

ASPECTOS DESTACADOS DA QUESITAÇÃO NO NOVO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Jefferson Zanini¹

1. Considerações Iniciais

Questão tormentosa para o Juiz Presidente do Tribunal do Júri é a que diz respeito à quesitação. Embora a recente modificação, introduzida pela Lei n. 11.689/2008, tenha simplificado as regras para a formulação dos quesitos, ainda assim algumas variantes continuam gerando controvérsias que podem desaguar na anulação da sentença e, por via de consequência, da sessão de julgamento.

De acordo com o artigo 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os quesitos devem ser elaborados em proposições afirmativas, simples e distintas, em consonância com a pronúncia², com as alegações do réu³ e com as teses defendidas pelas partes em plenário, na seguinte ordem (art. 483, CPP): a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; c) desclassificação, quando sustentada pela defesa; d) absolvição; e) causas de diminuição de pena; f) circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

A decisão do Conselho de Sentença é tomada por maioria de votos (art. 489, CPP) em qualquer um dos quesitos.

Para que seja assegurado o sigilo das decisões do Conselho de Sentença deverá ocorrer o encerramento da votação, com a desconsideração dos votos remanescentes, quando atingida maioria de votos em

¹ Juiz de Direito da Vara Criminal de Campos Novos.

² Na sistemática anterior os quesitos eram elaborados de acordo com o libelo.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. São Paulo : RT, 2008, p. 229.

qualquer quesito⁴. É importante, todavia, que no termo de quesitação conste o número de votos da tese e quantidade de votos desconsiderados, a fim de que seja possível verificar se todos os jurados votaram.

2. Materialidade

O quesito atinente à materialidade envolve o fato principal, ou seja, aquele que se refere ao crime doloso contra a vida.

Logo no início, o jurado deve ser indagado sobre a ocorrência do ato lesivo à vítima.

Existe controvérsia sobre a necessidade de desdobramento do quesito da materialidade no caso de crime consumado, com a formulação de um quesito específico sobre a letalidade – nexo causal -, a exemplo do que ocorria no sistema anterior.

Nesse sentido entendem Guilherme de Souza Nucci⁵, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁶.

Todavia, é de ser considerado que a reforma processual tem por escopo simplificar o procedimento, de modo a evitar confusões ou dúvidas dos jurados no momento da votação⁷.

Ademais, ao contrário do que ocorria no sistema anterior, a materialidade agora é consultada de forma destacada da autoria, não havendo, assim, espaço para a manutenção da antiga fórmula, dês que desnecessária para a delimitação do nexo causal.

Com a adoção dessa posição e, ainda que sustentada a ocorrência de concausa absolutamente independente⁸, a formulação de um único quesito não acarreta maiores dificuldades, pois o jurado, ao negar o segundo

⁴ NUCCI, op. cit., p. 235.

⁵ NUCCI, op. cit., pp. 219-220.

⁶ Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo : RT, 2008.

⁷ “O objetivo da reforma é positivo: modernizar o Tribunal do Júri, conferindo-lhe celeridade, simplicidade e agilidade.” (NUCCI, op. cit., p. 8).

⁸ Fernando Capez ensina que as causas absolutamente independentes “rompem totalmente o nexo causal, e o agente só responde pelos atos até então praticados” (Curso de Direito Penal : Parte Geral. – v. 1, 4^a ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2002, p. 149).

quesito, que se refere à autoria⁹, estará implicitamente afastando a existência de nexo causal entre a conduta do réu e as lesões que provocaram o óbito da vítima¹⁰⁻¹¹.

3. Autoria

O segundo quesito¹² a ser elaborado pelo Juiz Presidente dirá respeito à autoria e deverá ser formulado de forma afirmativa.

Nos casos em que a vítima sofre multiplicidade de lesões, como comumente ocorre em acidente de trânsito (nas hipóteses de dolo eventual), mostra-se possível a formulação de um quesito genérico, sem individualização da conduta. Exemplo: “O réu Fulano causou as lesões que a vítima sofreu?”.

Em se tratando de co-autoria ou participação, basta a elaboração de um único quesito contendo a descrição da conduta e a menção do concurso com terceira pessoa¹³.

Se não for possível, a fim de não violar a regra da simplicidade, a descrição da conduta do agente, é suficiente a formulação de quesito com a redação do artigo 29 do Código Penal, nos seguintes moldes: “O réu Fulano concorreu para a prática do crime perpetrado por terceira pessoa?”.

4. Desclassificação e Tentativa

Sustentada pela defesa alguma tese que importe em desclassificação do crime de competência do Tribunal do Júri para outra infração - desistência voluntária, lesão corporal, homicídio culposo, etc. -, deverá ser formulado um quesito específico logo em seguida ao da autoria (art. 483, § 4º, CPP).

⁹ O réu Beltrano foi o autor das lesões que provocaram a morte da vítima?

