

Do protesto por novo júri

Rogério Leão Zagallo^(*)

Promotor de Justiça - SP

I) Conceito

O Mestre Firmino Whitaker, na magistral obra "Jury", edição de 1925 (5ª edição), pág. 229, define o "protesto" como sendo "o recurso que o réu dirige a novo júri para a reforma do *verdictum* que o condenou, em casos determinados pela lei".

Já, por seu turno, o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho in "Código de Processo Penal anotado", volume 2, pág. 301, anota que "o protesto por novo júri, como o próprio nome está a indicar, é a exigência de novo julgamento dirigido ao Presidente do Tribunal do Júri, quando a pena imposta ao réu, por um só crime, for igual ou superior a vinte anos".

Em verdade, o "protesto" cuida-se de uma forma peculiar de impugnação do veredito dos jurados que impôs ao acusado um édito condenatório, desde que a reprimenda tenha sido fixada em quantidade igual ou superior a 20 (vinte) anos. Em respeito ao princípio do *favor rei*, é uma prerrogativa exclusiva do réu que tem como finalidade a desconstituição de um julgamento, se for atendida a exigência objetiva, a fim de que outro ocorra em seu lugar.

II) Histórico

Essa aberração processual apareceu entre nós com o advento do Código de Processo Criminal de 1832, tendo recebido o nome de Protesto por novo julgamento e era regido no artigo 308 daquele diploma e era acionado nos casos em que o réu recebesse pena de 5 (cinco) anos de degredo ou de desterro, 3 (três) anos de galés ou prisão ou, ainda, no caso da pena capital.

Em 1841 operou-se uma reforma no ordenamento jurídico processual e o "protesto por novo julgamento" teve sua incidência limitada para os processos em que os acionados recebessem pena de morte ou de galés perpétuas

Ocorrida a Proclamação da República, houve um desmembramento das regras procedimentais e cada Estado passou a prever o "protesto" de maneira diferenciada. Essa falta de uniformidade fez nascer questões bizarras pois, por exemplo, no estado do Rio Grande do Sul, ele foi abolido, na Bahia estava capitulado no código local sendo exigida uma condenação

(*) Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP.

igual ou superior a 10 (dez) anos, no Rio de Janeiro o *quantum* mínimo para obter novo julgamento era 30 (trinta) anos de prisão, em Pernambuco seria necessária uma sentença condenatória com a imposição de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e assim por diante.

Atualmente, o nosso CPP prevê o "protesto" no Título II, reservado para os Recursos em Geral.

III) O "protesto" em outros países

Não há em legislação alienígena qualquer outro instituto semelhante ou correspondente ao nosso "Protesto". Entretanto, o Professor Tourinho Filho aponta o *writ of venire facias de novo* do direito inglês como recurso assemelhado.

No meu modesto entender, tal remédio bretão não guarda qualquer identidade com o tupiniquim "protesto".

De efeito, nas terras de Charles e Diana, para que o aludido recurso seja provido pelo Tribunal Superior e outro julgamento ocorra, deve ocorrer manifesto e notório erro no desenrolar do processo, tal como a convocação ou sorteio irregular dos jurados, o cerceamento de defesa ou algum vício formal do veredicto. Aprecia-se, de certa forma, o mérito da *questio*.

De outra banda, aqui no país de Hildebrando, José Rainha, Ratinho e Fernando Collor, o "protesto" não exige deliberação acerca da existência de *error in procedendo* ou *error in iudicando*, bastando estarem preenchidos os pressupostos (veremos adiante) dessa medida processual para que o réu seja submetido automaticamente a outro julgamento, não havendo debate sobre a injustiça ou a ilegalidade da decisão.

IV) Pressupostos de admissibilidade

Para que o réu tenha direito ao "protesto" a decisão proferida pelo Tribunal do Júri deve ser condenatória e a pena deve ser igual ou superior a 20 (anos), desde que seja imposta apenas por um único delito contra a vida.

