

*Protesto por novo júri. Revogação. Aumento de pena pelo Tribunal ad quem, para o fim exclusivo de permitir o protesto por novo júri. Decisão ultra petita. Violação da soberania dos veredictos do júri popular. Impossibilidade de aplicação de norma processual penal revogada. Ausência de conteúdo material na norma que regula recurso no processo penal. Inviabilidade de dar-se efeitos ultraativos à norma processual penal revogada. Recurso de protesto por novo júri que não mais existe no cenário jurídico pátrio.*

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, nos autos da Apelação nº 2007.050.04620, em que são apelantes o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Josivan Antonio de Souza, sendo apelados os mesmos, **irresignado** com o V. Acórdão de fls. 690/697, vem interpor, tempestivamente,

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO

com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República, pelas razões deduzidas em anexo, requerendo seja o mesmo recebido e admitido, e enviado, posteriormente, ao Excelso Supremo Tribunal Federal.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2009.

**NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA**

Procurador de Justiça

Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais

**ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA**

Subprocurador-Geral de Justiça de  
Atribuição Originária Institucional e Judicial

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECORRIDO: JOSIVAN ANTONIO DE SOUZA**

## **RAZÕES DO RECORRENTE**

### **I. A DEMANDA**

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Josivan Antonio de Souza interpuseram recursos de apelação contra sentença do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o réu Josivan Antonio de Souza como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 129, caput, estes na forma do art. 70, e art. 155, § 4º, IV, e art. 288, parágrafo único, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal, absolvendo-o da imputação do fato tipificado no art. 121, § 2º, IV e § 4º, in fine, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal, com relação à vítima Estefani. Fixou, ainda, as penas de 17 (dezesete) anos de reclusão para o crime de homicídio qualificado; 8 (oito) meses de detenção para o delito de lesão corporal; 4 (quatro) anos de reclusão e 48 (quarenta e oito) dias-multa, na proporção de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente, com relação ao crime de furto qualificado; e 9 (nove) anos de reclusão para o delito de quadrilha ou bando armado, totalizando 32 (trinta e dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 48 (quarenta e oito) dias-multa no valor de 1/5 do salário mínimo vigente. Decretou, por fim, a perda do cargo de bombeiro militar, na forma do art. 92, I, b, do Código Penal, por entender que a conduta praticada pelo acusado afigura-se totalmente incompatível com o cargo público por ele ocupado.

A Colenda Quinta Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso defensivo “para, em benefício do réu, aumentar a pena quanto ao crime de homicídio para 20 anos de reclusão, acrescida do aumento de 1/6 referente ao crime do art. 129, possibilitado ao réu o protesto por novo júri”, e, por unanimidade, deu-lhe provimento “para reduzir as penas do crime do art. 155 a 02 anos de reclusão e 24 dias-multa, e reduzir a pena do art. 288 a 03 anos de reclusão”, tendo, ainda, julgado prejudicada a apelação ministerial (v. certidão de fls. 688/689). Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora:

*“Em verdade, pode-se observar que, quando da dosimetria penal, o douto sentenciante, magistrado com larga experiência, arbitrou as penas do homicídio em 19 anos e 10 meses de reclusão, assim inibindo a possibilidade de o acusado ser submetido a novo julgamento, com base no art. 607 do CPP.*

*Os fatos ao mesmo imputados são gravíssimos e a decisão dos Jurados encontra esteio na prova dos autos. Mas, diante de tão grave apenação, não se devia subtrair do acusado o direito de ser submetido a um novo julgamento, protestando por novo Júri.*

*Em que pese o § 1º do referido art. 607 do CPP não admitir a possibilidade da interposição desse recurso quando a pena for imposta em grau recursal, a doutrina defendida por Hermínio Alberto Marques Porto, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes sustenta que se a Lei 263/48 revogou expressamente o artigo 606 do Código de Processo Penal, também o fez – desta vez tacitamente – com relação ao § 1º do artigo 607 do mesmo diploma legal, visto que esse menciona expressamente o artigo 606 em sua redação. Assim, a aplicação de um dispositivo está diretamente vinculada e condicionada à vigência do outro.*

*Mesmo que assim não fosse, não haveria possibilidade de se sustentar a inadmissibilidade da interposição de protesto por novo júri quando a pena de vinte anos de reclusão ou superior for imposta em grau de apelação, uma vez que estaria sendo violado de forma flagrante o direito à ampla defesa, bem como aos princípios constitucionais em vigor.*

*Ultrapassada essa premissa e considerado o fato de que a pena imposta em grau recursal não afasta a possibilidade de interposição de protesto por novo júri, a Turma Julgadora, em sua maioria, considerou possível o aumento da pena, que se operaria em favor da Defesa, para assim viabilizar o protesto por novo Júri.*

*Certo é que o protesto por novo júri constitui forma de exercício da Defesa pelo acusado e, em observância aos princípios e garantias constitucionais em vigor, não há possibilidade de ser suprimido o exercício da ampla defesa durante todo o desenvolvimento do processo penal.*

*Em razão disso, entendeu-se que por meio de julgamento da apelação, interposta pela Defesa e conforme as peculiaridades do caso concreto, este recurso defensivo podia ser provido para que fosse viabilizada a interposição de protesto por novo júri, mesmo que para isso a pena fosse aumentada, sem que houvesse recurso ministerial para tanto, tão apenas para suprir o pressuposto previsto no artigo 607 do Código de Processo Penal.*

*Não se trata de reformatio in pejus em decorrência do aumento da pena em recurso exclusivo da Defesa, tendo em vista que o que se está a buscar, no caso, é justamente a garantia do exercício à plenitude de defesa pelo acusado. Se condenado a 20 anos de reclusão, automaticamente, a norma já lhe teria garantido um novo julgamento, daí porque não se poderia placitar que, por apenas dois meses a menos na dosimetria penal, esse direito lhe fosse negado.*

*Caso contrário, prevaleceria regra puramente processual, em prejuízo dos interesses do acusado e em detrimento dos seus direitos e garantias previstos*

constitucionalmente. Impossibilitar o protesto por novo júri acarretaria em violação ao princípio do favor rei.

Portanto, perfeitamente cabível a procedência do apelo defensivo, deduzido em sessão de julgamento, para aumentar a pena, assim, e viabilizar o protesto por novo júri.

Urge salientar, por derradeiro, que o fato de o protesto por novo júri ter sido revogado expressamente pela Lei 11.689/2008, não restou prejudicado o direito do réu condenado de utilizá-lo, isto porque, embora a inovação legislativa cuidasse de regra processual, aplicável imediatamente (art. 2º do CPP), no caso sob exame, faz jus o apenado à utilização do protesto, porque idônea para regular a hipótese é a disposição legal vigente ao tempo da prolação da sentença, que se deu em dezembro de 2006, quando ainda vigentes as regras dos artigos 607 e 608 do CPP.

Pelas razões expostas, foi revista a dosimetria penal. Foi fixada a pena de 20 anos de reclusão pelo crime do art. 121, § 2º, incisos II e IV do CP, acrescida de 1/6 referente ao crime do artigo 129 do CP, totalizada em 23 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, possibilitando ao réu o protesto por novo júri, reduzidas as penas do art. 155, § 4º, inciso IV, do CP, para dois anos de reclusão e 24 dias-multa, e as penas do art. 288 do CP para 03 anos de reclusão, assim acompanhando a maioria as razões apresentadas pelo douto Revisor." (fls. 694/696)

Decidindo dessa forma, a douta Turma Julgadora contrariou o artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República, extravasando os limites do poder que lhe foi conferido.

Daí a interposição do presente Recurso Extraordinário, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, para que seja reformado o v. acórdão, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau.

## II. A DECISÃO RECORRIDA

O v. acórdão impugnado (fls. 690/697), deu parcial provimento ao recurso defensivo, para aumentar a pena aplicada pelo crime tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, do CP, com o escopo de possibilitar ao réu a interposição de protesto por novo júri, e reduzir as penas impostas com relação aos crimes descritos no art. 155, § 4º, IV e no art. 288, ambos do CP, entendendo, em síntese, que: é possível, com base nos princípios da ampla defesa e do favor rei, aumentar, em julgamento de recurso defensivo, a pena aplicada ao acusado, com o fito de viabilizar a interposição de protesto por novo júri; o aumento da pena não caracteriza reformatio in pejus, vez que garante ao réu, automa-

ticamente, um novo julgamento, estando assegurada, portanto, a plenitude de defesa; o acusado pode valer-se do protesto por novo júri, pois, conquanto tenham sido revogadas as regras que o previam, as mesmas estavam em vigor quando a sentença foi prolatada, e o cabimento dos recursos é matéria regida pela lei vigente ao tempo em que a decisão impugnada foi proferida; e o art. 607, § 1º, do CPP foi tacitamente revogado, sendo cabível, assim, o protesto por novo júri quando a pena for imposta em grau de apelação.

### III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA ALÍNEA “a” DO ARTIGO 102, III, da CF.

#### *III.a. Da preliminar de repercussão geral*

A Emenda Constitucional n. 45/04, também conhecida como “Reforma do Judiciário”, acrescentou um novo requisito de admissibilidade aos recursos extraordinários: a imposição de que o recorrente demonstre que a questão possui repercussão geral em matéria constitucional.

O Supremo Tribunal Federal passa a fazer uma valoração da matéria do Recurso Extraordinário, ainda na esfera da admissibilidade, para descartar as questões que não apresentarem relevância ou transcendência.

O tema foi regulamentado pela Lei 11.418/06, em vigor em 19 de fevereiro e disciplinado pela Emenda Regimental 21/07, publicada em 03 de maio.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 543-A do CPC e parágrafo único do artigo 322 do RI do STF, consideram-se como tendo repercussão geral as questões que apresentem aspectos relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa.

Segundo pronunciamento recente do Ministro Gilmar Mendes (RE 556664/RS, transcrito no informativo n.481) a inclusão do requisito no nosso ordenamento jurídico:

“... traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vestusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”

Ou seja, ainda segundo o Ministro Gilmar Mendes, mais adiante no mesmo voto:

“deixa o STF de ter uma preocupação direta com a correção de eventuais interpretações divergentes das cortes ordinárias.”

A nova direção da legislação é no sentido de reservar o tempo e a disponibilidade do tribunal supremo da nação para as questões que digam respeito de hipóteses, para além das situações particulares e partes envolvidas.

**O requisito foi atendido na hipótese.**

É que a observância da garantia constitucional da soberania dos veredictos apresenta nítida **relevância social e jurídica**.

A aplicabilidade da repercussão geral aos processos criminais foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 664.567-2/RS, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06/09/2007, cuja ementa ora se reproduz:

**“EMENTA: I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral.**

1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais.

2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades – referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros – que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III).

3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 – que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição –, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional.

4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas.

5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil.

6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06).

7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII).

## **II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência.**

1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327).

2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, § 2º).

## **III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial.**

1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º).

2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 – data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007.

3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser “formal e fundamentada”.

4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.”

Portanto, à luz de tais predicamentos jurídicos, não há como se negar que a **questio** discutida no Recurso Extraordinário diz respeito à garantia constitucional do Tribunal do Júri, pois nos termos do art. 5º, XXXVIII, da Constituição, cabe à lei organizar o júri, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, e a **soberania dos veredictos dos jurados**. (In GILMAR MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 4ª ed, p. 625).

Na hipótese em testilha, discute-se a efetividade da garantia constitucional do júri, e da soberania dos seus veredictos, que foi violada pelo Acórdão recorrido, afrontando efetivamente a decisão dos jurados, e a garantia constitucional que tem como um dos pilares a soberania dos veredictos.

O júri é reconhecido na Constituição da República como uma **garantia constitucional**, estando a soberania dos seus veredictos, que foi afrontada pelo Acórdão recorrido, assegurada pela Constituição.

No mesmo sentido posicionam-se Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Garcia Medina (in *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil - 3*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 246):

“Relevância jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como por exemplo, a de direito adquirido”.

Por todo o exposto, o presente caso apresenta repercussão geral.

### **III.b. Do Cabimento do Recurso**

Estão presentes todos os requisitos de admissibilidade do presente recurso, que é de contrariedade ao **artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal**, a seguir tratado.

#### ***Inaplicabilidade de ofensa reflexa***

A ofensa nos presentes autos à Constituição Federal não é de caráter indireto ou reflexo. A possibilidade de prover-se apelação defensiva interposta contra decisão do Tribunal do Júri, na qual não houve pedido de agravamento da pena, para aumentá-la e, com isso, viabilizar a interposição de protesto por novo júri, assegurando-se ao réu o direito a um novo julgamento pelo Tribunal Popular, constitui, como se verifica de toda a fundamentação do v. Acórdão, o âmago da controvérsia. Essa questão encontra-se inexoravelmente relacionada à necessidade de observância da garantia constitucional da soberania dos veredictos, haja vista a proibição de o órgão *ad quem*, ainda que por via oblíqua, substituir o julgamento popular por outro.

O tema da ofensa reflexa é polêmico, e foi abordado com maestria pelo professor José Emílio Medauar Ommati em seu artigo *Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à Constituição* (in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol 10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 190/199). Posiciona-se contrariamente acerca desta exigência, que considera extra-



legal para admissão do recurso extraordinário, ressaltando que a mesma não encontra respaldo no nosso modelo processual-constitucional.

Nesse sentido, confira-se suas palavras sobre a ofensa indireta à Constituição:

“(...) tal entendimento vulnera a Constituição de 1988 e próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, pois deixa alguns dispositivos constitucionais sem a devida proteção por parte do STF, além de ferir o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988.

(...)

Se essa idéia prevalecer no direito brasileiro, será a própria Constituição que estará sendo desconsiderada e reescrita pelo STF. Ora, se existe um modelo constitucional processo, estabelecido pelo Texto Fundamental brasileiro, e esse modelo existe, em decorrência dos princípios constitucionais, por exemplo, do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais. É claro que esses princípios constitucionais só ganham sentido e densidade nas situações concretas e nas normas infraconstitucionais que os densificam, tais como as normas do Código de Processo Civil que regulam o direito a prova, o momento da produção da mesma, dentro outras. Assim, o descumprimento dessas normas processuais pode, dependendo da situação, levar ao descumprimento de normas constitucionais. Mais uma vez, toda jurisdição no Brasil é jurisdição constitucional”.

Assim, conforme entendimento acima, a ofensa reflexa a dispositivo da Constituição Federal induz também, por conseqüência, a uma ofensa direta a ela. Ainda segundo José Emílio Medauar Ommati, a continuar o presente entendimento do STF, *“teríamos o absurdo de algumas normas constitucionais encontrarem a proteção do guardião precípua da Constituição e outras ficarem ao bel-prazer dos tribunais inferiores, sem a possibilidade de um maior controle por parte do STF.”*

É preciso lembrar aqui a função do Recurso Extraordinário: trata-se de um elemento fundamental no controle difuso da constitucionalidade com vistas a garantir os direitos fundamentais e ser o remédio contra qualquer ato violador da Constituição, praticado por qualquer dos órgãos judiciários da República, como ocorreu nestes autos.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, na forma determinada pela Constituição, a guarda dos valores constitucionais, tanto no controle direto quanto no difuso, este último através do recurso extraordinário. Sua função é manter a incolumidade e a autoridade da Constituição. E a apreciação do recurso extraordinário é uma função de defesa da ordem constitucional objetiva, que deve utilizar a técnica de interpretação conforme a Constituição.

Cabendo ao STF a guarda da Constituição, é de sua responsabilidade analisar a violação aos princípios constitucionais, e garantir a integridade dos valores constitucionais protegidos pela Carta Magna.

Por estas razões, não trata o presente caso de uma mera afronta reflexa ao texto constitucional.

### *Inaplicabilidade da Súmula 279 do STF*

---

O presente recurso extraordinário não trata de matéria de fato. Ao contrário, a discussão cinge-se à interpretação e alcance da norma prevista no artigo, 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal.

Em outras palavras, busca-se definir se à garantia constitucional da soberania dos veredictos contrapõe-se o provimento de apelação defensiva interposta contra decisão do Tribunal do Júri, na qual não se postulou o agravamento da pena, para aumentá-la e, com isso, viabilizar a interposição de protesto por novo júri, assegurando-se ao réu o direito a um novo julgamento pelo Tribunal Popular.

Como será demonstrado, a interpretação do v. Acórdão recorrido está equivocada e deve ser modificada por este E. Pretório sobre questão de direito, a saber: o posicionamento do acórdão de que, em decorrência dos princípios da ampla defesa e do *favor rei*, seria possível dar provimento a apelação defensiva interposta contra decisão do Tribunal do Júri, na qual não se pediu o agravamento da pena, para aumentá-la e, desse modo, permitir a interposição de protesto por novo júri.

A questão é eminentemente de direito, a qual foi incorretamente solucionada pelo órgão *a quo*, que entendeu ser possível aumentar a pena aplicada ao acusado, no julgamento de apelação defensiva interposta contra decisão do Tribunal do Júri, com o escopo de viabilizar a interposição de protesto por novo júri, o que resultará, por via indireta, no desrespeito a decisão de mérito soberana do Tribunal Popular, contrariando-se o disposto no artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal.

### *Tempestividade do Recurso Extraordinário*

---

O Ministério Público foi cientificado do v. acórdão que deu provimento à apelação em 01/12/2008 (fl. 699), tendo sido interpostos embargos declaratórios (fls. 704/709), que vieram a ser julgados em 19/02/2009, com ciência em 22/04/2009, sendo a presente interposição tempestiva, a teor do artigo 26 da Lei nº 8.038/90.

## *Legitimidade e interesse*

---

A legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO para recorrer, nos feitos em que atue como parte ou *custos legis*, emana do art. 577 do CPP, e o interesse na reforma do julgado é igualmente indiscutível, por referir-se à Ação Penal Pública.

### *Do prequestionamento*

---

Desde já, ressalte-se que o **artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal foi devidamente prequestionado**. Tal dispositivo teve sua vigência expressamente negada pelo V. Acórdão recorrido, que aumentou a pena aplicada ao acusado, no julgamento de apelação defensiva interposta contra decisão do Tribunal do Júri, com o escopo de viabilizar a interposição de protesto por novo júri, o que resultou, por via indireta, no desrespeito ao julgamento soberano do Tribunal Popular.

Atendidos, assim, os requisitos das súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, resulta a inexistência de qualquer óbice à admissão do presente recurso e ao seu conhecimento pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

**III.c. Das razões para o provimento do recurso pela alínea a, do artigo 102, III, da Constituição Federal.**

### *Da contrariedade ao artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal*

---

Dispõe o Art. 593. *Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*

.....  
III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

.... d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

.....  
§ 3º *Se a apelação se fundar no n. III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.*

Com efeito, o Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente a norma contida no artigo 593, III, letra "d", do CPP, eis que embora tenha reconhecido que a decisão do júri não foi contrária à prova dos autos, por via reflexa, deu provimento ao recurso defensivo, para em aumentando a pena do crime de homicídio qualificado, e reconhecendo o concurso formal próprio com o crime de lesões corporais, fixar a reprimenda corporal em 20 (vinte) anos de reclusão, para o crime doloso contra a vida, acrescido de 1/6 referente ao crime de lesão corporal (exasperação decorrente do reconhecimento do concurso formal), e com isso alcançando-se patamar de pena para possibilitar novo julgamento do acusado pelo júri popular, na via do **protesto por novo júri**.

