# ABOLIÇÃO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

**Patrícia Cunha B. de Carvalho**, magistrada em Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Formada pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe – ESMESE. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM e em Ciências Penais pela UNISUL – IPAN – LFG. Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE e em Direito Processual Civil pela PUC/SP – ESMESE.

O protesto por novo júri, até a entrada em vigor da Lei 11.689, em 09 de agosto de 2008, era previsto nos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal Brasileiro, inseridos no Capítulo IV (Do protesto por novo júri), do Título II (Dos recursos em geral), do Livro III (Das nulidades e dos recursos em geral).

Sempre foi tratado, desde os primórdios, como um recurso *sui generis*, exclusivo da defesa, contra as decisões do Tribunal do Júri que acarretassem ao réu uma pena igual ou superior a 20 (vinte) anos.

Nunca houve controvérsias na doutrina acerca de sua natureza jurídica. Sempre foi tratado como recurso taxativamente previsto, inserido no capítulo que elenca os tipos de recursos disponíveis no processo penal e dotado de características atinentes a tais instrumentos jurídicos.

É sim, pois, um recurso propriamente. Embora não seja a ele garantido o duplo grau de jurisdição, já que a sua interposição apenas acarreta uma nova oportunidade de julgamento por outro Tribunal do Júri de igual instância, substituindo-se o julgado anterior, clarividente é que a ausência desta característica não lhe subtrai a qualidade recursal.

Ressalte-se que a dita garantia não é imprescindível para a

configuração da sua natureza jurídica. Ao contrário, denota-se no ordenamento jurídico brasileiro a existência de outros tipos de recurso que também dela prescindem, não admitindo julgamento por um juízo *ad quem*, a exemplo dos embargos de declaração.

Destarte, não há dúvidas de que o protesto por novo júri se reveste de todas as características atinentes aos recursos, excepcionando-se o duplo grau de jurisdição, e que sempre foi tratado como tal durante toda a sua existência.

Com o advento da novel legislação, que o extinguira, discute-se acerca da retroatividade ou mesmo da ultra-atividade da nova regra.

Será que foi abolido o protesto por novo júri mesmo para os acusados de crimes cometidos antes da sua extinção, como no caso midiático dos "Nardoni"? Será que a nova regra seria inconstitucional por ofensa à garantia da plenitude de defesa? E se for mesmo inconstitucional, seria o protesto por novo júri dotado de ultra-atividade para abarcar crimes cometidos mesmo após a sua extinção, a exemplo de outro caso midiático conhecido como "Eloá"?

Várias opiniões surgiram a respeito do tema, defendendo-se a irretroatividade da nova regra e a possibilidade de protesto por novo júri para os crimes cometidos até 09 de agosto de 2008.

Dentre elas, a de Rômulo de Andrade Moreira, em artigo jurídico intitulado *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal*, em que defende o caráter misto da norma, sendo ao mesmo tempo penal e processual penal, em razão do duplo grau de jurisdição, senão vejamos:

> "O duplo grau de jurisdição tem caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º, 2, h, que todo acusado de delito tem 'direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior', e tendo-se em vista o estatuído no §2º, do art. 5º, da CF/88, segundo o qual 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

> Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que 'toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei'. Assim, conclui-se que os arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal, **a par de serem normas processuais**, inseriam-se também no âmbito do Direito Material por constituírem garantia ao duplo grau de jurisdição. Nestas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais. (...) Diante do exposto, entendemos que os dispositivos revogados e que tratavam da possibilidade do protesto por novo júri terão incidência em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal anteriormente à entrada em vigor da nova lei, atentando-se para o disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal e no art. 2º do Código Penal." (grifo nosso)[1]

Também o renomado jurista Luiz Flávio Gomes entende que a nova regra é irretroativa, por se revestir de natureza penal.[2]

Não obstante os entendimentos doutrinários esposados, a resposta para tais questionamentos não reside na investigação da natureza jurídica da Lei 11.689/2008, mas, ao revés, na do próprio instituto do protesto por novo júri que, como vimos, é um recurso privado do duplo grau de jurisdição.

