



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ultra-atividade do protesto por novo júri

Rodrigo Correa Pereira

Rio de Janeiro
2009

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ultra-atividade do protesto por novo júri

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós – Graduação.

Orientadores: Prof^ª Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

ULTRATIVIDADE DO PRORTESTO POR NOVO JÚRI

Rodrigo Correa Pereira

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá

Resumo: a ultratividade do protesto por novo júri requisita uma abordagem da eficácia da lei no tempo. Para tanto, o artigo examinará o princípio de direito intertemporal que rege as normas processuais. Igualmente, o trabalho exige um enfoque na temática recursal sob uma interpretação constitucional do devido processo legal e da influência do Pato de *San José* da Costa Rica sobre a questão.

Palavras – chaves: Processo penal, Direito intertemporal , Recursos, Protesto por Novo Júri.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Norma processual no tempo. 3 – O Direito de recorrer como garantia constitucional. 4 – O protesto por novo júri: origem e evolução até 2008. 5 – Ultratividade do protesto por novo júri. 6 – Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

Este artigo enfoca a reforma do Código de Processo Penal, que instituído há mais de 60 anos, historicamente, em um regime de exceção, e informado por uma inspiração autoritária de um Estado Policial, já dava evidentes sinais de estar obsoleto e inadequado para reger o devido processo legal penal revisto sob o crivo dos princípios constitucionais da ampla defesa e da tutela da liberdade individual, do sistema acusatório e das garantias processuais do acusado.

Assim, um pacote de leis, com o fim de reformar o Código, foi promulgado. Nesse contexto está a Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, que modificou significativamente o procedimento do Tribunal do Júri e, em particular, revogou o Capítulo que dispunha sobre o recurso de Protesto por Novo Júri.

O protesto por novo júri é um recurso peculiar, diferenciado dos demais, pois previa a possibilidade do Réu condenado a pena superior a 20 anos nos crimes dolosos contra vida postular novo julgamento no Tribunal Popular, o que suscitava inúmeras controvérsias quanto à sua utilidade e atualidade, na medida em que se criticava sua pertinência por vincular a novo julgamento o simples fato da gravidade da pena imposta no primeiro julgamento.

Com o advento das recentes reformas do Código de Processo Penal e, por conseguinte, revogação do protesto por novo júri, surgiu a discussão, ainda, doutrinária a respeito da natureza da norma que disciplina o dito recurso: se norma processual pura ou processual com conteúdo material, o que resultaria na ultratividade ou não do direito do réu, que praticou o crime doloso contra vida antes da vigência da Lei nº 11.689/2008, interpor o protesto por novo júri mesmo que processado após o advento da lei.

Objetiva-se estabelecer um debate a respeito da ultratividade do protesto por novo júri, demonstrar que o recurso consiste em autêntica garantia processual do acusado, inerente aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. De modo que a supressão do recurso só pode ser aplicada aos processos relativos aos fatos posteriores a vigência da Lei nº 11.689/2008.

Por este artigo serão examinados os seguintes pontos: a natureza das normas que versam sobre o direito a recurso no processo à luz do princípio constitucional da ampla defesa e do Pacto de San José da Costa Rica, o alcance hermenêutico do artigo 5º, XL, da Constituição da República – irretroatividade da lei mais gravosa, as implicações de se considerar a norma que dispõe sobre o protesto por novo júri como norma processual com conteúdo material e a situação dos réus nos processos pendentes. A pesquisa será bibliográfica e a metodologia a ser empregada é qualitativa parcialmente exploratória.

Em se tratando de questão recente, revela-se, ainda, especulativo o impacto dos efeitos do reconhecimento do protesto por novo júri como direito processual material, mormente, em relação aos casos em que o crime foi praticado antes da Lei 11.689/2008 e a sentença condenatória for posterior ao advento normatividade.

2 – NORMA PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

O Direito, em sentido objetivo, é formado pelo conjunto de normas jurídicas, que exercem o papel de definição das condutas necessárias à construção de um modelo de organização social imposto pelo Estado. Nader (2001)

Não obstante, o Direito é também uma ciência que, sob uma perspectiva dogmática, busca classificar as normas jurídicas sempre com a finalidade de fornecer ao operador do direito um conjunto terminológico e conceitual útil ao discurso jurídico, ensina Nader (2001).

Tradicionalmente, classificam-se as normas jurídicas em materiais e instrumentais. Assim, a doutrina clássica diferencia as normas penais e normas processuais penais quanto ao seu conteúdo.

Segundo Manzini (1951), as normas de direito penal material são aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo, ou a órgãos e a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, da pretensão punitiva ou da execução da pena. São normas jurídicas cujo conteúdo versa sobre os delitos, as penas e as causas que condicionam, excluem ou modificam a punibilidade.

Entretanto, não é possível ignorar que a norma penal cumpre uma função garantidora ditada pelo princípio da legalidade. Em suma, presta-se também a fixar os limites à intervenção repressiva do Estado no *status libertatis* do cidadão, o que se traduz em manifestação essencial do Estado de Direito, art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dallari (2005) acentua que o Estado deve sempre buscar o máximo de jurisdição. Para a consecução desse objetivo, a ordem jurídica que visa a dotar o Estado de meios, através do equilíbrio entre os elementos autoridade e liberdade, a fim de ordenar a sociedade.

Esse equilíbrio é uma exigência, pois se a ilimitação da liberdade, por um lado, tornaria inviável qualquer proposta de organização, por outro, a excessiva restrição à liberdade, sem a redução da margem de arbítrio e discricionariedade pela existência de limitações jurídicas à ação do Estado, seria um obstáculo ao alcance de valores fundamentais pela pessoa, como a própria liberdade.

As normas processuais penais, por sua vez, afirma Manzini (1951), regem o exercício da jurisdição penal, isto é, disciplinam o início, o desenvolvimento, o fim do processo; estabelecem as garantias jurisdicionais da execução das coisas julgadas; indicam as formas através das quais as partes podem exercer suas faculdades dispositivas do conteúdo material do processo e atribuem ao Estado ou aos particulares um poder de disposição do conteúdo formal do processo.

As normas processuais penais exercem função instrumental para a atuação das normas materiais penais. Ao processual penal foi conferida a legitimidade de método exclusivo pelo qual o Estado, titular da pretensão punitiva, em garantia ao cidadão, titular de um direito indisponível a liberdade, submete a uma dialética perante juiz imparcial e predeterminado, a solução desse conflito de interesses.

Para Lopes Júnior (2008), o direito penal e o processo penal são interdependentes, constituem um sistema. Isso se explica, pois o direito penal não é um direito de coação imediata, mas de justiça, ou seja, está condicionado a previa e definitiva apreciação por órgão do Poder Judiciário, uma vez que esse Poder foi concedido o monopólio estatal de controle dos meios legítimos de intervenção do Estado na liberdade individual.

Indiferente a essa classificação, tenha natureza material ou processual, toda norma jurídica caracteriza-se por estar delimitada no tempo, o que representa uma expressão do caráter evolutivo do Direito, que se modifica a fim de dar congruência aos três pilares compositores do fenômeno jurídico - fato, valor e norma. Consoante assevera Nalini (2007) a dinâmica social é o fator que impõe a revisão da normatividade, que deve acompanhar o progresso civilizatório.

