a princípios constitucionalmente consagrados em nossa Carta Magna, posto que não há possibilidades de analisar uma norma, sua natureza jurídica, seus efeitos, de maneira alheia aos princípios constitucionais ou , até mesmo, remetendo este últimos ao limbo, uma vez que norteadores de todo ordenamento jurídico:

O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. (MARQUES, 2000, p. 22)

Para tanto, passemos ao estudo destes princípios, confrontando-os, após, com a revogação do aludido protesto.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, corolário dos mais importantes princípios do processo penal, uma vez que seriam insuficientes e ineficazes as demais garantias, não fossem resguardadas pelo direito à um processo regular, encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal³⁰.

30 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:

Trata-se de princípio de origem inglesa, aprimorada em uma concepção moderna de construção jurisprudencial da Suprema Corte Norte-Americana, que derivou-se da expressão *due processo of law*. (BONFIM, 2011. p. 71)

“O devido processo legal, assim, constitui um conjunto de garantias suficientes para possibilitar às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais” (BONFIM, 2011, p. 73)

Houve por bem a doutrina moderna fracionar o princípio em testilha, dividindo-o em duas vertentes.

Senão vejamos.

3.1.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL MATERIAL OU SUBSTANCIAL *(substantive due processo f Law)*

Provém do conceito inicial do instituto que desdobrou-se com o tempo.

Refere-se à aplicação caso à caso do princípio, uma vez que não é conceitual e encontra-se consubstanciado em uma garantia fundamental do cidadão, eis que visa sua proteção contra qualquer atividade estatal arbitrária, desproporcional ou não razoável que viole estes direitos (BONFIM, 2011, p. 71)

3.1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL OU EM SENTIDO PROCESSUAL (*procedural due process of law*)

É conceito principiológico que deu origem ao mencionado desdobramento, porquanto trata-se de princípio que vincula o Estado a obedecer um procedimento processual previamente estabelecido em lei. Não podendo haver qualquer supressão à fase ou ato processual, ou, ainda, desrespeito à ordem do processo. (BONFIM, 2011, p. 72)

3.2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

É princípio que regula possibilidade de revisão, de questões de fato e de direito, por via de recurso, das causas já julgadas pelo Juiz de primeiro grau, alcançando sentenças e decisões interlocutórias por eles proferidas. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 80)

Embora não seja princípio expresso, a própria organização do Poder Judiciário em diferentes instâncias denota sua existência. Ademais, a matéria recursal é repetidamente tratada em vários diplomas legais, tais como artigo 102, inciso II³¹, artigo 105, inciso II³², artigo 108, inciso II³³, todos da Constituição Federal.

31 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

32 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

Possui função imprescindível no ordenamento jurídico atual, seja porque as decisões são articuladas por um ser humano que, por sua própria natureza, falho, revelando-se sumária a revisão do julgado sob uma segunda ótica; seja porque possui precípua caráter político, tendo em vista que nenhum ato emanado pelo Estado pode ficar imune a algum tipo de controle. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 81)

De mais a mais, “os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 81)

Ainda sobre o princípio em comento, urge ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que dispõe expressamente o direito à recursos e a revisão por um tribunal superior em seu artigo 8, 2, h³⁴, o que reforçou o caráter de norma materialmente constitucional do princípio.

Contudo, urge ressaltar que a incidência do princípio não é observada quando se trata de competência originária do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I do Constituição Federal³⁵)

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País

33 Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

34 Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

35 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

3.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Consagrado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal³⁶, por princípio da ampla defesa deve-se entender como direito argumentativo e demonstrativo das partes de exercer, sem limitações ou cerceamentos, os direitos que a legislação lhes assegura, mas não de maneira imoderada, haja vista que a própria legislação são encontrados os parâmetros e limites. (BONFIM, 2011, p. 75)

-
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
 - b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
 - d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
 - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
 - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
 - i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
 - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
 - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
 - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
 - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
 - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
 - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público

36Art. 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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Deste princípio decorrem dois tipos de defesa: a técnica, exercida em nome do acusado por advogado, advogado dativo ou defensor, de caráter indisponível, que garante a paridade de armas no processo acusatório; e a autodefesa, exercida diretamente pelo réu, com o fito de influir na convicção do juiz, sendo certo que é dispensável. (BONFIM, 2011, p. 75)

Neste diapasão, clara a correlação existente entre o princípio da ampla defesa e do contraditório,

não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV, do artigo 5.º Constitucional, em agrupá-los em um dispositivo. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa. (CARVALHO, 2001.)