Na verdade, a decisão viola o permissivo legal que dá tipicidade ao recurso (art. 593, III, letra "d", do CPP), na medida em que embora reconheça que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária à prova dos autos, com o conseqüente aumento da pena do crime de homicídio qualificado operado no Acórdão recorrido, por via reflexa, acaba por cassar a decisão dos jurados, violando a garantia constitucional da soberania dos veredictos.

Vale transcrever, excerto do Acórdão recorrido, quando fica evidente a violação do permissivo legal do recurso interposto, bem como a garantia da soberania dos veredictos:

*"Em que pese não ter sido especificado, como de boa técnica, na petição recursal o fundamento jurídico da apelação, da leitura das razões recursais, colhe-se que embasada a insurreição no julgamento contrário à prova dos autos (grifos nossos).*

Mas, análise cuidadosa do vasto manancial probatório, permite concluir que não foi proferido um veredicto contrário ao mesmo. Ao optar por uma das versões que exsurgem dos autos, no caso, a versão sustentada pela acusação, os Srs. Jurados deram cumprimento à lei.

.....(omissis)

Em verdade, pode-se observar que, quando da dosimetria penal, o douto sentenciante, magistrado com larga experiência, arbitrou as penas do homicídio em 19 anos e 10 meses de reclusão, assim inibindo a possibilidade de o acusado ser submetido a novo julgamento, com base no art. 607 do CPP."

Todavia, solucionando Embargos Declaratórios opostos pelo Ministério Público, assim, se expressou o Acórdão (fls. 723/728), por maioria:

*"Como restou assentado no acórdão, os dois fundamentos nos quais se alicerçou o apelo não tinham fomento de direito. Em primeiro plano, pedira o apelante a nulidade do processo, porque lhe fora cerceada a defesa e porque ilícita a prova que foi produzida pelo órgão de acusação..... (omissis). No que tange ao mérito recursal, também restou claro no acórdão que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária à prova dos autos, daí porque não*

*havia razão para que fosse o réu submetido a novo julgamento, com base nesse fundamento. ....(omissis).*

*.....os senhores jurados decidiram que o réu praticou homicídio de forma qualificada. O patamar mínimo para a pena do crime previsto no art. 121, parágrafo 2, II e IV, do CP, seria 12 anos. A pena imposta ao réu foi de 17 anos, que acrescida da fração do concurso formal, chegou a 19 anos e 10 meses de reclusão. Com referida pena, não lhe seria possível protestar por novo julgamento, quando a lei então vigente lhe assegurava. Restou convencido o órgão julgador, por sua maioria, que a pena assim terminava por vulnerar um direito do acusado. A decisão majoritária, tomada com a anuência da defesa do réu, foi no sentido de aumentar a pena do crime de homicídio, talo apenas para propiciar ao réu o protesto por novo júri. A decisão teve natureza funcional, instrumento de garantia do princípio constitucional da ampla defesa.*

*Não se buscou, em verdade, rever a dosimetria penal, considerando os fatos da causa as circunstâncias judiciais. O escopo da majoração da pena, considerando que pelos fundamentos legais, a pretensão recursal, manejada pela defesa não tinha condições prosperar, foi efetivamente propiciar ao réu um novo julgamento, quando já agora dispunham os Senhores Jurados do novo elemento de prova, a importante prova documental obtida pela defesa (omissis).*

Portanto, inexorável a conclusão de que o Acórdão recorrido violou a norma jurídica em exame, e dessa forma contrariou expressamente o dispositivo constitucional prequestionado, violando, ainda que, reflexamente, a soberania dos veredictos.

Ademais, se é verdade que ao tempo do julgamento realizado pelo júri popular, ainda estava em vigor o capítulo IV - Do Protesto por novo Júri - delineado nos artigos 607 e 608 do CPP, que foi revogado pela Lei nº 11. 689/2008, não se pode perder de vista que o protesto por novo júri exigia pena aplicada igual ou superior a vinte anos de reclusão, por um só crime ou por um só crimes.

Não se desconhece o entendimento doutrinário e a orientação da Jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de admitir o protesto por novo júri, quando a pena vier a ser imposta em grau de apelação, com o reconhecimento do crime continuado ou mesmo do concurso formal. Todavia, tais hipóteses somente são aplicáveis quando da prática pelo mesmo acusado de mais de um crime de homicídio, em circunstâncias que se subsumam à continuidade delitiva ou ao concurso formal homogêneo.

