



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito de Defesa e o Protesto por Novo Júri Ante a Lei 11.689/08

Felipe Almeida Bogado Leite

Rio de Janeiro
2010

FELIPE ALMEIDA BOGADO LEITE

O Direito de Defesa e o Protesto por Novo Júri Ante a Lei 11.689/08

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

Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Kátia Araujo.

Rio de Janeiro
2010

O DIREITO DE DEFESA E O PROTESTO POR NOVO JÚRI ANTE A LEI 11.689/08

Felipe Almeida Bogado Leite

Graduado pela Faculdade Nacional
de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: as recentes alterações no Código de Processo Penal, conquanto não tenham ainda adequado as normas aos anseios por uma reforma geral, representaram uma mudança significativa nos processos e nos procedimentos, envolvendo direitos e garantias previstos na Constituição, em especial o direito de defesa. A Lei nº 11.689/08, que retirou do *codex* os artigos 607 e 608, pôs fim ao protesto por novo júri, promovendo, para muitos, uma mitigação do direito de defesa, e, por isso, gerando intensa discussão no que diz respeito à sua aplicação no direito intertemporal. A essência do trabalho é abordar essa divergência, analisando os principais aspectos envolvidos no tema.

Palavras-chave: Direito, Defesa, Protesto, Novo, Júri.

Sumário: Introdução. 1. Direito de Defesa na Constituição. 2. Protesto por novo júri como manifestação do Direito de Defesa. 3. Natureza jurídica da Lei 11.689/08. 3.1. Natureza Puramente Processual. 3.2. Natureza Material e Processual. 3.3. Jurisprudência. 4. Aspectos processuais práticos do protesto por novo júri. 4.1. Antes da Lei nº 11.689/08. 4.2. Após a Lei nº 11.689/08. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado enfoca a temática do direito de defesa, voltando-se especificamente para a sua manifestação no recurso do protesto por novo júri, recentemente extirpado do *codex* processual pela Lei nº 11.689/08, refletindo sobre as consequências da revogação dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, em especial nos casos em que o crime doloso contra a vida foi praticado antes do advento da lei revogadora.

Para tal, estabelece um paralelo entre os tratamentos legais conferidos aos réus antes e após o advento da Lei nº 11.689/08, procurando desvendar a natureza jurídica da referida lei – se puramente processual, ou se híbrida ou mista, dotada de caráter processual e material – a fim de avaliar o momento do início de sua aplicabilidade.

Há, na doutrina e na jurisprudência, vozes que sustentam a aplicação imediata da lei no julgamento de crimes praticados antes mesmo de seu advento, negando o cabimento do protesto por novo júri, ao fundamento da natureza exclusivamente processual da norma que revogou os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal.

De outro lado estão os que sustentam que há um cunho material na Lei nº 11.689/08, e sua aplicação aos crimes cometidos preteritamente significaria retroatividade em prejuízo do réu. Assim, sobretudo em privilégio do direito de defesa, seria ainda admissível o protesto por novo júri no caso de condenação a penas iguais ou superiores a vinte anos por crime doloso contra a vida cometido antes do advento da Lei.

Com o presente estudo, busca-se analisar as teses sobre a natureza da lei, testar as diferentes possibilidades de interpretação da norma em consonância com o direito de defesa e avaliar os aspectos práticos que necessariamente exsurtem da alteração normativa, para, ao fim,

ponderar sobre a melhor aplicação do referido dispositivo.

O estudo do tema far-se-á mediante a análise de um caso concreto, que recentemente veio à baila justamente em razão dessa divergência. Trata-se do caso que envolveu o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, denunciados em 7 de maio de 2008 porque teriam, em 29 de março de 2008 – antes, portanto, da revogação dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal – cometido crime doloso contra a vida da filha do primeiro réu.

Pronunciados e submetidos ao julgamento popular, já após o advento da Lei nº 11.689/08, foram condenados a penas superiores a 20 anos. O advogado dos réus interpôs o recurso do protesto por novo júri, por entender que ainda seria cabível nos casos de crimes praticados antes da revogação dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, sendo manifestação do direito de defesa.

Para saber se assiste razão à defesa, mister a avaliação dos institutos pertinentes ao direito de defesa, ao protesto por novo júri, à natureza da Lei nº 11.689/08, ao direito intertemporal e aos aspectos processuais que envolvem o tema.

