

Análise da retroatividade versus a irretroatividade da norma que revogou o protesto por novo júri

Francisco Dirceu Barros*

Dispõe o artigo 4º da Lei nº.11.689/08, que:

"Ficam revogados (...) o Capítulo IV do Título II do Livro III, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal".

O Capítulo IV do Título II do Livro III supracitado tratava justamente do recurso de protesto por novo júri.

O protesto por novo júri, era um recurso privativo da defesa, sendo admitido quando a sentença condenatória do júri fosse de reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos, não podendo, em caso algum ser feito, mais uma vez.

Tal recurso era apelidado por parte da doutrina como recurso "de cinco palavras", na realidade, eu nunca tinha percebido porque razão histórica um instituto jurídico tinha recebido um apelido tão mesquinho.

Um belo dia, depois de passar 72 h sustentando a acusação de dois cruéis e frios assassinos, o advogado, depois de ouvir tranqüilamente a sentença condenatória, em mais de 20 anos, apenas disse:

"Excelência, protesto por novo júri".

"Cinco palavras" foi o bastante para anular um trabalho de exaustivo esforço com escopo de combater a impunidade reinante neste país.

"Cinco palavras" foi o bastante para devolver o sorriso aos lábios de assassinos que saíram livre do plenário e reforçar a certeza de que as leis brasileiras são direcionadas para a proteção da criminalidade.

"Cinco palavras" foram o bastante para retirar a sagrada soberania do júri, por tal motivo, sempre defendi que os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal que previam o protesto por novo júri, não resistiriam à próxima revisão do Código de Processo Penal, pois os mesmos afrontavam drasticamente a Constituição Federal, não seria possível que uma norma infraconstitucional (Código de Processo Penal) retirasse, com um critério meramente objetivo, qual seja, pena igual ou maior 20 anos, a

soberania dos veredictos que é prevista na norma suprema, ou seja, no art. 5º, inc. XXXVIII.

Mesmo com o desaparecimento deste esdrúxulo instrumento jurídico de impunidade, ainda haverá grande dissenso doutrinário sobre se a norma que revogou o protesto por novo júri é retroativa ou irretroativa.

CONTEXTUALIZAÇÃO PRÁTICA:

Tício cometeu um crime de homicídio no dia 05 de maio de 2008. Tício foi denunciado e está sendo processado. No dia 08 de agosto de 2008, entrou em vigor a lei nº 11.689, de 09 junho de 2008 que revogou o protesto por novo júri. Pergunta-se: Caso Tício seja pronunciado e condenado em mais de 20 anos terá direito ao protesto por novo júri?

Resposta: haverá duas posições.

1ª posição: sim, Rômulo de Andrade Moreira [01] defende que:

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.

2º posição. Não. Deve-se aplicar o princípio tempus regit actum.

ASPECTO PRÁTICO IMPORTANTE

Entendo que, no contexto prático, devemos considerar duas hipóteses:

1ª hipótese: Tício cometeu o crime de homicídio e está sendo processado.

Tício não terá direito ao protesto por novo júri, é o caso de aplicarmos o Princípio Tempus Regit Actum ou Princípio do Efeito Imediato.

DOS TIPOS DE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Via de regra, as normas processuais são publicadas para vigorar de imediato, aplicando-se a todos os atos ainda não-praticados e atingindo, por conseguinte, alguns

fatos ocorridos antes de sua vigência. É o princípio *tempus regit actum*, expresso no art. 2º do Código de Processo Penal.

Entretanto, existem normas processuais penais que possuem íntima relação com o Direito Penal. Em virtude disso, a doutrina busca classificar as normas processuais em:

a) Normas processuais penais materiais (ou lei processual impura ou mista).

Trata-se de temas que estão "indiretamente" ligados ao *status libertatis* do acusado.

Como a maioria absoluta das normas processuais penais, estão ligadas pelo menos indiretamente ao *status libertatis* do acusado, só tem uma forma de identificá-las, as normas "processuais penais impuras ou mistas" estão previstas no Código de Processo Penal e também no Código Penal, por exemplo:

a) a queixa (artigo 103 do Código Penal e artigos 29, 30, 31, 32 do Código de Processo Penal);

b) a prescrição penal (artigo 107, inciso IV do CP e artigo 366 e 368 do Código de Processo Penal);

c) a decadência (artigo 107, inciso IV e 103 todos do CP e artigo 38 Código de Processo Penal);

d) a renúncia do direito de queixa (artigo 107, inciso V, artigo 104 todos do CP e artigos 49 e 50 do Código de Processo Penal);

e) o perdão aceito, nos crimes de ação privada (artigo 107, inciso V, artigo 105 todos do CP e artigos 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59);

f) ação penal (artigo 100 do CP e artigo 24 do Código de Processo Penal);

g) representação (artigo 102 do CP e artigo 25 do Código de Processo Penal).

h) Etc.,

Por conter um caráter misto (processual-penal), entendemos que as normas processuais penais materiais (ou lei processual impura ou mista) devem ser submetidas ao princípio da retroatividade benéfica. É a exata aplicação do preceito constitucional contido no artigo 5º, XL da Constituição Federal, *in verbis*:

A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Leia-se, a lei penal e a lei "processual penal material" não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Um exemplo de tal afirmativa foi o tratamento que foi dado à Lei no 9.099/ 95 pelos tribunais pátrios, admitindo que o artigo 88 – que trata da necessidade de representação nos casos de lesões leves e culposas – retroagisse, atingindo ações penais já iniciadas.

POSIÇÃO DIVERGENTE

Em contraposição ao que defendemos, expressamos o respeitável entendimento de Frederico Marques:

Nada mais condenável que esse alargamento da lei penal mais branda, porquanto invade os domínios do Direito Processual, em que vigoram diretrizes diversas no tocante às normas intertemporais. Direito Penal é Direito Penal, e processo é processo. Um disciplina a relação material consubstanciada no jus puniendi ? e outro a relação instrumental que se configura no actum triumpersonarum do juízo, seja este civil ou penal. É inaceitável assim, como lembra Antón Oneca, a aplicação das regras do Direito Penal intertemporal ao processo penal. Se lei penal não é lei processual, e lei processual não é lei penal, as regras sobre a ação penal e as condições de procedibilidade (queixa, representação e requisição ministerial) não se incluem no cânon constitucional do art. 5o, XL, que manda retroagir, em benefício do réu, tão só a lei penal. [02]

b) Normas processuais penais propriamente ditas (ou lei processual pura).

As normas processuais penais puras são aquelas que dão forma ao direito material e estão prevista com exclusividade no Código de Processo Penal ou lei extravagante de cunho processual penal, por exemplo:

- a) formas de citação;
- b) formas de intimação;
- c) modos de colheita de prova;
- d) mandados judiciais;
- e) Nulidades;
- f) Recursos.
- g) etc;

Entendemos que as normas processuais penais propriamente ditas serão aplicadas de imediato e não retroagem, mesmo que terminem por prejudicar o acusado.

O Código de Processo Penal é bem claro ao determinar que a Lei Processual Penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

De acordo com o art. 2º do CPP:

(...) a Lei Processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

É a consagração do princípio *tempus regit actum* em que impreterivelmente impõe duas conseqüências diretas:

- a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos;
- b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo. [03]

O fundamento lógico desse princípio, como afirma Jiménez, é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico. [04]

A IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PURA

Mirabete [05] leciona que "tem se afirmado, por vezes, que a lei nova processual não pode ser aplicada se for prejudicial ao réu em confronto com a lei anterior, face ao princípio da retroatividade da lei mais severa. A doutrina moderna tem rechaçado tal entendimento porque, na hipótese, não há retroatividade, já que a lei vai ser aplicada aos atos processuais que ocorrem a partir do início de sua vigência. A Lei Processual não está regulando o fato criminoso, este sim anterior a ela, mas o processo a partir do momento em que ela passa a vigor. Além disso, o princípio da irretroatividade da lei mais severa na Constituição Federal refere-se apenas à Lei Penal (art. 5º, XXXIX e XL). A lei nova extrapenal, aliás, só não pode retroagir quando ocorrer direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Resumindo, a Lei Processual Penal brasileira não é retroativa, pois se aplica aos fatos processuais ocorridos durante a sua vigência, permitindo a Constituição Federal a retroatividade desde que não prejudique a coisa julgada. O autor do crime não tem o "direito adquirido" de ser julgado pela Lei Processual vigente ao tempo em que ele ocorreu, mas apenas que a lei nova respeite as garantias constitucionais do devido processo legal, com os seus corolários explicitados na Carta Magna".

Como afirma Damásio [06], o art. 2º do CP refere-se à aplicação do princípio *tempus regi actum*, do qual derivam dois efeitos:

- a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos;
- b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo. Fica assim estabelecido o chamado princípio do efeito imediato ou princípio

da aplicação imediata da Lei Processual Penal, que se aplica também à matéria de competência, seja ela regulada por leis do processo, seja por normas de organização judiciária. Mesmo que a lei nova venha criar ou suprimir uma ordem de jurisdição, substituir juízes, modificar composição de tribunais etc., deve ser ela aplicada aos processos em curso. É o que ocorreu, por exemplo, com a Lei no 9.299, de 07/08/1996, que deslocou para a competência da Justiça Comum o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares. A Lei Processual Penal não é retroativa, pois não está regulando o fato criminoso anterior a ela, regido pelos princípios de aplicação da lei penal, mas os atos processuais a partir do momento em que ela passa a vigor. Poderia retroagir, anulando atos processuais anteriores se expressamente a lei formulasse a exceção e desde que não atingisse direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Embora seja possível que uma nova Lei Processual possa acarretar maiores gravames para o autor do delito, se, por exemplo, restringe o direito à liberdade, exclui algum recurso etc., aplica-se o disposto no art. 2º do CPP. É possível a aplicação da Lei Processual Penal anterior mais favorável (ultra-atividade), quando tal exceção vier prevista expressamente em lei. Aliás, dispondo sobre o confronto de lei anterior com o Código de Processo Penal vigente, o Decreto-lei no 3.689, de 03/10/1941 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal) determinou a aplicação dos dispositivos que fossem mais favoráveis ao autor da infração no referente à prisão preventiva e à fiança (art. 2º). Tal dispositivo, segundo entendo, continua em vigor, aplicando-se a todas as modificações introduzidas no Código de Processo Penal de 1941, relativamente a tais matérias. Embora o citado decreto-lei visasse especialmente à transição da lei anterior para o Código de Processo Penal, não foi ele revogado, sendo aplicável às modificações desse estatuto. Essa sempre foi a orientação seguida pelo STF quanto à aplicação do art. 13 da LICPP. Esse diploma legal, porém, não tem qualquer aplicação às leis processuais especiais que não alterem dispositivos do Código de Processo Penal vigente.

O PRINCÍPIO *tempus regit actum* DESTACADO NA JURISPRUDÊNCIA

Sobre o efeito imediato da Lei Processual, veja esses julgados.

STF: "As normas constitucionais e legais que regem a competência têm aplicação imediata. O conflito de leis processuais no tempo é solucionado no sentido de que a eficácia da lei nova é imediata, sem prejuízo dos atos já praticados. Desnecessidade de renovação da denúncia perante o novo órgão competente. Art. 2º do CPP. Precedentes". [07]

STJ: "Competência – Crime doloso contra a vida cometido por militar contra civil – Julgamento afeto à Justiça Comum Estadual, ainda que cometido antes da vigência da Lei no 9.299/96 – Aplicação do art. 2º do CPP. (...) É competente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Justiça Comum Estadual, nos termos da Lei no 9.299/96, mesmo que ocorridos antes de sua vigência, por força do princípio da aplicação imediata da Lei Processual (art. 2º do CPP)". [08]

2ª hipótese: Tício cometeu o crime de homicídio e por ocasião da entrada em vigor da lei que revogou o protesto por novo júri já tinha sido condenado a pena a reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos, destarte, com deferimento do protesto por novo júri.

Neste caso, entendo que não poderemos usar o princípio *tempus regit actum*, pois caso já tenha sido deferido o protesto por novo júri, há um ato jurídico perfeito, um verdadeiro direito adquirido que não pode ser prejudicado por lei ou princípio oriundo da legislação infraconstitucional, é o que preconiza o ordenamento jurídico máximo, artigo 5º, inciso, XXXVI, da Constituição Federal, in verbis:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Notas

1. (Em artigo o fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal publicado no site jus podivm)

2. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. I, p. 258.

3. No mesmo sentido: TUCCI, Rogério Lauria. Persecução penal, prisão e liberdade. Saraiva, 1980. p. 9. Nesse sentido: STF: RTJ no 93/94; RT no 548/411.

4. No mesmo sentido: JIMÉNEZ, Hermando Londoño. Derecho Procesal Penal. Bogotá: Têmis, 1982. p. 11.

5. No mesmo sentido: MIRABETE, Júlio. Processo Penal. Editora: Atlas, 12. ed. 2001

6. JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. Editora Saraiva, 2000.

7. JSTF no 200/346.

8. RT no 773/548.

* Promotor de Justiça Eleitoral. Autor dos livros "Prática das Ações Eleitorais" e "Direito Eleitoral" (editora Campus/Elsevier).

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11937>> Acesso em: 07 nov. 2008.