¹⁰ Assim também entende Andrey Borges de Mendonça, *in Nova Reforma do Código de Processo Penal : comentada artigo por artigo*. São Paulo : Método, 2008, pp. 116-117.

¹¹ Walfredo Cunha Campos apresenta modelos de quesitos sem o desdobramento da materialidade (*O Novo Júri Brasileiro*. - São Paulo : Primeira Impressão, 2008, p. 351).

¹² Ou terceiro, para quem entender pelo desdobramento do quesito da materialidade.

¹³ Colhe-se da obra de Guilherme Nucci o seguinte exemplo: “A ré G, qualificada a fls. ___, concorreu para o crime desferindo, juntamente com terceira pessoa, os golpes de faca na vítima “H”? (op. cit., p. 260).

Somente depois de fixada a competência do Conselho de Sentença, isto é, quando reconhecido que o réu praticou um crime doloso contra a vida, é que o jurado poderá deliberar sobre as demais teses absolutórias - excludentes de ilicitude, causas dirimentes, descriminantes, supralegais¹⁴⁻¹⁵.

Em qualquer situação, o quesito deverá versar sobre a situação argüida em plenário.

No caso de tentativa de homicídio, não se faz necessária a formulação de quesito específico sobre a tese defendida pela defesa – desistência voluntária ou ausência de *animus necandi* -, bastando a seguinte indagação: “O réu Fulano, em assim agindo, iniciou a execução de crime de homicídio que não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?”¹⁶.

O quesito sobre a tentativa deverá ser formulado logo após o da autoria (art. 483, § 5º, CPP).

Quando se tratar de tese de desclassificação de homicídio consumado para crime de lesão corporal seguida de morte, é necessária a elaboração de um quesito sobre o dolo direto e outro acerca do dolo eventual, somente ocorrendo a desclassificação se os jurados negarem esses dois quesitos¹⁷⁻¹⁸.

¹⁴ NUCCI, op. cit., p. 227.

¹⁵ Apelação Criminal n. 2008.026780-0, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Paladino.

¹⁶ Apelação Criminal n. 2004.018937-0, de Joinville, rel. Juiz Jânio Machado; Apelação Criminal n. 2003.005831-1, de Biguaçu, rel. Des. Maurílio Moreira Leite.

¹⁷ “Quando a tese de defesa for de desclassificação para lesão seguida de morte, basta a formulação dos dois quesitos sobre a existência do dolo (direto e eventual), formulados desaglutinadamente. Negado os dois, operou-se uma desclassificação própria, transferindo-se a competência do julgamento para o Juiz-Presidente, que poderá condenar ou absolver o réu” (LEAL, Saulo Brum. Júri Popular. – 4ª ed., rev., ampl. e atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 210).

¹⁸ “A tese defensiva de desclassificação de homicídio para lesões corporais seguidas de morte deve ser questionada de forma positiva e, preferencialmente, desmembrando-se o dolo em dois quesitos a fim facilitar a compreensão pelo corpo de jurados. Sendo afirmativa a resposta a qualquer um dos quesitos, fica automaticamente rechaçada a tese desclassificatória ante o reconhecimento do *animus necandi*” (Apelação Criminal n. 2005.034140-6, de Rio do Sul, rel. Juiz Túlio Pinheiro).

Ocorrendo a desclassificação, própria¹⁹ ou imprópria²⁰, o Juiz Presidente deve dar por encerrada a votação e passar ao julgamento do processo (arts. 490, parágrafo único, e 492, § 2º, CPP).

Interessante frisar, por oportuno, que no caso de desclassificação imprópria o Juiz Presidente não poderá se afastar dos contornos traçados pelos jurados acerca da nova definição jurídica do fato, podendo apenas condenar ou absolver dentro do seu livre convencimento.

Do mesmo modo, ainda que seja o caso de desclassificação própria, o Juiz Presidente não poderá ignorar o que já restou decidido pelo Conselho de Sentença. Assim, se os jurados reconhecerem a materialidade e a autoria e, em seguida, negam a ocorrência de crime de homicídio na forma tentada, caberá ao Juiz Presidente apenas analisar a tipicidade da conduta²¹.

¹⁹ Ocorre a desclassificação própria quando o Conselho de Sentença, embora reconheça que não houve crime doloso contra a vida, não indica qual a infração praticada pelo agente. Comumente sucede nos casos de tentativa de homicídio, em que o Conselho de Sentença apenas reconhece que o réu não iniciou a execução de crime contra a vida sem que a resposta indique qualquer infração.

²⁰ Na desclassificação imprópria o Conselho de Sentença afasta a ocorrência de crime doloso contra a vida e indica qual a figura penal a que o agente está incorso. Dá-se, por exemplo, no caso de desclassificação de homicídio doloso para culposo.