A eficácia da lei no tempo está diretamente ligada à vigência que, no dizer de Diniz (2005), constitui o período de tempo no qual se observa a aptidão de uma normatividade obrigar a todos aqueles que estejam sob seu império e de ser invocada para produzir efeitos.

Relativamente à norma penal aplica-se o princípio do *tempus commissi delicti*, que significa que a lei vigente ao tempo da conduta é a aplicável, ainda que outra mais severa esteja em vigor no dia seguinte a conduta.

Isso tem certas implicações no caso de sucessão de leis, porquanto resulta a não incidência imediata da lei nova aos fatos praticados antes de sua vigência, ou seja, impõe uma não retroatividade prejudicial. Por outro lado, se a nova lei, posterior a conduta, estabelecer situação mais favorável ao agente, será ela imediatamente aplicável, ainda que a questão

esteja imunizada pela coisa julgada, por força do princípio da retroatividade benéfica da norma penal, consoante se conclui do art. 5º, XL, da Constituição da República.

Santos (2007) ensina que o significado político do princípio da legalidade, que se expressa na fórmula *lex praevia*, principal regra na solução da validade da lei penal no tempo, e que veda, através da irretroatividade, a criminalização ou agravação da situação do acusado por fatos anteriores.

No que se refere à eficácia da norma processual penal no tempo a situação é diversa, pois o único dispositivo expresso a respeito é o art. 2º, do Código de Processo Penal, que estabelece a aplicação imediata da lei processual penal, princípio do *tempus regit actum*. Preservada a validade dos atos praticados sob a vigência da lei, essa norma processual penal não retrotrai, para invalidar atos anteriores, e não tem eficácia ultra-ativa no tempo, para regular ato praticado sob o império da lei subsequente. Tourinho Filho (2007)

Malcher (2009) justifica que a aplicação imediata da norma processual se fundamenta na orientação política de que se altera o processo visando uma melhor dinâmica na atuação jurisdicional e melhor atendimento do interesse das partes.

Entretanto, isso não pode ser aceito em termos absolutos, porquanto, há normas processuais penais que apresentam um conteúdo material, de modo que não se aplica o princípio da imediatidade. Nessas hipóteses, o princípio da legalidade também difunde limitações ao poder estatal dentro do processo penal, o que nada mais é do que aplicação do princípio do devido processo legal, propõe Carvalho (2004).

Ressalte-se que o princípio da legalidade, historicamente, originou-se de uma limitação processual, pois o art. 39, da *Magna Cartha Libertatum*, de 1215 que previa como garantia que nenhum homem seria privado de sua vida, liberdade e bens senão por um julgamento legal de seus pares e pela lei local.

Mas o que significam normas processuais penais com conteúdo material? Para Carvalho (2004) são aquelas cujo teor resulta a limitação de direitos fundamentais assegurados materialmente ao cidadão.

Soma-se a isso o raciocínio de Binder apud Carvalho (2004), que aponta que as normas processuais, assim como as normas penais, possuem uma função garantidora sempre que integrem o sentido político-criminal do processo, contiverem conteúdo mais favorável ou versarem sobre medidas cautelares.

Na verdade, a dimensão de Estado de Direito, assim considerado aquele que autolimita seus poderes, principalmente pela Constituição, que pauta sua atuação em conformidade ao Direito posto e que se sujeita a um ideal de justiça como garantia ao cidadão,

impede a modificação das regras do processo, de maneira a suprimir garantias em prejuízo do acusado.

Desse modo, não há como admitir a aplicação imediata da norma processual penal mais gravosa ou antigarantista, ou seja, que provoque a alteração da orientação político-criminal, contenha conteúdo menos favorável ou amplie o cabimento de medidas cautelares em prejuízo ao acusado. Queiroz; Vieira (2009)

Lopes Júnior (2008) sustenta a incompatibilidade do art. 2º, do Código de Processo Penal, que trata do princípio da imediatidade, a uma releitura constitucional, porquanto não é possível desvincular o direito processual do direito penal, na medida em que constituem um sistema penal. Assim, as regras da retroatividade da lei penal e a da proibição da aplicação imediata da lei mais gravosa ao réu devem obedecer à lógica do sistema.

Queiroz; Vieira (2009) propõem que é irrelevante a distinção entre norma penal e norma processual penal, pois ambas cumprem uma função político-criminal de proteção ao acusado em face do Estado. Ademais, haveria um enfraquecimento do sistema penal se, de um lado, há normas penais garantistas e, por outro, há normas instrumentais antigarantistas.

Isso, contudo, assinala Lopes Júnior (2008), não resulta o esvaziamento do princípio da imediatidade, pois continua tendo plena aplicação nos casos de normas processuais de conteúdo neutro, a serem aferidas no caso concreto, se causam ou não prejuízo à defesa do réu.

O que pode ser apontado como garantia processual? A Constituição da República assegura ao cidadão no processo penal especificamente o exercício do contraditório e da ampla defesa, a liberdade no curso do processo, a não execução provisória da pena, a necessidade de justa causa para instauração de processo penal, a revisão da sentença mediante recurso e outros.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 22490/PI, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, julgado em 03/02/2003, já teve a oportunidade de se manifestar pela impossibilidade de aplicação imediata da norma processual, ao decidir que nas condutas praticadas antes da vigência da lei de crimes hediondos não é possível vedação a concessão da liberdade provisória.

A limitação ou supressão de hipótese de fiança, a redução dos pressupostos para decretação de prisão processual, ampliação do prazo de manutenção de prisão temporária, limitação de meio de prova também podem caracterizar hipótese de ultratividade da norma processual penal, entende Carvalho (2004).

Em suma, as normas processuais penais com conteúdo material a semelhança do que ocorre com as normas materiais penais podem ter sua eficácia estendida para depois da cessação de sua vigência, quando a norma posterior implicar limitação de garantias processuais reconhecidas pela Constituição da República.

Advirta-se que essa concepção não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque o legislador de 1941, ao elaborar o Código de Processo Penal, instituiu, logo em seguida, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3931 de 11/12/1941, com diversos dispositivos de caráter transitório, como por exemplo o art. 2º, que determina a aplicação da norma mais favorável no que se refere à prisão preventiva e a fiança.

Ressalte-se que anterioridade da norma processual não escapou da atenção do constituinte de 1946, que no artigo 141, §27 assegura ao cidadão somente ser processado na forma da lei anterior.

É oportuno lembrar que a Carta Política de 1946 sucedeu a contexto político-jurídico parecido a da Constituição de 1988, porquanto o país superava período obscuro para os direitos fundamentais.

Afigura-se, portanto, incoerente a construção de um sistema constitucional de garantias penais, sem, contudo, haver extensão dessas garantias para dentro do processo, pois é dentro desse que se realiza a adequada composição dos conflitos de interesse.

3 – SITUAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Tratado internacional é instituto atinente ao direito internacional público. Esse ramo jurídico tem por objeto a disciplina das relações entre os Estados, entre Estados e organismos internacionais e organismos internacionais entre si.

Ensina Rezek (2002) que os Estados, sujeitos de direito internacional, são dotados da capacidade de obriga-se perante outros – *treaty making power*. Essa interação entre Estados, entre esses e organizações internacionais tem por objetivo a regulação de relações comerciais, políticos, científicos, humanitários e outras. Os instrumentos, pelos quais se concretizam esses compromissos, são os tratados e convenções internacionais.

O fundamento desse poder é a soberania que consiste, segundo Dallari (2005), em um poder inerente ao Estado de resolver definitivamente sobre a eficácia de suas normas, ou seja, de organizar-se e fazer valer dentro do território o conjunto de suas decisões administrativas, legislativas e judiciárias.

Os tratados internacionais, segundo Rezek (2002), são típicos negócios jurídicos bilaterais ou multilaterais formais, cujos principais protagonistas são os Estados soberanos e que tem por objetivo a realização de operação jurídica ou a edição de regra jurídica objetivamente válida.

No sistema dualista, adotado pelo Brasil, a celebração do tratado não implica a imediata inovação jurídica da ordem interna. A eficácia das normas veiculadas pelos tratados internacionais na ordem jurídica interna não é automática, depende de ratificação legislativa do acordo celebrado pelo Chefe do Poder Executivo ou missão diplomática, nos termos da Constituição da República, art. 84, VIII e art. 49, I. Enquanto não ratificado pelo legislativo, o tratado não possui eficácia, é, pois, inapto para reger as relações jurídicas internas do Estado pactuante, Rezek (2002).

O procedimento de introdução dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, chamado de internalização, é composto, no direito brasileiro, de três fases. A primeira consiste na própria celebração do acordo com outros Estados ou organismos internacionais, com a assinatura pelo Chefe do Poder Executivo, conforme o art. 84, VIII, da CRFB. A segunda fase constitui o controle legislativo, no qual o tratado é submetido à deliberação e votação no Congresso Nacional, que aprovado dá origem a um decreto legislativo promulgado pelo Presidente do Senado Federal, art. 49, I, da CRFB. Por fim, ultima-se a incorporação do tratado internacional com a edição pelo Presidente da República de decreto, momento no qual as normas adquirem eficácia. Morais (2001).

Tema que tem provocado profundo dissenso na doutrina de direito internacional e constitucional foi determinar qual a situação hierárquica normativa dos tratados no ordenamento jurídico interno.

Cotejam-se, para tanto, o voto do Ministro Gilmar Mendes e o voto do Ministro Celso de Mello, ambos no Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo, julgado em conjunto em 03/12/2008, nos quais foi discutida a questão e cujo aprofundamento serviram de fonte para este trabalho.

Acentua O *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, questão objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial no direito interno e alienígena, pode ser organizado em quatro vertentes principais: legalidade,

supraconstitucionalidade, supralegalidade e constitucionalidade. Mendes em voto no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008.

Apesar de a tese da legalidade ordinária ter sido, até pouco tempo, a predominante no Supremo Tribunal Federal, por conta de precedente firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, julgado em 01 de junho de 1977, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Cunha Peixoto, considerou-se que, no contexto atual, em que a Constituição da República, por força dos art. 4º, *caput*; art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º, inauguram a construção de um Estado que propõe a interação com ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos, essa jurisprudência teria se tornado ultrapassada.

Ademais, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos contêm um conteúdo composto por valores jurídicos especiais aos quais tanto a ordem interna quanto a externa deve conferir posição hierárquica normativa privilegiada, o que não se tem com a natureza de equivalente legal, pois permite ao Estado pactuante a livre revogação através dos mecanismos internos de inovação legislativa. Mendes em voto-vogal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP.

A tese da supraconstitucionalidade, que propõe a situação hierárquica normativa dos tratados internacionais em nível superior ao do próprio texto constitucional, esbarra na estruturação do sistema jurídico, no qual a Constituição é qualificada como o principal documento normativo de um Estado de Direito, reflexo do princípio da supremacia constitucional, adverte Mendes em voto-vogal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, os tratados internacionais não podem ingressar no ordenamento como norma de estatura superior a Constituição, normas supraconstitucionais, pois, a fonte de legitimidade para eficácia dos tratados internacionais emana do texto da Constituição do Estado, que estabelece o procedimento de internalização do acordo.

Segundo ensina Peña de Moraes (2008) dentre as características das normas constitucionais está sua superioridade hierárquica que constitui o fundamento de validade de todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico, inclusive, as oriundas do poder constituinte derivado.

A controvérsia a respeito do *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos cingiu-se efetivamente a tese da supralegalidade e da constitucionalidade, uma vez que a primeira foi suscitada por Mendes, em voto-vogal e a segunda orientação foi sustentada pelo Ministro Celso de Mello, ambos no Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo, julgado em 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a orientação da suprallegalidade, sustentada por Gilmar Mendes em voto-vogal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais sobre direitos humanos, anteriores a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, não ratificados pelo Congresso Nacional, observados os requisitos do art. 5º, §3º, da Constituição da República, aprovação nas duas casas do Congresso, *quorum* qualificado de três quintos, teriam natureza infraconstitucional, mas diante do caráter especial em relação aos demais acordos internacionais lhes seriam reconhecida a natureza de norma suprallegal.

No voto supracitado, o julgador reportou-se a antigas decisões do Supremo Tribunal Federal, Apelações Cíveis nº 9587 de 1951 e nº 7872 de 1943, cujos relatores foram os Ministros Orosimbo Nonato e Philadelpho Azevedo, respectivamente, e a disposições normativas em Constituições alienígenas, que, em linhas gerais, atribuem aos tratados um caráter suprallegal, uma vez que lhes é reconhecido o poder de revogar as leis internas anteriores e com ele incompatíveis, sem, contudo, a recíproca de a lei interna e posterior, senão quando determinar expressamente a denúncia do tratado pretérito, fazê-lo.

Apesar da força dos argumentos que fundamentam a tese da suprallegalidade, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes em voto-vogal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008. Acredita-se que as normas, veiculadoras de direitos humanos em tratados internacionais, tem caráter de fonte complementar à Constituição da República de 1988, por conta da redação do art. 5º, §2º.

Submetido a breve cotejo entre o art. 5º, §2º, da Carta Magna de 1988 e os art.123, da Constituição de 1937 e art. 144, da Constituição de 1946, tem-se que em todas as Cartas há dispositivos que reconhecem a existência de outros direitos fundamentais próprios dos princípios e formas do Estado, sem, contudo, nos textos constitucionais de 1937 e de 1946, haver referência equivalente ao introduzido pela Constituição de 1988 relativamente à natureza de fonte complementar dos tratados internacionais.

Assim, merece ênfase, portanto, a orientação que reconhece o caráter constitucional das normas contidas nas convenções internacionais sobre direitos humanos que foi acolhida no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal, para quem é necessário separar, para efeito de definição hierárquica, de um lado os tratados internacionais sobre direitos humanos e os tratados internacionais sobre as demais matérias.

Destarte, as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos qualificam-se com estatura constitucional, inclusive aqueles celebrados e ratificados antes do

advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, porquanto as normas se revestem de caráter materialmente constitucional, de modo que integram o bloco de constitucionalidade.

O bloco de constitucionalidade corresponde às normas que contêm disposições, princípios e valores com conteúdo constitucional, no dizer de Peña de Moraes (2008), versam sobre a divisão vertical e horizontal dos poderes, o reconhecimento e proteção os direitos fundamentais, os fins da ordenação social, econômica do Estado e as técnicas preservação das normas constitucionais, mas que não estejam formalmente contidas no texto da Constituição, normas materialmente constitucionais.

Não se justifica a tese de que os tratados sobre direitos humanos já ratificados e não submetidos ao *quorum* do art. 5º, §3º, da CRFB teriam sido recepcionados como lei federal, isto porque deve ser empregada, primeiramente, uma interpretação sistemática dos art. 5º, §§2º e 3º, da CRFB, malgrado, a aplicação da teoria geral da recepção, propõe Celso de Mello em voto no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal.

Pela teoria da recepção, examina-se somente a conformidade material da normatividade frente ao paradigma constitucional. A compatibilidade formal, ou seja, se foram observados as regras procedimentais ou se normatividade equivale à espécie normativa exigida pela atual Constituição deve ser aferida com base no texto vigente a época da edição da norma objeto de controle.

Assim, por conta do art. 5º, §2º, da CRFB, os tratados internacionais são fonte complementar dos direitos fundamentais, além dos já expressos no texto constitucional. O §3º, do art. 5º, da Constituição da República, por sua vez, condiciona a eficácia dos tratados, como equivalentes a emendas constitucionais, à votação nas duas casas do Congresso Nacional e à aprovação pelo *quorum* de três quintos, conclui Celso de Mello em voto no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado em 03/12/2008, do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que essa orientação não esvazia o art. 5º, §3º, da Constituição da República, pois submetido à convenção aos requisitos equivalentes a da aprovação das emendas constitucionais, teria a norma definidora de direitos humanos, além do caráter material constitucional, a natureza formal constitucional, ou seja, seria autêntica emenda constitucional.

4 – O DIREITO DE RECORRER COMO GARANTIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O direito de recorrer consiste na possibilidade de provocar o reexame de uma decisão. Pressupõe o exercício desse direito a existência de uma decisão e a sucumbência do recorrente. Assinala Tourinho Filho (2008) que o recurso encontra fundamento na falibilidade humana e na insatisfação psicológica daquele que sucumbiu no processo.

A natureza do recurso pode-se afirmar não é uma questão dogmaticamente tranqüila. Alinham-se a respeito duas orientações doutrinárias. A primeira atribui ao recurso a natureza de ação autônoma de caráter constitutivo, pois o recurso tem objetivo diverso daquele contido na ação principal, portanto, constituem nova ação que visa desconstituição da decisão impugnada. Nery Junior (2004).

Prevalece, porém, que o recurso é um desdobramento do direito de ação, porquanto, obsta à autonomia do recurso, o fato desse meio de impugnação sempre pressupor o exercício de outras faculdades que o antecedem logicamente em um processo. A existência de uma decisão é pressuposto lógico de qualquer recurso, aquela, por sua vez, é precedida pela existência de outros atos processuais no processo. Nery Junior (2004).

O recurso é, por conseguinte, uma atividade compreendida no direito de ação, realizável dentro do mesmo processo e que implica a renovação do procedimento, com devolução para novo do julgamento da questão resolvida na decisão impugnada. Nery Junior (2004).

Destarte, o que justifica renovar a discussão do processo, mediante, a interposição do recurso? Borges (1996) assevera que o processo deve se desenvolver através de um diálogo regado, na medida em que a controvérsia judicial se estrutura como um problema dialético, no qual se inserem os procedimentos argumentativos. Pressupõe o diálogo, assim, a confrontação das versões das partes, submetido aos meios judiciais de pesquisa da verdade.

Para tanto, deve-se obtemperar o valor da retórica pois a sentença não é o resultado de um ato isolado e exclusivo do juiz, mas a consequência de tudo o quanto foi discutido pelas partes no processo. A sentença deve corresponder a uma síntese do diálogo travado pelas partes, a fim de resolver um conflito de interesses de forma justa. Borges (1996).

Nesse ponto, destacam-se as palavras de Pimenta Bueno *apud* Noronha (1997, p. 483) “pode a eloquência do acusador, impressões desfavoráveis ao réu, o horror do crime por si só, uma convicção momentânea, um erro funesto, seduzir ou desvairar o espírito dos jurados”, de modo que decisão se desencaminhe da solução justa.

Assinala Borges (1996) que a sentença pode nem sempre corresponder com fidelidade ao ato ou fato sobre o qual incidiu. Casos há em que reconhecem atos ou fatos concretamente inexistentes ou que existiram diversamente do que foi formalmente declarado na sentença.

Uma sentença que acerta uma inverdade, afronta por evidência os sentimentos mais básicos de justiça, pois não atende ao escopo social da jurisdição, que é a pacificação com justiça. Por conseguinte, contra essa sentença justifica-se a renovação da discussão dialética, por meio do recurso. Borges (1996).

A questão que se impõe é saber qual o limite para essa renovação, haja vista a impossibilidade de eternizarem-se os conflitos e a necessidade de estabelecer uma razoável duração para o processo?

Esse questionamento é proposto por Grinover *et al* (2009), que demonstram preocupação em encontrar um ponto de equilíbrio entre os valores Justiça e Certeza, pois, quanto mais se é possível examinar uma decisão, mais segura será a distribuição da justiça no caso concreto. Por outro lado, há o imperativo da certeza que exige que a decisão seja dada de uma vez por todas, sem procrastinações e no menor tempo possível.

Não se ignora a importância que alcançou nos dias atuais o discurso da entrega da prestação jurisdicional em curso lapso de tempo, o que tem se confundido com a concepção de eficiência do Estado no campo penal.

Entretanto, será que é possível abdicar do valor justiça, que exige um lapso mínimo de tempo para que causa amadureça e esteja pronto para julgamento ou, ainda, abdicar da possibilidade de controle de uma decisão do Estado em favor de uma solução rápida eficientista?

Ressaltam Grinover *et al* (2009) que o fundamento político para o direito de recorrer é que nenhum ato do Estado pode eximir-se de controle, ou seja, a revisão das decisões judiciais é postulado da própria concepção de Estado de Direito. Constitui, pois, controle interno para examinar a legalidade e a justiça decisão.

Esse controle, justifica Marques (1965), advém como princípio judiciário necessário a assegurar a reta administração da justiça, que deve atuar sempre pautada nos

padrões fixados na lei e a perseguir a boa justiça. Arremata o autor que não pode haver dúvida de que isso constitua um fator de grande segurança na aplicação da lei.

O Direito ao reexame é o que Grinover *et al* (2009) consideram como uma garantia inerente às instituições político – constitucionais de qualquer Estado Democrático, porquanto um sistema de juízo único fere o devido processo legal.

Dinamarco (2005), ao dissertar sobre a legitimação das decisões jurisdicionais, como expressão de poder em um Estado Democrático, leciona que essa qualidade está intrinsecamente ligada à participação dos interessados na formação de seu conteúdo, de modo que as decisões se legitimam democraticamente pelo processo em contraditório.