1. DIREITO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no rol de garantias disposto no artigo 5º previu expressamente o direito de defesa nos incisos LIV e LV, que tratam do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Além de assegurado na Carta Maior, o direito de defesa tem nela sua extensão ampliada,

com a previsão de que tais garantias são aplicáveis não só em processos judiciais, mas também na esfera administrativa.

O direito de defesa não diz respeito apenas ao mero direito de manifestação no processo. A intenção do constituinte foi assegurar a pretensão à tutela jurídica, que, por sua vez corresponde à garantia consagrada no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88, que contém, em suma, o direito à informação, o direito de manifestação e o direito de ter os argumentos considerados.

Não é o objetivo do presente trabalho dissecar pormenorizadamente cada instituto, mas é importante traçar uma noção deles.

O direito de informação obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes. Conforme ensina GRINOVER (2003), “decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”. O direito de informação é, portanto um dos elementos constitutivos do contraditório.

O direito de manifestação, por sua vez, assegura à parte a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. De nada adiantaria para a busca pela verdade dos fatos a ciência dos atos se a parte não tivesse a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo adversário.

Já o direito de ver seus argumentos considerados corresponde ao dever do órgão incumbido de julgar de conferir atenção, ou seja, não só tomar conhecimento das razões, como também considera-las, séria e detidamente.

É sabido que o direito de defesa constitucional se desdobra em três princípios norteadores, quais sejam: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A seguir ver-se-á cada um deles.

O devido processo legal tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LIV e assegura aos litigantes, em geral, qualquer que seja a espécie de ação e natureza da questão debatida em juízo, o direito à estrita observância das normas processuais aplicáveis ao caso concreto.

Isto significa que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, ou receber qualquer pena, sem que haja a observância das regras estabelecidas no Código de Processo Penal, para o processo e procedimento. Corolário deste princípio é o brocardo *nulla poena sine iudicio*.

Esse princípio engloba os demais princípios processuais, como os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da inafastabilidade da jurisdição e da vedação às provas ilícitas.

O devido processo legal pode ser entendido em dois aspectos: o formal e o material. Quanto ao aspecto formal, ele diz respeito ao zelo aos procedimentos e ritos e demais regras processuais. No que tange ao aspecto material, ele atenta para a essência dos atos, a justiça e a equidade. Pode-se afirmar que é no aspecto material que se vislumbra a aplicação do princípio da razoabilidade.

Entende o Supremo Tribunal Federal que, no Estado Democrático de Direito, a lei constitui garantia formal de processo regularmente produzido, mas principalmente uma forma de contemplação dos anseios dos cidadãos.

Pode-se afirmar que, com a observância a esse princípio se pretende resguardar a igualdade entre a acusação e a defesa, assegurando um equilíbrio justo na relação processual penal, que é denominado pela doutrina como princípio da igualdade de parte ou paridade de armas.

O contraditório e a ampla defesa estão previstos no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88. Ambos são garantias de um processo justo, seja em que esfera for.

O princípio do contraditório determina que há a necessidade de informação para que haja a possibilidade de reação. Justamente por isso, as provas colhidas no inquérito não são suficientes para determinar uma condenação, pois como o inquérito é inquisitivo, tais provas não foram passíveis de contraditório.

O contraditório deve ser entendido como o direito de conhecer os fatos e alegações relevantes do processo, trazidos pela outra parte e de se contrapor a eles, apresentando sua defesa escrita ou oral, contribuindo, dessa forma, para o convencimento do juiz e, conseqüentemente, com o provimento final almejado. É, portanto, clara manifestação do princípio da paridade das armas, da efetiva igualdade processual.

O contraditório garante também que a oportunidade de resposta possa se realizar na mesma extensão e profundidade da manifestação da outra parte. Este princípio é de tamanha relevância que constitui verdadeiro requisito de validade do processo, e sua não observância poderá ser passível de nulidade absoluta, quando prejudicar o acusado.

Já a ampla defesa é o direito de, no exercício do contraditório, poder fazer uso de todos os meios probatórios juridicamente admissíveis para sua defesa.

A ampla defesa no processo penal é satisfeita de duas formas: pela autodefesa e pela defesa técnica. A primeira é a defesa realizada pelo próprio réu; e a defesa técnica é aquela realizada pelo advogado ou defensor.