Vale dizer que esse *quantum* deve ter sido imposto como resposta à condenação do réu por um único delito contra a vida não podendo subsistir o "protesto" se esse patamar foi alcançado pela somatória aritmética das penas fixadas em razão da condenação do requerente por dois ou mais delitos.

Sobreleva ressaltar que há entendimento pretoriano no sentido de que a continuidade delitiva (art. 71 do CP) ou a ocorrência de concurso formal (art. 70 do CP) não obstam a admissão do "protesto" por entender tal linha jurisprudencial que estaremos, nesses casos, diante de uma unidade delitiva. Nesse sentido temos os seguintes julgados: RI 444/334 e 580/337.

Há que ser observado o prazo de 5 (cinco) dias, tal como reza a parte final do § 2º do artigo 607 do CPP, ao prescrever que deve ser o "protesto" interposto no prazo previsto para a apelação que é de 5 (cinco) dias (art. 593, *caput*, do CPP).

O "protesto" somente poderá ser usado uma única vez, não podendo ser aceita sua renovação. Admitida e provida a medida, em sendo mantida a condenação, não poderá o réu protestar por novo júri. Tal óbice decorre de mandamento legal estatuído na parte final do *caput* do artigo 607 do Código de Processo Penal. Não há falar contudo, em proibição de ser utilizado o "protesto" se o acionado, julgado e condenado, apelou e teve sua irrisignação julgada procedente e, sendo submetido a outra apreciação do tribunal popular, veio a ser novamente aquinhoado a uma pena superior a 20 (vinte) anos de reclusão. Será essa a primeira vez que ele se vale do "protesto" e o CPP veda sua utilização mais de uma vez.

Por fim, o "protesto" somente pode ser usado pela defesa sendo medida que se inspira no propósito evidente de proporcionar nova oportunidade ao réu de que haja reexame de seu caso, após novos debates, por novos juízes.

V) Processamento e efeitos do "protesto"

O "protesto" é apresentado nos autos por meio de petição ou por termo, dentro do prazo de 5 (cinco) dias sendo recebido pelo juiz presidente do Tribunal do Júri que, após ouvir o Ministério Público, e estando presentes seus pressupostos, determinará a realização de novo julgamento do réu. Não há remessa dos autos para a segunda instância e nem a apresentação de razões ou contraminuta.

Uma vez interposto e recebido, o "protesto" invalida e prejudica qualquer outro inconformismo deduzido pelo réu desde que seja ele cabível para toda irrisignação pois, do contrário, não poderiam os recursos outros ficar prejudicados pela sua apresentação. Essa é a interpretação a ser colhida dos artigos 607, § 2º, e 608 do CPP.

Esse último prevê a possibilidade de existir simultaneamente "protesto" e apelação, combatendo a mesma decisão. Tal fato decorre da existência de crimes conexos aos dolosos contra a vida no julgamento que não são agasalhados por aquela medida processual. É o caso, apenas para exemplificar, do réu estar sendo processado por homicídio e estupro. Com relação ao crime doloso contra a vida, poderá valer-se do "protesto" e relativamente ao segundo delito, de natureza diversa, deverá apelar, se condenado for e irrisignado estiver.

No § 3º do artigo 607 do CPP está prevista a proibição de que os jurados que participaram do primeiro julgamento componham o Conselho

de Sentença da Segunda Sessão Plenária caso deferido o protesto. Antigamente, não podiam servir na segunda sessão tanto os jurados como o juiz togado que havia proferido a sentença.

A proibição imposta ao magistrado de presidir a nova discussão sobre os fatos, foi caindo já com o advento dos códigos regionalizados e hoje, somente o juiz de fato não pode funcionar no segundo julgamento.

Divergem os doutrinadores no que pertine ao remédio a ser usado quando o juiz presidente, malgrado presentes os pressupostos de admissibilidade, não receber o "protesto" Tourinho Filho e Eduardo Espinola Filho entendem que a Carta Testemunhal, prevista nos artigos 639 e seguintes do CPP, é o caminho a ser trilhado. De outro lado, Frederico Marques, defendendo que o "protesto" não ascende para a segunda instância, aponta para o *habeas corpus* como solução para tal impasse pois a "carta" poderia ser utilizada já que tal recurso busca a subida de outra irresignação ilegitimamente obstada em primeiro grau.