Por fim, urge consignar a parte final do aludido texto legal, que ressalta a utilização de todos os meios e recursos como caractere intrínseco do princípio.

3.4 PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA DEFESA

Trata-se de princípio exposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal³⁷, que verte do princípio da ampla defesa, ou seja, sob uma nova perspectiva, tendo em vista que ligado intrinsecamente à instituição do júri. (COSTA, 2004, p. 81)

Por este princípio deve-se observar a concessão ao réu de condições para que contrarrazoe tudo aquilo que lhe é dito em desfavor, de maneira a equilibrar a balança entre acusação e defesa, conferindo-lhes paridade de armas. (COSTA, 2004, p. 82)

37 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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

“A plenitude da defesa assenta-se na possibilidade de o acusado se opor ao que contra ele se afirma. Trata-se de uma variante do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV).” (BULOS, 2000, p.197)

No mais, Fernando Capez e Nadir de Campos Júnior ressaltam que não há como confundir o princípio da ampla defesa com a garantia constitucional da plenitude da defesa, pois

esta diz respeito a três aspectos importantes: a) Direito do réu apresentar tese pessoal diversa daquela apresentada pelo defensor técnico; b)Direito de ver-se declarado indefeso, caso o combate em plenário pelo defensor não esteja à altura de confrontar-se com a acusação realizada; c) Direito de valer-se de todos os recursos admitidos em lei. (CAPEZ, CAMPOS JÚNIOR, 2010)

3.5 REVOGAÇÃO DO RECURSO x PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Finalmente, após discorrer brevemente acerca de alguns princípios constitucionais inerentes ao processo penal, cumpre-nos analisar se a revogação do recurso do protesto por novo júri fere tais princípios, constitucionalmente consagrados.

Neste sentido, dividiu-se, novamente, a doutrina.

Para alguns não há o que se falar em afronta à princípios constitucionais nestes casos, porquanto não houve violação ao devido processo legal e de todos os princípios que dele decorrem, uma vez que há possibilidade de revisão quanto ao mérito da sentença condenatória, caso a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, por meio de interposição do recurso de apelação, nos termos do artigo 593, inciso III, alínea “d”³⁸. (ESSADO, 2010)

38 Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias

Ao contrário, estes autores defendem que verdadeira ofensa à princípio instalava-se quando da existência do recurso em face do princípio constitucional da soberania dos veredictos, disciplinado pelo artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”³⁹.

Isto porque, segundo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Tiago Cintra Essado, era desprovido de qualquer motivação, sendo suficiente à imposição de pena de reclusão por crime doloso contra a vida por tempo igual ou superior a vinte anos, ou seja divorciava-se da vinculação à decisão soberana dos jurados, juízes naturais da causa, uma vez que, após decisão dos jurados, em razão de elevada pena, simplesmente havia rescisão de suas vontades. (ESSADO, 2010)

Pedro Henrique Demercian partilham da mesma idéia:

A elisão em nosso ordenamento do esdrúxulo protesto por novo júri é medida salutar e que apenas reforça regra de índole Constitucional – a soberania dos veredictos (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c) – não interferindo substancialmente no direito de defesa, que será assegurado, na sua plenitude, pela possibilidade de apelação (em face de decisão teratológica, manifestamente contrária à prova dos autos) e outras medidas autônomas de impugnação. (DEMERCIAN, 2010)

Partilhamos, com a devida vênia, de corrente doutrinária oposta.

No mesmo sentido do egrégio doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, parece-nos impossível a concepção de não poder utilizar-se de um recurso quando da efetiva

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

39 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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

c) a soberania dos veredictos

condenação, dada sua revogação, sendo que quando do cometimento do crime havia tal possibilidade.