Em outras palavras, a decisão jurisdicional, manifestação do poder político do Estado, adquire legitimidade democrática, na medida em que há participação dos interessados no processo de decisão, os julgamentos são públicos e as sentenças e acórdãos são fundamentados, nos termos do art. 5º, LV, art. 93, IX, da Constituição da República.

Sobre a necessidade de fundamentação, Tourinho Filho (2008) assevera que se trata de exigência inerente à possibilidade de controle da decisão judicial, porquanto é através da motivação que se permite concluir que a atividade intelectual desenvolvida pelo juiz permite chegar à ilação alcançada no dispositivo.

A imprescindibilidade da motivação da decisão judicial se traduz na incompatibilidade da sentença sem fundamentação com o regime democrático, porque equivale a uma manifestação despótica do poder estatal, tanto que a Constituição, art. 93, IX, comina-lhe a nulidade.

Assevera Didier Junior *et al* (2007) que a fundamentação é, pois, um imperativo de transparência na relação entre órgão jurisdicional e jurisdicionado, na medida em que ciente das razões que conduziram a persuasão judicial possa controlar a adequação da decisão. Outrossim, pela motivação permite-se, ainda, o controle difuso da democracia participativa, ou seja, pela sociedade em nome de quem o poder jurisdicional é exercido.

Retomada a lição de Borges (1996), a sentença deve corresponder a uma síntese do diálogo travado pelas partes confrontado pelos meios judiciais de pesquisa da verdade, o que constitui, na lição de Didier Junior *et al* (2007), a aplicação substancial do princípio do contraditório que exige que não basta que seja conferida a oportunidade ao interessado em manifestar-se, mas que seus argumentos e provas sejam efetivamente valorados na fundamentação, para que possa diante de uma decisão desfavorável exercer o controle de legalidade e justiça.

Assim, admitido o controle como uma garantia do cidadão frente às decisões judiciais, pergunta-se, como é possível uma garantia sem o adequado instrumento para dar-lhe efetividade? A resposta direciona-se, portanto, para reconhecer o direito de recorrer como um consectário do Estado Democrático de Direito.

Malgrado, Grinover *et al* (2009) ensinam que é frequentemente questionado pela doutrina a existência desse direito de recorrer, por não haver regra imanente na Constituição de 1988 que assegure o duplo grau.

Nesse ponto, ressalte-se o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e que assegura a toda pessoa acusada de delito o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, artigo 8º, nº 2, h, do Pacto citado.

Penteado (2006), ao comentar a extensão do direito de recorrer previsto que a Convenção Americana de Direitos Humanos, assevera que o Pacto não limita o reexame da sentença condenatória, mas permite o acesso inclusive para alteração do fundamento da decisão que absolve o acusado.

Destaque-se que essa concepção de recurso como garantia do acusado não é estranha ao sistema jurídico brasileiro, pois não são raros os casos em que é conferido ao sujeito passivo no processo penal o direito com caráter de exclusividade de recorrer de certas decisões judiciais. Assim, por exemplo, o protesto por novo júri, os embargos infringentes e de nulidade, o recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus* em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Superiores.

É recorrente, na doutrina, a associação do direito de recorrer e o princípio do duplo o grau de jurisdição, porém o que se extrai da garantia esculpida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos é, propriamente, um direito a re-julgamento ou reexame da questão resolvida na sentença, como instrumento de controle do ato judiciário.

Conforme leciona Chiovenda *apud* Marinoni; Arenhart (2006), o controle é exercido sobre a justiça da decisão e não sobre a atividade do juiz, isto é, o recurso não é uma reclamação contra o juiz, mas um meio de renovar o exame da causa.

Pensa-se que a essência do direito de recorrer está necessariamente vinculada a possibilidade de controle de legalidade e de justiça da decisão judicial por outros julgadores, mas não necessariamente superiores hierarquicamente ao juiz *a quo*. Essa concepção é corroborada pela sistemática recursal adotada nos Juizados Especiais, cujo Conselho Recursal

é composto por juízes de primeiro grau, nos termos do art. 98, I, da Constituição da República.

5 - PROTESTO POR NOVO JÚRI: ORIGEM E SUA EVOLUÇÃO ATÉ 2008.

O protesto por novo júri tem raízes históricas profundas no direito processual penal brasileiro. A origem do protesto por novo júri, apontado como autêntica criação brasileira, deve-se a possível inspiração em instituto análogo existente no direito anglo-saxão, que previa a existência de dois institutos o *writ of venire facias de novo* e a *motion for a new trial*. Tornaghi (1990).

Pelo *writ of venire facias de novo* o Tribunal ordena ao juiz que realizasse novo julgamento quando constatasse a existência de irregularidades ou contrariedade no veredicto. A *motion for a new trial* era concedida quando a condenação fosse severa. Esse último foi abolido do direito inglês. Tornaghi (1990).

Data do Código de Processo Criminal, de 1832, a primeira previsão legislativa desse remédio processual. O artigo 308, do Código de Processo Penal Imperial estabelecia que o réu poderia protestar por novo júri quando lhe fosse imposta por sentença pena de morte, cinco anos de degredo ou desterro, três anos de galés ou prisão.

Em 1841, o Código de Processo Criminal de 1832 foi reformado pela Lei nº 261 daquele ano, cujo art. 87 revogou a redação do art. 308, do Código e, então, limitou o cabimento do protesto por novo júri aos casos que fossem impostas as penas de morte ou galés perpétuas.

Com o advento do sistema republicano na promulgação da Constituição de 1891, cujo contexto histórico de descentralização do poder e atribuição de maior autonomia às unidades federativas, na divisão das competências legislativas, conferiu, conforme artigo 35, aos Estados o poder de editar cada um normas de direito processual. Ponte (1995).

No âmbito do, então, Distrito Federal, o exercício dessa competência, em matéria de processo penal, resultou na Lei nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que estabeleceu o cabimento do protesto nas condenações do Júri superiores a vinte anos de reclusão. Ponte (1995).

Merece destaque a legislação paranaense que desassociou o cabimento do protesto por novo júri da exclusividade da quantidade ou natureza da pena aplicada para, então, permitir a adequação do instituto quando o veredicto não fosse superior a dois terços, passou a correlacionar o cabimento do protesto a hipóteses de não unanimidade da votação do conselho de sentença. Ponte (1995).

Com as Constituições de 1934, artigo 5º, XIX, a, e 1937, artigo 16, XVI, de cunho notadamente centralizador, a competência para legislar foi concentrada na União que assumiu privativamente a tarefa de elaborar os textos normativos de natureza processual.

Diante disso, em 1941, foi outorgado o Código de Processo Penal, pelo Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro daquele ano, no qual se manteve a tradição e previu-se a possibilidade de formulação de protesto por novo júri, nos termos do art. 607 e 608.

Após esse breve apanhado histórico do protesto por novo júri, impõe-se uma análise do instituto, a iniciar-se por sua natureza. O que é o protesto por novo júri? Com efeito, o instituto estava previsto no capítulo IV, do Título II, do Código de Processo Penal, sob a denominação “dos recursos em geral”. Seria, então, o protesto um autêntico recurso, apesar do julgamento não ser devolvido para órgão superior, mas para o mesmo órgão julgante?

Há quem considerasse o protesto mais um *favor libertatis* do que propriamente um recurso, assim, por exemplo Tornaghi (1990), pois não é necessário invocar erro da decisão, mas apenas que a pena de reclusão fosse igual ou maior que vinte anos.

Predomina, porém, na doutrina, a orientação segundo a qual o protesto por novo júri constitui autêntico recurso, apesar de suas peculiaridades. Nesse sentido, Tubenchlak (1997) Tourinho Filho (2008) Noronha (1997) Porto (2005).

O protesto por novo júri não é um recurso unânime a críticas. Na doutrina, somavam-se argumentos contrários a permanência do recurso no Código de Processo Penal e, também, argumentos favoráveis a sua manutenção.

Zagallo (2000) argumenta que os recursos se destinam a corrigir erros e desvios da decisão, o que o conduz a considerar o protesto por novo júri uma excrescência, na medida em que determina a anulação do julgamento anterior com base apenas na gravidade da pena, sem qualquer discussão sobre erro ou desvio.

Por outro lado, Pimenta Bueno *apud* Noronha (1997) que ponderava, a favor do protesto, a possibilidade de erro judiciário em razão da sedução dos jurados pela capacidade retórica do acusador, por juízos preconcebidos a respeito do réu, estereótipos, e clamor público diante da gravidade do crime.

Noronha (1997) cataloga as seguintes características do protesto por novo júri: é recurso privativo do réu; é dirigido ao próprio juiz-presidente do júri; interponível uma única vez; é impeditivo de outros recursos e cabível contra sentença condenatória igual ou superior a vinte anos de reclusão que reconheça a prática de crime doloso contra a vida.

Trata-se de recurso exclusivo da defesa, a ser interposto por petição, no prazo de 5 dias, independentemente de razões, o que se justifica pois o cabimento do protesto é a existência de um dado objetivo a condenação à reclusão igual ou superior a 20 anos, art. 607, *caput*, do CPP.

Geraldo Prado *apud* Rocha (2006) justifica que a existência de recursos exclusivos da defesa está relacionada à necessidade de prevenção de decisões injustas ao acusado. A acusação, por ter sobre si o ônus da prova dos fatos que fundamentam a pretensão punitiva, se não logra convencer o juiz natural e imediato, aquele que tem contato direto com as provas, como pode o Tribunal modificar uma sentença absolutória.

O protesto é dirigido ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, que deve examinar a presença dos requisitos de admissibilidade e determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal popular.

Por força do princípio da soberania dos veredictos, art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República, não há intervenção do Tribunal *ad quem* na solução do mérito do julgamento, o crime doloso contra vida será integralmente devolvido para apreciação do próprio Tribunal Júri, o que decorre do princípio do juiz natural, art. 5º, LIII, da Carta Magna.

De acordo com o art. 607, §3º, do CPP, no novo julgamento, não servirão os mesmo jurados, que tenham atuado no julgamento anterior, o que se justifica como forma de garantir uma apreciação da causa despida de ranços oriundos do julgamento primitivo.

O protesto está limitado a uma única interposição, conforme prevê o art. 607, *caput*, do CPP. É recorrente na doutrina a afirmação de que submetido a novo julgamento em razão de apelação que reconhece nulidade posterior à pronúncia ou a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não obsta a interposição do protesto no segundo julgamento, se atendidos seus pressupostos. Noronha (1997).

O recebimento do protesto tem o efeito de desconstituir o julgamento anterior, o que importa a perda do objeto da apelação, eventualmente, interposta contra a sentença condenatória pelo crime doloso contra a vida. A existência de uma decisão é pressuposto lógico do recurso, uma vez admitido o protesto e submetido o Réu a novo julgamento, a apelação, por ventura, interposta queda por impugnar o nada, pois a decisão do júri anterior desaparece, afirma Tornaghi (1990).

Para o cabimento do protesto, a condenação à pena de reclusão igual ou superior a 20 anos, deve ser considerada isoladamente por cada crime doloso conta a vida ou pela exasperação nos casos de concurso formal e crime continuado, esse porque é considerado crime único e aquele em razão da unidade delitual, afirma Tourinho (2008). O que não se admite é a soma de penas no concurso material para alcançar tempo de pena necessário para o cabimento do protesto por novo júri.

Sempre foi objeto de controvérsia a possibilidade de interposição de protesto por novo júri se a pena for aumentada em grau de apelação. Essa discussão se deve a redação do art. 607, §1º e do, atualmente, revogado art. 606, do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal instituído em 1941, estabelecia no art. 607, §1º, que não era admissível a interposição do protesto por novo júri, quando a pena fosse aplicada em grau de apelação. A redação do dispositivo legal encerrava-se com remissão ao art. 606, do CPP.

O art. 606, *caput*, do Código de Processo, em sua redação original, estabelecia que, na apelação interposta com base em manifesta contrariedade da decisão dos jurados com a prova dos autos, poderia o Tribunal reformar a decisão para condenar ou absolver o réu. O parágrafo único do aludido artigo, por sua vez, estabelecia que, no caso de apelação para corrigir o erro ou injustiça na aplicação da pena, o Tribunal lhe daria provimento para fazer a retificação.

Na primeira hipótese, o dispositivo teve validade, enquanto vigeu a Constituição de 1937, que não previa a soberania dos veredictos como princípio informador do Júri. Com a promulgação da Constituição de 1946 e a inclusão dessa garantia, o *caput*, do art. 606, não foi recepcionado, o que culminou na edição da Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, que revogou integralmente o art. 606, mantido, entretanto, o art. 607, §1º, do CPP.

Nesse contexto, surgirão duas orientações interpretativas relativamente ao cabimento do protesto quando a pena é imposta na apelação. A primeira, restritiva e defendida por Noronha (1997), considera inadmissível a utilização do protesto, pois é necessário que a pena seja consequência do veredicto dos jurados.

Em sentido oposto, Porto (2005), em orientação predominante, considera cabível o protesto quando a pena é imposta em grau de apelação, porquanto a Lei nº 263/1948 revogou a íntegra do art. 606, tanto o *caput* quanto o parágrafo único, de modo que o art. 607, §1º, ficou derogado tacitamente.

Discute-se, também, a possibilidade de majoração da pena do réu submetido a novo júri em razão do protesto. Em outras palavras, indaga-se se é aplicável o princípio da vedação a *reformatio in pejus*?

Responde negativamente, Tourinho Filho (2008), que advoga a não vinculação ao julgamento anterior que foi desconstituído pelo protesto. A soberania dos veredictos confere plena liberdade aos jurados para agravarem a situação do réu, se reconhecerem a existência de causa ou circunstância que implique a majoração da pena, que não tenha sido afirmada no julgamento primitivo.

Porto (2005), por outro lado, sustenta que o princípio da vedação a *reformatio in pejus* é perfeitamente aplicável ao novo julgamento no júri provocado pelo protesto, em interpretação extensiva dos art. 617 e art. 626, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que vedam a agravação da pena do réu no julgamento da apelação e da revisão criminal, mormente, porque, no último caso, trata-se de instrumento a serviço privativo do réu.

Tubenchlak (1997) entende que sequer seria necessária a existência de dispositivo legal, pois admitido que a sucumbência e o interesse são pressupostos maiores dos recursos, tem-se por irrazoável que uma alegação de prejuízo venha a resultar em prejuízo maior.

Em 9 de junho de 2008, a Lei nº 11.689, que alterou o procedimento o Tribunal Júri, revogou o Capítulo IV, do Título II, do Livro III, do Código de Processo Penal, que disciplinava o cabimento do protesto por novo júri, o que foi submetido à *vacatio legis* de 60 dias. A Lei foi publicada no Diário Oficial da União de 10 de junho de 2008 e entrou em vigência em 9 de agosto de 2008.

6 – DA ULTRATIVIDADE DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

Com a vigência da Lei nº 11.689/2008, que revogou o Capítulo IV do Título II, do Livro III, do Código de Processo Penal, que previa o cabimento do protesto por novo júri, em 9 de agosto de 2008, instalou-se uma discussão a respeito da eficácia temporal da nova lei em relação aos processos em andamento e aos fatos praticados antes de sua vigência.

Em outras palavras, busca-se a resposta para a seguinte indagação: é, ainda, admissível a interposição do protesto por novo júri por acusados de crimes dolosos contra vida ocorridos até a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 ou o protesto não poderá mais ser utilizado após 9 de agosto de 2008, data da entrada em vigor da referida lei? Para responder a essa questão surgiram duas orientações doutrinárias.

Grinover *et al* (2009) advogam que a matéria relativa à recorribilidade das decisões rege-se pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada, trata-se da aplicação imediata da lei nova com base na interpretação do art. 2º, do Código de Processo Penal.

A segunda orientação, Rangel (2008), sustenta que a lei que disciplina o direito de recorrer da decisão é a vigente na data da prática do fato, de modo que estar-se-ia diante da ultratividade do art. 607 e 608, do Código de Processo Penal, ou melhor da não retroatividade da Lei nº 11.689/2008 para os fatos praticados antes de sua vigência, por conta do art. 5º, XL, da Constituição da República.

Para tanto, propõem-se três situações distintas para compreensão da controvérsia. Na primeira hipótese, o réu é acusado de crime doloso contra vida, condenado no primeiro júri à pena de reclusão igual ou superior a 20 anos e protesta por novo julgamento antes de 9 de agosto de 2008, pendente ainda de novo julgamento. Deve o novo julgamento prosseguir?

De acordo com a orientação doutrinária que propõe a aplicação do princípio *tempus regit actum*, trata-se de hipótese de situação definitivamente constituída. A possibilidade de interpor o recurso já se incorporou aos direitos do Réu. Malcher (2009).

A próxima situação a ser analisada, refere-se ao réu acusado de crime doloso contra a vida, cuja sentença condenatória à reclusão igual ou superior a 20 anos foi publicada antes da vigência da Lei nº 11.689/2008, ou seja, antes de 9 de agosto de 2008, mas o protesto é interposto, tempestivamente, após a vigência. Diante disso, é, ainda, admissível o recurso exclusivo da defesa?

Esse caso foi objeto da Carta Testemunhável nº 2008.069.00013 da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatado pelo Desembargador Carlos Augusto Borges, julgado em 12/12/2008, na qual se assentou que é indiferente a natureza da norma que rege o protesto, pois, ainda que considerada a tese da aplicação imediata da Lei 11.689/2008, ela só é aplicável as decisões publicadas após a sua vigência em 9 de agosto de 2008. Raciocínio construído com base na doutrina de Grinover *et al* (2009),

segundo o qual a lei que rege a recorribilidade é a que está vigente no momento da publicação da decisão.

Em ambas os casos propostos acima, por considerar regente do direito de recorrer à lei em vigor na data do fato praticado, a segunda corrente tem por admissível a interposição do protesto por novo júri.

Sob a terceira hipótese, objeto deste trabalho, recai o dissenso doutrinário. Diz respeito ao acusado de crime doloso contra a vida praticado até 8 de agosto de 2008, sob a vigência dos art. 607 e 608, do Código de Processo Penal e, posteriormente, processado e condenado a pena de reclusão igual ou superior a 20 anos após 9 de agosto de 2008, já sob a vigência da Lei 11.689/2008. Nesse caso, é admissível o protesto por novo júri?

Responde negativamente Nucci (2008), para quem não se ignora a existência de normas processuais com conteúdo material, com efeito, o direito a recurso não integra o âmbito conceitual dessas normas que versam sobre nítido conteúdo de Direito Penal, tais como decadência, preempção, renúncia e outros. A supressão de recurso, a limitação a direito de prova consiste em mera norma instrumental pura.

Para se falar em conteúdo material da norma processual é necessário que haja a possibilidade de se concluir pela alteração da situação de direito material do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Assim, a norma que extingue ou cria recurso é tipicamente processual, pois não implica restrição ao Estado em aplicar à pena, assevera Mendonça (2008).

Essa orientação foi acolhida em acórdão da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do *Habeas Corpus* nº 2009.059.00693, relatado pelo Desembargador Angelo Moreira Gliocche, julgado em 18/02/2009.

Em sentido oposto, tem-se a orientação que defende a ultratividade do protesto por novo júri, porque as normas que cuidam do direito de recorrer correspondem à manifestação das garantias da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, de modo que deve ter aplicação aos fatos praticados sob sua vigência, justifica Gomes *et al* (2008)

Moreira (2009), também favorável à admissão do protesto por novo júri para os fatos praticados antes de 9 de agosto 2008, data da entrada em vigor da Lei nº 11.689, afirma que as normas que tratam do duplo grau de jurisdição possuem conteúdo material, porquanto o direito ao reexame da causa é uma garantia constitucional inerente ao princípio do devido processo legal e como tal devem ser eficácia ultra-ativa.

Rangel (2008) aduz que a não aplicação da lei nova que suprimiu o recurso é consequência da irretroatividade da lei penal, uma vez que o princípio de direito intertemporal que rege os recursos, no processo penal, é do *tempus comissi delicti*, porquanto a extensão hermenêutica do art. 5º, XL, da Constituição da República abrange tanto as normas penais quanto as processuais.

Salienta Lopes Júnior (2008) que o direito penal e processual penal não podem ser analisados como ramos estanques, há uma interdependência inerente, o que lhes confere o caráter de coesão de um sistema penal.

Santos (2007) assinala que o princípio da legalidade, sob o aspecto da anterioridade da lei penal, *lex praevia*, há também de ser observado no processo penal porque o primado do direito penal substancial determina a extensão das garantias do princípio da legalidade ao subsistema de imputação, indiciamento e de execução penal, na medida em que a coerção processual é a própria realização da coação punitiva e o gênero lei penal abrange as espécies, lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo princípio fundamental.

A construção de um modelo garantista, ressaltam Queiroz; Vieira (2009), exige que se reconheça às normas processuais, que veiculem garantias ao cidadão, idêntica estabilidade conferida às normas penais, sobretudo quando da superveniência de norma que venham a suprimir ou relativizar direitos do acusado, a fim de impedir que o Estado, no intento de medidas efficientistas, altere as regras do processo.