VI) Revogação do parágrafo primeiro do artigo 607 do Código de Processo Penal – A questão da pena imposta em segunda instância

O CPP prevê, no seu artigo 607, § 1º, a impossibilidade de ser admitido o "protesto" quando a pena foi fixada em segunda instância, em sede de recurso. Assim está redigido tal texto legal: "Não se admitirá protesto por novo júri, quando a pena for imposta em grau de apelação (art. 606).

Esse artigo contudo, hodiernamente, vem provocando um enorme debate jurídico porquanto a Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, revogou o artigo 606 do CPP, expressamente citado no § 1º do artigo 607 do mesmo diploma legal. O falecido artigo 606 do CPP possibilitava ao Tribunal Superior rever as decisões do Conselho de Sentença, reformando-as e, com o advento da Constituição de 1946, em que ficou previsto a soberania dos veredictos, princípio até hoje garantido, não se falava mais em alterações do teor de um édito do Tribunal do Júri pelo juízo *ad quem*. Assim, a possibilidade alinhada no *de cuius* passou a ser inconstitucional.

Entendem, diante dessa situação, alguns estudiosos que o artigo 607, § 1º, do CPP, estaria revogado e uma pena aumentada em sede de recurso para além do mínimo de 20 (vinte) anos, poderia o réu postular com sucesso a renovação do julgamento.

Outros, no entanto, sustentam a impossibilidade de "protesto" quando a pena for fixada em segundo grau de jurisdição.

Os preclaros Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scaranze Fernandes advogam a tese de que a

proibição não mais vigora e resumem com maestria a *quaestio* na obra "Recursos no processo penal", Editora Revista dos Tribunais, 1996, pág. 245: "Esse ponto é discutido na doutrina. Tourinho Filho sustenta que na situação em exame o protesto continua a não ser cabível, pois o referido artigo 606 também contém um parágrafo único que permitia ao tribunal, dando provimento à apelação, retificar a aplicação da pena; tal disposição ainda existe no CPP, agora no artigo 593, § 2º, não tendo sido revogada mas apenas desloçada; ademais, invocando o ensinamento de Florêncio de Abreu, lembra que permitiu o protesto das decisões dos juizes togados seria desnaturá-lo, pois o protesto é, em última análise, o apelo das decisões do povo para o próprio povo. Em sentido contrário, José Frederico Marques invoca o princípio constitucional da amplitude de defesa para ressaltar que, nessa hipótese, não pode o tribunal *ad quem* modificar a pena e subtrair o direito do réu de interpor o protesto. E também Herminio Marques Porto ressalta que a pena, nesse caso, é aplicada em corrigenda do cálculo penal, pelo Tribunal de Segunda Instância, cabendo a partir daí o protesto".

Vemos com isso que a questão é tormentosa no universo jurídico tendo vozes renomadas em ambos os sentidos, devendo os dois entendimentos serem respeitados. Todavia, o STF (HC nº 48.924, publicado no DJU de 17 de julho de 1971, pág. 4.948) e recentemente o STJ (Resp nº 33.259, publicado no DJU de 12 de dezembro de 1994, pág. 33.356) anotaram a possibilidade de ser deferido o "protesto" para o réu que teve sua pena fixada no Tribunal Superior (julgados elencados na obra acima citada).

Esta é, *data venia*, a nossa posição, pois não vemos razão lógica para suprimir um direito do réu que a própria lei lhe oferta mormente hoje em dia que o tribunal não poderá reverter sentido de decisão do juízo *a quo* e apenas e tão-somente remediar a errônea fixação da pena e essa modificação sempre será feita em plena harmonia com o veredicto dos jurados

VII) Novo julgamento e *reformatio in pejus*

Pese existirem tonitruantes vozes em sentido contrário, pensamos como o Professor Tourinho Filho abraçando a possibilidade de ser o réu, por ocasião do segundo julgamento, aquinhoado de maneira mais severa do que havia sido no primeiro.