²¹ Segundo Walfredo Cunha Campos, “[...] quanto à questão de materialidade e autoria do delito definido pelos jurados (quando desclassificam, por exemplo, a tentativa de homicídio, negando o terceiro quesito), não poderão ser infirmadas pelo presidente. Não será lícito então o juiz presidente negar a existência ou a autoria do crime (que foram aceitas pelos juízes leigos), embora possa entender, v.g., que o acusado agiu acobertado por uma excludente de ilicitude ou culpabilidade” (op. cit., p. 248).

5. Teses Defensivas

Compete ao defensor, durante a sua fala, arguir as teses defensivas, inclusive aquelas que digam respeito às causas de diminuição de pena. Não poderá, contudo, lançar tese durante a tréplica, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, devendo o Juiz Presidente, no caso, deixar de formular quesito sobre ela²².

A modificação mais profunda introduzida pela reforma está centrada na quesitação das teses defensivas, pois não é mais necessária a elaboração de série distinta de quesitos para cada uma delas.

De acordo com a redação do artigo 483, III, e § 2º, do Código de Processo Penal, basta a elaboração de um único quesito com a seguinte indagação “*o jurado absolve o réu?*”.

Trata-se de quesito obrigatório cuja ausência de formulação induz nulidade, mesmo que a defesa sustente apenas a negativa de autoria.

Há posição na doutrina²³ no sentido de que o Juiz Presidente deve elaborar um quesito com a pergunta “*o jurado absolve o réu?*” para cada uma das teses defensivas.

Cremos, contudo, que essa não é a melhor orientação, pois o jurado possui a prerrogativa de absolver o réu até mesmo por mero ato de clemênciam. Obviamente que nessa circunstância o Tribunal de Justiça poderá considerar a decisão do Conselho de Sentença como manifestadamente contrária às provas dos autos e, assim, reformá-la²⁴ (art. 593, III, ‘d’, CPP). Porém, se o réu

²² “**NULIDADE DO JULGAMENTO. NÃO INCLUSÃO DE QUESITO RELATIVO AO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. TESE APRESENTADA APENAS NA TRÉPLICA. VÍCIO INEXISTENTE.** “Se a defesa técnica, ao ensejo da tréplica, apresenta tese defensiva nova, violentando, desse modo, o contraditório, possível não é a formulação de quesito sobre a matéria’ [...]” (Apelação Criminal n. 2004.024382-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino).

²³ GOMES, Luiz Flávio, et alii. op. cit., pp. 222-223.

²⁴ Apelação Criminal n. 2006.026574-5, de Chapecó, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

for levado a novo julgamento e restar novamente absolvido, então a decisão do Conselho de Sentença será definitiva (art. 593, § 3º, CPP)²⁵.

Portando, forçoso concluir que a redação de um quesito com a indagação “*o jurado absolve o réu?*” em cada uma das teses defensivas acarreta prejuízo considerável à defesa, pois o jurado, em assim ocorrendo, estará obrigado a dar a resposta de acordo com a tese, restando, com isso, impedido de decidir pela absolvição pura e simples²⁶.

Questão que demanda um pouco mais de atenção é a que se refere às excludentes de ilicitude (art. 23, CP).

Em conformidade com o artigo 23, parágrafo único, do Código Penal, “**o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo**”, de maneira que, para a absolvição do agente, é necessário que o Conselho de Sentença reconheça que não houve excesso.

Na sistemática anterior havia consenso na doutrina e na jurisprudência de que, na seriação de quesitos sobre as excludentes, deveriam ser incluídos os quesitos atinentes ao excesso doloso e culposo, os quais seriam submetidos à votação quando, por exemplo, na legítima defesa própria²⁷, fosse reconhecido, alternativamente ou cumulativamente, o abuso na escolha ou na utilização do uso dos meios necessários à repulsa²⁸.

²⁵ Apelação Criminal n. 2004.023488-0, de Campo Erê, rel. Des. Souza Varella.

²⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 119.

²⁷ “**No caso de estado de necessidade, o excesso decorre do reconhecimento de que a conduta adotada pelo agente, para contornar o perigo atual, era evitável. Quanto ao exercício regular de direito, o excesso se dá no momento em que se considerar não ter ocorrido regularidade no exercício do direito. E, finalmente, quanto ao estrito cumprimento do dever legal, o excesso surge quando se afirmar não ter sido o dever cumprido tal como previsto em lei**” (NUCCI, op. cit., p. 228).

