

DIREITO INTERTEMPORAL E O PROTESTO POR NOVO JÚRI

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

Uma das maiores certezas da vida, parafraseando o pranteado músico Cazuza, é a de que o tempo não para. Nessa vertente, atrelado ao decurso temporal, reverbera-se que os fatos sociais não são estáticos, necessitando, sempre que possível, de novas valorações.

Desta sorte, a partir destes juízos axiológicos, podem exsurgir diversas normatizações, com o fito de tutelar certos bens jurídicos ou, quiçá, organizar respostas ao fenômeno criminal.

Noutra palavra. Com estofo no período existente e suas necessidades, vêm a florescer um variado rol legal, que se atrela ao fato social gerador que lhe deu o brilho vital. Não por outra razão, toda norma, que daí emerge, é dinâmica: nasce, vive e morre.

Id est, nasce, quando elaborada, sancionada, promulgada e publicada, passa a vigor. Existe e tem vida no interstício compreendido entre a data de sua vigência e a de sua revogação. Morre, quando, não mais atendendo aos reclamos sociais, é revogada por outra lei, que a substitui.

Noutro dizer. Toda vez que uma *lege* se distancia no tempo do fato social que lhe dera origem, urge seja esta substituída por outra norma, mais atual e correspondente com a nova realidade fática.

É neste enfoque, diga-se *en passant*, que se desenvolve o tão tormentoso campo que ora analisaremos, ou seja, o problema do direito intertemporal, com vindoura aquilatação de qual disciplina legal há de ser aplicada.

De qualquer forma, antes de adentrarmos no âmago do presente trabalho, é necessário observarmos alguns questionamentos que se fazem necessários quanto ao vetusto protesto por novo júri.

Vejamos.

Introduzido em nosso ordenamento, por intermédio do artigo 308 do Código Processual Penal de 29 de novembro de 1832, o protesto por novo júri eclodia, tão-somente, naquelas hipóteses em que o réu era condenado pelas maiores sanções existentes na sistematização, à época, vigente: morte ou galés perpétuas.

Isso porque, até os dias hodiernos, uma das maiores preocupações da sociedade é o eventual aceno da justiça para a existência de decisões equivocadas. Daí aquela máxima, melhor haver um culpado absolvido, do que um inocente condenado.

Nesse passo, vale esboçar, eclodiu esta modalidade recursal com a única e prefícua função de sanar eventual erro do judiciário.

Entrementes, com o percorrer do tempo e das permutações ideológicas, notou-se que denotado mecanismo traduzia verdadeiro entrave a celeridade processual e

credibilidade da justiça – haja vista a viabilidade de novo julgamento que, por vezes, não coaduna com o clamor de senso reto. Ou seja, o primeiro julgamento tornar-se-ia um verdadeiro cerimonial do vazio, mero espetáculo concretizado pelos atores daquela cena: o membro do *parquet* e o causídico.

Não por outra razão, com o advento do diploma legal nº 11.689, de 09 de agosto de 2008, debelou-se o referido instituto de nosso ordenamento pátrio. Contudo, remanesce a indagação sobre sua aplicabilidade aos atos deletérios realizados antes da vigência da hodierna normatização, como *exempli gratia*, ao caso do nefasto crime perpetrado contra Isabella Nardoni, no crepúsculo de 29 de março de 2008.

É aqui, diga-se de passagem, que reside o não plácido celeiro das ideações, com diferentes luminas quanto ao direito intertemporal. Nessa senda, por ser deveras tempestuosa referida temática, desmembraremos os três caminhos passíveis de serem percorridos pelo meio acadêmico.

A *limine*, antes de qualquer viagem por determinada vereda, é imprescindível nos valermos de certos instrumentos ou premissas norteadores. Nesse caso, para tanto, é indispensável traçarmos os conceitos de norma de caráter substancial penal e sua distinção com aquelas de gênese processual.

Isso porque, é de acordo com os determinados mecanismos que iremos seguir os possíveis itinerários intelectivos.

Assim, obtempera-se ser norma de natureza material aquela que define um fato punível, impondo, abstratamente, a sanção devida, bem como, ademais, aquela que traça certas garantias e amplia o sistema penal por princípios gerais que disponham sobre os limites de normas incriminadoras.

Mutatis mutantis, o outro instrumento que nos será válido são as normas de cunho processual, consistentes no regular de atos ou atividades processuais. Isto é, entende-se por norma formal aquela cujos "efeitos repercutem diretamente sobre o processo, sem qualquer relação com o *jus puniendi* do Estado." .