Isto porque, com o deferimento do "protesto", houve anulação do julgamento anterior e, em razão de tal fato, o magistrado ao proferir nova sentença, não fica adstrito à anterior porquanto ela simplesmente não existe no mundo jurídico.

De outro turno, poderá o Conselho de Sentença emitir um veredicto mais severo em desfavor do acusado, acolhendo, por exemplo,

qualificadora que havia sido afastada no primeiro julgamento. Não há falar em *reformatio in pejus*, nesse caso, devendo o magistrado emitir condenação mais radical do que a primeira.

VIII) O protesto por novo júri deve ser mantido no direito brasileiro?

Cumpre-me, para encerrar essa matéria, apreciar a conveniência e a possibilidade de ser o "protesto" ceifado de nossos códigos. *Data venia*, entendo que o "protesto" deve ser extirpado do nosso direito assim como o bem *vida* é fulminado por aqueles que se valem de tal monstruosidade jurídica.

Aponto dois argumentos para tal retirada. Um deles é prático e o outro é jurídico. Senão vejamos

Não comungo com a assertiva de que o "protesto" é causador de injustiça ou de impunidade pois a prática no Tribunal do Júri elenca um número pequeno de condenações revertidas no segundo julgamento. Uma pessoa condenada a vinte ou mais anos em um único delito doloso contra a vida dificilmente sairá ileso na segunda sessão de julgamento.

No entanto, se é exagero apontar o "protesto" como causa de impunidade, o mesmo não acontece quando imputa-se a essa medida processual ser ela fonte de atraso e de lentidão processual.

Atualmente, a bola da vez é atribuir ao Poder Judiciário a pecha da lentidão, da morosidade, da falta de celeridade e de todos os lugares gritos da Sociedade são ouvidos com pleitos de rapidez na distribuição da Justiça.

Na área do Tribunal do Júri, um dos motivos do entrave na prestação jurisdicional é o "protesto" que, além de fazer *tabula rasa* dos mais comезinhos princípios processuais, faz com que réus sejam julgados novamente sem que qualquer erro ou vício em seu julgamento originário seja observado. Sua retirada do arcabouço jurídico, com certeza aritmética, trará enormes benefícios para a Justiça pois, sem ele, não se retardará inutilmente o apagar das luzes de um processo e muitos juizes, ao proferirem suas decisões, poderão alçar vôos para os céus, para a proximidade com máximo, quando forem fixar a pena, sem que tenham medo do ônus de refazer toda a saga processual (vide apenação no caso Daniela Peres, no Rio de Janeiro)

Obtempero, outrossim, que o "protesto" não sobrevive a uma análise mais aprofundada e minudente no que respeita à sua constitucionalidade e à incidência de conceitos processuais básicos.

Carnelluti, na obra "*Sistema di Diritto Processuale Civile*" (Padova, Cedam, 1936, volume 2, pág. 487), ensina que recurso é um instrumento

processual destinado a corrigir um desvio jurídico. O mestre atribui ao recurso a característica de ser um instrumento de correção.

Ora, no caso do "protesto", nada há a corrigir quando se determina a anulação de um ato processual e a realização de outro de vez que, como vimos acima, não se discute a ocorrência de qualquer desvio, vício ou erro.

O caminho correto para se obter a anulação de um julgamento deveria ser a apelação (arts. 593 e segs. do CPP) onde a possibilidade de ser perquirida a existência de transtornos procedimentais ou até de injustiça, permitindo às partes a dedução de seus pontos de vista em seus arrazoados, garante uma aproximação maior aos princípios que rezam o direito criminal em sentido amplo.

Ao se afastar a obrigatoriedade para se buscar a possibilidade, ou seja, adotando-se a apelação em detrimento do "protesto", princípios arraigados em nosso direito como o do duplo grau de jurisdição e do contraditório seriam melhor visualizados e respeitados.