Na hipótese examinada no acórdão recorrido, nada disso ocorreu: em verdade, o júri condenou o acusado pela prática de um crime de homicídio, um delito de lesão corporal leve, e outros dois delitos conexos (furto qualificado e formação de quadrilha armada), tendo o magistrado de primeiro grau, na presidência do júri, reconhecido o concurso formal entre os delitos de homicídio qualificado e o crime de lesão corporal leve, e fixado a pena do crime de

homicídio qualificado, de forma devidamente motivada, em 17 anos de reclusão, exasperando a reprimenda em decorrência do reconhecimento do concurso formal com o delito de lesão corporal leve, redundando a resposta penal, nesse particular, em 19 anos e 10 meses de reclusão (fls. 487/495). Portanto, não se trata de crimes de homicídio praticados em continuidade delitiva, como *fictio juris*, e nem mesmo de concurso formal entre delitos de homicídio.

Na hipótese em exame, o juízo de primeiro grau já havia reconhecido o concurso formal entre o delito de homicídio qualificado e o crime de lesão corporal leve, tendo fixado as penas, de forma motivada, que alcançou o patamar inferior ao pressuposto objetivo do **recurso de protesto por novo júri**.

Nessa linha de pensamento, forçoso reconhecer-se que não há qualquer fundamento jurídico aceitável na tese acolhida no Acórdão recorrido, pois a resposta penal quanto ao crime de homicídio, em total desalinhamento com os fundamentos do apelo defensivo, foi fixada em 20 anos de reclusão, e exasperada em 1/6 pelo reconhecimento do concurso formal com o crime de lesão corporal, com expressa motivação de possibilitar o protesto por novo júri, quando na verdade efetivou-se verdadeira cassação do veredicto do júri.

#### *Negativa de vigência do artigo 607, § 1º, do CPP*

*Dispõe o Art. 607:*

.....  
§ 1º Não se admitirá protesto por novo júri, quando a pena for imposta em grau de apelação (art. 606).

Como sustentava o processualista FLORÊNCIO DE ABREU, citado por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*In Processo Penal*, Saraiva, V. 4, 21ª ed, p.428) permitir o protesto das decisões proferidas pelos Juízes togados seria desnaturá-lo, desvirtuando seus fundamentos. O protesto é, em última análise, o apelo da decisão do povo para o próprio povo.

Como cediço, o protesto por novo júri, quando de sua vigência, era oponível se a pena imposta, **por um só crime ou por um só dos crimes, fosse igual ou superior a 20 anos**. Afastada a possibilidade da soma das penas, em caso de concurso real de crimes, e na esteira do entendimento doutrinário de FREDERICO MARQUES, admitiu-se que, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, a pena imposta ensejaria o protesto se satisfeito o pressuposto objetivo: pena igual ou superior a 20 anos.

Portanto, uma vez que reconhecido pelo juiz de primeiro grau o concurso formal entre os crimes de homicídio qualificado e lesão corporal leve, equivocou-se o Acórdão recorrido em aumentar a pena do crime de homicídio qualificado, tão-somente para permitir o alcance do patamar mínimo previsto no art.

607, caput, do CPP, ao argumento de que estaria reconhecendo o concurso formal entre os delitos.

Na verdade, tal aumento de pena, sem qualquer fundamento lógico-jurídico, tão-somente aplicado para favorecer o protesto pela defesa do acusado, viola frontalmente o disposto no art. 607, § 1º, do CPP.

Na hipótese, o recurso defensivo buscava a cassação do veredicto, e não poderia o Tribunal *a quo*, diante da ausência da adequação típica recursal – recurso de fundamentação vinculada – determinar o aumento de pena visando a concessão do protesto por novo júri, pois se trata de julgamento *ultra petita*, violando-se inclusive o entendimento do **verbete nº 713 do Pretório Excelso**:

*“O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”*

Sobre o tema, vale trazer à colação o ensinamento de EDUARDO ESPÍOLA FILHO (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, V 6, 1ª ed, Bookseller, 2.000, p. 292:

*“Categórico é o § 1º do art. 607, não revogado pela Lei nº 263/1948, cujo art. 12 riscou, no Código, o art. 606, a que aquele parágrafo faz remissão, em procrever o protesto contra pena imposta em grau de apelação; hipótese suscetível de apresentar-se quando, ante o recurso do Ministério Público, o Tribunal Superior retificou a pena fixada pelo presidente do júri, elevando-a a vinte a nos, ou mais; entanto, está, evidentemente, excluída a possibilidade de ventilar-se o protesto por novo júri, nesse caso e quando, comportando-o o veredictum do tribunal popular, houver sido confirmado, em apelação, pelo tribunal do recurso, pois, estatuinto o art. 607, § 2º, dever fazer-se o protesto, por novo júri, no mesmo prazo, em que é possível interpor a apelação, se esta foi apresentada e julgada, a defesa perdeu, fatalmente, a oportunidade para aquele protesto, em tempo útil”*

Ademais, o Acórdão recorrido além de contrariar e negar vigência ao dispositivo em tela, **olvidou de matéria extremamente importante** para o deslinde da *quaestio*. É que, a Lei nº 11.689/2008, já em vigor ao tempo da prolação do Acórdão recorrido, fez desaparecer do mundo jurídico o recurso de protesto por novo júri.

Dessa forma, em se tratando de modificação de normas processuais, eis que modificou-se o procedimento do júri, o novo diploma legal deve ser aplicado aos casos concretos, ainda que o crime tenha sido praticado anteriormente, não havendo que se falar em aplicação ultra-ativa das normas proces-

suais revogadas expressamente pelo novo diploma legal. A hipótese é de aplicação do princípio *tempus regit actum*, previsto no art. 2º do CPP. Portanto, extinto o recurso do protesto por novo júri do ordenamento jurídico, não há como se coadunar o entendimento acolhido pelo Acórdão recorrido, eis que impossível acolher-se o protesto como modalidade de recurso no processo penal pátrio.

Sobre o tema, veja-se a posição de MARCELLUS POLASTRI LIMA (In Manual de Processo Penal, Lumen Juris Editora, 2ª ed, 928):

*“Já se levantam algumas vozes no sentido de que a norma que tratava do recurso seria mista ou híbrida.*

*Rômulo Andrade Moreira, por exemplo, brilhante e respeitado processualista baiano, advogada a tese de que “qualquer norma que trate do meio recursal diz respeito a uma garantia constitucionalmente assegurada, que é o duplo grau de jurisdição. O devido processo legal deve garantir a possibilidade de revisão dos julgados”, e, assim, defende que, para os processos do júri anteriores à lei continuaria a se aplicar o protesto por novo júri.*

*Ora, não podemos, de forma algum, concordar que o fato do meio recursal ser reflexo do duplo grau de jurisdição (que, aliás, não é norma expressa constitucional, mas sim reflexo do devido processo legal) torne o protesto por novo júri ou qualquer outro recurso uma norma “híbrida” ou mista. O devido processo legal é um princípio constitucional da maior magnitude (sem dúvida), sendo que dele se pode dizer que se extrai os demais princípios processuais. Mas isso nada tem a ver com a norma de direito penal, cuja irretroatividade quando não benéfica ao réu deflui de norma constitucional expressa e não processual, e deita seus efeitos e conseqüências em questões atinentes à matéria penal.*

*Em se tratando de norma processual, como são aqueles atinentes ao recurso em regra (salvo se contiver algum conteúdo penal, como questões, v.g., vinculadas à extinção da punibilidade), incide, quando lei nova, de imediato, sem prejuízo dos atos antes realizados. Portanto, é evidente que a extinção do protesto por novo júri atingirá todos os efeitos, sejam anteriores ou posteriores à vigência da nova lei, já que se trata de genuína norma processual e, assim, aplica a regra *tempus regit actum*, prevista no art. 2º do CPP. .... (omissis)*

*No caso em concreto se trata de norma que previa recurso é não é o fato de que na previsão se exigia “requisito de 20 anos de pena” que vai transformar a norma em norma mista, pois tal é apenas um requisito próprio recursal. Também não é o fato de ser um recurso exclusivo da defesa que dará caráter penal, além do processual, à norma. Assim, com a revogação do recurso, não há que se falar em irretroatividade do mesmo para as hipóteses anteriores à sua revogação, pois tal revogação incide sobre todos os processos ainda não julgados quando da vigência da reforma.*

*Negativa de vigência do 617, CPP*



Dispõe o Art. 617:

*O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*

O v. Acórdão recorrido, contrariou expressamente o disposto no art. 617 do CPP, eis que em se tratando de procedimento do júri, fica vedado ao órgão *ad quem*, conhecer do recurso de apelação por fundamento diverso daquele que constou da interposição do recurso.

Na hipótese dos autos, o apelo defensivo buscava a cassação do veredicto do júri, por entender que a decisão dos jurados seria aberrante da prova dos autos, e alternativamente buscava a redução das penas impostas.

Tendo o júri condenado o acusado pela prática de um homicídio qualificado, um crime de lesão corporal e outros dois crimes conexos (furto e formação de quadrilha), a sentença do juiz presidente reconheceu o concurso formal homogêneo e próprio entre o homicídio qualificado e a lesão corporal (vítimas diversas), alcançando então patamar de pena não compatível com o protesto por novo júri.

Repita-se: o recurso de apelo defensivo não buscou o “aumento de pena”, para na via reflexa alcançar o requisito objetivo do protesto por novo júri. Pretendia a defesa, ou cassação do veredicto, o que se demonstrou inviável, como reconhecido no Acórdão recorrido, já que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária à prova dos autos; ou, subsidiariamente a redução das penas aplicadas. Portanto, dentro dos limites objetivos do recurso interposto pela defesa, e diante das limitações ao direito de recorrer quanto às decisões do júri popular, estando a matéria inclusive sumulada pelo Excelso Pretório (verbete nº 713), não caberia ao Tribunal *a quo* aumentar a pena do crime de homicídio qualificado, em recurso exclusivo da defesa, para 20 anos de reclusão, ensejando o protesto por novo júri.