O STF complementa a ampla defesa consagrando, entre outros, o direito à audiência, ou seja, ao comparecimento do acusado perante o juiz, objetivando a narração de sua versão dos fatos ocorridos.

Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, a ampla defesa impõe a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, quando houver prejuízo ao acusado.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa podem ser considerados como

a pedra fundamental de todo o processo penal. Isso porque são cláusulas de garantia e existem para a proteção do cidadão ante a persecução penal.

E é aqui que se enquadra o protesto por novo júri como manifestação do direito de defesa.

2. PROTESTO POR NOVO JÚRI COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

O recurso do protesto por novo júri é um instituto que tem inspiração no direito inglês, que previa a *motion for a new trial* e o *writ of venire facias de novo*, que são, respectivamente, um pedido de um novo julgamento e uma ordem dada pelo Tribunal para que o juiz convoque o júri para o novo julgamento.

De fato os institutos ingleses inspiraram o protesto por novo júri, mas pouco se assemelham com o recurso como é concebido no Brasil. Para BADARÓ (2007), então, trata-se de uma criação exclusiva do Processo Penal Brasileiro.

No ordenamento jurídico pátrio, o protesto por novo júri teve sua primeira previsão legislativa no Código de Processo Criminal de 1832. Naquele tempo, ele tinha cabimento quando em um primeiro julgamento o réu fosse condenado à pena de morte, degredo, desterro, galés ou prisão. Foi limitado, em 1841, às condenações à morte e galés perpétuas, que eram as mais graves penas previstas à época, sendo que já havia a previsão de que somente poderia ser interposto uma única vez.

Observe-se que, após a abolição daquelas penas no direito brasileiro, cessaram os motivos que fundamentavam a adoção do protesto por novo júri no Brasil, o que fez com que

começassem a surgir as críticas à manutenção do instituto no ordenamento.

No período republicano, a Lei nº 18 de 1891 reforçou o entendimento de que esse recurso somente poderia ser manejado uma vez. Nessa época, porém a maioria dos Códigos Estaduais já passou a prever um limite mínimo de condenação de 20 anos de prisão para que fosse admitido o protesto por novo júri.

Pode-se afirmar, segundo DA PONTE (1996) que “o protesto por novo júri nasceu com a finalidade de sanar eventual erro judiciário, já que era admitido apenas nas hipóteses de pena de morte ou galés perpétuas”.

A Constituição de 1937 não contemplou o Tribunal do Júri em seu texto, e deixou a tarefa de organização a cargo da legislação infraconstitucional, vindo o instituto a retornar ao corpo constitucional com as Cartas de 1946, 1967, 1969.

Com a Carta Cidadã, de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, o julgamento pelo Tribunal do Júri passou a ser garantia daqueles que praticassem crimes dolosos contra a vida.

Dessas lições preliminares já é possível depreender que, desde sua origem, o protesto por novo júri é uma das manifestações do direito de defesa, na medida em que proporciona aos condenados às mais graves penas a oportunidade de se verem submetidos a um novo julgamento.

Essa possibilidade carrega em sua essência duas faces de uma mesma moeda: caso a nova decisão venha a confirmar a condenação, confere-se ainda maior credibilidade à decisão; caso a condenação seja revertida, evidencia-se o equívoco daquela primeira decisão e ressalta-se a própria necessidade deste segundo julgamento. Isso tudo sem que seja desrespeitado o princípio da soberania dos veredictos.

Trata-se, inequivocamente, do exercício do direito de defesa, o que se verifica da

possibilidade de ser manejado exclusivamente pelo réu, ao único fundamento do *quantum* da pena fixada na condenação por crime doloso contra a vida.

3. NATUREZA JURÍDICA DA LEI Nº 11.689/08

Recentemente o Código de Processo Penal sofreu significativas alterações com as Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, que, apesar de não corresponderem aos anseios por uma reforma processual geral, geraram uma enorme repercussão nos procedimentos e, conseqüentemente, nos direitos que deles advêm.

Entre as recentes reformas, destaca-se a promovida pela Lei nº 11.689/08, que, em seu artigo 4º, extinguiu os artigos 607 e 608 do *codex* processual, os quais previam o protesto por novo júri.

Diante dessa revogação do Capítulo IV do Título II do Livro III, tal qual ocorre sempre que há uma mudança procedimental, surgem as questões de direito intertemporal que envolvem o tema.