Em nossas constituições, desde priscas eras, foi plantado o princípio do contraditório e, decorrente desse conhecido dogma (não será realizada análise desse princípio nesse instante para não modificar o alvo do estudo), há a regra da igualdade processual segundo a qual as partes envolvidas no litígio estão em um mesmo plano, gozando ambas de iguais direitos, com iguais encargos, não podendo haver a sobreposição de qualquer delas e nem a concessão unilateral de faculdades e possibilidades.

Pergunto, é correto uma legislação, na esteira do que acima foi comentado, prever algo que queiram chamar de recurso, que possibilite que uma das partes seja sobremaneira beneficiada com a anulação do ato processual mais importante sem que exista razão processual ou concreta para tanto? Há respeito *in totum*, ao princípio do contraditório, se um de seus regramentos deixa de ser observado e somente uma das partes, por desejo legal, passa a ter em suas mãos uma arma de enorme poder de fogo para ser usada em seu prol, que é o "protesto"?

Não se pode olvidar que o contraditório e a regra da igualdade processual são dogmas constitucionais e, portanto, deveriam se projetar sobre todo o ordenamento ordinário. Tenho para mim que a legislação brasileira e, ressalte-se, a única no mundo inteiro, anda mal ao elencar esse "recurso" em suas fileiras.

Não há falar que aludidas regras são inerentes apenas à instrução podendo, inclusive, o "princípio do contraditório" ser chamado de "princípio da instrução contraditória" não abrangendo as previsões legais,

porque não haverá jamais instrução contraditória e equilibrada se a própria lei faz com que a balança processual fique pendida para um lado, sem nenhum fundamento

Por fim, a retirada do "protesto" de nossas leis não traria prejuízo algum para o réu que não seria, nem de longe, impedido de efetivamente protestar contra eventual condenação que pairar por sobre sua cabeça, no entanto, suas ponderações deverão estar recheadas de razão lógica, legal e fática para fundamentar o acolhimento e novo julgamento.

Assim, como vemos, esse momento em que se discute uma proposta para a renovação processual penal brasileira não pode ser perdido para que o "protesto", repita-se, instituto sem similares em outros países, seja ferido de morte

BIBLIOGRAFIA

- Abreu, Flôrencio de. "Comentários ao Código de Processo Penal", vol V, 1945.
- Acosta, Walter P. "O processo penal", 10ª ed., 1974
- Espinola Filho, Eduardo. "Código de Processo Penal brasileiro comentado", 4ª ed., vol VI, 1955
- Fernandes, Antônio Scarance. "Recursos no Direito Processual Penal", 1996
- Franco, Alberto Silva. "Teoria e prática do júri", 5ª ed., 1993
- Gomes Filho, Antônio Magalhães "Recursos no Direito Processual Penal", 1996.
- Greco Filho, Vicente. "Direito Processual Civil brasileiro" 2ª ed., 2ª vol, 1993
- Grinover, Ada Pellegrini. "Recursos no Direito Processual Penal", 1996
- Marques, José Frederico. "Elementos de Direito Processual Penal" (atualizado), vol. IV, 1997
- _____. "O júri no Direito brasileiro", 2ª ed., 1955.
- _____. "O júri e sua nova regulamentação legal", 1948.
- Marrey, Adriano. "Teoria e prática do júri", 5ª ed., 1993
- Mirabete, Júlio Fabbrini. "Código de Processo Penal interpretado", 1994.
- Noronha, Edgard Magalhães "Curso de Direito Processual Penal", 10ª ed., 1978
- Porto, Herminio Alberto Marques. "Júri", 7ª ed., 1994.
- Stoco, Rui "Teoria e prática do júri", 5ª ed., 1993.
- Fourinho Filho, Fernando da Costa. "Processo Penal", 13ª ed., vol 4, 1992
- _____. "Código de Processo Penal anotado", vol. 2, 1996
- Tubenchlak, James "Tribunal do Júri - Contradições e Soluções", 1990.
- Whitaker, Firmino "Jury", 5ª ed., 1925.