Destarte, nos casos em estudo há clara ofensa ao princípio da plenitude da defesa, uma vez que “praticado um delito, surge, para o Estado, o direito de punir e, para o autor, o direito penal público subjetivo de liberdade, expressos em meios e recursos inerentes à defesa” (JESUS, 2008)

Não é constitucional, e mais, chega a pasmar, que após a prática de um crime o Estado retire do ordenamento jurídico um recurso, reforçado, ainda, por se tratar o protesto por novo júri de recurso exclusivo da defesa, de maneira a reduzir a plenitude da defesa do acusado, alterando unilateralmente e de modo eloquente as regras do jogo. (JESUS, 2008)

O renomado autor Fernando da Costa Tourinho Filho apresenta posição anuente, ressaltando com maestria que “se a defesa no julgamento no Tribunal do Júri é plena, evidente que essa plenitude abrange os recursos à ela inerentes, e não havia, como não há, outro mais inseparável da plenitude que o protesto” (TOURINHO FILHO, p.837.)

Assim, visto que os princípios constitucionais da plenitude da defesa, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e devido processo legal, seja no que tange a instituição do júri, seja no tocante à matéria, encontram-se entrelaçados, a violação à qualquer um deles implica na violação, ainda que indireta, dos outros.

CONCLUSÃO

Após todo estudo e levantamento bibliográfico acerca do assunto, explanou-se traços conceituais sobre o extinto protesto, bem como diferenciou-se normas de ordem penal, processual e híbridas e, ainda, passou-se pelo campo dos princípios constitucionais, confrontando-os com referida revogação.

Ao final, concluímos, portanto, que os réus que cometeram crimes dolosos contra vida anteriormente ao advento da Lei nº. 11.689/08, ou seja, sob manto do extinto artigo 607 do Código de Processo Penal, mas foram condenados já sob o vigor da novel legislação, fazem, de fato, jus ao recurso do protesto por novo júri.

Neste diapasão, em que pesem correntes doutrinárias opostas, entendemos que a norma possui condão híbrido, com aspectos processuais e penais concomitantes. Penais, inclusive, porque guardam relação, ainda que de forma indireta, com o *jus puniendi* Estatal, não havendo como sustentar que tal matéria recursal repercute apenas sobre aspectos processuais.

Assim, ao admitir o cunho híbrido da norma, observa-se preponderância da natureza penal sobre a processual, porquanto aplicar-se-á de maneira ultra-ativa o artigo 607 do Código de Processo Penal, respeitando-se a vedação da retroatividade do artigo 4º da Lei 11.689/08, posto que se trata de *novatio legis in pejus*.

No mais, acreditamos que maior fundamento da possibilidade de utilização do recursos nos casos supramencionados se funde não apenas em conceitos etimológicos acerca das normas, mas em razão da clara afronta ao princípio constitucional da plenitude da defesa inerente ao Tribunal do Júri.

E não é só.

Pela lógica racional, o que se observa é um desencadeamento de ofensas diretas à princípios constitucionais, visto que a plenitude da defesa é, de fato, parcela do princípio da ampla defesa, e este último está vinculado de maneira visceral ao princípio do duplo grau de jurisdição que desemboca, inequivocamente, no princípio do devido processo legal.

Ademais, insta salientar que os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, a par de serem normas inicialmente processuais, inseriam-se no âmbito do direito material por constituírem verdadeira garantia ao duplo grau de jurisdição.