Passado este manual de utilização sobre os mecanismos a serem empregados, abrem-se três possíveis caminhos.

Num primeiro pensar, a norma ab-rogada (artigo 607 do CPP) é de gênese substancial. Como conseqüência, por tratar-se de *Lex mitior* (lei benevolente) e ter efeito *in mellius* (benéfico), será ela ultra-ativa, projetando seus efeitos para o futuro, mesmo após sua revogação.

Noutro lapidar. Compreenderia a norma não os fatos posteriores, mas os casos perpetrados ao seu tempo e ainda pendentes de solução jurídica. Desta sorte, aplicar-se-ia o protesto por novo júri ao caso que ora toca o cerne da sociedade, o de Isabella Nardoni.

Como num pêndulo, em sentido antípodo a este posicionamento, emerge outra trilha intelectual, a de que a nova regulamentação é de cunho processual – *in casu*, artigo 4º da Lei 11.689, de 09 de agosto de 2008. Como corolário deste pensar, extrai-se o axioma do *tempus regit actum*, que proclama a aplicação imediata da lei processual penal.

Por intermédio deste luminar, incabível se torna a aplicação do mecanismo recursal ora estudado, haja vista a adoção do sistema do isolamento dos atos processuais.

Calha acentuar! No reverberar desta ideiação, há uma cisão das fases processuais em seus diversos atos constitutivos. De tal arte, justapor-se-ia imediatamente a lei nova ao ato a ser perpetrado, sem o prejuízo daqueles já efetivados.

Por assim dizer, o direito a denotado recurso se constituiria a partir da prolação da sentença condenatória exteriorizada no plenário do júri (*in casu*, datada em 27-03-2010). Destarte, inconfutável a impossibilidade deste subterfúgio recursal, já que se deve subsumir a norma legal existente a data da decisão, ou seja, a Lei 11.689, de 09 de agosto de 2008.

De maneira derradeira, há um último rumo doutrinário, perfilado por grandes cabedais jurídicos, que sustenta a existência de uma normatização processual-penal, de natureza híbrida (mista). Nesta hipótese, conforme exacerbam quase em unísono os cultores do direito, deve-se prevalecer às regras outrora mencionadas da normatização penal, sobejando na plausibilidade do protesto por novo júri.

Para fomentar esse entendimento, inúmeros argumentos são empregados, como: a) vilipêndio ao axioma constitucional da amplitude de defesa, pautado no direito penal público subjetivo de liberdade do autor do ato deletério; e b) o debelar do duplo grau de jurisdição, garantia constitucionalmente assegurada pela dimensão processual do devido processo constitucional (*procedural due process*).

De certa forma, nota-se que a primeira fundamentação deste raciocínio traduz um gênero, da qual o duplo grau de jurisdição é espécie. É que, ao se tolher a possibilidade do debate de certa matéria em outro momento, se mitigaria a plenitude de defesa, garantia fundamental do réu.

De qualquer maneira, delimitadas as três direções possíveis de serem exploradas, resta-nos saber qual é aquela que possui o caminho mais palpável, seguro, sólido e impermeável.

Em nosso humilde elucubrar, empós a minuciosa anatomia das trajetórias intelectivas, é certo a inaplicabilidade do mecanismo recursal estudado.

De modo respeitoso, discrepamos do luminar que aborda a existência de norma híbrida, ainda que bem estruturada sua linha de raciocínio. Isso porque, hialina a turbação havida entre a garantia da ampla defesa com o axioma da plenitude de defesa.

Esta última garantia, *en passant*, reflete uma tríade de acepções, como: a) o direito do réu apresentar tese diversa daquela externada pelo seu causídico; b) a viabilidade de ser declarado indefeso, caso o defensor esteja em condições cognitivas deveras inferiores para o embate contra o membro ministerial; e c) como já professado, possibilidade de valer-se de todos instrumentos recursais admitidos pela *lege*.

Ademais, amiúde, tal normatização cuida de matéria recursal. Daí, incontestemente sua origem puramente processual, ainda que nela inseridos requisitos quanto a natureza do crime – *in casu* dolosos contra a vida e conexos – e piso da quantidade de pena a ser imposta – 20 anos de sanção.

Ex positis, incabível o protesto por novo júri nas hipóteses de crimes anteriores ao novo diploma legal, Lei 11.689, de 09 de agosto de 2008, já que a hodierna regulamentação é de cunho processual. Sobeja-se, nesse prisma, na aplicação imediata da lei processual penal (*tempus regit actum*), mantendo-se, por consequência, a decisão condenatória aferida em face de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá.