

## QUESITOS

SAULO BRUM LEAL  
Juiz de Direito;  
Presidente do Tribunal do Júri - 2º Juizado  
Prof. da Escola Superior de Magistratura  
Promotor Penal - Júri

“Juiz que preza a importância de suas funções, estuda o processo, prepara com antecedência o relatório, os quesitos e nunca deixa a redação deste para o ato do julgamento” (VICENTE DE PAULA AZEVEDO, in *Curso de Direito Judiciário Penal* — Saraiva, 1958, 2.º vol., p. 230).

### I — Origem

O nosso estatuto processual penal adotou o sistema *francês*, também denominado sistema do questionário. Por este sistema indaga-se aos jurados por meio de perguntas, tanto quanto possíveis simples e objetivas, sobre o fato e suas circunstâncias. (GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2.ª ed., 1917, p. 471, n.º 591).

### II — Fontes

1) *Libelo* — é a primeira fonte dos quesitos e “constitui a base do questionário que deve ser apresentado ao júri. Não se deve, porém, levar ao extremo tal circunstância para entender que aquela peça acusatória deva ser uma antecipação *ipsis litteris* dos quesitos” (FREDERICO MARQUES, *O Júri no Direito Brasileiro*, p. 247, n.º 3, 2.ª ed., 1955).

No libelo crime acusatório o juiz encontrará articulado o *fato principal* — autoria e letalidade — que serão os dois primeiros quesitos a serem formulados aos jurados (art. 484, I). O desdobramento de que trata o art. 484, II é a hipótese acima ventilada.

Mas o primeiro quesito — *autoria* — poderá ser desdobrado se houver circunstâncias separáveis, p.ex.: uso de diversos meios sucessivos — porrete, depois arma de fogo; luta corporal, depois arma. Aplica-se no caso o art. 484, II do CPP.

2) *Defesa* — através da defesa técnica alegada em plenário, tem o juiz outra fonte de quesitação, conforme expressamente consta no art. 484, III, inclusive para os casos de desclassificação, bem como circunstâncias especiais de diminuição de pena, como está claro no inc. IV do art. 484.

3) *Debate* — somente serve como fonte do questionário para o órgão do Ministério Público. Momento processual adequado para alegar a presença de alguma circunstância agravante (art. 484, § único, inc. II, do CPP) que não foi articulada por ocasião do libelo (art. 417, III do CPP). Contudo, as agravantes relativas quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas em lei civil (art. 155, do CPP). É o caso da menoridade, ascendente, descendente, cônjuge, etc. ...

4) *Ofício do Juiz* — são os casos previstos no art. 484, § único, III e IV, do CPP, ou seja, em *caso de condenação* é obrigatória a formulação do quesito genérico sobre a existência de circunstância atenuante. Caso não formulado, incide a Súmula nº 156 do STF: “É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri por falta de quesito obrigatório”. A menos que a pena seja fixada no mínimo legal.

A respeito da formulação do quesito específico sobre atenuantes, ver estudo na parte apropriada, quando trato da formulação dos quesitos e comentários a respeito.

5) *Interrogatório do réu* — é a peça mais importante do processo penal, segundo VICENTE DE AZEVEDO (RT 183/636).

Não é apenas “meio de prova”, mas também “ato de defesa”, como conceituam LINCOLN PRATES (Revista Forense — 114/218), assim entendendo a doutrina. E como “ato de defesa” que é as declarações do acusado são peças importantes para a formulação dos quesitos. Aliás, tanto FREDERICO MARQUES (in ob. cit., p. 146) e MAGARINOS TORRES (in Processo Penal do Júri, p. 533) também entendem que o *interrogatório* é fonte do questionário, em decorrência da determinação legal inserida no art. 484, III, do CPC — *se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal*. Isto demonstra, com clareza meridiana que não é somente o júri questionado sobre o que alegar a defesa técnica, mas, também, de forma obrigatória, com o que o réu arguir em suas declarações.

A jurisprudência firmou-se, mesmo ante doutrinadores de escola em sentido contrário (Hermínio Porto — JÚRI — 3ª ed., p. 123, VICENTE DE MORAES MELLO JÚNIOR — O Questionário do Júri, 2ª ed., p. 25, GALDINO SIQUEIRA, ob. cit. p. 475, que o juiz deve formular “*de ofício*” quesitos decorrentes de “*defesa pessoal*” do acusado, se os da defesa técnica tenham sido recusados ou se são menos favoráveis (RJTJRS — 5/57, 67/90, 82/94, 92/45, 102/150, 104/77, 105/111, 106/183, 114/156, 117/113 e 125, 121/128).

Pouco importa não ter a defesa arguido a matéria no momento oportuno, ou mesmo no recurso, pois já é pacífico que a matéria referente a quesitos não preclui, por ser de ordem pública, de sorte que a nulidade produzida — *por deficiência de quesitos ou das suas respostas e contradição entre estas* é absoluta e pode ser alegada em qualquer tempo ou decretada de ofício (RJTJRS — 3/102, 21/50, 23/100, 65/108, 67/90, 72/135, 93/153, 104/77, 105/168; Revista Jurídica — 56/354).

Por isso, além dos debates, o magistrado Presidente do Júri deve atentar para as declarações prestadas pelo réu e em todas as oportunidades em que ele prestou declarações para ver se ele não alegou algum outro elemento em sua defesa, diferente do que foi alegado pela defesa técnica. Neste caso, deve formular o respectivo quesito.

### III — Formas

Antes do julgamento o juiz deve examinar o processo e concluir quais as teses possíveis que a defesa poderá alegar nos debates. Isso possibilita a elaboração dos quesitos, o que não deve ser deixado para ser feito na própria sessão.

Os arts. 479, 480 e 486 do C.P.P. consignam que o juiz deverá ler os quesitos, evidenciando, com isso, que eles devem fazer parte dos autos através de *relação escrita*.

Antes de proceder a votação, o Juiz fará uma explicação sobre as conseqüências das respostas afirmativas e negativas no julgamento (art. 479). Isso é que se entende por *explicação legal* do questionário. No momento da votação de cada quesito é de bom alvitre *repetir* a pergunta e a significação legal da resposta sim e não, para que os julgadores fiquem perfeitamente esclarecidos.

Relembre-se, porém, que os quesitos são formulados oralmente, segundo prescreve o art. 486.

Os arts. 479, 480 e 486 do C.P.P. consignam que o juiz deverá ler os quesitos, evidenciando, com isso, que eles devem fazer parte dos autos através de *relação escrita*.

Antes de proceder a votação, o Juiz fará uma explicação sobre as conseqüências a s respostas afirmativas e negativas no julgamento (art. 479). Isso é que se entende por *explicação legal* do questionário. No momento da votação de cada quesito é de bom alvitre *repetir* a pergunta e a significação legal da resposta sim e não, para que os julgadores fiquem perfeitamente esclarecidos.

Relembre-se, porém, que os quesitos são formulados oralmente, segundo prescreve o art. 486.

#### IV — Redação

A regra legal (art. 484, IV) diz que a quesitação deve ser feita em proposições simples e bem distintas. A redação deve ser clara, possibilitando, com isso, o fácil entendimento pelos jurados, usando, preferencialmente, a linguagem da lei.

Tanto a doutrina como a jurisprudência *não recomendam* a reformulação de quesito em proposição, simultaneamente, interrogativa e negativa, visto que pode gerar confusão no espírito dos jurados, bem como causar dúvida referente à intenção das respostas (VICENTE AZEVEDO, *Pareceres*, p.304; MORAES MELLO JR. *ob. cit.* p.51 *Revista Forense*, 81/185; *Revista Jurídica*, 24/229 e 72/276; RJTJRS, 6/850).

#### V — Consignação dos quesitos e respostas no termo da reunião

É recomendável transcrever o quesito e logo a seguir consigna-se a resposta por inteiro, com o uso do advérbio indicando a votação. Ex.: transcreve o quesito. Como resposta, consignar: O Conselho de Sentença (ou O Júri) respondeu **AFIRMATIVAMENTE** (ou **NEGATIVAMENTE**) por tantos votos **SIM** (ou **NÃO**) contra tantos votos **NÃO** (ou **SIM**).

A jurisprudência condena perguntas e respostas por inteiro, só a pergunta e resposta monossilábica ou só o número do quesito e resposta monossilábica.

Em verdade, “a orientação jurisdicional e administrativa do Tribunal não podia ser outra que não a de se lançar no termo de julgamento o quesito e os votos afirmativos e negativos da resposta. E, ainda que tanto não se recomendasse, de toda

evidência convém que assim se faça para se evitarem as dúvidas, facilitando ainda a conferência e compreensão do termo" (RJTJRS — 107/59).

Também não é recomendável usar a palavra "crime", ao invés de "fato" no questionário, tanto no que se refere à autoria como naqueles relativos às causas de exclusão de ilicitude ou da culpabilidade. Por isso que o júri, pelo reconhecimento da justificativa ou da escusa alegadas, pode declarar que o fato não é antijurídico ou que o agente não é culpado; não havendo, assim, *crime* a punir. Somente nos quesitos sobre agravantes e causas especiais é que pode falar em *crime*, porque, quando o conselho vai respondê-los, já o mesmo *fato* se acha reconhecido, objetiva e subjetivamente, como criminoso. Esta é a lição de MORAES MELLO JR. (*ob. cit. n.º 99, nota 52, p. 133; n.º 102, nota 54, p. 142*) sendo tal orientação aceita pela jurisprudência conforme se constata em diversos arestos (*Revista Forense: 150/451, 175/472; Revista Jurídica: 65/291, 66/277 e 72/276; RJTJRS: 3/92*).

Evidente ser desnecessário consignar no termo os quesitos prejudicados (art. 490). Apenas mencionar o número do quesito e se forem diversos todos os números. Ex.: 7.º, 8.º e 9.º quesitos: prejudicados.

## VI — Vícios de complexidade

1) *Mais de um fato* — quando o acusado estiver sendo julgado por mais de um fato, os quesitos devem ser formulados em séries distintas.

2) *Mais de um acusado* — deve constar o nome do réu e não deve haver designação por letra. O nome pode ser completo, ou apenas o pré-nome.

3) *Circunstâncias separáveis* — se o réu fez uso sucessivo de armas diferentes, o primeiro quesito — *autoria* — deve ser desdobrado (ex.: *porrete, depois arma de fogo; ou luta corporal depois arma*).

4) *Minúcias desnecessárias* — tais detalhes devem ser evitados, tais como: arma "não registrada", causa da morte por "hemorragia" ou "após discussão".

5) *Adjetivação* — deve ser totalmente evitada. Por ex.: cerrado tiroteio, fortes pancadas, golpes inesperados, etc. ...

6) *Deficiências* — ocorrem quando se constata a ausência de circunstâncias essenciais do fato. Ex.: omissão do nome do réu, da vítima, a data e o lugar do crime no quesito principal.

7) *Perissologia* — doutrinadores de renome aconselham a formulação do quesito genérico sobre atenuantes da seguinte forma: "existem atenuantes em favor do réu?" Toda atenuante é sempre em favor do réu, dado que inexistente atenuante em favor da vítima. Constitui-se em reprovável redundância tal fórmula. Vide redação correta quando trato da formulação dos quesitos neste trabalho.

A jurisprudência condena tal tipo de formulação. (*Revista Jurídica — 34/445 e 65/291; RJTJRS — 76/106*).

## ORDEM DE FORMULAÇÃO DOS QUESITOS — art. 484 do cpp

1.º quesito — sobre o fato principal, conforme *libelo* — art. 484, inc. I do CPP.  
*observações:* desdobrá-lo, se houver circunstâncias separáveis (ex.: uso de diversos meios sucessivos — *porrete, depois arma de fogo; luta corporal, depois arma*) — art. 484, inc. II do CPP.

2.º quesito — letalidade da(s) lesão(ões).

- 3.º *quesito* — 1.º — em primeiro lugar sobre a *desclassificação*, se houver (ex.: tentativa cruenta para lesão corporal ou tentativa incruenta (branca) para crime de perigo; homicídio consumado para lesão seguida de morte, homicídio culposo ou outra figura penal.  
Concorrendo tese de *desclassificação*, essa deverá *anteceder* as do mérito a fim de que o júri não julgue o que não tinha competência (RJTJRS — 5/113, 11/108, 52/55 e 79/135).
- 2.º — depois sobre a *exclusão de ilicitude* (art. 23 do CP).
- 3.º — por fim, sobre *exclusão de culpabilidade* — art. 484, inc. III do CPP.

*Súmula 162 do S. T. F.* — É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os *quesitos* da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes.

4.º *quesito* — *Majorantes e Minorantes* — só se já estiver decidida a condenação art. 484, inc. IV do CPP. A privilegiadora, que constitui matéria de defesa, deverá ser proposta antes da qualificadora (RJTJRS — 14/106, 43/51 e 74/126).

5.º *quesito* — *Qualificadoras* — só as que tiveram sido acolhidas pela pronúncia — art. 416 do CPP. (RJTJRS — 5/77).

6.º *quesito* — *Qualificadora* em concurso com *Minorante* — art. 489 do CPP. Ver também RJTJRS — 113/181.

7.º *quesito* — *Agravantes* — não confundir com qualificadoras — só as articuladas

7.º *quesito* — *Agravantes* — não confundir com qualificadoras — só as articuladas no *libelo* (art. 417, inc. III do CPP) ou argüidas no debate (art. 484, § único, incs. I e II do CPP).

8.º *quesito* — *Atenuantes* — *quesito* genérico que deverá ser obrigatoriamente formulado em caso de condenação (art. 484, § único, inc. III do CPP).

*Súmula 156 do S. T. F.* — É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de *quesito* obrigatório.

Delito: Homicídio

Tese(s): *Negativa de autoria*

*Caso Fortuito*

1.º *quesito*: o réu CARLOS LOPES, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha, n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, *desferindo golpe(s) de faca* ou *tiro(s) de revólver* ou *com golpe(s) de porrete*, produziu na vítima José Costa a(s) lesão(ões) descritas no auto de necrópsia de fls. 23.

*Comentários*: *Negado* este *quesito* o réu está *absolvido* pela *negativa de autoria* e também pelo *caso fortuito* ou *acidentalhaade dos disparos*. O *caso fortuito* não requer *quesito* especial, bastando a resposta *negativa* ao primeiro *quesito*, pois assim estará ausente a relação da conduta com o fato material.

Esta é a orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do RGS (RJTJRS:

85/86, 92/39, 93/148, 110/192 e 117/87). Este também é o posicionamento de HERMINIO PORTO (in *Júri*, 3.ª ed. 1982, p.67).

Se o quesito for respondido *afirmativamente*, fica reconhecida a ação voluntária do réu, incompatível com a fatalidade ou mero fortuito.

Se o acusado for absolvido, desnecessário formular quesito referente a letalidade (2.º), o qual fica prejudicado.

Entretanto, se ele for condenado, face resposta afirmativa, necessariamente, deverá ser o júri questionado sobre a letalidade (2.º), sob pena de ser ANULADO o julgamento por falta de formulação de quesito obrigatório (art. 484, I, CPP). No caso, incide a Súmula n.º 156 do S.T.F..

Delito: Homicídio

Tese: *Negativa de co-autoria*.

1.º *quesito*: no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, *ALGUÉM*, desferindo golpe(s) de faca ou tiro(s) de revólver ou com golpe(s) de porrete, produziu na vítima José Costa a lesão(ões) descrita(s) no auto de necropsia de fl. 23?

2.º *quesito*: essa(s) lesão(ões) causou(aram) a morte da vítima?

3.º *quesito*: o co-réu *Carlos Lopes*, desferindo golpe(s) de faca ou tiro(s) de revólver ou com golpe(s) de porrete, concorreu para a prática dessa(s) lesão(ões)?

4.º *quesito*: o co-réu *Carlos Lopes*, concorreu de qualquer modo, para a prática dessa(s) lesão(ões)?

*Comentários*: quando se tratar de co-autoria, mesmo na série referente ao *único* autor material da lesão(ões), o primeiro quesito — *sobre o fato principal* — deve indagar os jurados de *forma impessoal*. (RJTJRS — 44/54, 76/106 e 101/140).

Afirmados os dois primeiros — autoria e letalidade, seguem-se os da co-autoria, primeiro a *específica* e depois a *genérica*. No quesito específico da co-autoria se mencionará o nome do co-réu e a forma declarada de participação, especificada na *pronúncia* ou no libelo.

Se na co-autoria específica o co-réu tiver concorrido de diversas formas, v.g., com porretadas e facadas ou facadas e desferindo tiros — formular separadamente cada forma de atuação. É recomendável que as formas de participação específica sejam formuladas ao Conselho de Sentença desaglutinadas, podendo a aglutinação causar prejuízo ao acusado. “Se o quesito — co-autoria específica — for formulado aglutinadamente e ocorrer resposta afirmativa por seis votos contra um, pode ter ocorrido que três jurados tenham entendido que o réu participou do fato de uma forma (porretadas), e outros três entendam que a participação do réu foi de outra forma (facadas). Com tal resposta, o imputado estará condenado. Se o Conselho de Sentença for questionado de forma separada, o réu pode ter sua participação afastada na co-autoria específica por quatro votos contra três.

Pelo mesmo motivo é que a jurisprudência, de forma uniforme, determina a aglutinação dos quesitos referentes a “*atualidade* ou *eminência*” da agressão nos quesitos da legítima defesa.

Quando da quesitação da co-autoria específica houver desdobramento do questionário porque o agente concorreu de duas ou mais formas, mesmo que a primeira forma receba resposta afirmativa (condenado o réu), entendendo ser de bom alvitre perguntar ao júri sobre a outra(s) forma(s) de participação, pois a resposta posi-

tiva terá, necessariamente, de ser considerada por ocasião da fixação da pena.

Negada a forma específica de participação torna-se indispensável a formulação de quesito sobre a forma genérica do concurso.

A jurisprudência do egrégio *Tribunal de Justiça do RGS* já está consolidada neste sentido (*Revista Jurídica*: 8/355 e 368, 10/318, 12/207, 16/261, 21/277, 23/269 e 275, 27/325, 28/258, 33/453, 35/509, 36/322 e 355, 37/295, 39/351, 50/336 e 368, 51/347, 54/370, 55/356, 61/280, 65/279 e 291, 66/277 e 280; *RJTJRS*: 3/90, 7/55, 10/66, 43/80, 49/68, 44/54, 53/44, 72/78, 76/21, 86/38, 101/140, 104/69, 106/182, 109/87, 114/37 e 128 (com voto vencido do Des. Marco Aurélio de Oliveira).

O voto vencido do ilustrado Des. Marco Aurélio de Oliveira, por suas jurídicas razões, vai integralmente transcrito:

“I — Enfrentando a argüição de nulidade levantada por C.A., entende a Câmara julgá-la improcedente por maioria de votos. O “quesito genérico da co-autoria” é elemento tradicional aceito pela jurisprudência pátria. Descabe por isso a nulidade. Sua formulação decorre de entendimento geral, anterior por isso à sessão em que o apelante foi julgado, inexistindo, destarte, surpresa pela sua formulação.

O Relator, examinando a argüição de nulidade, acolheu-a para decretar a invalidade do júri, determinando, em conseqüência, novo julgamento, com fundamento no art. 593, III, a, c/c o art. 564, § único, ambos do CPP.

São os seguintes os fundamentos do voto vencido, segundo as palavras de seu autor: “O réu foi condenado por co-autoria, mas por haver desferido uma facada contra a vítima, como especificamente consta do libelo (fl. 239), ou com facada e golpes de taco, como constou da denúncia, e sim por haver concorrido para a prática “de qualquer modo”.

“Pela primeira vez enfrento o tema levantado pela douda defesa. E sei ser tradição em nosso Tribunal de Justiça aceitar como correto o quesito genérico da co-autoria. Todavia, parece-me cabível outro enfrentamento da matéria, em face dos termos evolutivos da jurisprudência, sem que isso implique agressão ao passado. A matéria diz respeito à interpretação da lei material e da processual, sendo lícito alterar-se esse entendimento, quando outra exegese melhor surgir. E, entendo, o momento atual é o próprio para reinterpretar esse delicado ponto, ante a edição da nova parte geral do CP.

“O princípio da ampla defesa tem ensejado, cada vez mais, um cuidadoso exame da sistemática processual. Uns dos pontos tratados diz respeito à fundamentação da sentença. Será nula a peça decisória sempre que não ensejar ao acusado obstar-se, em seu recurso, aos fundamentos da condenação, com a clareza que se exige para o enfrentamento do apelo.

“Ora, nos vereditos do Júri, os fundamentos da decisão são, em última análise, os próprios *quesitos* apresentados aos Juízes de fato. Assim, sabe a defesa técnica do acusado que os jurados não reconheceram ter o réu C.A. atacado e erido a vítima com uma faca. No entanto, como poderá o acusado impugnar sua condenação se não sabe qual o modo com que teria concorrido para a morte da vítima. Para buscar a renovação do júri, por decisão contrária a prova dos autos, deveria o apelante saber em que se baseou a decisão dos jurados. Qual o modo de agir por ele empregado? Como concorreu? Tudo é vago. Tudo dificulta a defesa para demonstrar que o réu não agiu em co-autoria. Teriam os jurados entendido que C.A. derubou a vítima com um taco, acertando-a na cabeça? Ou teriam aceito a versão de

M., segundo a qual C.A., depois de A., teria também esfaqueado a vítima? Não se sabe.

‘Como poderá o apelante demonstrar que a solução condenatória afronta a prova, se não se sabe em que constitui a afronta. Tivesse o júri entendido que o réu foi co-autor por ter desferido facadas e poderia demonstrar que a prova desmente essas possíveis facadas. E, em conseqüência, teria reconhecido pelo grau recursal que a decisão agrediu prova uníssonas. Todavia, ante a genérica formulação ‘concorreu de qualquer modo’, reconhecida pelo júri, não se sabe como atacar sua solução; nem qual teria sido esse modo.

‘É pacífica a jurisprudência do Pretório Excelso, segundo a qual a denúncia será declarada inepta se não declarar a forma da participação em co-autoria. Se assim se entende, com maiores razões há de se proclamar a nulidade do quesito que, genericamente, é o responsável pela condenação do acusado. Ora, tais dificuldades, notadamente ligadas ao enfrentamento dos fatos, impedem a boa e hábil formulação dos argumentos de apelação. Por isso, vislumbro lesão ao direito constitucional da ampla defesa.

Anulo, de conseguinte, o júri por defeituosa quesitação submetida aos jurados (art. 564, parágrafo único, do CPP), quanto ao apelante C.A.O. Adito, ainda outro argumento, em prol dessa nulidade.

Ante os termos da nova parte geral do CP (na medida de sua culpabilidade) há de se exigir o claro conhecimento, mais do que antes, da forma pelo qual cada agente participou. Tal esclarecimento se torna imprescindível para avaliar a variação do dolo (se direito ou eventual), se ligado a outro fator que modifique a tipicidade, trazendo como conseqüência o reconhecimento de ‘participação dolosamente distinta’ como ensina a doutrina. A conseqüência é a quebra final do unitarismo do crime, respondendo cada agente, segundo o dolo de tipo diverso daquele a que se liga a conduta do outro partícipe (ex.: participação de ‘A’ quanto a lesões e de ‘B’ quanto ao homicídio).

‘Outro elemento da nova legislação, também, está a exigir a especificidade da participação. O art. 29 em seu § 2º estabelece claramente o que se expôs acima, ao acolher os termos da doutrina. Isto é, ‘se algum dos concorrentes quis participar de crime menos graves, ser-lhe-á aplicada a pena deste’. Ora, tal solução mais benéfica que a do Código anterior somente será possível se demonstrados inequivocamente os elementos especificadores da conduta de cada qual. Respondido que ‘A’ atacou a vítima com faca e que o evento letal decorreu de lesões cortantes, ao passo que ‘B’ concorreu de qualquer modo (menos com o uso de faca — quesito negado), está-se a reconhecer a possibilidade de dolos distintos entre ‘A’ e ‘B’, com a conseqüente pena distinta, por crimes diversos.

‘Além disso, deve-se cuidar, também, do disposto no § 2º do novo art. 29: ‘Se a participação for de menos importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço’. Trata-se de minorante muito mais benéfica que a atenuante antiga, de vedação semelhante. Reconhecido, pela resposta ao quesito específico, o concurso ao apelante no crime do co-réu, poder-se-á chegar à solução mais benéfica de reconhecer a minorante, cuja conseqüência é poder reduzir a pena aquém do limite máximo.

‘Com a formulação do quesito genérico não se poderá reconhecer a minorante, motivo porque também, em face desse novo artigo, fica o réu prejudicado por não poder invocar o benefício. Assim, todos esses argumentos, que surgem da primeira or-

dem, baseados na lei velha; quer os decorrentes da nova legislação penal, entendi anular o júri, pois o quesito genérico, em sua formulação *kafkaiana*, prejudicou o apelante e lesou seu direito de plena defesa’.

Delito: *Homicídio*.

Teses: 1. *Negativa de Dolo*.

2. *Desclassificação para homicídio culposo*.

3. *Desclassificação para Lesão seguida de morte*.

1.º quesito: autoria/materialidade.

2.º quesito: letalidade.

3.º quesito: o réu quis a morte da vítima? *Dolo direto*.

4.º quesito: o réu assumiu o risco de causar a morte da vítima? *Dolo eventual*.

*Comentários: NEGATIVA DE DOLO* — o dolo não necessita ser objeto de “quesito, pois, segundo o Código Penal, a resposta afirmativa ao quesito principal pressupõe capacidade de entendimento e liberdade de vontade. Seu questionamento ao júri só será obrigatório quando a ausência de dolo é invocada como fundamento de defesa. Orienta-se assim o Tribunal de Justiça do RGS (RJTJRS — 3/58 e 87, 21/34, 55/41, 66/91, 70/570 e 79/113).

Se a tese defensiva é no sentido de que o réu não agiu dolosamente (*negativa de dolo*) formulam-se ao Conselho de Sentença somente os dois quesitos do dolo (direto e eventual). Afirmados qualquer um deles, o réu está condenado, prosseguindo-se a votação sobre atenuantes.

Negados os dois quesitos do dolo, o júri declarou sua incompetência, afirmando não se tratar de crime doloso e para tanto tem competência constitucional. Com isso, operou-se uma *desclassificação própria*, deslocando a competência do julgamento integral do processo ao Juiz-Presidente, na forma do art. 74, § 3º, 2ª parte combinado com o art. 492, § 2º, ambos do CPP. O juiz-Presidente, com ampla liberdade e de acordo com seu livre convencimento, poderá absolver ou condenar o réu por lesão seguida de morte, homicídio culposo ou outro tipo penal.

### *Desclassificação para homicídio culposo*

Se a tese da defesa for “*desclassificação para homicídio culposo*”, existem duas orientações no egrégio Tribunal de Justiça do RGS a respeito de como seriam questionados os jurados.

Enquanto duas Câmaras — 1ª e 3ª — Criminais que o júri somente deverá ser questionado a respeito do dolo — *direto e eventual* — a 2ª Câmara Criminal aconselha o questionamento do júri somente sobre as *formas de culpa* (imprudência, negligência ou imperícia). Nesses casos é de bom alvitre que o Juiz Presidente solicite que a defesa esclareça qual a forma de culpa que teria.

Se seguirmos a orientação da 2ª Câmara Criminal, estaremos diante de uma *desclassificação imprópria*, mas se adotarmos a outra posição o caso é de *desclassificação própria*.

HERMINIO MARQUES PORTO assim se manifesta a respeito do assunto: “A *desclassificação imprópria* representa decisão dos jurados pelo afastamento da competência do júri, dizendo, cumulativamente, da definição de um novo cri-

me. Se por exemplo, o réu está pronunciado por prática de homicídio consumado, simples ou qualificado, e a defesa em Plenário alega ter agido *culposamente* (art. 15, II, do CP), estará motivando a inclusão no questionário de quesito indagador de homicídio culposo, que será o terceiro; afirmado tal quesito ("O réu agiu culposamente (por imprudência; por negligência; por imperícia ?), os jurados estão definindo o homicídio culposo, operando uma desclassificação em relação à classificação fixada pela decisão de pronúncia, e apontando qual o crime pelo réu praticado, aspecto que indica a *desclassificação imprópria* (in *JÚRI*, 3.<sup>a</sup> ed. — 1982, p. 137/138).

No mesmo sentido também preleciona *ADRIANO MARREY* afirmando ser este o posicionamento de *FREDERICO MARQUES* (in *JÚRI no Direito Brasileiro*, p.365), sugerindo a mesma forma de questionamento do Conselho de Sentença (in *JÚRI*, teoria e prática, 1.<sup>a</sup> ed. 1985).

caso afirmado qualquer uma das modalidades da culpa o réu estará condenado, seguindo-se a formulação de quesito sobre atenuantes

Confirma-se decisões da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal publicadas na *RJTJRGs*: vols. 98/174, 103/115.

A 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do TJRGs tem orientação diferente, assim expressas em diversos acórdãos.

1 — "O Júri nos termos da Constituição vigente (Emenda Constitucional n.º 01/69), tem poder jurisdicional restrito aos crimes dolosos contra a vida. Descabe-lhe, em consequência, afirmar que a morte da vítima caracterizou homicídio culposo. Quando a defesa sustenta tal tese, o único quesito possível de ser submetido ao Júri é o da confirmação da existência do dolo. Sua negativa afasta o Júri e enseja ao Magistrado proferir sentença absolvendo o réu ou condenando-o tanto por lesão seguida de morte, quanto por homicídio culposo. Quesito que pode ser formulado. Veredicto anulado".

*CONSTA NO ACÓRDÃO*: ... 2) *omissis* ... Submetido a julgamento perante o Tribunal Popular de Butiá, o Júri, por quatro votos contra três respondeu afirmativamente ao 3.º quesito, assim redigido: "O réu praticou as lesões que deram causa à morte da vítima por imperícia, negligência ou imprudência?". Respondeu, também, afirmativamente e pelo mesmo escore, o quesito genérico sobre atenuante, com o que deu o Magistrado por findo o julgamento a proferir sentença, declarando o réu condenado por homicídio culposo e impondo-lhe a pena de 2 anos e 6 meses de detenção. 3) A Câmara inclina-se pela anulação do julgamento por ter sido proferido veredicto condenado o réu por homicídio culposo por órgão sem competência constitucional para tal. Com efeito, a vigente Carta Constitucional, no art. 153, parágrafo 18, mantém o Júri com poder de julgar os crimes dolosos contra a vida. E só. Constituindo o Tribunal Popular uma exceção à regra de competir à justiça togada os julgamentos das infrações penais, tem de ser interpretada restritivamente. Assim, tendo sido deferido ao Júri poder jurisdicional para julgar crimes dolosos contra a vida, falta-lhe competência material para julgar homicídio culposo, como ocorreu na hipótese. Inobstante jurisprudência e doutrina aconselhando a formulação de quesito tal como o terceiro, já acima referido, entende a Câmara inadmissível tal formulação, perante o Júri atual. Fugindo ao Júri hoje, poder outro que o de manifestar-se sobre crime doloso contra a vida, quando se pretender sustentar a inexistência deste, a única indagação que poderá ser feita ao Júri é sua expressa manifestação sobre o dolo. Este, quando não contestado, está

implícito na resposta aos primeiros e segundo quesitos; contestado, há necessidade de arguição específica, que poderá ser assim formulado: *a) O réu quis o resultado morte? b) O réu assumiu o risco de causar a morte da vítima? A resposta afirmativa reconhece o dolo contra a vida; a resposta negativa afasta, concomitantemente o dolo e a jurisdição do Júri, que esgotam sua constitucional atribuição, devolvendo ao Juiz singular a plenitude da jurisdição para condenar o réu por (a) lesão corporal seguida de morte ou b) homicídio culposo ou absolver o acusado* (Rel. Ob. GILBERTO NIEDERAUER CORREA — Ap. Crime n.º 27.684, 3.º C. Cri — Julgado em 16/12/82).

A 3.ª Câmara Criminal do TJRS tem orientação diversos e interessas em diversos acórdãos não publicados. Veja os alguns.

**JÚRI. APELAÇÃO.** Preliminares de nulidade do julgamento rejeitadas. Decisão conforme à prova dos autos. Adequação da pena. Provimento negado”.

Consta no acórdão:

3) não se acolhe a preliminar de falta de quesito específico quanto à desclassificação para homicídio culposo. Isto porque, em primeiro lugar, há incompatibilidade evidente entre afirmar que o fato foi voluntário, porque em legítima defesa, própria ou de terceiro, e afirmar que foi involuntário, porque decorrente de imprudência, imperícia ou negligência.

Em segundo lugar porque, inobstante opiniões em contrário, esta Câmara tem se posicionado no sentido de que pode-se indagar do Júri, se manifeste, expressamente, sobre o dolo, direto ou eventual, não, porém, sobre a culpa, posto que para tanto, não possui o Júri poder jurisdicional, limitada que está sua competência constitucional ao exame do crime doloso (*Rel. Gilberto Niederauer Correa — Ap. Crime n.º 683.011.043, julgada em 26/05/83*).

“**JÚRI, NULIDADE INSANÁVEL.** Decisão a que lhe falta jurisdição. Estando limitado o poder de julgar do Tribunal do Júri à apreciação dos crimes dolosos contra a vida, pode indagar-se dele se inexistente o dolo, mas não se o fato é culposo, pois esta última decisão pertence à jurisdição comum. Ao juiz de carreira e não ao órgão especial, de direito estrito, compete definir se determinada conduta, não caracterizadora de crime doloso contra a vida, configura outro delito ou não. Julgamento anulado”.

*Consta no acórdão: ... 2) o sistema institucional brasileiro atribui o julgamento dos crimes comuns à Justiça Comum, de carreira, federal ou estadual. Abre uma exceção, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, atribuindo-os ao Júri. Está assim escrita a regra jurídica: Art. 153, § 18: “É mantida a instituição do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Nos termos em que está posta a regra jurídica constitucional, outorga ela ao Tribunal do Júri uma mínima parcela de poder jurisdicional, limitada ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Inferre-se, daí, que todos os demais crimes comuns que não os dolosos contra a vida permanecem e só podem ser julgados pelos órgãos ordinários da Justiça Comum, investida de Poder Jurisdicional amplo e residual. Sendo o poder de julgar do Júri uma quebra do sistema, há de ser interpretado restritivamente, como norma de direito estrito que é. Retira-se, então, e logicamente, a ilação de que o julgamento de crimes outros, que não os dolosos contra a vida, pelo Tribunal do Júri é duplamente inconstitucional. Por primeiro, por usurpar a jurisdição que é dos órgãos co-*

muns do Poder Judiciário Nacional e, por segundo por produzir decisão ineficaz, juridicamente inexistente, por ausência de poder jurisdicional. Nem mesmo o julgamento do crime conexo lhe pode ser deferido. Primeiramente porque prorrogar-se a competência para julgar o crime conexo, mas esta só existe quando há jurisdição. Se o Júri não julga crime que não seja doloso contra a vida, nenhuma lei ordinária pode atribuir-lhe tal competência, pela falta do pressuposto poder. A competência, em tal caso, seria a regulamentação de uma jurisdição inexistente. As regras jurídicas existentes, que concediam ao júri poder de julgar crime doloso contra a vida, conexo a estes, ficaram revogadas pelo advento de nova ordenação constitucional sobre o tema. Não é outra a razão jurídica pela qual, para exemplificar, não pode um civil, que pratique crime comum conexo a crime militar, ser submetido à jurisdição militar, especial. É verdade que o autor de crime comum, conexo a crime eleitoral, é julgado pela justiça eleitoral, especial. Há, porém, uma razão constitucional para isso. Está dito no art. 137, VII, da C.F., competir à jurisdição eleitoral o “processo e julgamento dos crimes eleitorais e os que lhe são conexos ...”. Tratando-se de crime não doloso contra a vida, sem qualquer correlação com os dolosos contra a vida, ninguém duvida que fujam, inteiramente, à competência do Júri. Por essa razão, os dois primeiros quesitos submetidos à apreciação do Júri tem que referir-se à existência do evento e a letalidade, o que é imprescindível para fixar-lhe a competência. Sem tal pressuposto, não chega a estabelecer-se, a demonstrar-se a aptidão julgadora do Tribunal Popular. Quando se submete ao Júri o quesito da materialidade como regra está-se decidindo sobre a voluntariedade, quando esta não foi contestada. Com o quesito da letalidade, em princípio, se está admitindo o crime doloso e fixando a competência do Júri, também quando o dolo não foi contestado. De qualquer modo, como a jurisdição do júri tem que ser determinada, o referido quesito não pode ser subtraído ao conhecimento do Júri. Quando se nega o dolo, porque o fato, embora com resultado morte, não foi querido, indagar-se-á do Júri única e exclusivamente o que o referido Tribunal pode julgar. Assim, *há de ser indagado sobre a existência do dolo direto ou eventual. Afirmado o dolo*, o Júri prossegue no julgamento; *negado*, sua missão constitucional está finda, cumprindo ao Presidente do Tribunal, de imediato, decidir a espécie, como lhe parecer (art. 492, § 2.º do CPP), podendo absolver o acusado ou condená-lo, v.g. por lesão seguida de morte, por homicídio culposo. O que não se pode, ante o novo regramento constitucional, é prosseguir indagando do Júri, mais pelo hábito adquirido, se o acusado de crime doloso contra a vida agiu por imprudência, por imperícia ou por negligência. 3. No caso dos autos, julgado em primeiro lugar a tentativa de homicídio ao invés de indagar-se do Júri a intenção homicida, que caracterizava a tentativa, necessariamente dolosa, indagou-se se as lesões que o Júri afirmara no primeiro quesito eram fruto de imprudência, que o Júri reconheceu. O Júri, portanto, e fugindo a sua destinação constitucional, embora chamado a pronunciar-se sobre uma tentativa de homicídio foi, efetivamente, indagado sobre uma lesão corporal culposa, para o que lhe falta jurisdição e, em consequência competência, resultado um veredicto realmente inexistente, tratado, em nosso sistema, como nulidade insanável. Da mesma forma procedeu-se com relação a morte de R., pois, ao invés de indagar-se do Júri se aquele resultado morte fora querido pelo agente ou se, dadas as circunstâncias do caso, assumira o risco de produzi-lo, o que está rigorosamente dentro da competência do Tribunal Popular, dele indagou-se sobre se praticara o fato por imprudência. Se

o júri entendesse tivesse havido homicídio doloso, teria de responder afirmativamente quesito de dolo direto e ao dolo eventual, no caso de R., e ao de tentativa, no caso de M.F.. Se entendesse inóceno o dolo — e aí finda sua missão, não podendo invadir o campo de atuação da Justiça Comum — negaria a tentativa, ensejando ao Juiz Presidente manifestar-se sobre as lesões. No caso consumado, negaria o dolo direto e o eventual, ensejando a atuação residual do juiz de carreira. Com esses fundamentos, reconhecida a nulidade insanável, anula-se o julgamento, de conformidade, aliás, com precedente desta Câmara na apelação nº 27.684 de 16/12/82, em acórdão unânime, assim ementado: “O júri, nos termos da Constituição vigente (Emenda Constitucional nº 01/69), tem poder jurisdicional restrito aos crimes dolosos contra a vida. Descabe-lhe, em consequência, afirmar que a morte da vítima caracterizou homicídio culposo. Quando a defesa sustenta tal tese, o único quesito possível de ser submetido ao júri é o da confirmação da existência do dolo. Sua negativa afasta o júri e enseja ao Magistrado proferir sentença absolvendo o réu ou condenando-o tanto por lesão corporal seguida de morte, quanto por homicídio culposo. Quesito que pode ser formulado. Veredicto anulado (RJTJRS Vol. 1035175).

4 — “O Tribunal do júri tem jurisdição para julgar crime doloso contra a vida. Quando a tese da defesa é a do fato culposo, ao júri só se pode indagar da inexistência do dolo, que é a sua competência e não da presença da culpa, que refoge ao seu poder de julgar. Anula-se o julgamento quando, após respondido quesito que até explicitamente evidencia a voluntariedade, formula-se quesito que a nega, pois, além da incompetência, identifica-se a contradição das respostas. Apelação provida para submeter-se os réus a novo julgamento.

CONSTA NO ACÓRDÃO: ... 2) Assiste razão ao recorrente. Nulo está o julgamento pela submissão de quesitos que implicam em reconhecimento do homicídio culposo, quando é certo, como é jurisprudência firme desta Câmara, falecer ao Tribunal do júri jurisdição para tal decisão. A Constituição Federal vigente limita o poder de julgar do Tribunal do júri aos crimes dolosos contra a vida. Assim, o júri ou reconhece ou nega o dolo. Mais não lhe cabe. Por isso, vedado, por de nenhum efeito (art. 167 do CPP), afirmar ser o homicídio culposo. Quando a tese é pela negativa do dolo, de duas uma: ou se formula quesito como o dos autos, em que a conduta voluntária, querida, desejada, é indubitosa, sendo inarredável o dolo, ou pergunta-se, ao depois e especificamente, se o réu quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Afirmado o quesito, o homicídio doloso é inarredável. Negado que seja, resta ampla liberdade de decisão ao juiz, que recuperou competência plena para julgar, nos termos do art. 492, § 2º do CPP, podendo absolver o réu, condená-lo por lesão corporal seguida de morte, homicídio culposo ou outra figura que eventualmente identifique e se possa afirmar contida, ao menos implicitamente na denúncia. (Rel. Des. Gilberto Niederauer Correa — Ap. Crime n.º 685.017.071 — 3.ª CCRI — Julgada em 20/06/85).

5 — “JÚRI NULIDADE NO QUESTIONÁRIO FORMULADO. JULGAMENTO HOMICÍDIO CULPOSO. Se a sentença fundou-se, sem outra motivação, no julgamento do júri e este foi de homicídio culposo, ocorre nulidade absoluta pois este era incompetente em razão da matéria. O júri não responde quesito de imprudência, mas somente sobre a existência do dolo”.

CONSTA NO ACÓRDÃO: ... 3) A egrégia Câmara pronuncia a nulidade absoluta e manifesta. Com efeito. Do questionário formulado ao júri constou per-

gunta sobre *imprudência* para *qualificar a ação* do réu, o que evidente significa forma de culpa. O Conselho de Sentença respondeu pela afirmativa. O Magistrado entendeu desclassificado o delito, mas, em verdade, não julgou a lide, a causa de pedir da ação sancionária. O julgamento foi, assim, de homicídio culposo e pelo júri, o que viciado, modo absoluto, pela falta de competência do Tribunal do Júri, restrito constitucionalmente aos “dolosos contra vida” (art.153, § 18,CF). As perguntas, portanto, que se devem fazer, são apenas as da existência, ou não, de dolo, em ambas espécies legais (hoje, art. 18, I, CP). Se negado o dolo, *desclassificado o delito*, o julgamento passa imediato ao juiz presidente que julgará, por inteiro, a existência ou não do homicídio culposo, absolvendo ou condenando em sentença fundamentada com discussão necessária da causa de pedir da ação penal de pretensão punitiva. Impõe-se, destarte, renovação do julgamento na forma da lei. (*Rel. Des. Milton dos Santos Martins — Ap. Crime n.º 684.025.711 3.ª CCRI — Julgada em 07/03/85*).

No mesmo sentido: RJTJRS: vols. 111/121, 114/181 e 117/356 Revista Jurídica: 111/356.

A 1.ª C Criminal do TJRS também tem a mesma orientação.

#### *Desclassificação para lesão seguida de morte*

Quando a tese da defesa for de desclassificação para “lesão seguida de morte”, basta a formulação dos dois quesitos sobre a existência do dolo (direto e eventual). Se negados, está desclassificado o delito, devendo o juiz presidente prolatar a sentença, podendo condenar ou absolver o réu.

júri. nulidade. quesitos.

Desclassificação para crime preterdoloso. Quesito formulado apenas quanto à existência ou não de vontade de matar. Como o dolo pode também ser eventual (segundo a teoria da aquiescência contemplada na segunda parte do art. 15, I do Código — assumir o risco de produzir o evento), cumpria que sobre essa assunção de risco se questionasse o júri e não apenas quanto ao elemento volitivo. Enquanto tal não fosse feito, prevalecia o reconhecimento da pronúncia, inexistindo, pois, a desclassificação para lesões seguidas de morte, bem como o conseqüente deslocamento de competência para o Juiz singular. Nula, portanto, a sentença que condenou o réu à pena do art. 129, § 3.º, do CP, sem que tivesse ocorrido a alteração competencial. (*RJTJRS — 106/100 — Rel. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira*).

#### *Delito: Homicídio*

- Tese(s): 1. *Legítima defesa real (própria)* — arts. 23, II e 25 do CP  
2. *Legítima defesa da propriedade. Honra.*  
3. *Legítima defesa de Terceiro*  
4. *Legítima defesa Putativa* (Descriminante Purativa) art. 23, § 1.º do C. Penal.

1. *Legítima defesa Real (própria)*  
1.º quesito: autoria/materialidade  
2.º quesito: letalidade

- 3.º *quesito*: o réu agiu em defesa de sua pessoa?  
 4.º *quesito*: defendeu-se o réu de agressão atual ou iminente?  
 5.º *quesito*: defendeu-se o réu de agressão injusta?  
 6.º *quesito*: o réu usou, moderadamente, dos meios necessários para repelir dita agressão?  
 7.º *quesito*: o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?  
 8.º *quesito*: existe alguma circunstância atenuante?

## 2. Legítima defesa da propriedade. Honra.

- 1.º *quesito*: autoria/materialidade  
 2.º *quesito*: letalidade.  
 3.º *quesito*: o réu agiu em defesa de sua propriedade? Ou de honra?  
 4.º *quesito*: essa agressão a sua propriedade (ou honra) era atual ou iminente?  
 5.º *quesito*: essa agressão a sua propriedade (ou honra) era injusta?  
 6.º *quesito*: o réu usou, moderadamente, dos meios necessários para repelir a agressão a sua propriedade (ou honra)?  
 7.º *quesito*: o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?  
 8.º *quesito*: atenuante genérica.

## 3. Legítima defesa de TERCEIRO

- 1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade e letalidade, respectivamente.  
 3.º *quesito*: o réu agiu em defesa de João Carlos da Rosa?  
 4.º *quesito*: essa agressão a João Carlos da Rosa era atual ou iminente?  
 5.º *quesito*: essa agressão a João Carlos da Rosa era injusta?  
 6.º *quesito*: o réu usou, moderadamente, dos meios necessários para repelir a agressão a João Carlos da Rosa?  
 7.º *quesito*: o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?  
 8.º *quesito*: atenuante genérica.

## 4. Legítima defesa PUTATIVA (*discriminante putativa*)

- 1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade e letalidade, respectivamente.  
 3.º *quesito*: o réu, em consequência de erro plenamente justificável pela circunstância *de haver a vítima feito um gesto, levando a mão à cintura, dando-lhe assim a impressão de que iria puxar uma arma*, supôs estar agindo em defesa de sua pessoa?  
 4.º *quesito*: essa *suposta* agressão era atual ou iminente?  
 5.º *quesito*: essa *suposta* agressão era injusta?  
 6.º *quesito*: o réu usou, moderadamente, dos meios necessários para repelir essa *suposta* agressão?  
 7.º *quesito*: o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?  
 8.º *quesito*: atenuante genérica.

*Comentários*: nunca deve ser usada a palavra *legítima* no terceiro *quesito*, ou seja, o primeiro referente a tese defensiva, porque a pergunta encerra conceito jurídico, o que é vedado aos juizes de fato (RJTJRS: 34/84).

Por outro lado, deve ser especificado o bem jurídico defendido em séries

distintas (própria, propriedade, honra, terceiro) conforme determinação jurisprudencial. (RJTJRS: 3/90 e 106, 41/373, 47/363).

Na legítima defesa de *terceiro* torna-se imprescindível a individualização nos quesitos, da terceira pessoa, isto é da pessoa agredida, em favor do qual se exercera a defesa pelo autor da ação incriminada, ou seja, o réu. E isto porque devem concorrer em favor do agredido os requisitos integrativos da legítima defesa, para que se possa ter também como legítima a interferência do agente.

Este é o ensinamento dos praxistas mais antigos e até dos mais modernos, tendo sido acolhido pela jurisprudência, no sentido da nulidade do julgamento, quando os quesitos da legítima defesa de terceiro não é feita menção expressa do nome do agredido, em proteção de quem agiu o acusado, ou, pelo menos, de qualificativos pessoais que possam identificá-lo (pai, filho, irmão, etc. ...) *Revista Jurídica*: 36/407, 49/371 e 59/356; *RJTJRS*: 3/90 e 7/55.

É pacífica a jurisprudência do TJRS no sentido de que o quesito da *atualidade e iminência* da agressão deve ser *englobado*. Aliás, o S.T.F. chancela tal posicionamento (*RJTJRS*: 45/48). Sobre as razões do englobamento do quesito, examinar os comentários feitos a respeito da desaglutinação dos quesitos sobre a co-autoria específica.

O quesito *englobado dos meios necessários e moderação* não resulta nulidade, sendo até esta a orientação consagrada pela TJRS (*Revista Jurídica*: 14/313, 26/313, 29/251, 33/416 e 493, 36/407, 39/340, 55/328 e 63/255; *RJTJRS*: 2/65 e 7/57, 9/90). Entretanto, tal quesito pode ser *desdobrado*, sem que isso cause nulidade (*RJTJRS*: 31/96, 56/59 e 61/43). Sobre o *desdobramento* de tal quesito, manifestou-se a 3ª C.Criminal do TJERS, aliás, com muita propriedade, afirmando que: “*Quesitos. Moderação é uma só circunstância. Não há porque desdobrar quesito da moderação quanto aos meios e quanto ao uso, mas isso só prejudicaria a acusação, nunca a defesa*”.

*Consta no acórdão*: ... “De outra parte, não é mesmo de se cindir a circunstância da moderação integrativa da defesa legítima. Não se pode separar meios necessários e uso desses meios, para a cada elemento dizer da moderação. Moderação é uma só, escolha e uso dos meios necessários.

O *desdobramento* do quesito, todavia, somente prejudica a acusação. É que, se dois jurados apenas entendem a escolha imoderada e mais outros dois somente o uso imoderado, o réu estaria absolvido, quando realmente faltou moderação” — *Rel. Milton dos Santos Martins — RJTJRS — 110/136*.

Negado o terceiro quesito — o primeiro da defesa legítima — ficam prejudicados os demais, estando réu condenado, formulando, a seguir, o genérico sobre atenuantes. O mesmo ocorre quando forem negados o quarto ou quinto quesitos.

Caso negado os *meios necessários e/ou a moderação* é obrigatório a formulação de quesito referente ao *excesso culposo*. É remansosa a jurisprudência, secundada por todos os doutrinadores (*RJTJRS*: 70/345, 76/732, 80/101, 85/466, 89/96, 90/146, 94/182, 96/115 e 99/106; *R.T.J.*: 42/244, 70/348, 76/732, 84/753, 85/466 e 480, e 87/21). A negação do quesito dos meios necessários e/ou moderação, importa afirmar que o agente está condenado. O quesito sobre o excesso? culposo é que irá definir se a pena a ser aplicada é a de homicídio culposo — resposta afirmativa — ou doloso — resposta negativa. Em qualquer caso, continua o Conselho de Sentença a ser questionado sobre a atenuante genérica.

*Excesso doloso* — negado o quesito sobre o excesso *culposo*, desnecessário formular quesito sobre o excesso *doloso*, pelo simples fato do júri ter negado a moderação, importando dizer com isso que o agente se excedeu dolosamente. Este, aliás, é o posicionamento do S.T.F. (*R. T. J.*: 89/73). Tal figura decorre da negativa ao quesito sobre o excesso *culposo* (*Rel. Min. SOARES MUÑOZ — DJU de 17/3/78, p. 1.415*). Não há nulidade na “falta de quesito sobre o excesso doloso, uma vez negado o excesso *culposo*. A hipótese de casualidade é afastada pela resposta afirmativa aos quesitos anteriores” e a negativa à moderação e à necessidade “autoriza o questionamento sobre o excesso *culposo*”. (*Rel. SOARES MUÑOZ, DJU de 16/09/78, p.8.019*).

A lição de *HERMINIO PORTO* também é neste sentido, asseverando que negado tal quesito (meios necessários e moderação) “resulta entendimento sobre a presença de um excesso de reação; para o conhecimento de tal excesso, se *culposo* ou *doloso*, prossegue a votação do questionário na seriação referente à legítima defesa para indagação sobre o excesso *culposo*, e, se negado o quesito, optaram os jurados pelo excesso *doloso*, ficando inteiramente afastada a tese defensiva”. (*Júri — 4.ª ed. 1984, p.235, n. 179*).

O ilustrado *FREDERICO MARQUES*, assim se expressa a respeito do tema: “A negativa da moderação dos meios de defesa importa em reconhecer que o excesso foi *doloso*. Indaga-se, por isso, sobre o excesso *culposo*, para que o júri se pronuncie sobre a espécie de culpabilidade da falta de moderação: se afirmativa a resposta ao quesito, o excesso será considerado *culposo*; e se negativa, a conclusão lógica é a de que o júri considerou *doloso* o *excessus defensionis*... Mais adiante, ainda afirma o insigne mestre: “Quando o júri nega a moderação, *ipso facto* afirmou ele a conduta *dolosa* do acusado. A defesa em que ocorre excesso intencional, é *revide ilícito*, e por isso mesmo não exclui a antijuridicidade da ação típica. Se o caso, por exemplo, for de homicídio, a negativa ao quesito dos meios moderados implica em reconhecimento pelos jurados de que o réu praticou ação típica e antijurídica”. (*O Júri no Direito Brasileiro — 2.ª ed. — 1955 — p.279/280*).

Na legítima defesa *putativa* não deve ser omitida a indagação referente às *circunstâncias de fato* que justificaria a ocorrência de erro.

*Aglutinação de teses de defesa* — não se deve aglutinar num mesmo quesito as teses de legítima defesa que se dirijam a diferentes direitos ou bens. Tem-se decidido reiteradamente, que quando se tratar de legítima defesa própria e de terceiro, os quesitos devem ser desdobrados em séries distintas para cada uma dessas modalidades defensivas. Do contrário, o emprego da conjunção copulativa “e” tira aos jurados a liberdade de afirmar uma e negar outra das formas de defesa: a própria e a de outrem; só lhes permitindo reconhecer ou desprezar, conjuntamente, ambas as hipóteses (*R. T. — 145/51, 183/107 e 206/76; Revista Jurídica — 13/369, 16/352, 25/348, 29/263, 40/371 e 410,55/328 e 66/287; RJTJRS — 8/48, 31/104, 44/29, 65/98*).

*Sustentação de duas teses* — se a defesa sustentar, paralelamente, duas teses, v.g., legítima defesa real e *putativa*, os quesitos referentes a primeira — real — devem anteceder aos da *putativa*. A primeira é causa de exclusão de antijuridicidade e a segunda o é de dolo. Quem age defendendo-se de uma agressão real o faz arrimado no direito; o que se defende de imaginária agressão tão só está isento de pena. Daí, a lógica da primazia, com reflexo resultante do art. 65 do CPP (*RJTJRS — 21/50*).

Propostas as duas teses, se for negado o quesito dos meios necessários e/ou moderação, *não deve* o júri ser questionado sobre o *excesso culposo*, pelo simples fato de existir uma segunda tese defensiva (putativa), pela qual o réu pode ser absolvido.

Se for negada na segunda tese (putativa) o 3.º, 4.º e 5.º quesitos, ficam prejudicados os demais, estando o réu condenado. Aí, então, é que se formulará o quesito sobre o excesso culposo, mas somente uma vez, valendo para as duas teses, em razão do fato ser único.

**Legítima defesa PUTATIVA** — no terceiro quesito — o primeiro sobre a excluyente invocada — deve ser descrita a situação de fato que levou o agente a imaginar que seria agredido. Tal omissão tem sido causa para nulificar o julgamento.

A respeito do tema, assim se manifestou o *Des. Mário Boa Nova Rosa*: “Júri. No quesito genérico sobre o erro de fato deve ser mencionado expressamente o fato, justificado pelas circunstâncias, que induziu o agente a supor sua ação legítima”.

*Consta no acórdão*: ... Ora, nunca é demais relembrar: o júri julga *de fato*. *De jure, judicis; de facto, juratores*. Portanto, em se tratando da chamada legítima defesa putativa (erro de fato), é indispensável, no quesito formulado aos jurados, fazer menção expressa do *fato* de que resultara a persuasão sincera do agente, a sua certeza subjetiva, no sentido contrário ao da realidade. *In casu*, como se viu, não tendo sido os jurados questionados sobre a materialidade objetiva de que decorria aquela condição capaz de justificar o erro do agente sobre o fato, incompleta ficou a pergunta, acarretando a invalidade da resposta. Em casos análogos, está firmada a jurisprudência que decreta a nulidade do julgamento (*Revista Forense* — 104/544, 108/542; *R. T.* — 164/138, 181/139, 199/57; *Revista Jurídica* — 26/313, 34/445, 40/343, 43/325, 56/354, 62/277 e 300, 75/192; *RJTJRS* — 4/77, 5/77, 8/50, 21/50, 29/30) — *RJTJRS* — 45/50. \*

No referido acórdão o conspícuo magistrado sugeriu a redação do quesito nos seguintes termos: “O réu, por erro plenamente justificado pela circunstância de ter a vítima feito menção de puxar uma arma, supôs estar agindo em defesa de sua própria pessoa?”

Existe corrente jurisprudencial entendendo que a *atualidade* da agressão é incompatível com a legítima defesa putativa, devendo somente ser formulado o quesito referente à *iminência* da agressão (*RT*: 339/119, 393/114 e 397/92). *Tourinho Filho* é seguidor de tal orientação (*Processo Penal*, vol. IV, p. 100).

Não comungam da mesma opinião José Frederico Marques, o qual busca embasamento na lição de Nélson Hungria, o qual afirma: “Dá-se a legítima defesa putativa, quando alguém erradamente se julga em face de uma agressão iminente ou atual e injusta”. Afirma ainda que na legítima defesa putativa “O QUID PRO QUO É COMPLETO: o erro do agente não diz respeito à gravidade ou importância, mas à existência mesmo do perigo ou *atualidade* da agressão”. (Nélson Hungria ob. cit. vol. I/395 e 397 por José Frederico Marques, *O Júri no Dir. Bras.* p. 270).

**Tese: Coação Irresistível art. 22 do CP**

**1.º e 2.º quesitos:** autoria/materialidade e letalidade, respectivamente.

**3.º quesito:** o réu praticou o fato impelido por terceira pessoa, que o constran-

geu sob ameaça de morte?

4.º *quesito*: essa coação era irresistível?

*Comentários*: resposta afirmativa ao 3.º e 4.º *quesitos*, está o réu absolvido. Se a resposta for negativa a qualquer um deles (3.º ou 4.º), o réu estará condenado.

*Tese: Obediência hierárquica — art. 22 do CP.*

1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade e letalidade, respectivamente.

3.º *quesito*: o réu praticou o fato obedecendo ordem partida de terceira pessoa, seu superior hierárquico?

4.º *quesito*: assim agiu obedecendo ordem consistente em .. (*descrevê-la*) não manifestamente ilegal?

5.º *quesito*: a ordem recebida foi estritamente obedecida?

*Comentários*: resposta afirmativa aos três *quesitos* da tese (3.º, 4.º e 5.º), o acusado está absolvido. Qualquer deles que receba resposta negativa, o réu está condenado.

*Tese: Estrito cumprimento do dever legal — art. 23, III do CP.*

1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade, respectivamente.

3.º *quesito*: o réu praticou o fato no estrito cumprimento de dever seu?

4.º *quesito*: esse dever era legal? Ver *RT — 482/398 e 486/277*.

*Comentários*: resposta afirmativa aos dois *quesitos* da tese (3.º e 4.º), o réu está absolvido. Resposta negativa a qualquer um deles, réu está condenado. Tal tese é incabível em caso de homicídio. (*RJTJRS — 57/36*).

Ensina *ANIBAL BRUNO (Direito Penal, vol. I, Tomo IV, p.94)*: “Não há dever legal de matar, inexistente, como é entre nós a pena de morte, salvo os casos previstos na legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro, nem se pode conceber exercício regular de um direito que conduza a matar alguém. Assim, essas causas de excusão do ilícito não funcionam em relação ao homicídio”.

*FREDERICO MARQUES* considera nula a decisão do júri que, em homicídio doloso, infringindo a própria Constituição Federal, reconhece o exercício regular de tal direito (*Elementos de Processo Penal, IV/249*).

A argumentação vale também para o estrito cumprimento de dever legal. Este dever tem o carrasco que executa a sentença.

*Tese: Exercício regular de direito — art. 23, III do CP.*

1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade e letalidade.

3.º *quesito*: o réu agiu no exercício de um direito?

4.º *quesito*: era regular o exercício desse direito?

*Comentários*: resposta afirmativa aos dois *quesitos* de defesa (3.º e 4.º), réu está absolvido. Resposta negativa a qualquer um deles, réu está condenado.

*Tese: Estado de Necessidade — art. 24 do CP.*

1.º e 2.º *quesitos*: autoria/materialidade e letalidade.

3.º *quesito*: o réu praticou o fato para salvar de perigo atual sua própria pessoa?

4.º *quesito*: o réu tinha o *dever legal* de enfrentar esse perigo?

- 5.º *questio*: o réu provocou esse perigo por sua vontade?  
 6.º *questio*: o réu podia de outro modo evitar esse perigo?  
 7.º *questio*: era razoável, *nas circunstâncias de fato* (descrever em que consistiu), p.ex.: estando sendo tiroteado pela vítima ou face o estado de gravidez — exigir-se do(a) réu(rê) sacrifício de sua pessoa (direito ameaçado)? — art. 24, § 2.º do CP.

*Comentários*: A excludente de ilicitude do estado de necessidade para ser acolhida deve receber votação favorável em todos os quesitos, ou seja, do terceiro ao sétimo.

Quando tal excludente for alegada no delito de *aborto*, os três primeiros quesitos são iguais aos do aborto consentido pela gestante (art. 124, 2.ª parte do CP).

Para o acusado ser absolvido o terceiro (3.º) quesito deverá ser respondido afirmativamente (*sim*) por maioria de votos, e os demais — quarto, quinto e sexto — deverão receber resposta *negativa* por maioria de votos. Se houver repúdio a qualquer um dos quesitos do estado de necessidade (3.º ao 6.º) fica afastada a tese defensiva e prejudicado o sétimo (7.º).

Sendo aceito pelos jurados tais quesitos (3.º ao 6.º) e recebendo resposta afirmativa (*sim*) o sétimo — direito ameaçado — a decisão do Tribunal Popular afastou a excludente do estado de necessidade. Entretanto, quando da aplicação da pena o juiz deve levar em consideração a resposta dada pelos jurados ao sétimo quesito (*resposta afirmativa*) para diminuir a pena, nos termos do art. 24, § 2.º do Código Penal. É chamado estado de necessidade privilegiado.

#### Quesitos — HOMICÍDIO PRIVILEGIADO — art. 121, § 1.º do C. Penal.

*questio*: o réu cometeu o crime *impelido por motivo de relevante valor social* ou *impelido por relevante valor moral*?

*questio*: o réu cometeu o crime *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*?

*Comentários*: *motivo relevante* significa importante, considerável, digno de apreço. *Valor social* refere-se a interesse coletivo e *valor moral* é relativo a interesse particular.

*Emoção violenta + injusta provocação + reação* — em seguida é o que caracteriza o homicídio privilegiado.

O motivo de *relevante valor social ou moral*, reconhecido como *minorante*, não deverá ser objeto de novo quesito, à guisa de *atenuante* (art. 65, III, letra “a”).

Essa circunstância do relevante valor social ou moral figura em nosso estatuto penal com aspecto duplo, qual seja o da causa de *diminuição* de pena (art. 121, § 1.º, CP) e como *atenuante* (art. 65, III “a” do CP), mas não pode ter dupla função com relação ao mesmo fato.

A jurisprudência é assente no sentido de que quando o Júri acolhe o relevante valor social ou moral, deve o Juiz Presidente valorizá-lo *sempre* como *minorante*, por ser a modalidade mais favorável ao réu (RJTJRS: vols. 9/50, 29/30, 44/54, 45/49, 74/126, 87/80, 115/186; Revista Jurídica: vols. 50/346, 53/375, 57/306, 59/332 e 64/312).

Entretanto, existem decisões afirmando que há evidente diferença, bem como distinta repercussão jurídica, entre a *minorante* do art. 121, § 1.º, e a *atenuante* do art. 65, III “a”.

“Na minorante de pena do homicídio, estabelece a lei penal que essa redução é facultativamente aplicável, *se houver cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral*, ao passo que a atenuação somente caberá quando o agente tenha praticado o crime, *por motivo de relevante valor social ou moral*.

“Fica claro que entre a causa de diminuição e a de atenuação de pena há evidente diferença. Para o reconhecimento da minorante, como causa que mais favorece o agente, deve ter ele tido *impelido pelo motivo*, ao passo que para a atenuante basta a *simples presença desse motivo*. **Está clara, portanto, a evidente diferença entre a causa especial e a circunstância legal.**

“**Em primeiro lugar, em virtude da própria redação** dos dois dispositivos: a da minorante exigindo que o agente seja impelido por motivo relevante, a da atenuante, não referindo essa impulsão do motivo, mas, apenas, estabelecendo sua influência sobre a conduta delituosa.

“Em segundo lugar, porque a repercussão da minorante (já mais exigente em sua diferenciada redação) deve ser maior do que uma simples atenuante; pois a causa de diminuição pode importar em redução da pena abaixo do mínimo legal, o que descabe no caso de simples atenuação de pena.

“Assim, impossível que a atenuante, respondida pelo júri como tal e não como minorante, pudesse funcionar como causa especial de diminuição de pena. (RJTJRS: vols. 83/70 e 105/73).

Reconhecida a figura privilegiada do relevante valor social ou moral, prejudica o fica o questionamento pertinente ao *motivo fútil* (RJTJRS — 65/98).

O relevante valor social ou moral é compatível com a emboscada (RJTJRS — 87/80).

**Violenta Emoção** — esta figura privilegiada não deve ser confundida com a atenuante genérica do art. 65, III, “c” (última parte) do C. Penal. Nesta última — *atenuante* — o crime é cometido *sob a influência* (e não sob o domínio) *da violenta emoção* e sem o requisito causal *logo em seguida*, do homicídio privilegiado.

Se o Conselho de Sentença reconhece que o delito foi culposo, no caso de aceitar o *excesso culposo*, é evidente que não poderá ser questionado sobre a *violenta emoção*, dada sua incompatibilidade com o crime culposo. Existem decisões a respeito (R. T. — 174/527, 186/565).

A violenta emoção é *incompatível* com as qualificadoras do motivo fútil e torpe. Mas há *compatibilidade* com as qualificadoras do fogo, veneno, meio cruel e com outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (p.ex. surpresa).

**Quesitos — Suicídio — art. 122 do C. Penal.**

1.º **quesito:** a vítima Filomeno Silva fez em si próprio lesões corporais?

2.º **quesito:** tais lesões foram a causa de sua morte?

3.º **quesito:** o réu SANTO ROCHA, no dia 15/10/84, às 10h, na rua André da Rocha n.º 345, apto. 43, nesta cidade, *induziu, auxiliou ou instigou (conforme o caso)* a vítima Filomeno Silva, *dessa ou daquela forma*, à prática suicida? *Deve ser especificada a forma.*

**Comentários:** se a tese defensiva for negativa de autoria, basta resposta negativa ao terceiro quesito. Se for respondido afirmativamente por maioria de votos, o réu estará condenado. Se porventura for negado o primeiro quesito, está absolvido o réu Santo Rocha por negativa de fato (suicídio).

#### **Quesitos — Infanticídio — art. 123 do CP**

**1.º quesito:** a ré Santa Rosa, no dia 15/10/84, em sua residência na Rua André da Rocha n.º 345, apto. 43, nesta cidade, *sob a influência do estado puerperal, durante o parto (... ou logo após o parto)* matou seu filho, causando-lhe as lesões descritas no auto de necropsia de fl. 23.

**Comentários:** se a tese defensiva for negativa de autoria, basta a resposta negativa ao quesito para a ré ser absolvida.

#### **Quesitos — Aborto**

##### **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 CP)**

O art. 124 do CP contém *duas figuras*:

a) o aborto provocado pela própria gestante, também denominado “*auto-aborto*”, previsto na primeira parte do artigo 124.

b) o consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o aborto, claramente expresso na segunda parte do art. 124.

O art. 124 do CP em seus dois casos pune a gestante, mas na segunda figura (2.ª parte do art. 124) o crime é duplo. a gestante incide nas disposições do art. 124, 2.ª parte, porque *consentiu* que outrem lhe praticassem aborto. Entretanto, o terceiro que praticou o aborto na gestante incorre nas penas do art. 126 — aborto provocado por terceiro *com consentimento da gestante* ou *consensual*.

##### **Quesitos — Aborto provocado pela gestante ou auto-aborto — 124, 1.ª parte**

**1.º quesito:** a ré, no dia 10/11/79, estava grávida?

**2.º quesito:** estava vivo, no útero da ré, um embrião, quando de práticas com objetivos abortivos realizados em 10/11/79.

**3.º quesito:** a ré, na mesma data, no interior de sua residência, sita na rua “C” n.º 222, Vila Restinga Velha, nesta Capital(cidade) introduziu uma sonda abortiva pelo conduto vaginal, interrompendo a gravidez, *provocando aborto em si mesma?*

**Comentários:** sem a comprovação da preexistente gravidez não se pode falar em delito de aborto (RT: 487/338 e 485/298).

Se negado o 2.º quesito a acusada estará *absolvida*, pois o Conselho de Sentença entendeu que o embrião estava morto. Em consequência, fica prejudicado o 3.º quesito, pois ocorreu um aborto natural e este é impunível.

##### **Aborto consentido pela gestante — 124, 2.ª parte**

**1.º e 2.º quesitos:** iguais aos do *auto-aborto*.

3.º *questio*: a ré, na mesma data, no interior de sua residência, sita na rua “C”, n.º 222, Vila Restinga Velha, nesta Capital (ou cidade) *consentiu que JOANA COSTA* lhe introduzisse uma sonda abortiva pelo conduto vaginal, interrompendo-lhe a gravidez?

*Quesitos*— *Aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante art. 125*

1.º *questio*: no dia 10/11/79, ROSA DA SILVA estava grávida?

2.º *questio*: no aludido dia — 10/11/79 — às 10h, no prédio n.º 222, da rua “C” Vila Restinga Velha, nesta Capital (ou cidade) a ré *JOANA COSTA*, utilizando-se de *meios mecânicos* ou *medicamentos* (*depende do caso*) interrompeu a gravidez de ROSA DA SILVA, causando a morte do feto?

3.º *questio*: a interrupção de ROSA DA SILVA foi praticada *SEM seu consentimento*?

*Aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante — art. 126*

1.º e 2.º *questios*: iguais aos do art. 125 CP.

3.º *questio*: igual ao do art. 125, só que é *COM SEU CONSENTIMENTO*.

*FORMAS QUALIFICADAS do art. 126, § único do C.P.*

1.º — a gestante Rosa da Silva era menor de 14 anos?

2.º — a gestante Rosa da Silva é alienada ou débil mental?

3.º — o consentimento de Rosa da Silva foi obtido mediante fraude?

4.º — o consentimento de Rosa da Silva foi obtido mediante grave ameaça?

5.º — o consentimento de Rosa da Silva foi obtido mediante violência?

*Quesitos* — *Formas qualificadas do art. 127 do C. Penal.*

1.º — em consequência do aborto ou meio empregado para provocar o aborto (conforme o caso), a gestante Rosa da Silva sofreu lesão corporal de natureza grave?

2.º — em consequência do aborto ou do meio empregado para provocar o aborto (conforme o caso) sobreveio a morte da gestante Rosa da Silva?

*Quesitos* — *Inimputáveis — Art. 26 do C. Penal*

1.º *questio*: o réu, por *DOENÇA MENTAL* (esquizofrenia paranóide) era ao tempo do crime, *INTEIRAMENTE INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO*.

2.º *questio*: o réu, por *DOENÇA MENTAL* (esquizofrenia paranóide) era ao tempo do crime, *INTEIRAMENTE INCAPAZ DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO*?

3.º *questio*: o réu, por *DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO* ou *RETARDADO* era ao tempo do crime, *INTEIRAMENTE INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO*?

**4.º quesito:** o réu, por *DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO* ou *RETARDADO* era ao tempo do crime, *INTEIRAMENTE INCAPAZ DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO?*

*Observações:* Os quesitos serão formulados de acordo com o resultado da conclusão do laudo pericial, realizado pelo Instituto Psiquiátrico Forense. Deve ser observado rigorosamente a conclusão da perícia e com base nela formular o quesito específico. É o laudo que determina o quesito.

Para ser acolhida a tese — inimputabilidade — tanto por parte do MP como pela defesa, deve haver o laudo no processo. Do contrário, não se formulam quesitos.

AFIRMADO qualquer dos quesitos acima, o réu está ABSOLVIDO, devendo, no entanto ser aplicada *medida de segurança* ou *tratamento ambulatorial* (art. 97 CP).

*Quesitos — Inimputáveis — redução de pena — art. 26, § único do CP*

**1.º quesito:** o réu, *EM VIRTUDE DE PERTURBAÇÃO DA SAÚDE MENTAL*, possuía ao tempo do crime, a *PLENA CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO?*

**2.º quesito:** o réu, *em virtude, perturbação da saúde mental*, possuía, ao tempo do crime, a *plena capacidade de determinar-se com o entendimento do caráter do fato?*

**3.º quesito:** o réu, *por desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, possuía, ao tempo do crime, a *plena capacidade de entender o caráter, ilícito do fato?*

**4.º quesito:** o réu, *por desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, possuía, ao tempo do crime, a *plena capacidade de determinar-se com o entendimento do caráter ilícito do fato?*

*Observações:* vale aqui o que ficou dito quando foram feitas as observações referentes ao art. 26 do C.P.

No art. 26 do CP o acusado estará absolvido caso sejam respondidos afirmativamente os quesitos formulados.

Neste caso, o estatuto penal permite apenas a redução da pena. Mesmo que o artigo traga uma norma facultativa “*pode ser reduzida a pena*”, caso o Conselho de Sentença acolha um dos quesitos acima, *deve* a pena ser reduzida.

É evidente que não cabe mais a aplicação de medida de segurança juntamente com a pena, como era permitido na anterior parte do C. Penal.

*Quesitos: Tentativa de homicídio*

### *1. Tentativa de homicídio CRUENTA*

**1.º quesito:** o réu *CARLOS LOPES*, no dia 10/03/84, pelas 15h, na Rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta Cidade, *com golpe(s) de faca ou com tiro(s) de revólver ou com golpe(s) de porrete*, produziu na vítima José Costa a(s) lesão(ões) (colocar resultado lesivo — leve ou grave — RJTJRS 72/276) descrita(s) no auto de exame de corpo de delito de fl. 23?

**2.º quesito:** o réu, assim agindo, deu início ao fato de matar a vítima, o qual não

se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?

### 2. Tentativa de homicídio INCRUENTA (branca)

1.º quesito: o réu *CARLOS LOPES*, no dia 10/03/84, pelas 15h, na Rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta Cidade, *com golpe(s) de faca ou com tiro(s) de revólver ou com golpe(s) de porrete* na vítima José Costa, *sem contudo atingi-lo?*

2.º quesito: igual ao da tentativa cruenta.

### 3. Tentativa de homicídio em CO-AUTORIA

1.º quesito: no dia 10/03/84, pelas 15h, na Rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta Cidade, *ALGUÉM, com golpe(s) de faca ou com tiro(s) de revólver ou com golpe(s) de porrete*, produziu na vítima José Costa a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de exame de corpo de delito de fls. 23?

2.º quesito: *ALGUÉM*, assim agindo, deu início ao fato de matar a vítima, o qual não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?

3.º quesito: co-autoria específica

4.º quesito: co-autoria genérica

*Comentários:* se a tese defensiva for de *desclassificação*, entendendo não estar caracterizado o delito tentado, basta o júri negar o 2.º quesito, caracterizador da tentativa. Aceita a tese — *desclassificação* — fica transferido o julgamento integral do processo ao Juiz-presidente, na forma dos arts. 74, § 3.º, 2.ª parte, c/c o art. 492 § 2.º, ambos do CPP, podendo o juiz condenar ou absolver o réu. Em caso de condenação, caso a tentativa seja cruenta, o auto de exame de corpo de delito é que irá determinar o tipo penal. Evidente, se a tentativa for inculpa (branca), caberá o juiz examinar qual o crime ou contravenção que infringiu o imputado.

*Delito conexo* — se o agente foi pronunciado por tentativa e também por um delito conexo, v.g. lesão corporal, desclassificado o delito prevalente — tentativa — cessa a competência do júri para ser questionado a respeito do delito conexado — lesão corporal. O Juiz-Presidente, na qualidade de juiz singular e na mesma sentença, apreciará o delito desclassificado e mais o conexo, condenando ou absolvendo o réu por ambos.

Se o delito conexado for cometido por outro réu e tendo havido desclassificação da tentativa, da mesma forma não deve ser questionado o júri sobre o crime conexo, pois o conselho de sentença declarou-se incompetente ao negar a tentativa. Com isso operou-se uma desclassificação própria, transferindo o julgamento do processo ao Juiz-Presidente, o qual julgará os dois delitos, ou seja, o desclassificado e o conexo.

Se o acusado pelo delito conexo não estiver sendo julgado pelo Tribunal do Júri, em razão de cisão por recusa de jurado, mesmo assim entendo que em caso de desclassificação da tentativa, cabe ao Juiz-Presidente julgar o delito desclassificado e mais o conexo.

Se a tese desclassificatória for a única e o Conselho de Sentença responder afirmativamente o 2.º quesito — caracterizador da tentativa — estará o réu condenado. Mas se a defesa sustentar tese subsidiária, esta deverá ser formulada após o 2.º quesito.

Referente a formulação de quesitos sobre a co-autoria específica e genérica, ver exame do delito de homicídio, com a tese de negativa de co-autoria.

*Quesito do excesso culposo na TENTATIVA.* Questão discutida é se o júri deve ou não ser questionado sobre o *excesso culposo* quando ocorre tentativa de homicídio.

O egrégio T.J.RGS., por sua 2ª Câmara Criminal, em duas oportunidades manifestou-se a respeito.

*Ementa* — “*Júri. Excesso culposo. Tentativa de homicídio.* Não cabe formular quesito sobre excesso na legítima defesa oposta a tentativa de homicídio. A opinião dominante no direito nacional e no estrangeiro é no sentido de não ser possível se configurar a tentativa culposa, de vez que a idéia de tentativa exclui naturalmente a de culpa, se aquela pressupõe a intenção do resultado e esta se limita ao querer da ação...”

*Consta no acórdão:* ... “O objeto da apelação do acusado é a nulidade do julgamento por falta de quesitos sobre a imoderação culposa na escolha e no uso dos meios defensivos, isto quanto às séries pertinentes às tentativas contra A. e A.B.

Mas se a imputação é de tentativa de homicídio, argüida a legítima defesa, ao Juiz não era dado consultar os Jurados sobre excesso culposo, uma vez negada a moderação. Nem a lei nem a doutrina admitem que possa haver tentativa de crime culposo. É isso que aconteceria se o Conselho, questionado, afirmasse a existência da imoderação culposa. O réu estaria condenado por homicídio culposo na forma tentada.

Ora, já o grande Carrara dissera, no seu tempo, que a tentativa culposa é uma monstruosidade jurídica. Tentativa e culpa são noções antitéticas; pois, segundo explica Magalhães Noronha, o agente, na tentativa, fica aquém do que queria e, na culpa, vai além do que desejava (*in Direito Penal, I/137-138, 1978*).

*MAGGIORE* destaca que a doutrina italiana e a estrangeira negam, em geral, a possibilidade da tentativa nos delitos culposos, acrescentando que os alemães opinam que a tentativa, nesses crimes, é configurável de maneira abstrata, mas incompatível com a lei que exige o requisito do dolo (*in Derecho Penal, II/89, nota 44, 1954*).

Se, com efeito, escreve *TELLES BARBOSA*, a intenção criminosa, certa e determinada, é elemento indispensável à existência jurídica da tentativa, não se pode conceber essa figura nos delitos em que o agente procede sem qualquer intenção, porém apenas sob a presunção moral de que deveria prever e prevenir o evento criminoso (*in A Tentativa, p.102-106, 1946*).

Por conseguinte, se a tentativa não comporta a forma culposa, porque é da sua natureza a busca final do resultado, não podia o Juiz-Presidente, uma vez negada a moderação na legítima defesa, prosseguir quesitando se houve, culposo excesso...” *Rel. Ladislau Ronhelt — RJTJRS: 115/122:*

Em outra oportunidade, a mesma Câmara, mas com composição diferente, entendeu de forma diversa, pois anulou o julgamento por não ter sido formulado o quesito obrigatório do excesso culposo, tratando-se, no caso, de uma tentativa de homicídio.

*Ementa* — “... Nulidade de julgamento de um dos delitos tentados, por falta de formulação de quesito obrigatório (excesso culposo). *Súmula n.º 156 do STF...*”

*Consta do acórdão:* 1. ... “Submetido a julgamento, os senhores Jurados, por maioria, repeliram a tese da legítima defesa própria. (fl. 437v), quanto ao delito de

homicídio simples, não reconhecendo atenuantes; por maioria desacolheram a autoria no concernente à tentativa de homicídio contra I.L.M.; ainda por maioria, no que diz respeito à tentativa contra E.J.M., entenderam que o réu não ‘usou de meios necessários na defesa’, não tendo o magistrado *questionado sobre o excesso culposo ...*” 3. “Quanto a nulidade do julgamento condenatório da tentativa de homicídio contra E.J.M. (fl. 483). Não resta a menor dúvida de que o julgamento da tentativa contra a vítima E.J.M. está eivado de nulidade absoluta, como foi até reconhecido, posteriormente, pelo Dr. Promotor de Justiça, em suas contra-razões (fl. 513) e também no parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 519/520).

Realmente são incontáveis os julgamentos, inclusive desta egrégia 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal, das demais deste Tribunal e do Supremo Tribunal, assinalando-se a Súmula n. 156, que anula o julgamento por falta de formulação do quesito no excesso culposo, como ocorreu no caso dos autos”. *Rel. Antônio Augusto Fernandes — RJTJRGs 117/100*

Fico com a primeira manifestação da 2.<sup>a</sup> Câmara e por conseguinte não formulo tal quesito por incompatível com a tentativa. Caso a defesa nada alegar ou não fique consignado em ata a sua irresignação, mesmo assim poderá ser alegado à falta de formulação de quesito obrigatório, em razões de recurso, a fim de que a 2.<sup>a</sup> instância se manifeste a respeito da não formulação do quesito (*excesso culposo*).

*VINCENZO LA MEDICA* (in *O Direito de Defesa*, ed. 1942, P. 169), entende inadmissível o excesso na tentativa, assim expressando-se: “Não é admissível a tentativa, porque na tentativa é exclusivamente admitida nos crimes dolosos. O homicídio culposo só pode ser homicídio consumado. É por isso que, se qualquer pessoa, por erro na apreciação da necessidade, dispara um tiro de espingarda sem atingir ninguém, não há crime, por não ser punível a tentativa no crime culposo. Haverá, porém, infração, se o evento constituir uma infração contraven- cional.

Seguem na mesma opinião, *SALTELLI* e *ROMANO DI FALCO*, *Commento*, I, p. 333 e *MAGGIORI*, *Principii*, 2.<sup>a</sup> ed., I, p. 285. Contra; *MANZINI*, *Trattato*, II, p. 402.

Recentemente a egrégia 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado decidiu que é compatível com a tentativa o quesito do excesso culposo.

A decisão está assim ementada: “NULIDADE rejeição. — Formulação de quesito referente a excesso culposo — na legítima defesa em caso de tentativa de homicídio. — Entende-se compatível com a tentativa o quesito de excesso culposo, pois a culposidade se configura apenas no excesso e não quanto ao núcleo do tipo que permanece doloso”.

*Consta no acórdão ... “VOTO*. Des. Marco Aurélio C.M. de Oliveira — Relator. — Eminentes Colegas. Já tenho decidido nesta egrégia Câmara e tenho sido também vencido quanto à compatibilidade do quesito de excesso culposo com fatos que configuram tentativa de homicídio. Vou sintetizar o meu ponto de vista: entendo que, no momento em que uma pessoa pratica atos executórios da morte de outra, ela está praticando um fato doloso contra a vida, porque a sua finalidade, segundo a teoria de Welzel, é a de obter o resultado morte; se for reconhecida a existência de legítima defesa, evidentemente que deve-se formular também o quesito relativo ao excesso de defesa. Ora, esse excesso tanto pode ser culposo, como doloso. Se se reconhecer eventualmente a existência de um excesso culposo no exercí-

cio da legítima defesa que de início se desenhava, isso não significa que o crime se transforme de doloso em culposo. Ele continua sendo substancialmente um crime doloso contra a vida, tanto que o agente quis causar o resultado morte, circunstância subjetiva essa já admitida previamente quando da resposta positiva ao quesito relativo à tentativa de homicídio, isto é, que o resultado não se configurou em razão de circunstância alheia à vontade do agente; ou seja, a vontade estava ligada ao resultado morte. Logo, o excesso culposo não traz mudança de tipicidade; não trasmuda um crime doloso em culposo. Estamos diante de fato doloso com excesso culposo na legítima defesa, ou seja, a tipicidade dolosa permanece. O que pode levar à confusão de entender-se diversamente é que a pena cabível nesses casos é a do homicídio culposo. A própria lei diz que nesses casos aplica-se a pena do homicídio culposo, sem, no entanto, dizer que se muda a tipicidade de uma tentativa de um fato doloso para um fato culposo. Assim sendo, entendo perfeitamente compatível com a estrutura do crime doloso e o excesso culposo de legítima defesa o reconhecimento desse quesito relativamente aos crimes tentados de homicídio. E trago mais um argumento em abono dessa compatibilidade. É que, os crimes consumados de homicídio, se torna obrigatória a formulação desse quesito. Ora, se em relação ao crime tentado não se pudesse formular o quesito obrigatório do excesso culposo num caso de legítima defesa, estaríamos tratando de forma mais rigorosa a conduta de quem tenta matar, do que a conduta de quem realmente conseguiu matar, pois nesse último caso torna-se necessária a formulação do quesito culposo. Em decorrência, se pode mudar, uma pena que seria a do crime doloso para a referente a um crime culposo; isso ficaria vedado, no entanto no caso de tentativa, configurando-se um absurdo lógico.

Por esse motivo, afasto a primeira nulidade que se pretende no recurso.

*O DES. JORGE ALBERTO DE MORAES LACERDA* — Eminentemente Presidente. Também concordo com V. Exa. no tocante à compatibilidade entre tentativa e excesso. Para efeito de legítima defesa e de ocorrência de excesso, tanto faz matar como tentar matar, porque o agente só não mata por circunstâncias alheias a sua vontade. O fato de não ter matado e, sim, apenas tentado não significa que o réu tenha agido com uma dolosidade menor. Ele quis matar. Não matou porque o impediram. De modo que, para esse efeito acho que se equivalem o crime consumado e o tentado. Ora, em que consiste o excesso na tentativa? Consiste no fato de ele haver tentado matar quando bastava apenas ferir. O resultado finalístico que ele objetivava com a legítima defesa era salvar a própria pessoa, defender-se. Esse era o resultado finalístico. O excesso consistiu, então em ter ido além do necessário: ele tentou matar quando bastava ferir. Essa escalada do bastar ferir para tentar matar, se tiver decorrido de culpa, caracterizará o excesso culposo; se decorrer de dolo, terá caracterizado o excesso doloso, e, nessas circunstâncias, entendo perfeitamente compatíveis esses dois aspectos focados no recurso e endosso as demais considerações de Vossa Excelência, inclusive essa de que todo o problema surge daquela confusão que muitas vezes se faz no tocante a aplicar-se a pena de homicídio culposo a situações como esta; mas, realmente, o excesso culposo na legítima defesa, ele participa da estrutura do dolo. Foi ferido alguém deliberadamente, escolhidamente, ao passo que na culpa não há escolha da vítima”.

*Tal decisão foi unânime (Apelação-Crime n.º 688 016 096 — Santa Cruz do Sul).*

Mais recentemente a 2.ª Câmara Criminal entendeu não caber formular quesito sobre o excesso culposo assim ementando: “Júri. Tentativa de homicídio —

Excesso culposo — Quesito — Não cabe fazer-se quesito sobre excesso culposo de legítima defesa, porque não se concebe tentativa de forma culposa”. *Consta no acórdão*: ... Omissis. Sucede, porém, como bem argumenta o Dr. Promotor, que se está diante de um crime de tentativa de homicídio, tornando juridicamente inadmissível a figura culposa, hipóteses que se excluem.

Nesse sentido foi consignando em aresto dessa egrégio Câmara: ‘Mas se a imputação é de tentativa de homicídio, argüida a legítima defesa, ao juiz não era dado consultar os Jurados sobre o excesso culposo, uma vez negada a moderação. Nem a lei nem a doutrina admitem que possa haver tentativa em crime culposo. É isso que aconteceria se o Conselho, questionado, afirmasse a existência da imoderação culposa. O réu estaria condenado por homicídio culposo na forma tentada’. (in RJ 115/124).

#### Quesitos — QUALIFICADORAS — art. 121, § 2º do C. Penal

o réu cometeu o crime *mediante paga?* ou *mediante promessa de recompensa?*

o réu cometeu o crime por *motivo torpe?*

o réu cometeu o crime por *motivo fútil?*

o réu cometeu o crime com *emprego de veneno? fogo? explosivo? asfíxia?* ou *tortura?* — Tudo conforme for acolhido pela pronúncia.

o réu cometeu o crime por *meio cruel*, sendo a vítima degolada?

o réu cometeu o crime à *traição*, ou seja, enquanto a vítima dormia, circunstância que tornou impossível sua defesa? Fórmula recomendada (RJTJRS — 7/47).

o réu cometeu o crime de emboscada?

o réu cometeu o crime *mediante dissimulação?*

o réu cometeu o crime de *surpresa*, recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido?

o réu cometeu o crime para *assegurar a execução de outro crime?* ou para *assegurar a ocultação de outro crime?* ou para *assegurar a impunidade de outro crime?* ou para *assegurar a vantagem de outro crime?*

*Comentários: Motivo torpe* — a vingança entra na compreensão de *motivo torpe*, previsto como qualificadora. Não é motivo fútil mais *torpe*. Esta é a iterativa jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS (RJTJRS — 2/23, 9/68, 18/77, 37/16, 65/43, 74/87, 76/28, 77/14, 83/61, 88/42, 90/47, 92/86, 97/43, 100/66, 102/82, 103/70, 109/89. *Revista Jurídica* — 33/562).

*Motivo fútil* — é o móvel de domenos ou sem importância; é a ninharia que, em regra, não leva ao crime. Afere-se por sua desproporção com este (Magalhães Noronha — in *Direito Penal* — vol. II/29).

Desavença séria entre réu e vítima não é motivo fútil (RJTJRS — 106/54).

Se o fato é precedido de discussão decorrente de sérios desentendimentos que vinham minando o relacionamento do réu com a vítima, não se pode entender caracterizada a qualificadora do motivo fútil (RJTJRS — 69/40, 73/68, 74, I/98, 79/30 e 58).

Se houve discussão ou desavença ocasional entre réu e vítima, não se caracteriza a futilidade da ação, porquanto algo existiu ao dar ao fato uma explicação razoável (RJTJRS — 83/61).

Discussão é motivo fútil, se for de somenos importância (RJTJRS — 102/119).

Ciúme não é motivo fútil (RJTJRS — 25/30, 52/46, Revista Jurídica — 29/209, R.T. — 150/504, 152/504; Revista Forense — 84/220, 109/223, 114/560, 200/300).

**Meio cruel** — O QUESITO SOBRE A QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL DEVE ESPECIFICAR O FATO EM QUE CONSISTIU ESSE MEIO, PARA PERFEITO ESCLARECIMENTO DO JÚRI (RJTJRS — 7/47, 91/69). HOMICÍDIO, LAPIDAÇÃO, CRUELDADE

Tendo havido a prática do crime por meio de lapidação, comprovada a participação do acusado, contra a decisão condenatória pela qualificadora do meio cruel. A crueldade é o meio inusitado, situado longe da faixa do comum, sendo especialmente reprovado pela ordem social, por demonstrar-se “mais grave que o necessário e suficiente para a consumação do homicídio”. Rel. Marco Aurélio Oliveira — RJTJRS — 121/63.

Meio cruel é o revelador de intolerável maldade (RJTJRS — 14/57).

**Dissimulação** — consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que assim surpreende a vítima, dificultando-lhe sua defesa (Fragoso — Lições de Direito Penal p.60) RJTJRS — 94/93.

**Surpresa** — quando na lei aparece a disjuntiva “OU” é aconselhável que, num mesmo quesito, sejam reunidas as duas hipóteses, sempre que, por terem o mesmo efeito legal, as respostas devem ser somandas (RJTJRS — 45/51; R.T. 279/180; Revista Jurídica — 35/442).

“Surpresa quer dizer sobressalto, enleio por falta de consideração que acompanha os atos súbitos, que deslumbram, enleiam o entendimento (Antônio Moraes e Silva e Frei Domingos Vieira) é sobressalto, enleio causado por causa que espanta, deslumbra (Constâncio). Na acepção jurídico-penal caracteriza-se a surpresa pela subitaneidade do acometimento, o qual nada fazia prever; colhida, assim, de inopino, a vítima descuidada, em posição tal, relativamente ao agente, de não lhe ser possível esperar o ataque, nem prevenir ou evitar o mal, de molde a tornar-se difícil ou impossível qualquer reação ou defesa de sua parte. Se é certo que a surpresa é um *minus* relativamente à traição, não menos exato é que toda surpresa que torne impossível ou mesmo dificulte a defesa do ofendido configura uma qualificativa do homicídio. 2 ... *omissis* ... a surpresa, segundo uniformemente tem entendido a doutrina e a jurisprudência, cabe folgadoamente na moldura legal, que, depois de fazer referências específicas — exemplificando com a traição, a emboscada e a dissimulação — abre âdito à interpretação por analogia, ao usar a fórmula genérica: “... ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” (MAGALHÃES NORONHA, Direito Penal, II/32, n. 259 — ROBERTO LYRA, Comen. ao CP., II/253 — R.T.: 154/22, 159/556, 166/528, 177/128 — RJTJRS: 31/8, 32/18 e 22, 94/53 — Revista Forense: 187/354, 194/363)” — Rel. Mário Bo Nova Rosa — RJTJRS — 41/28.

**Quesitos — Agravantes — Art. 61 do Código Penal.**

**Reincidência:** o réu cometeu o crime depois de transitar em julgado sentença que o tinha condenado por crime anterior? (RJTJRS: vols. 3/65, 7/69).

**Motivo Fútil ou torpe:** igual ao das qualificadora.

**Inc. II “b”:** o réu cometeu o crime para facilitar (...ou assegurar) a execução

(... a ocultação, a impunidade OU vantagem) de outro crime? O quesito será formulado conforme a situação de fato.

*Inc. II "c":* igual aos da qualificadora.

*Inc. II "d":* igual aos da qualificadora.

*Inc. II "e":* o réu cometeu o crime contra ascendente (pai, mãe, avô)? ... contra descendente (filho, neto, bisneto ...)? ... contra irmão?... contra cônjuge?

*Inc. II "f":* o réu cometeu o crime com *abuso de autoridade?* ... ou *prevalendo-se das relações domésticas?* ou *prevalendo-se das relações de coabitação?* ou *prevalendo-se das relações de hospitalidade?*

*Inc. II "g":* o réu cometeu o crime com *abuso de poder?* ... ou *com violação de dever inerente ao cargo* (... ou *ofício, ministério ou profissão*). Conforme ao caso concreto.

*Inc. II "h":* o réu cometeu o crime contra *criança?* *velho?* *enfermo?*

*Inc. II "i":* o réu cometeu o crime *quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade?*

*Inc. II "j":* o réu cometeu o crime por *ocasião de incêndio?* *navrágio?*

*Inc. II "j":* o réu cometeu o crime por *ocasião de incêndio?* *navrágio?* *inundação?* ou *qualquer calamidade pública?* ou de *desgraça particular do ofendido?*

*Inc. II "l":* o réu cometeu o crime em *estado de embriaguez preordenada?*

**Quesitos — AGRAVANTES — art. 62 do C. Penal.**

Estas *agravantes* somente são aplicáveis em caso de *concurso de agentes* (art. 29, CP).

*Inc. I:* o réu *promoveu* (ou *organizou*) a *cooperação no crime?*  
o réu *dirigiu a atividade dos demais agentes* no crime?

*Inc. II:* o réu *coagiu* (... ou *induziu*) *terceiro à execução material do crime?*

*Inc. III:* o réu *instigou* (... ou *determinou*) *terceiro não punível em virtude de sua*

*Inc. III:* o réu *instigou* (... ou *determinou*) *terceiro, sujeito a sua autoridade, a cometer o crime?*

o réu *instigou* (... ou *determinou*) *terceiro não punível em virtude de sua condição* (... ou *qualidade pessoal*) a cometer o crime?

*Inc. IV:* o réu *executou* (... ou *participou*) do crime *mediante paga* (... ou *promessa de recompensa*)?

**Comentários:** se a vítima é descendente e criança, as duas *agravantes* podem ser articuladas no libelo e argüidas em plenário pelo órgão do Ministério Público, porque uma não absorve e nem exclui a outra (RJTJRS — 7/48).

**Quesitos — ATENUANTES — art. 65 do C. Penal**

**Quesito — Existe alguma circunstância atenuante?**

*Inc. I:* o réu era *menor de 21 anos* à época do fato? ou era *maior de 70 anos* à época do fato?

*Inc. II:* o réu tinha *desconhecimento da lei?*

*inc. III:*

a) o réu cometeu o crime por motivo de *relevante valor social?* ou

por motivo de *relevante valor moral*?