²⁸ “APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO SIMPLES - TRIBUNAL DO JÚRI - LEGÍTIMA DEFESA - QUESITO SOBRE EXCESSO CONSIDERADO PREJUDICADO - NULIDADE ABSOLUTA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 156 DO STF - JULGAMENTO ANULADO - RECURSO PROVIDO. Se é suprimida pelo togado a votação sobre a natureza subjetiva do excesso na justificativa de legítima defesa, deve ser anulado o julgamento proferido pelo Júri por falta de quesito obrigatório. “Repudiada a necessidade do meio ou a moderação no seu uso, faz-se necessário questionar os jurados sobre o excesso punível, tanto na sua forma dolosa, quanto na culposa, sob pena de nulidade do julgamento” (Apelação Criminal n. 01.002046-2, de Lebon Régis, rel. Des. Irineu João da Silva) (Apelação Criminal n. 2003.007928-9, de Xanxerê, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Na formatação atual do questionário a situação restou simplificada, pois o acolhimento do quesito sobre a absolvição implica automaticamente no reconhecimento da presença de todos os requisitos legais da tese sustentada pela defesa, inclusive sobre a moderação na escolha e na utilização dos meios necessários à repulsa, tornando desnecessária qualquer discussão sobre o excesso.

A negativa de absolvição, a seu turno, origina a conclusão de que a situação não se enquadra na excludente suscitada.

Ainda, poderá a defesa, como tese alternativa, requerer a elaboração de quesito específico sobre o excesso culposo para ser submetido à votação, na hipótese de ser negada a absolvição. Esse, então, deverá integrar a série antes daqueles das qualificadoras e das causas de aumento²⁹⁻³⁰.

O reconhecimento do excesso culposo pelo Conselho de Sentença, se assim ocorrer, implica na chamada desclassificação imprópria e torna prejudicada a votação dos quesitos atinentes às qualificadoras e demais circunstâncias, aplicando-se o disposto no artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

É importante lembrar, nessa situação, que embora ocorra a desclassificação imprópria, o caso não é remetido à análise do Juiz singular³¹⁻³², em função de que o reconhecimento do excesso culposo não se confunde com

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; et alli. op. cit., p. 224.

³⁰ CAMPOS, op. cit., p. 367.

³¹ “EMBARGOS. HOMICÍDIO. LEGITIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO. “O RECONHECIMENTO DO CHAMADO EXCESSO DE DEFESA NAO DESLOCA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PARA O JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JURI. EMBARGOS REJEITADOS. VOTOS VENCIDOS” (TJRS, Embargos Infringentes n. 686030107, Câmaras Criminais Reunidas, rel. Des. Jorge Alberto de Moraes Lacerda, julgado em 27.11.1987).

³² “JURI - NULIDADE - EXCESSO CULPOSO NA LEGÍTIMA DEFESA - NÃO QUESTIONAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Reconhecido pelos jurados o excesso culposo, representa entendimento condenatório, que não dilui a competência do Tribunal popular e, tornando inaplicável o art. 492, § 2º, do CPP, obriga ao prosseguimento na votação do questionário para tratar das agravantes que tenham sido articuladas e, obrigatoriamente, sobre o quesito genérico das atenuantes” (Apelação Criminal n. 32.592, de Seara, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

crime culposo, apenas importa apenas na consideração da sanção prevista para a modalidade culposa^{33_34_35}.

Doutro modo, parece-nos possível à defesa, também como tese alternativa, exigir a formulação de quesito específico sobre o excesso doloso, nos casos de crime de homicídio qualificado.

Embora existam julgados no sentido de que a admissão do excesso doloso afasta a legítima defesa e autoriza o Juiz Presidente a seguir a votação quanto às qualificadoras, esse não parece ser o melhor caminho.

É que o reconhecimento do estado inicial de defesa provoca, por via reflexa, o afastamento das qualificadoras de ordem subjetiva, dada a flagrante incompatibilidade.

Quanto às qualificadoras objetivas, mostra-se viável a coexistência apenas daquelas que digam respeito a fato ocorrido durante sua execução.

³³ Hermínio Alberto Marques Porto anota que “o excesso culposo, *nomem juris* para identificar o parágrafo único do art. 23 do CP, indica regra de relação da pena ao fato ‘se este punível como crime culposo’, enquanto a figura não contém conceito de culpa própria; o excesso de defesa, ou excesso na legítima defesa, nomes de melhor coadunação à figura, não contém, reiteramos, os elementos da infração culposa, e a menção feita pelo parágrafo ao ‘crime culposo’ é restrita a um objetivo de chamamento ou referência para encontro de quantidade penal” (Júri : Procedimentos e Aspectos do Julgamento : Questionários. - 10ª ed. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2001, p. 243).

³⁴ “Afirmado o quesito do excesso culposo, réu condenado nas penas do homicídio culposo” (LEAL, op. cit., p. 216).