Sobre o tema, veja-se:

*“Apelação, no Júri, tem natureza restrita, não devolvendo à superior instância o conhecimento integral da causa criminal. O conhecimento do Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição (RTJ 81/48; HC 66.649, DJU 10.03.89, p. 302). Nesse sentido, Súmula 713 do STF (“O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”). Como disse o Min. Celso de Mello, relatando o HC 681.093, 1ª Turma do STF, em 23.03.91, “o princípio tantum devolutum quantum appellatum sofre, no que concerne à sua aplicabilidade, sensível restrição no procedimento recursal instaurado pela interposição de apelação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. A apelação criminal, no procedimento do Júri, não devolve, ordi-*

*nariamente, ao Tribunal ad quem, o integral conhecimento da causa penal. A instância superior fica necessariamente limitada aos motivos invocados pelo apelante no ato de interposição recursal” (In, Damásio de Jesus, Código de Processo Penal anotado, 23ª ed, p. 481)*

Por outro lado, a alegação contida no v. Acórdão vergastado no sentido de que a decisão teria cunho “funcional”, pois visava garantir o amplo direito de defesa do acusado quando do julgamento pelo júri não é suficiente para afastar a flagrante violação da lei processual penal, pois o recurso de apelação no júri possui fundamentação vinculada, exatamente visando garantir o princípio da soberania dos veredictos emanados do Júri popular.

A tese acolhida pela r. decisão recorrida dissente da orientação do **Excelso Supremo Tribunal Federal**, como demonstra o seguinte julgado, um dos precedentes do enunciado da súmula nº 713 desse tribunal:

*“O recurso de apelação, nas causas penais submetidas ao Júri, tem caráter restrito, pois a sua cognição, pelo Tribunal ‘ad quem’, fica limitada aos motivos unicamente invocados na petição de interposição recursal. O princípio ‘tantum devolutum quantum appellatum’ sofre sensível restrição no procedimento recursal instaurado mediante impugnação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri.*

*O princípio ‘tantum devolutum quantum appellatum’, por envolver a extensão temática operada pelo efeito devolutivo dos recursos criminais, deriva da maior ou menor amplitude dos limites estabelecidos pela parte recorrente em sua petição recursal. Por isso mesmo, tem esta Corte reconhecido que a limitação material do âmbito do recurso penal decorre, fundamentalmente, do ato formal de sua interposição, e não das razões que posteriormente venham a ser produzidas pelo recorrente no procedimento recursal (RTJ 117/1098).*

*Ocorre, porém, que, no procedimento recursal instaurado mediante impugnação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, esse princípio sofre sensível restrição, consoante assinala a doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, ‘Código de Processo Penal Anotado’, p. 372, 7ª ed., 1989, Saraiva):*

*‘... a apelação, no Júri, tem natureza restrita, não devolvendo à superior instância o conhecimento integral da causa criminal. O conhecimento do Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição.’*

*Nesse sentido, também é a orientação jurisprudencial dos Tribunais, inclusive desta Suprema Corte:*

*‘Apelação do Tribunal do Júri. É ela adstrita aos motivos invocados pelo recorrente, quando da interposição, ou, pelo menos na apresentação tempestiva das razões.’ (RTJ 75/246)*

*Assim sendo, tenho como lesiva à ordem jurídica a decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, em sede de apelação criminal, conheceu e deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público. Pelas*

*razões expostas, declaro nulo o acórdão proferido por aquela Corte estadual. Determino, em consequência, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proceda a novo julgamento, apreciando os recursos nos estritos limites temáticos em que deduzidos pelas partes." (Autos do Habeas Corpus nº 688781, Rel. Min. Celso de Mello - cópia autenticada que acompanha o presente - documento 01). J. em 17.12.91, DJ 26.06.92, Ementário 1667-1*

Emerge patente, assim, a instauração de dissídio pretoriano, causada pela prolação de acórdão pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Na oportunidade, ratifica-se o parecer ofertado pela Procuradoria de Justiça, às fls. 680/683, que passa a fazer parte integrante e complementar destas razões.

#### IV. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, demonstrada a contrariedade à Constituição da República, espera o Recorrente seja admitido o presente Recurso Extraordinário, para que o mesmo seja conhecido e provido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, com a reforma do V. Acórdão recorrido, restabelecendo-se os efeitos da sentença.

Nestes termos,

Espera deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2009.

**NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA**

**Procurador de Justiça**

**Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais**

**ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA**

**Subprocurador-Geral de Justiça de**

**Atribuição Originária Institucional e Judicial**