Assim, o que se depreende acerca deste aspecto é que a vedação à utilização do protesto, nestes casos, fere direitos fundamentais do homem, consagrados em princípios constitucionais que possuem natureza de cláusula pétrea e, por isso, não há como restringir a utilização do protesto por novo júri para aqueles réus que cometeram crime doloso contra vida quando o recurso ainda existia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao código de processo penal*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Tratado de direito penal – parte geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, Vanessa Cármen Lisboa de Almeida. Extinção por protesto do novo júri com a Lei 11.689/08. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=1055.23577>> Acesso em: 17 Maio 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. *Caso Nardoni: Inaplicabilidade da ultra-atividade do protesto por novo júri em razão da pena imposta aos sentenciados*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43588>> Acesso em: 25 Jul. 2011.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho de. *Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2515/os-principios-constitucionais-da-ampla-defesa-e-do-contraditorio-e-os-limites-de-intervencao-do-poder-judiciario-nos-partidos-politicos>>. Acesso em: 09 Jul. 2011.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Compêndio teórico e prático do Tribunal do Júri*. Campinas: Editora jurídica Mizuno.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Breves notas sobre o protesto por novo júri e o direito intertemporal*. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2010.html> Acesso em: 25 Jul. 2011.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ESSADO, Tiago Cintra. *Protesto por novo júri: enfoque finalístico*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14659/protesto-por-novo-juri-enfoque-finalistico>> Acesso em: 26 Jul. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Protesto por novo júri e lei criminal no tempo*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3128>> Acesso em: 12 Jul. 2011.

LEAL, Antonio Luiz da Camara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. v. 1. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

_____. *Processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**ANEXO A – DECISÃO QUE DENEGOU O RECURSO DO PROTESTO POR
NOVO JÚRI AOS RÉUS ANNA JATOBÁ E ALEXANDRE NARDONI**

VISTOS

1. Recebo o recurso interposto pelos réus às fls. e , e por seus II. Defensores às fls. , apenas como recurso de Apelação, por ter sido apresentado tempestivamente, ficando afastado, no entanto, seu acolhimento como pretensão de Protesto por Novo Júri.

Porquanto se reconheça que se trata de matéria ainda não pacificada pela jurisprudência pátria, pelo fato da reforma processual introduzida pela Lei nº 11.689/2008, ainda ser muito recente, e a despeito do respeito que merecem aqueles que adotam posição contrária, filia-se este julgamento à corrente doutrinária que entende ser incabível o Protesto por Novo Júri na hipótese dos autos.

Aqueles que entendem ser ainda cabível o Protesto por Novo Júri em relação àqueles delitos que teriam sido praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, baseiam-se na alegação de que o dispositivo legal que previa a existência daquele recurso (art. 607 do CPP) possuía natureza jurídica de cunho misto, ou seja, tanto processual, quanto penal.

Contudo, ousou discordar desse posicionamento por filiar-me àquela corrente contrária que entende tratar-se de norma jurídica com natureza exclusivamente processual.

Isto porque o referido dispositivo legal revogado que previa a existência daquele recurso não implicava, de forma direta, na soltura do réu quando de sua interposição ou mesmo na extinção de sua punibilidade, posto que, caso viesse a ser deferido, tão somente submeteria o réu a novo julgamento pelo Tribunal de Júri.

Portanto, como se vê, a utilização daquele recurso tinha por finalidade o exercício do duplo grau de jurisdição com base na quantidade da pena aplicada, cujo exercício (duplo grau) também era possível através de apelação, quando a Instância Superior eventualmente entendesse que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária às provas dos autos, o que demonstra que a natureza jurídica do recurso de Protesto por Novo Júri seria unicamente processual.

Com a reforma processual introduzida pela Lei nº 11.689/2008, foi suprimida aquela disposição legal de natureza exclusivamente processual (protesto por novo júri),

mantendo-se apenas o recurso de apelação e, com isso, respeitado o direito constitucional dos acusados ao exercício do duplo grau de jurisdição, inerente ao direito à ampla defesa.

Assim, se aquela norma de cunho exclusivamente processual deixou de existir em nosso ordenamento jurídico, essa alteração é aplicável desde logo para todos os casos que já estejam em andamento, ainda que o fato típico tenha ocorrido anteriormente à entrada em vigor do novel Diploma Legal, a teor do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal, se naquele momento (entrada em vigor da nova lei) o direito subjetivo (interposição do recurso) ainda não havia sido exercido.