Na espécie em análise, a principal celeuma diz respeito à incidência da supressão do protesto por novo júri sobre todas as decisões proferidas após a égide da lei revogadora, independente da data de cometimento do ato, ou apenas àquelas que julgam atos praticados após a sua entrada em vigor.

A fim solucionar as questões de direito intertemporal que irão decorrer do advento dessa lei, convém definir sua natureza jurídica.

Isso porque o direito intertemporal penal difere do processual penal.

No primeiro, o que determina se a lei se aplica ou não ao caso é a data do cometimento do delito. Ou seja, as normas de caráter penal aplicadas ao caso são aquelas vigentes à época do crime, que perdurarão, em regra, ainda que venham a ser modificadas ou revogadas, com a observância, porém, do princípio da retroatividade da lei penal posterior mais benéfica, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL da Constituição.

Já para as questões processuais penais, o que se toma por base para aplicação das mudanças é o momento da decisão ou do ato processual. Isso significa que, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal, as normas processuais têm aplicação imediata a partir de sua vigência.

A questão que passou a ser debatida diz respeito à natureza da Lei nº 11.689/08: se puramente processual e, portanto, com aplicação imediata a todos os processos em trâmite, ou se híbrida ou mista, dotada de caráter processual e material, com aplicação apenas ao julgamento dos crimes praticados após a sua entrada em vigor, dada a irretroatividade da lei penal mais prejudicial.

A doutrina se encontra extremamente dividida no que tange a essa questão.

3.1. NATUREZA PURAMENTE PROCESSUAL

Alguns doutrinadores, como BADARÓ (2009), LIMA (2009), GRINOVER (2009) e NUCCI (2008), entre outros, entendem que a Lei nº 11.689/08 trata de matéria puramente

processual, por isso tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal.

Para esse entendimento as normas sobre recurso são normas processuais, sendo que o fato do meio recursal ser reflexo do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal não faz com que a norma seja híbrida.

Nas palavras de LIMA (2009), “não podemos, de forma alguma, concordar que o fato do meio recursal ser reflexo do duplo grau de jurisdição faça com que a norma seja híbrida”. Para o autor, como o protesto por novo júri sequer desafiava um duplo grau de jurisdição, com maior razão ele norma expressa constitucional, mas sim reflexo do devido processo legal.

Conforme ensinam os referidos doutrinadores, filiados a esta linha de pensamento, só haverá norma penal mista quando parte essa possuir natureza penal, o que só se dá quando acarretar na extinção da punibilidade (prescrição, renúncia, etc.) ou na restrição ao direito de liberdade (prisão cautelar).

Além disso, o fato do protesto por novo júri ser recurso exclusivo da defesa e de exigir para sua interposição condenação a pena igual ou superior a 20 anos de reclusão não retira seu caráter processual, pois esses elementos são requisitos específicos para interposição do recurso, ou seja, matéria de direito processual.

3.2. NATUREZA MATERIAL E PROCESSUAL

Em entendimento diverso do acima esposado, outros doutrinadores, como DELMANTO JÚNIOR (2009), TOURINHO FILHO (2009), GOMES (2008), RANGEL (2009) e FONSECA

(2010), ensinam que o protesto por novo júri tem caráter misto (tanto processual quanto material) e, por isso, deve ser aplicado para todos os julgamentos do júri relativos a delitos cometidos antes da entrada em vigor da nova Lei, em razão do disposto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88, que consagra o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Segundo esse entendimento, a supressão do recurso afeta diretamente direitos individuais do réu (ampla defesa, liberdade e duplo grau de jurisdição).

RANGEL (2009) ensina que o protesto por novo júri tem natureza processual material, pois o motivo do recurso é única e exclusivamente em razão da pena imposta, que é matéria de direito penal, não obstante não existir na decisão do júri ou na sentença do juiz presidente um erro de procedimento ou de julgamento.

Trata-se de aplicação do princípio constitucional da irretroatividade da lei processual penal mais severa, sob pena de criarmos uma instabilidade jurídica. A lei nova, se benéfica retroage. Do contrário, irá regular os fatos futuros.

O princípio da aplicabilidade imediata da lei processual penal tem que passar no filtro axiológico da Constituição, ou seja, se for benéfica a lei processual penal nova aplica-se, desde logo, aos fatos sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Do contrário, não.