³⁵ “APELACAO-CRIME. JURI. DECISAO MANIFESTAMENTE CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS. INOCORRENCIA. LEGITIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO. DESCLASSIFICACAO IMPROPRIA. 1. ENCONTRANDO A DECISAO APOIO EM QUALQUER NUANCE DA PROVA, QUE LHE DE SUSTENTACAO, NAO HA COMO SUBMETER O ACUSADO A NOVO JULGAMENTO, POIS NAO CABE AO ORGAO REVISOR DIZER SE A DECISAO E JUSTA OU NAO. ISSO PORQUE OS JURADOS NAO PRECISAM FUNDAMENTAR SEUS VOTOS, JULGAM POR INTIMA CONVICCAO, QUE AO JUIZ SINGULAR E VEDADO, MAS NAO A ELES, QUE MANIFESTAM SUA VONTADE RESPONDENDO A QUESITOS PREVIAMENTE FORMULADOS. 2. OCORRE A DESCLASSIFICACAO IMPROPRIA QUANDO O TRIBUNAL DO JURI RECONHECE QUE O ACUSADO AGIU DE FORMA CONTRARIA A LEI E DIZ QUE O FEZ DE FORMA CULPOSA. EM OUTRAS PALAVRAS, A LEGITIMA DEFESA E ULTRAPASSADA PORQUE O AGENTE EXAGERA NO EMPREGO DOS MEIOS NECESSARIOS. NO CASO CONCRETO, QUANDO OS JURADOS ENTENDEREM QUE HOUVE EXCESSO CULPOSO NO EMPREGO DOS MEIOS, POR NAO HAVER CORRESPONDENCIA NO CODIGO PARA ESSA FORMA CULPOSA DE AGIR, APLICA-SE A PENA DO HOMICIDIO CULPOSO, QUE, EMBORA PREVISTO PARA A CULPA ESTRITO SENSO, NAS MODALIDADES DE NEGIGENCIA, IMPRUDENCIA OU IMPERICIA, E O QUE MELHOR SE APROXIMA, APLICANDO-SE O CONCEITO AMPLO DE CULPA EM SENTIDO ESTRITO EM CONTRAPONTO AO DE DOLO”

Assim ocorre, por exemplo, na situação do agente que, para repelir injusta agressão, atinge o agressor com uma pedra e, mesmo após cessado o ataque, insiste nessa atitude desferindo reiterados golpes. Nessa hipótese, a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, III, CP) seria compatível com o excesso doloso, pois o intenso sofrimento do agressor está intimamente ligado ao fato posterior³⁶.

É necessário, portanto, que o Conselho de Sentença delibere sobre a existência de excesso e qual a modalidade, a bem de que o Juiz Presidente possa examinar sua compatibilidade com as qualificadoras³⁷⁻³⁸.

(TJRS, Apelação Criminal n. 70004885505, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Danúbio Edon Franco, julgado em 21.11.2002).

³⁶ Sobre esse tema, interessante artigo do Magistrado catarinense Ermínio Amarildo Darold que assim pondera: “**Muitos operadores do direito apressam-se em concluir que, afirmado o excesso doloso, cai por terra a tese da legítima defesa, ensejando a votação de todas as qualificadoras, indistintamente. Tal conclusão, todavia, é precipitada e desprovida de fundamento.** [...] Como já se disse, não é o simples reconhecimento do excesso doloso que afasta o estado defensivo, embora imperfeito, nos termos do par. único, do art. 23, que poderá irradiar efeitos sobre as qualificadoras admitidas na pronúncia. Exatamente porque dito par. único veio a preconizar, não a descaracterização da excludente, mas a responsabilização do agente pelo que cometeu além da necessidade de defesa. - Deverá o juiz presidente, então, prosseguir na votação dos quesitos relativos às qualificadoras? – Depende. De pronto há de excluir-se aquelas subjetivas, relativas a motivação do crime (incisos I, II e IV, § 2º, do art. 121), posto que totalmente incompatíveis com a situação de defesa afirmada. Embora a afirmação do estado defensivo possa ensejar, a princípio, a impressão de que também as demais qualificadoras (objetivas ou que dizem respeito aos meios de execução) seriam com ele incompatíveis, necessário verificar o momento que o fato qualificador do crime ocorreu. Logo, se o fato que dá conteúdo à qualificadora ocorreu durante o excesso, deverá ser ela quesitada. Quer me parecer que a qualificadora somente persiste e deva ser quesitada quando ocorrida durante o excesso doloso afirmado, e não quando seja ela a própria causa do excesso. Explicando: supondo que o excesso doloso afirmado pelo conselho de sentença se prenda ao meio escolhido para o exercício da defesa (veneno, fogo, explosivo, etc.), eventual qualificadora pelo mesmo motivo não mais persistiria, porque referido meio foi a causa do excesso doloso afirmado e não incidente a ele, sob pena do mesmo fato incidir *bis in idem* em prejuízo do acusado. Porque, não fosse a utilização do meio necessário, teria este em seu favor reconhecida a legítima defesa perfeita, completa” (A quesitação das qualificadoras do homicídio no excesso doloso. Revista Bonijuris, Curitiba, 455, p. 8-9, 2001).

³⁷ A propósito, extrai-se do voto do Des. Manuel José Martinez Lucas, integrante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator da Apelação Criminal n. 70017111980: “**Ora, parece intuitivo que, se alguém se encontra em situação de legítima defesa, ainda que ultrapasse dolosamente os limites da excludente, não age nas condições previstas no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, eis que não atinge a vítima de inopino, dificultando-lhe a defesa. Pelo contrário, se a vítima está praticando uma agressão, ou na iminência de praticá-la, não se pode dizer que seja tomada de surpresa pela ação do réu. Em síntese, o reconhecimento do excesso doloso afasta a caracterização da excludente, mas a admissão das condições anteriores da legítima defesa torna inviável o reconhecimento da circunstância qualificadora em tela. Convém salientar, inclusive, que o quesito acerca da qualificadora do**

Mostra-se razoável que o quesito sobre o excesso doloso preceda o do culposo, como acontecia na sistemática anterior³⁹⁻⁴⁰.

O reconhecimento do excesso doloso prejudica a votação do excesso culposo⁴¹⁻⁴²⁻⁴³.

Conveniente destacar, ainda, que é possível o reconhecimento do homicídio privilegiado na hipótese de excesso doloso⁴⁴.

recurso que dificultou a defesa da vítima estaria até prejudicado após o reconhecimento da legítima defesa com excesso doloso” (1ª Câmara Criminal, julgado em 07.02.2007).

³⁸ “JÚRI. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. RECONHECIMENTO, PELOS JURADOS, DE LEGÍTIMA DEFESA COM EXCESSO DOLOSO, NO QUE TANGE AO HOMICÍDIO. CORRETA DECISÃO DO JUIZ-PRESIDENTE QUE ENTENDEU PREJUDICADO O QUESITO DA QUALIFICADORA. O juiz não tomou o lugar dos jurados, como quer ver o Ministério Público. Foram eles próprios que decidiram que o réu agrediu a vítima para se proteger de injusta e atual agressão desta, embora se excedendo em tal defesa. E decidindo que o réu agiu para se defender, consequentemente o júri concluiu que o motivo não fora aquele descrito na denúncia. Não podia o Conselho de Sentença reconhecer que o réu agira por motivo fútil quando já havia afirmado que o fizera para se proteger de agressão da vítima. Apenas foi dado cumprimento ao disposto no art. 490 do Código do Rito, que determina que se, pela resposta dada a qualquer dos quesitos, o juiz verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação. [...]” (TJRS, Apelação Crime n. 70005091947, 2ª Câmara Criminal, rela. Desa. Lúcia de Fátima Cerveira, julgado em 22.11.2007).

³⁹ Apelação Criminal n. 30.772, de Lages, rel. Des. José Roberge.

⁴⁰ “JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSO DOLOSO - QUESITO ANTECEDENTE AO DO EXCESSO CULPOSO - NULIDADE INEXISTENTE. “É indispensável, em face da regra estatuída no parágrafo único do art. 23 do Código Penal, verificar primeiramente se o excesso foi doloso, e somente excluída a caracterização deste, torna-se imprescindível observar-se se não foi ele de caráter culposo. Inexiste razão jurídica para se afirmar que a indagação deste deve preceder à daquele” (STF - HC. 73574 - Min. Ilmar Galvão)” (Apelação Criminal n. 00.010273-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. - 3ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2004, p. 756).

⁴² LEAL. op. cit., pp. 215-216.

⁴³ “NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA - Negada a necessidade dos meios ou a sua moderação, imperiosa é a quesitação sobre os excessos, primeiro o doloso que, caso negado, remete ao culposo. Jurados que, in casu, reconheceram o excesso doloso. Desnecessidade de quesitação sobre o excesso culposo” (Apelação Criminal n. 99.022093-1, de Palmitos, rel. Des. Genésio Noll).

⁴⁴ “TRIBUNAL DO JÚRI - QUESITOS - NULIDADE - MOMENTO PRÓPRIO PARA SUA ARGÜIÇÃO - RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO PRIVILÉGIO DA VIOLENTA EMOÇÃO, DO EXCESSO CULPOSO E DA QUALIFICADORA DA SURPRESA - POSSIBILIDADE. No caso específico dos quesitos, eventual irregularidade ou nulidade deve ser objeto de reclamação logo depois de sua leitura pelo Juiz. Nada obsta a que o excesso doloso coexista com a forma privilegiada do homicídio. As causas de privilégio são subjetivas e podem concorrer com as qualificadoras de caráter objetivo” (TJMG, Apelação Criminal n. 000.273.136-2/00, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. José Antonino Baía Borges, julgado em 01.08.2002).

5.1 Participação de menor importância

Na eventualidade de ser suscitada a tese de participação de menor importância, logo após o quesito da absolvição deverá ser formulada indagação acerca da questão⁴⁵. Exemplo: “*A participação do acusado foi de menor importância?*”.

Esse quesito somente será submetido à votação dos jurados se não houver absolvição.

5.2 Inimputabilidade e Semi-Imputabilidade

Caso seja sustentada pela defesa a inimputabilidade do acusado, convém que seja observado se, conjuntamente, foram suscitadas outras teses de defesa.

Nesse passo, argüida pela defesa tão-somente a tese de inimputabilidade do réu, a questão se resolve com a votação do quesito sobre a absolvição que, se acolhido, implica na chamada absolvição imprópria e culmina com a aplicação de medida de segurança.

Porém, se a defesa suscitar outras teses além daquela da inimputabilidade, então será necessária a inserção de quesito específico sobre essa situação, que integrará o questionário logo após aquele da absolvição⁴⁶⁻⁴⁷.

No caso de tese de semi-imputabilidade, deverá ser elaborado quesito sobre a questão, a integrar a série logo após aquele genérico da absolvição⁴⁸.

⁴⁵ NUCCI, op. cit., p. 330.

⁴⁶ Especificamente sobre esse tema, sintetiza o Des. Maurílio Moreira Leite em artigo intitulado Impasse no questionário do Júri: “[...] a inimputabilidade foi a única tese defendida em plenário, a absolvição, por presunção, será dela decorrente. Logo, viável a aplicação de medida de segurança. Ao contrário, se além da tese referida outras tiverem sido defendidas que poderiam excluir a existência de crime, indispensável será formulação de quesito específico, após o terceiro (“O jurado absolve o acusado”) para saber se a absolvição foi decorrente da inimputabilidade. Positiva a resposta, a medida de segurança deverá ser aplicada. Caso contrário, absolvição será plena, sem imposição de qualquer medida. Todavia, o quesito a ser respondido após o terceiro deve ser elaborado sobre questão de fato (art. 482), a partir da conclusão do laudo pericial, considerando a causa determinante da inimputabilidade. Por exemplo: A absolvição foi decorrente de o réu, por doença mental, era ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?” (Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/artigos/escolha.php?escolha=19>. Acesso em: 03.10.2008).

6. Circunstâncias

Compete aos jurados, além de decidir sobre o fato principal, deliberar sobre a incidência de qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena. Embora sejam circunstâncias que influenciam diretamente na aplicação da pena, de competência, portanto, exclusiva do Juiz Presidente, as mesmas tem como pano de fundo uma situação fática.

As teses que importam em causa de diminuição de pena, como, por exemplo, a do homicídio privilegiado (art. 121, § 2º, CP), devem ser quesitadas antes daquelas que envolvem qualificadoras e causas de aumento (art. 483, IV, CPP; Súmula n. 162, STF).

Importante lembrar, nessa questão, que o acolhimento do privilégio (art. 121, § 2º, CP) no crime de homicídio implica no afastamento automático das qualificadoras de cunho subjetivo, por incompatibilidade, aplicando-se, então, o disposto no artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁴⁹⁻⁵⁰.

Contudo, as qualificadoras de ordem objetiva – recurso que impossibilitou a defesa da vítima, asfixia, etc. -, são compatíveis com o privilégio⁵¹.

⁴⁷ Da mesma forma leciona NUCCI (op. cit., p. 328).

⁴⁸ Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte modelo: “**O réu, padecendo de perturbação da saúde mental (ou, conforme o caso, em virtude de desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato (ou, conforme o caso, era inteiramente capaz de se determinar de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato)?**” (op. cit., p. 331).

⁴⁹ “**JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO COM RECONHECIMENTO DO PRIVILEGIUM. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E MEIO CRUEL INCONCILIÁVEIS COM A CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DE PENA DO RELEVANTE VALOR MORAL. INCOMPATIBILIDADE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. JULGAMENTO ANULADO**” (Apelação Criminal n. 33.386, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Jorge Mussi).

⁵⁰ “**Júri - Contradição nas respostas aos quesitos - Reconhecimento, pelos jurados, da qualificadora do motivo fútil e do homicídio privilegiado - Inadmissibilidade - Nulidade absoluta - Novo julgamento ordenado**” (Apelação criminal n. 27.848, de Fraiburgo, rel. Des. Marcio Batista).

⁵¹ Apelação Criminal n. 99.017672-0, de Capinzal, rel. Des. Solon d'Eça Neves; Apelação Criminal n. 2003.008401-0, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva.

7. Agravantes e Atenuantes

Pelo novo procedimento não mais compete ao Conselho de Sentença decidir sobre a incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes (art. 492, I, ‘b’, CPP), sendo matéria de conhecimento exclusivo do Juiz Presidente⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴.

Compete às partes, todavia, argüir em plenário as circunstâncias agravantes e atenuantes que pretendem ver reconhecidas pelo Juiz Presidente, sob pena de não poderem ser consideradas na sentença⁵⁵.

8. Crimes Conexos

Havendo crimes conexos deverá ser formulada uma série de quesitos distinta, da mesma forma que para o crime doloso contra a vida.

Atente-se, porém, que ao contrário do que ocorria antes da reforma⁵⁶, a desclassificação do crime doloso agora retira do Conselho de Sentença a competência para decidir quanto ao delito conexo, *ex vi* do artigo 492, § 2º, do Código de Processo Penal.

Havendo a absolvição quanto ao crime doloso contra a vida, o Conselho de Sentença segue como o competente para o julgamento da infração conexa⁵⁷⁻⁵⁸.

No caso de reconhecimento do excesso culposo no crime doloso contra a vida, o Juiz Presidente submeterá à apreciação dos jurados os quesitos atinentes ao crime conexo, porquanto, nessa hipótese, o Conselho de

⁵² NUCCI, op. cit., p. 223.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; *et alii*. op. cit., p. 225.

⁵⁴ CAMPOS, op. cit., p. 230.

⁵⁵ NUCCI, op. cit., p. 223.

⁵⁶ “JÚRI - CRIME CONEXO AO DE HOMICÍDIO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PRINCIPAL PARA CULPOSO - DECISÃO QUE NÃO RETIRA A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA DECIDIR O CRIME CONEXO - APLICAÇÃO DO ART. 81 DO CPP - NULIDADE DECRETADA” (Apelação Criminal n. 00.012975-5, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

⁵⁷ MENDONÇA, op. cit., p. 137.

⁵⁸ CAMPOS, op. cit., p. 242.

Sentença reconheceu a prática de um crime de sua competência e determinou a condenação do réu⁵⁹⁻⁶⁰.

9. Crime Continuado

Guilherme de Souza Nucci defende que compete ao Conselho de Sentença decidir sobre a ocorrência de crime continuado, justificando que “**essa causa de aumento, na realidade, atua em benefício do acusado, pois evita a soma das penas, como ocorreria caso fosse aplicado o concurso material. Por tal motivo, pode se constituir em autêntica tese de defesa, merecendo, pois, ser questionada pelo juiz presidente aos jurados**”⁶¹.

Porém, esse não é o entendimento prevalecente, pois sempre se entendeu que não compete aos jurados decidir sobre critérios de aplicação de pena⁶²⁻⁶³.

10. Conclusões

A reforma processual, embora tenha agilizado sobremaneira o procedimento de votação dos quesitos, dispensando a elaboração de série própria em cada tese de defesa⁶⁴, deixou a descoberto questões deveras importantes que não se resolvem com a votação do terceiro

⁵⁹ Segundo NUCCI, “para os que entendem que essa decisão vincula o magistrado, deverá este condenar o réu por crime culposo, mas a votação de outros quesitos deve ser concluída pelos jurados” (op. cit., p. 328).

⁶⁰ Adriano Marrey, no sistema anterior, professava que “[...] não obstante a desclassificação da infração, deve o Conselho de Jurados prosseguir votando as agravantes e atenuantes compatíveis. Na realidade, se o Júri entra na apreciação dos elementos constitutivos da legítima defesa e afirma o excesso culposo, não se deve cindir o julgamento, que continua seu até final” (op. cit., p. 566).

⁶¹ Op. cit., p. 469.

⁶² CAMPOS, op. cit., p. 476.

⁶³ “REVISÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO - ADUZIDA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO ACERCA DA CONTINUIDADE DELITIVA - MATÉRIA AFETA AO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI, A QUEM COMPETE APPLICAR A PENA - NULIDADE AFASTADA. DOIS HOMICÍDIOS, UM CONSUMADO E UM TENTADO, PRATICADOS EM UNIDADE DE DESÍGNIO, NAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO - SITUAÇÃO QUE TORNA VIÁVEL A APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE” (Revisão Criminal n. 2004.019204-5, de Ponte Serrada, rel. Des. Torres Marques).

⁶⁴ Apenas na legítima defesa própria eram necessários sete (7) quesitos.

quesito que versa sobre a absolvição, exigindo atenção redobrada do Magistrado para não ocorrer nulidade motivada por cerceamento de defesa⁶⁵.

Mas, em contrapartida, tem o grande mérito de consagrar com mais vigor o princípio da plenitude da defesa ao permitir, desta feita de forma expressa na redação do terceiro quesito, que o jurado se distancie das amarras da legalidade e exerça a sua prerrogativa constitucional de decidir de acordo com sua consciência e os ditames da Justiça.

⁶⁵ Acentua Walfredo Cunha Campos que a reforma “[...] tem algumas virtudes, mas possui tantos e tão graves defeitos, de ordem jurídico-constitucional e no plano prático, que exigem do intérprete verdadeiro malabarismo intelectual para se conseguir aplicá-la com eficácia e justiça” (Op. cit., p. 15).