E, sendo um recurso, possui o protesto por novo júri natureza processual tão-somente. É que a sua interposição não altera a situação de direito material do réu, pois a sua existência não tem o condão de influir na aplicação de qualquer sanção ao indivíduo.

Por tal razão, detendo o protesto por novo júri caráter recursal e processual, está sujeito à disciplina contida no art. 2º do Código de Processo Penal, regendo-se pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada.

Sobre o tema, ensina Andrey Borges de Mendonça que:

> "Nesta senda, entendemos que a norma que extingue ou cria um recurso é tipicamente processual. Realmente, a existência ou não de um recurso não irá alterar a situação material do acusado, não permitirá que o Estado aplique ou deixe de aplicar o seu direito de punir ou, ainda, não sujeitará o acusado a qualquer sanção. Apenas será uma alteração do direito de ação – do qual o recurso retira a sua natureza, por ser seu prolongamento – sem qualquer reflexo no direito de punir. Assim sendo, não temos dúvidas em asseverar que as normas que tratam de recursos são tipicamente processuais. Justamente por isto, sua disciplina intertemporal é a prevista no art. 2º do CPP."[3]

E cita Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que asseveram:

> "Pode ocorrer que a lei superveniente crie algum recurso contra decisões que eram irrecorríveis, ou suprima algum recurso existente, ou modifique os efeitos ou os requisitos de admissibilidade dos recursos. A matéria é regida pelo princípio fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada. A norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os efeitos produzidos antes de sua vigência. O princípio, aliás, foi expressamente consagrado no art. 2º CPP: 'A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior' (...). Assim, se a lei nova concede recurso antes inexistente, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo para o novo recurso. Se a lei nova suprimir recurso existente, a recorribilidade subsiste pela lei anterior".[4]

Denota-se, portanto, que a natureza recursal do protesto por novo júri acarreta o reconhecimento de seu caráter processual e a aplicação imediata da nova disciplina, não cabendo a retroatividade e, quiçá, a ultra-atividade.

O pensamento de que a norma em vigor detém natureza mista, baseado no duplo grau de jurisdição, deve ser rechaçado, já que o protesto sempre fora tido como recurso, mesmo sendo desprovido de uma segunda análise por um Tribunal *ad quem*, fato que não tem o condão de retirar a característica que lhe é inerente.

Aliás, destaque-se, mais uma vez, que o duplo grau de jurisdição não é um requisito que qualifica um determinado recurso como tal, sendo prescindível, pois, como ocorre com os embargos de declaração.

Com efeito, o principal objetivo de um recurso é a modificação de um julgado anterior, seja através da anulação ou substituição da decisão outrora firmada, estes sim são atributos intrínsecos para a conceituação dos recursos.

Sobre a extinção do protesto por novo júri e seu caráter processual, Guilherme de Souza Nucci enfatiza que:

> "...todo réu que estiver respondendo a processo, no contexto do júri, ao atingir a sentença condenatória, proferida em plenário, com pena fixada em 20 anos ou mais, já não terá direito de invocar o protesto por novo júri. Afinal, no momento processual em que alcançou a decisão condenatória e, portanto, poderia, em tese, fazer uso de um recurso colocado à sua disposição pela legislação, em autêntica expectativa de direito, o mencionado recurso deixou de existir.
> Normas processuais aplicam-se de imediato, sem qualquer retroatividade. Essa é a regra".[5]

Ressalta ainda que:

> "O réu não será condenado e irá para a prisão porque se alterou uma norma processual. Será preso, se for o caso, porque foi julgado e considerado culpado. No entanto, o Direito Penal resta incólume, sem qualquer alteração.

> O protesto por novo júri não passava de uma segunda chance, concedida ao acusado, porque se entendia que a pena fora fixada em patamar elevado. (...)
> Não se pode considerar o antigo direito ao protesto por novo júri como norma processual penal material somente pelo fato de que a sua interposição condicionava-se a um determinado patamar de pena. Essa situação não tem o condão de transformar a norma processual pura em norma processual material."[6]

No mesmo sentido, Andrey Borges:

> "De mais a mais, no protesto por novo júri não há uma absolvição imediata do acusado. Apenas se rescinde o julgamento anterior, para que o acusado seja submetido novamente a julgamento, por outros jurados. Não há garantia de que será absolvido ou um afastamento automático do *ius puniendi*".[7]

Não há dúvidas, portanto, acerca da natureza processual do protesto por novo júri e também da imposição imediata da nova regra em todo e qualquer processo em andamento, mesmo que os crimes tenham sido cometidos antes de 09 de agosto de 2008.

Aliás, caso a extinção de um recurso fosse considerada norma mista e não apenas processual, a sua criação também, por sua vez, acarretaria a reabertura de prazos processuais para que os acusados que não dispuseram do recurso eventualmente criado detenham a mesma oportunidade.

Com este raciocínio, defende Andrey Borges que:

> "Partindo do pressuposto de que a norma penal benéfica deve retroagir, inclusive alcançando a coisa julgada em caso de condenação (como ocorre com a *abolitio criminis*), pensemos na hipótese inversa, em que se cria um novo recurso, favorável ao acusado, que não era

> previsto na legislação anterior. Caso se entenda que as normas que tratam de recursos seriam predominantemente penais e, portanto, retroativas na hipótese, seria necessário reabrir todos os processos em que houve condenação transitada em julgado para que os acusados pudessem se valer do recurso criado. Esta conclusão seria consequência lógica daquela premissa (normas referentes a recurso seriam penais), pois ninguém discute que as normas penais benéficas não possuem limites para a sua retroatividade, sequer na coisa julgada".[8]

Há ainda quem argumente que a nova regra seria inconstitucional porque, além de violar a ampla defesa, ofende também algo bem maior, que é a plenitude de defesa assegurada constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "a".

Ressalte-se, desde logo, que, se houvesse realmente a referida inconstitucionalidade, ela não seria apenas para fins de ser permitida a retroatividade e o protesto por novo júri aos crimes cometidos antes da novel legislação, mas também para que fosse permitida a ultra-atividade aos crimes cometidos mesmo depois de seu advento.

Com isso, mesmo extinto formalmente o protesto por novo júri, estaria sendo ele aplicado indiferentemente, tanto para os crimes passados, como para os crimes futuros, sem distinções.

Contudo, não há qualquer violação à plenitude de defesa e sequer à ampla defesa com a abolição do recurso em destaque.

A plenitude de defesa é garantia que assegura a utilização de argumentação não jurídica aos julgamentos proferidos pelos juízes leigos que perfazem o Tribunal do Júri. Ela não assegura a existência de um recurso processual.

Nos comentários às reformas do Código de Processo Penal, de autoria conjunta dos juristas Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, consta capítulo referente às regras constitucionais que regem o júri, que explicita o conceito de plenitude de defesa:

> "A instituição do Júri é informada por quatro regras básicas, todas elas mencionadas no art.

> 5º, XXXVIII, *a* a *d,* da Constituição Federal, a saber: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência mínima para julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.
>
> A primeira delas, que trata da *plenitude de defesa*, significa dizer que nos processos de Júri, mais que a ampla defesa, exigida em todo e qualquer processo criminal (art. 5º, LV, da CF), vigora a *plenitude de defesa.* De tal forma que no Júri não apenas a defesa técnica, relativa aos aspectos jurídicos do fato pode ser produzida. Mais que isso, dada às peculiaridades do processo e ao fato de que são leigos os juízes, permite-se a utilização de argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, etc. Ou seja, argumentos que, normalmente, não seriam considerados fosse o julgamento proferido por um juiz togado, no Júri ganham especial relevância, podendo ser explorados à exaustão. Esse, aliás, é um dos pontos positivos salientados pelos defensores da instituição, pois o Júri propicia um julgamento que vai além da frieza da lei e da tecnicidade do processo, na medida em que os jurados, inclusive, não podem fundamentar suas decisões e julgam conforme suas consciências, não ficando adstritos à severidade da prova dos autos. De se ver, contudo, que dentre os constitucionalistas prevalece o entendimento de que a plenitude de defesa mencionada no texto nada mais é do que uma consequência natural do princípio da ampla defesa, também de índole constitucional, não havendo qualquer distinção entre um e outro."[9]

Com efeito, a plenitude de defesa é sim assegurada constitucionalmente, assim como a ampla defesa, mas a abolição total do protesto por novo júri não representa qualquer lesão a tais garantias.

Ademais, a supressão do protesto por novo júri não prejudica em nada a ampla defesa, pois existem outros meios de impugnação da

sentença condenatória penal, a exemplo da apelação e revisão criminais.

Citando Mougenot Bonfim, aduz Andrey Borges Mendonça que:

> "Em relação ao princípio da ampla defesa, deve-se ressaltar que o referido princípio não assegura uma infinitude de produção defensiva a qualquer tempo, conforme adverte Mougenot Bonfim, 'mas ao contrário, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado por lei*'.[10]Se a nova legislação extinguir um recurso, deixa de existir a oportunidade de impugnar a decisão daquela forma – embora outras incontáveis formas de impugnação continuem a existir -, sem que isso atinja a relação entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis.*"[11]

Ressalte-se também que a existência do protesto por novo júri sempre foi questionada porque o seu principal requisito era apenas a quantidade de pena fixada, não havendo qualquer censura ao julgamento em si, como ocorre na apelação e revisões criminais.

Com ele, era conferida tão-somente uma nova oportunidade ao acusado, o qual poderia receber idêntica penalidade, não afetando o direito de punir do Estado. Neste sentido, Nucci:

> "O protesto por novo júri não permitia a soltura do acusado, nem gerava a extinção da punibilidade. Em suma, deferido ou não, nenhuma consequência no campo penal desencadeava. A sua utilização não afetava o direito de punir do Estado. Aliás, cabia ao Tribunal do Júri, por intermédio de outro Conselho de Sentença, julgar novamente o caso. Nada mais."[12]

Por isso conclui que:

> "A sua extinção, em boa hora determinada pelo legislador, confere modernidade ao sistema recursal no processo penal brasileiro e a norma

> puramente processual tem, indubitavelmente, aplicação imediata, colhendo todos os feitos em andamento, pouco importando quando o fato criminoso foi cometido."[13]

A revogação do protesto por novo júri, portanto, apenas veio consolidar um pensamento da maioria da doutrina brasileira a respeito de sua desnecessidade e ausência do fundamento que o justificava em tempos de outrora.

Diante de tais considerações, constata-se que realmente o protesto por novo júri foi definitivamente abolido do nosso sistema processual penal, sendo descabida a sua utilização a partir de 09 de agosto de 2008, tanto para os crimes cometidos antes desta data, como para os posteriores, já que não há qualquer violação à plenitude de defesa, e tampouco à ampla defesa, bem como por se revestir a nova regra de caráter puramente processual, de aplicação imediata e incontestável.

## Notas

[1] *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385

[2] Palestra "Caso Nardoni"e os reflexos do novo procedimento do júri. Conteúdo: As mudanças no procedimento do júri – a extinção do protesto por novo júri, 27/05/2008. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080529155547706

[3] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal:* comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 149.

[4] Nulidades no processo penal, p. 61-62.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 408.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 409.

[7] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal:* comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

[8] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal:* comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

[9] GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08).../Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 19 e 20.

[10] Curso de processo penal, p. 43

[11] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal:* comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

[12] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 410.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 410.

revista 13.indd 348 29/11/2010 15:15:09

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei 11.689/08)...*/*Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal:* comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385>. Acesso em: 28 out. 2008.