Essa corrente doutrinária encontra-se detalhadamente representada na lição de Guilherme de Souza Nucci, a seguir transcrita:

O protesto por novo júri não passava de uma segunda chance, concedida ao acusado, porque se entendia que a pena fora fixada em patamar elevado (...). Não se pode considerar o antigo direito ao protesto por novo júri como norma processual penal material somente pelo fato de que a sua interposição condicionava-se a um determinado patamar de pena. Essa situação não tem o condão de transformar a norma processual pura em norma processual material (...). O protesto por novo júri não permitia a soltura do acusado, nem gerava a extinção da sua punibilidade. Em suma, deferido ou não, nenhuma consequência no campo penal desencadeava. A sua utilização não afetava o direito de punir do Estado. Aliás, cabia ao Tribunal do Júri, por intermédio de outro Conselho de Sentença, julgar novamente o caso. Nada mais. (in “Código de Processo Penal Comentado”, Ed. RT, São Paulo, 2008, 8ª edição, pág. 970).

Apesar de ainda incipiente nossa jurisprudência sobre o tema, pelo fato da reforma processual que aboliu o protesto por novo júri ainda ser bastante recente, já é possível identificar uma clara tendência perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido do posicionamento aqui adotado, como demonstra a ementa de acórdão proferido por sua 5ª Câmara de Direito Criminal em 17.12.2009, em que foi relator o I. Desembargador Pinheiro Franco, a seguir transcrita:

“Habeas Corpus. Protesto por novo júri. Alegação de que ao tempo do crime ainda vigia dispositivo legal permitindo o recurso. Entendimento de o novo preceito não se aplicar ao caso, frente ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, por se tratar de norma de conteúdo material ligada à

ampla defesa. Inadmissibilidade do pleito. Inteligência do artigo 2º, do CPP, que prevê a imediata aplicação da lei processual penal. Ampla defesa garantida, inclusive porque previsto recurso de apelação na lei vigente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.” (Habeas Corpus nº 990.09.257545-7, sem grifos no original).

Exatamente nesse mesmo sentido, podemos citar ainda os seguintes julgados do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo:

- Revisão Criminal nº 993.05.075249-6, 2º Grupo de Câmaras de Direito Criminal, relator Desembargador Willian Campos, julgamento em 20.10.2009, v.u.
- Apelação Criminal nº 990.09.169096-1, 1ª Câmara de Direito Criminal, relator Desembargador Márcio Bártoli, julgamento em 18.01.2010, v.u.
- Apelação Criminal nº 990.09.077729-0, 4ª Câmara de Direito Criminal, relator Desembargador Euvaldo Chaib, julgamento em 06.10.2009, v.u.
- Apelação Criminal nº 990.09.254052-1, 5ª Câmara de Direito Criminal, relator Desembargador Tristão Ribeiro, julgamento em 12.11.2009, v.u.
- Habeas Corpus nº 990.09.279824-3, 10ª Câmara de Direito Criminal, relator Desembargador David Haddad, julgamento em 10.12.2009, v.u.

Portanto, como se vê, quando surgiu para os réus o direito subjetivo à interposição do recurso, em decorrência da prolação da sentença condenatória pelo Tribunal do Júri em 27.03.2010, já havia entrado em vigor, de há muito, a Lei nº 11.689/2008, que havia revogado o art. 607 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não fazem mais jus à utilização daquela extinta via recursal, diante de sua natureza exclusivamente processual, a teor do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal.

2. Assim, frente a todas essas considerações, recebo o recurso interposto pelos réus às fls. e por seus II. Defensores às fls. , exclusivamente como recurso de Apelação, determinando a intimação destes últimos para que

apresentem suas razões de recurso no prazo legal, afastada a pretensão dos mesmos quanto ao Protesto por Novo Júri. Em seguida, com a juntada das razões aos autos, determino que seja aberta vista dos autos ao nobre representante do Ministério Público, pelo prazo legal, para oferecimento de suas contra-razões de recurso.

3. Cumpridas tais determinações, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de Direito Criminal, com as nossas homenagens, observadas as formalidades legais.

Int.

São Paulo, 06 de abril de 2.010.

MAURÍCIO FOSSEN

Juiz de Direito