Não se olvida o que Lopes Junior (2008) aponta como princípio da necessidade do processo em relação à pena. O processo é mais do que um instrumento a serviço do poder punitivo, é um instrumento limitador do poder e garantidor do indivíduo. O processo penal é o único meio legítimo de imposição da pena. Portanto, as faculdades e os direitos subjetivos assegurados ao acusado pelo Direito Processo Penal representam um obstáculo a pretensão punitiva.

O protesto por novo júri viabiliza a realização de um novo julgamento, quando a gravidade da pena o recomenda, de modo que é um direito subjetivo do acusado, assegurado materialmente como garantia constitucional, nos termos do art. 8º, n. 2, h, do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, que internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por conseguinte, a possibilidade de novo julgamento cria um obstáculo a concretização do poder punitivo, pois enquanto o devido processo legal limita a atuação repressiva do Estado sobre a liberdade do acusado, tem-se que não se percorreu todo o caminho necessário a imposição da pena. Logo, não se legitimou a coerção penal.

A supressão do recurso e a antecipação do momento que se torna possível a intervenção punitiva do Estado sobre a pessoa, configura uma redução de garantias e uma coerção indireta, que justifica a não retroatividade da lei processual antigarantista para atingir os fatos praticados antes de 9 de agosto de 2008.

O que se tem é uma proposta garantista do processo, uma interpretação constitucional do processo penal pela qual seja conferido um caráter de instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais, pois como propõe Ferrajoli *apud* Lopes Junior (2008) quanto à lei do mais débil, no momento do crime, a vítima é o mais débil e, portanto, é destinatário da tutela penal, todavia, no processo penal, invertem-se as situações, pois o mais débil é o acusado que é o alvo do poder acusatório do Estado e da violência institucionalizada do processo e da pena.

7 - CONCLUSÃO

A ultratividade do protesto por novo júri ou, melhor, a não retroatividade da Lei nº 11.689 de 9 de junho de 2008, em vigor em 9 de agosto de 2008, que revogou o Capítulo IV, do Título II, do Livro III do Código de Processo Penal, para os casos em que o fato praticado, crime doloso contra a vida, seja anterior essa data, depende de reconhecer que as normas que regem o direito de recorrer estão submetidas ao princípio de direito intertemporal do *tempus comissi delicti*.

A tradicional asserção de que as normas processuais penais sujeitam-se à aplicação imediata não atende a uma construção de um modelo que preserve as garantias constitucionais dentro do processo penal. A limitação imposta pelo princípio da legalidade, sob a perspectiva da anterioridade da norma, como legitimadora da atuação de um Estado de Direito, deve ser extensível tanto as normas penais quanto as normas instrumentais.

A limitação ao poder punitivo extraída da instrumentalidade do processo penal, como método exclusivo e legítimo de imposição da pena, é mitigado quando se reconhece ao Estado a possibilidade de reduzir ou suprimir esses direitos subjetivos após a prática do fato, uma vez que permite a livre manipulação por uma das partes do processo de seu conteúdo em

desfavor justamente daquele que é mais débil, pois o só fato de ser processado criminalmente já representa um estigma social.

O Estado Democrático de Direito, compreendido como aquele que legitima suas decisões legislativas, administrativas e jurisdicionais através da participação dos interessados e da fundamentação, impõe o reconhecimento de que o direito de recorrer é uma garantia político-institucional, porque assegura ao jurisdicionado um instrumento de controle da legalidade e adequação da decisão jurisdicional.

Ademais, o direito de recorrer está positivado como uma garantia judicial de estatura constitucional, por força do art. 8º, n. 2, h, do Pacto de *San José* da Costa Rica, que institui a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem natureza de fonte complementar dos direitos e garantias fundamentais para a Constituição da República de 1988.

Indiferente às críticas ou exortações promovidas pela doutrina a respeito do recurso de protesto por novo júri, acredita-se que, por cuidar-se de instrumento processual viabilizador da realização de novo julgamento perante o Tribunal do Júri, quando a gravidade da pena imposta o admite, somado ao fato de que as decisões do Júri são informadas pelo sistema cognitivo da íntima convicção, o protesto por novo júri seja uma garantia processual do acusado.

Assim, a conclusão a que se chega é pela não aplicação retroativa da Lei nº 11.689/2008, aos fatos praticados antes de 9 de agosto de 2008, data de sua vigência, pois o direito de recorrer representa uma garantia processual cuja limitação é capaz imprimir um conteúdo restritivo a liberdade individual do acusado, porquanto antecipa o momento de intervenção estatal, através da imposição da pena, sem a possibilidade do novo julgamento para conferir maior segurança sobre o resultado alcançado.

REFERÊNCIAS

- BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Processo Penal em face da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11 ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; Cunha, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. trad. de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redin. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1951. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergi Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385>> Acesso em 05/05/2009.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NALINI, José Renato. *Comentários ao Novo Código Civil: Livro complementar das disposições finais e transitórias*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Texeira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 22.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 23/06/2009

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 23/06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> . Acesso em: 23/06/2009

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei de 29 de Novembro de 1832: Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm> . Acesso em: 23/06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei nº 261, de 3 de Dezembro de 1841: Reformando o Código do Processo Criminal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm> . Acesso em 23*06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm > . Acesso em: 23/06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de Dezembro de 1941*: Lei de Introdução do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3931.htm > . Acesso em: 23/06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei nº 263, de 23 de Fevereiro de 1948*: Modifica a competência do Tribunal do Júri e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L263.htm > . Acesso em : 23/06/2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei nº 11.689 de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm> . Acesso em 23/06/2009.

PONTE, Antônio Carlos da. A evolução do Protesto por Novo Júri no Direito Brasileiro *in Revista Justitia*. São Paulo. 1995. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/5c3x42.pdf>> . Acesso em: 06/06/2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos, aspetos do julgamento, questionários*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. *Retroatividade da lei processual penal e garantismo*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>>. Acesso em: 13/06/2009

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Limitado pela Convenção Americana de Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/18829>> Acesso em: 13/06/2009

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 22490/PI. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 03/02/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=22490&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 23/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343 – 1/SP. Relator Cesar Peluso. Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pris%E3o%20e%20civil\(466343.NUME.%20OU%20466343.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pris%E3o%20e%20civil(466343.NUME.%20OU%20466343.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 23/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Julgado em 01/06/1977. DJ 22/12/1977.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Cível nº 9584/DF. Relator Lafayette Andrade. Julgado em 21/08/1051. DJ 18/10/1951.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Carta Testemunhável nº 2008.069.00013. Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Carlos Augusto Borges, julgado em 12/12/2008. Disponível em: < <http://www.tj.rj.gov.br/> > Acesso em 13/06/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Habeas Corpus nº 2009.059.00693. Oitava Câmara Criminal. Relator Desembargador Angelo Moreira Glioche, julgado em 18/02/2009. Disponível em Disponível em: < <http://www.tj.rj.gov.br/> > Acesso em 13/06/2009.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAGALLO, Rogério Leão. Do protesto por novo Júri in *Revista Justitia*. São Paulo. 2000. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/7b639y.pdf>>. Acesso em 23/06/2009.