- b) o réu procurou, por sua *espontânea vontade e com eficiência*, logo após o crime, *evitar-lhe* as conseqüências? ou o réu procurou, por sua *espontânea vontade e com eficiência*, logo após o crime, *minorar-lhe* as conseqüências? ou o réu procurou, *antes do julgamento*, *reparar o dano*?
- c) O réu cometeu o crime *sob coação a que podia resistir*?  
o réu cometeu o crime *em cumprimento de ordem de autoridade superior*?  
O réu cometeu o crime sob a *influência de violenta emoção, provocada por ato injuro da vítima*?
- d) O réu *confessou espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime*?
- e) O réu cometeu o crime sob a *influência de multidão em tumulto, o qual não foi por ele provocado*?

Atenuante inominada prevista no art. 67 depende do caso concreto e aí o Juiz-Presidente deverá redigir o quesito específico.

Comentários: Toda atenuante é em favor do réu e por isso se constitui em redundância colocar essa expressão no quesito genérico (Revista Jurídica: vols. 34/445 e 65/291; RJJJRS: vols. 7/70, 73/310 e 76/106).

Em caso de condenação é obrigatório formular quesito genérico sobre atenuantes, sob pena de nulidade do julgamento por falta de formulação de quesito obrigatório, aplicando-se a *Súmula n.º 156, do S.T.F.* Se for *negado* está encerrada a votação. Caso a resposta for *afirmativa*, serão formulados os quesitos referentes às atenuantes específicas aplicáveis, transcrevendo-se no termo de reunião somente os que tiveram respostas afirmativas.

Antes de votar o quesito genérico de atenuantes, o Juiz Presidente lerá aos jurados as atenuantes enumeradas no art. 65 do CP, *salientando* aquelas que lhe pareçam cabíveis na espécie, para que não aconteça de responder o Conselho de Sentença afirmativamente esse quesito e, a seguir, não encontre nenhuma atenuante adequada à situação em julgamento.

Caso afirmado o quesito genérico e negado os específicos formulados pelo Juiz Presidente, mesmo assim a pena deve ser atenuada, face a resposta positiva do quesito genérico (*RJJJRS; 49/372 e Revista Forense 172/469*). O Juiz Presidente deverá consignar no termo de votação somente os quesitos específicos que receberam resposta afirmativa.

Se o Juiz Presidente deixar de formular quesito específico por entender que nenhum é aplicável ao caso, consigna no termo de votação, mas em razão da resposta positiva ao quesito genérico deve atenuar a pena. A CONSIGNAÇÃO PODERÁ SER MAIS OU MENOS NOS SEGUINTEZ TERMOS: “Deixo de formular quesito específico por entender inaplicáveis ao fato. No entanto, levarei em consideração, quando fixar a pena, a resposta afirmativa ao quesito genérico”.

“Consoante manifestação do STF (*RTJ: 97/1248, RT: 581/345, 587/351 e 594/331*) não há obrigatoriedade de o juiz formular quesitos relativos a circunstâncias atenuantes se julgar inadapáveis a relação material as elencadas no art. 65 do CP”.

*CONSTA NO ACÓRDÃO...* “também a ausência de formulação específica de

atenuante em favor do apelante, não ocasiona nenhum mal no julgamento, eis que formulado o quesito genérico, foi o mesmo admitido e, no dosar a pena, reduziu-a o juiz, em atenção à atenuante. Trata-se, pois, e quando muito, de mera irregularidade, sem qualquer repercussão no direito do réu, que não foi prejudicado pela e darão (*RJTJRGs*: vol. 114/37).

“A moderna doutrina vem dando respaldo a essa orientação: o Juiz-Presidente tem a faculdade de entender que nenhuma das atenuantes definidas em lei tem aplicação no caso sob julgamento, hipótese em que dará definidas em lei tem aplicação no caso sob julgamento, hipótese em que dará por encerrada a votação, levando em conta, entretanto, nas dosagem da pena, a aceitação do quesito genérico como manifestação da vontade dos jurados pela atenuação da pena.

Em outras palavras: ao Juiz cabe a faculdade de concluir que nenhuma das atenuantes específicas é aplicável ao caso, devendo, no entanto, na fixação da pena, levar em consideração a ocorrência de atenuantes.

A respeito, disserta *Fernando da Costa Tourinho Filho*, em sua '*Prática de Processo Penal*', 8.<sup>a</sup> ed., 1982, p.202: 'Tem-se entendido, com apoio na doutrina, que se o Conselho responder afirmativamente ao quesito obrigatório, e se o Juiz-Presidente concluir que nenhuma das atenuantes é aplicável à espécie, deverá dar por encerrada a votação, levando em conta, entretanto, na dosagem da pena, a vontade dos jurados no sentido de minimizar a reprimenda'.

Outra não é a lição de *Hermínio Alberto Marques Porto*: 'Entendendo o Juiz-Presidente pela não-adaptação de qualquer atenuante, dará por encerrada a votação do questionário, considerando, no momento da aplicação da pena, a aceitação do quesito genérico como manifestação dos jurados pela atenuação da pena' (*Júri*, 2.<sup>a</sup> ed., 1980, p.169).

Na jurisprudência não tem sido diversa orientação. O egrégio Tribunal de São Paulo, através de sua 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal, já teve oportunidade de assentar: 'A falta de indagação sobre atenuantes em espécie, após firmado o quesito genérico, não é caso de nulidade, já que a lei faculta ao Juiz considerar inaplicáveis ao caso aquelas que a lei específica. Basta que, na graduação da pena, se faça incluir a recomendação atenuatória resultante da resposta dos jurados' (*Rev. dos Tribs.*, 396/96).

Esta mesma Câmara, com a atual composição, apreciou recentemente hipótese similar ao julgar a *Apelação-Crime n. 683047567* desta Capital, em que foram apelantes Vidal Augusto Christofari e Wilson Fagundes, e não considerou nulidade, nem mesmo irregularidade, a circunstância do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri ter entendido pela não-adaptação de nenhuma das atenuantes definidas em lei.

E, nesse caso, o Juiz-Presidente considerou, na dosagem da pena, a manifestação dos jurados respeitante ao reconhecimento de atenuantes, impondo a redução de um ano da pena-base fixada em oito anos.

Desta forma, nulidade só haverá quando, concluindo o Juiz-Presidente pela inadaptação de qualquer atenuante, deixar, porém, de levar em consideração essa manifestação dos jurados na dosagem da pena. Este é o entendimento da melhor doutrina e da jurisprudência mais atual, inclusive desta Câmara'. — *VOTO VENCIDO* — des. *João Ricardo Vinhas* — *RJTJRGs* 104/104.

No mesmo diapasão do voto vencido existem outras decisões: *RJTJSP* — 6/442, 75/325; *R. T.* — 459/337, 556/352, 559/325; *R. T. J.* — 101/720; *STF* — *DJU* de 12/11/76, p.982 e *DJU* de 14/9/84, p.14.915.

**ABERRATIO ICTUS** — erro de execução

“a” — desfere tiro(s) contra “B” — com a intenção de matar.

HIPÓTESE	Resultado contra		“A” Responde por:
	PESSOA VISADA	TERCEIRO ATINGIDO	
1	—	Mata C	Homicídio doloso consumado. * O homicídio absorve a tentativa com relação a “b”.
2	—	Fere C	Homicídio tentado.
3	Mata B	Mata C	Homicídio doloso consumado em Concurso Formal.
4	Fere B	Mata C	Homicídio doloso consumado em Concurso Formal.
5	Mata B	Fere C	Homicídio doloso consumado em Concurso Formal.
6	Fere B	Fere C	Um homicídio tentado em Concurso Formal.

**Comentários:** na *aberratio ictus* — erro de execução — deve ser atendida a situação do réu em relação à pessoa visada e não ao terceiro atingido, sem participação no fato.

Atingido ambos — *pessoa visada e terceiro* — aplica-se o *concurso formal* e não o concurso material.

Reconhecida a defesa legítima com relação à *pessoa visada*, está absolvido o acusado, eis que com relação ao não participante — *terceiro atingido* — jamais será possível verificar-se a discriminante, porque atingido por desvio de projétil.

Na *aberratio ictus* — desvio de golpe —, conforme organograma acima, pode ocorrer seis hipóteses. Ex.: *A desfere tiro(s) contra “B”, com a intenção de matar.*

*Questões a formular nas diversas hipóteses:*

**Hipótese n.º 1 — Mata “C”**

**1.º quesito:** o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha Nº 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃOº SANTOS, cujo(s) projétil(éis), por *erro de execução*, veio (vieram) a atingir MARIA ROSA, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de necropsia de fl. 23?

**2.º quesito:** letalidade

**OBS.:** seguem-se os quesitos da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes.

### *Hipótese n.º 2 — Fere “C”*

*1.º quesito:* o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃO SANTOS, cujo(s) projétil(is), por *erro de execução*, veio(vieram) a atingir MARIA ROSA, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de exame de corpo de delito de fls. 23?

*2.º quesito:* o réu, assim agindo, deu início ao ato de matar JOÃO SANTOS, o qual não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?

*OBS.:* seguem-se os quesitos da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes.

### *Hipótese n.º 3 — Mata “B” e “C”*

*1.ª série com relação a “B” — pessoa visada.*

*1.º quesito:* o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃO SANTOS, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de necropsia de fl. 23?

*2.º quesito:* letalidade.

*OBS.:* seguem-se os quesitos da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes. Caso reconhecida a legítima defesa com relação à pessoa visada, ficam prejudicados os quesitos referentes ao terceiro atingido, de vez que o acusado já está *absolvido*, conforme está dito no início dos comentários. Caso negada a defesa legítima, formular os quesitos ao terceiro atingido, nos seguintes termos:

*2.ª série com relação a “C” — terceiro atingido*

*1.º quesito:* o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃO SANTOS, cujo(s) projétil(is) *por erro de execução*, veio(vieram) a atingir MARIA ROSA, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de necropsia de fl. 24?

*2.º quesito:* etalidade.

*OBS.:* seguem os quesitos da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes.

No caso houve duplo homicídio e em caso de condenação a pena será calculada por um homicídio doloso consumado, mas com o aumento de pena referente ao concurso formal (art. 70 CP).

### *Hipótese n.º 4 — Fere “B” e Mata “C”*

*1.ª série com relação a “B” — pessoa visada.*

*1.º quesito:* o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha, n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃO SANTOS, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de exame de corpo de delito de fl. 23?

*2.º quesito:* o réu, assim agindo, deu início ao ato de matar JOÃO SANTOS, o qual não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?

*OBS.:* seguem-se os quesitos da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes.

*2.ª série com relação a “C” — terceiro atingido.*

*1.º quesito:* o réu Carlos Lopes, no dia 10/10/84, pelas 15h, na rua Santos Rocha n.º 234, em plena via pública, nesta cidade, desferiu tiro(s) de revólver em JOÃO SANTOS, cujo(s) projétil(is), *por erro de execução*, veio(vieram) a atingir MA-

ROSA, causando-lhe a(s) lesão(ões) descrita(s) no auto de necropsia de fl.24?

2.º *quesito*: letalidade

*OBS.*: seguem-se os *quesitos* da defesa, agravantes, qualificadoras e atenuantes.

*Hipótese n.º 5 — Mata “B” e Fere “C”*

1.ª *série com relação a “B”* — pessoa visada.

*Quesitos*: iguais a 1.ª *série* da hipótese n.º 3

2.ª *série com relação a “C”* — terceiro atingido.

*Quesitos*: iguais aos da hipótese n.º 2

*Hipótese n.º 6 — Fere “B” e “C”*

1.ª *série com relação a “B”* — pessoa visada.

*Quesitos*: iguais a 1.ª *série* da hipótese n.º 4

2.ª *série com relação a “C”* — terceiro atingido.

*Quesitos*: iguais a 2.ª *série* das hipóteses n.º 2 e 5.

*Lesão Corporal — 129 “caput” do CP*

1.º *quesito*: nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o réu, com uma faca (se for com outro objeto, descrevê-lo), produziu na vítima Vando Costa as lesões corporais leves descritas no auto de exame de corpo de delito de fl. 23?

*Comentários*: quando se tratar de lesão de natureza grave (§§ 1.º e 2.º do art. 129 do CP) nos *quesitos* seguintes o júri deverá ser questionado sobre as formas específicas, conforme acolhidas na pronúncia.

Quando se tratar de lesão de natureza grave no primeiro *quesito* não deverá ser mencionado que a lesão é de natureza leve.

Se a tese for, p. ex.: legítima defesa, após resposta afirmativa ao *quesito* acima, seguem os da tese argüida pela defesa.

*FURTO — 155 “caput” do CP*

1.º *quesito*: nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o réu subtraiu, para si, da vítima Joana da Silva um anel e uma aliança? *furto simples*

*FURTO QUALIFICADO — 155, § 4.º do CP*

2.º *quesito*: o réu destruiu obstáculo para subtrair os objetos furtados? o réu rompeu obstáculo para subtrair os objetos furtados?  
o réu praticou o crime com abuso de confiança? ou mediante fraude, escalada ou destreza (descrever em que consistiu cada uma das hipóteses)  
o réu praticou o crime com emprego de chave falsa?  
o réu praticou o crime mediante o concurso de duas ou mais pessoas (não deve ser mencionado o nome de duas ou mais pessoas (não deve ser mencionado o nome das pessoas que acompanharam o acusado, porque o júri pode entender que não foi com aquela que o réu estava

junto e sim com outra. Ai, caso mencionado o nome e o jurado não concordar, fatalmente não vai acolher a agravante que qualifica o furto).

Quesitos para o roubo também seguem a mesma linha de orientação, devendo ser observados todos os requisitos legais descritos no tipo penal quando da formulação do quesito.

#### *Posse de substância tóxica — maconha*

*1.º quesito:* nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o réu João Lopes trazia consigo, no veículo (ou outro local), para uso próprio, substância entorpecente — maconha — que causa dependência psíquica, em desacordo com a determinação legal?

#### *ESTUPRO — art. 213 do CP*

*1.º quesito:* nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o réu João Lopes, mediante violência, constrangeu a vítima Zenaide Rosa a manter conjunção carnal?