No caso em tela, a revogação do protesto por novo júri é prejudicial ao réu que, quando na data do fato tinha direito ao novo julgamento, caso fosse condenado ao quantum de pena igual ou superior a 20 anos de reclusão, em primeiro julgamento.

As regras dos artigos 607 e 608 revogadas são de Direito Processual Penal Material. Envolvem pena e o direito amplo de defesa. Dessa forma, a nova Lei não pode retroagir para prejudicar o réu.

Oportuno destacar nesse ponto o entendimento de FONSECA (2010), que leciona que

“trata-se de matéria, exclusivamente, de Direito Penal benéfica ao réu que, uma vez excluída do Código, tem ultra atividade aos fatos que foram cometidos antes da vigência da Lei nº 11.689/08. Em outras palavras: a lei em comento é mais gravosa não podendo retroagir para alcançar fatos que lhe são pretéritos”.

Um exemplo utilizado por RANGEL (2009) enfatiza a correção desse entendimento, refutando os argumentos anti-tese. Se dois réus cometem crimes idênticos, na mesma data (antes do advento da Lei nº 11.689/08), porém um deles é levado a julgamento em agosto de 2008 e outro em setembro de 2008, somente o primeiro fará jus ao protesto por novo júri, o que é um absurdo incomensurável.

Conforme ensina RANGEL (2009) “o fato é o mesmo. A lei é a mesma, mas a interpretação que se deu foi diferente. E pior: interpretação contrária ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa”.

3.3. JURISPRUDÊNCIA

Na jurisprudência, a questão também ainda não se encontra definida.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é majoritário o entendimento no sentido de que a norma em questão é meramente processual e, por isso, só deve ser aplicada aos sentenciados pelo Júri antes da vigência da Lei nº 11.689/08. De acordo com pesquisa realizada, apenas a Primeira Câmara Criminal possui entendimento no sentido de que a referida norma possui natureza mista.

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento que prevalece também é no sentido de que a Lei nº 11.689/08 possui natureza processual, aplicando o disposto no artigo 2º, do Código de Processo Penal – *tempus regit actum*.

O Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou diretamente a questão, porém, no julgamento da ADI 1.719-9 (rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01), adotou um posicionamento do que se depreende a sua tendência por esta segunda corrente.

A referida ação direta de constitucionalidade discutia o artigo 90 da Lei nº 9.099/95, segundo o qual as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. No julgamento o Supremo decidiu que a Lei 9.099/95 tem conteúdo penal e processual e “em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição Federal”.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS PRÁTICOS DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

4.1. ANTES DA LEI Nº 11.689/08

Antes de procurar desenvolver os questionamentos práticos que surgiram em virtude da

controvérsia sobre o cabimento ou não do protesto por novo júri, é importante destacar, em síntese, como funcionava o recurso quando vigentes os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal.

O motivo do protesto por novo júri era única e exclusivamente em razão da pena imposta. Fosse o réu condenado pelo Tribunal do Júri a pena igual ou superior a 20 anos, fazia jus ao recurso. Alguns chegaram a chamá-lo de recurso *sui generis*, pois levava à anulação do primeiro julgamento independente de haver ou não *error in procedendo* ou *error in iudicando*.

O protesto por novo júri era recurso interposto do júri para o júri. Não havia apreciação por órgão jurisdicional *ad quem*, pois se tratava de recurso interposto perante o Presidente do Tribunal do Júri que, preenchidas as formalidades legais, deveria deferir, dando provimento ao recurso e marcando novo júri.

Sequer eram necessárias as razões recursais; o recurso era imotivado, podendo ser interposto por petição, por termo nos autos, ou até mesmo de forma oral.

O prazo era o mesmo da interposição da apelação, ou seja, 5 dias. O termo inicial era a intimação da sentença, que, em regra, se dava na própria sessão de julgamento.

Recebido o pedido, o juiz presidente do júri limitava-se a verificar os pressupostos de admissibilidade (prazo, montante da pena fixada para o crime, legitimidade ativa), para então designar nova data para o julgamento. Não havia necessidade de fundamentar a decisão porque a anulação do primeiro julgamento, com designação do segundo, advinha da própria lei.

Em síntese, no protesto por novo júri somente há o juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*, não havendo análise de mérito pois, conforme dito, o motivo do recurso funda-se apenas em razão da pena imposta. Assim, somente o não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade obstarão o protesto. A cognição, portanto, era limitada.

Após a realização do novo julgamento, ainda que a pena continuasse igual ou superior a

20 anos, não era cabível um novo protesto. Porém ainda era cabível a apelação, nos casos previstos no artigo 593, III do CPP. O prazo para a apelação somente começava a fluir, então, após o julgamento realizado pelo segundo júri.

Se, do primeiro julgamento resultasse uma condenação a pena igual ou superior a 20 anos, e o réu interpusesse apelação, ao invés de interpor o protesto por novo júri, o juiz presidente deveria recebê-la como se protesto fosse, em razão do princípio da fungibilidade. Isso porque, caso contrário, se recebida a apelação a pena fosse reduzida a patamar inferior a 20 anos, não mais seria cabível o protesto. Sendo aquela apelação recebida como protesto, do novo julgamento ainda seria cabível uma apelação.

Entretanto, por vezes poderia ser mais vantajosa a interposição de uma apelação, quando, por exemplo, se vislumbrasse uma nulidade no julgamento. Nesse caso, a apelação poderia resultar em um novo julgamento, do qual seria cabível o protesto por novo júri, caso houvesse pena igual ou superior a 20 anos. Ressalte-se que, apesar da vedação da interposição do recurso quando a pena fosse imposta em grau de apelação prevista no parágrafo primeiro do artigo 607, a jurisprudência o admitia, uma vez que o dispositivo fazia remissão a uma norma já revogada.

O protesto por novo júri tinha um efeito devolutivo *sui generis*, pois, conforme dito, devolvia toda a matéria ao juiz presidente do Tribunal do Júri, e não à instância superior. E, embora silente o Código de Processo Penal, doutrina e jurisprudência entendiam que havia ainda efeito suspensivo, ou seja, a interposição suspendia todo e qualquer outro recurso interposto. Sustentava, ainda, a doutrina majoritária, que não havia efeito extensivo a eventual corrêu em situação análoga.

Da decisão que não recebia o protesto, conforme sustentava a doutrina majoritária, entre os quais RANGEL (2009) e TOURINHO FILHO (2009), era cabível a carta testemunhável.

MARQUES (1980) e JESUS (1998) entendiam cabível apenas o *habeas corpus*.

O argumento destes doutrinadores era no sentido de que a carta testemunhável tem por escopo possibilitar o curso normal do recurso que não foi encaminhado à instância superior, o que nunca acontecia com o protesto por novo júri, que, por sua essência, já não prosseguia para o órgão julgador *ad quem*. Ademais, caso fosse admitida a carta, o Tribunal, ao dar provimento, deveria também se manifestar sobre o próprio protesto por novo júri, o que desvirtuaria o instituto, que, conforme dito, não comporta a "subida" ao Tribunal.

As lições são bastante coerentes, porém não prevaleciam.

4.2. APÓS A LEI Nº 11.689/08

Feitas essas considerações, tendo em vista que agora há grande controvérsia sobre a manutenção do protesto por novo júri no ordenamento jurídico brasileiro para os crimes cometidos quando ainda vigentes os artigos 607 e 608 do CPP, passa-se a analisar alguns questionamentos.

Em primeiro lugar, pode-se questionar se o juiz presidente do tribunal júri, entendendo não ser mais admissível o protesto, poderia negá-lo, sob o exercício do seu juízo de admissibilidade.

A resposta parece ser positiva. Isso porque, mesmo à época da plena vigência do protesto por novo júri, portanto antes das controvérsias surgirem, o juiz presidente já tinha o juízo de prelibação, podendo negar o recurso quando não preenchidos os seus pressupostos. Aqui,

então, residiria a possibilidade de o juiz presidente do tribunal do júri não receber o protesto, simplesmente por não entender cabível.

A convicção acerca do cabimento do protesto por novo júri seria, então, o maior dos pressupostos de admissibilidade. Ora, se a natureza da lei alteradora não é clara, caberia ao intérprete fixar sua convicção com meios para aplicá-la.

Outra indagação diz respeito à providência a ser tomada no caso de não recebimento do protesto pelo juiz que entende não ser mais admissível.

A resposta aqui deve remontar à inadmissibilidade do protesto pelo motivo que sempre existiu, qual seja, aquela que se dava em virtude do não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade.

Nesses termos, em que pesem as opiniões de MARQUES (1980) e JESUS (1998) no sentido de ser cabível apenas o *habeas corpus*, parece ser cabível, no caso, a carta testemunhável.

E, em não sendo admitido o protesto por novo júri, como proceder com a apelação, no que diz respeito ao prazo?

O prazo para a interposição da apelação e do protesto por novo júri é o mesmo: 5 dias. Assim, interposto o protesto no último dia, e não recebido, a defesa não pode ser privada da possibilidade de apelar. Dessa forma, das duas uma: ou se abre o prazo para apelação apenas após a negativa do protesto por novo júri, ou recebe-se o protesto por novo júri como interposição da apelação (aplicando-se o princípio da fungibilidade), e abre-se prazo para a apresentação das razões.

E foi seguindo esta última orientação que decidiu o juiz presidente do tribunal do júri responsável pelo “Caso Nardoni”.

CONCLUSÃO

O protesto por novo júri permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro ano após ano, como corolário do direito de defesa, por consolidar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, em 2008, com a opção do legislador por promulgar a Lei nº 11.689, que extinguiu os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, e, conseqüentemente, o protesto por novo júri, tem-se uma situação hoje consolidada, qual seja: para os processos que julgam delitos ocorridos após a vigência da Lei nº 11.689/08, ou seja, após 10 de setembro de 2008 – já que o período de *vacatio legis* foi de 60 dias e a lei é de 9 de junho de 2008 – não há que se falar em possibilidade do recurso do protesto por novo júri, já que a lei estava vigente e o fato ocorreu posteriormente.

Porém, em relação os casos em que o fato se deu durante a vigência dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, os quais previam o protesto por novo júri, surge a controvérsia, que passa necessariamente pela a natureza jurídica dessa lei que extinguiu aquele recurso, uma vez que a sua natureza determinara os seus efeitos.

A solução dependerá da orientação doutrinária a qual cada um se filia.

Por se tratar de um tema bastante recente, a jurisprudência ainda oscila, não havendo uma predominância absoluta, e nem havendo ainda uma manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em uma primeira linha de raciocínio (pode-se dizer que á a corrente que tem prevalecido no Rio de Janeiro e em São Paulo, contando com alguma adesão no Superior Tribunal de Justiça,

e defendida por doutrinadores já citados como NUCCI (2008) e LIMA (2009), entende-se que essa lei tem natureza meramente processual, aplicando-se, portanto, o artigo 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual, *tempus regit actum*.

Para eles, os dispositivos revogados, artigos 607 e 608 de Código de Processo Penal, não implicavam, de forma direta, a soltura do condenado, tendo o protesto por novo júri apenas o condão de permitir um novo julgamento, o que demonstraria a sua função meramente processual.

Ademais, o duplo grau de jurisdição seria respeitado, mesmo que não houvesse mais o protesto por novo júri, pois haveria a possibilidade de o condenado interpor apelação, mesmo se somente interpusesse o protesto, com base no princípio da fungibilidade, o que permitiria a garantia constitucional da ampla defesa.

Para essa corrente, portanto, não seria possível esse recurso para o caso em tela, do casal Nardoni, como decidiu o juiz da causa.

Já para a segunda corrente, a qual parece mais coerente, em consonância com os ditames do direito de defesa, defendida por FONSECA (2010), GOMES (2008) e RANGEL (2009), entende-se que essa lei tem caráter misto, e, portanto, o protesto por novo júri deve ser aplicado para todos os julgamentos do júri relativos a delitos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.689/08.

É a tese que privilegia o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, previsto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88 e segundo a qual a não admissibilidade do protesto por novo júri afetaria direitos individuais e constitucionais do réu, como a ampla defesa, a liberdade e o duplo grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.719-9. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 28.08.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1. Relator: Min. Cesar Peluso. Publicado no DJ de 03.12.2008..
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A não recepção do protesto por novo júri pela Constituição de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2470, 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14643>>. Acesso em: 29 abr. 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DA PONTE, Antônio Carlos. *A Evolução do Protesto por Novo Júri no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- FONSECA, Tiago Abud da. *Direito de Defesa. Temas atuais de Processo e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. *Um novo procedimento para o Júri*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 19 jun. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Caso Nardoni: haverá novo júri*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 19 jun. 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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 16 jun. 2010

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: 16 jun. 2010.

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 : 19 jun 2010.

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.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. O derradeiro fim do protesto por novo júri . Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2490, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14740>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

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