

## TRIBUNAL DO JÚRI – A (NOVA) QUESITAÇÃO

Delmar Pacheco da Luz\*

**Sumário:** Introdução; 1. Ordem dos Quesitos; 2. Materialidade (e letalidade); 3. Autoria ou participação; 4. Quesito “genérico de defesa; 5. Causas de diminuição de pena; 6. Qualificadoras e causas de aumento de pena; 7. Teses defensivas desclassificadoras – desclassificação própria; 8. Teses defensivas desclassificadoras – desclassificação imprópria; 9. Teses defensivas desclassificadoras – outras desclassificações; 10. Matérias que não serão objeto de quesitação; 11. Leitura dos quesitos em plenário e reclamações.

### Introdução

Seguramente este é um dos tópicos do Procedimento do Júri que sofreu as mudanças mais profundas com a Lei 11.689/2008. Há muito tempo se pretendia substituir o antigo sistema, cuja complexidade era reconhecida de maneira quase unânime, por um novo que pudesse ser mais simples e mais direto, reservando para serem quesitadas aos jurados apenas as matérias que efetivamente lhe dizem respeito, excluindo aspectos que devem ser reservados ao exame do Juiz-Presidente como agravantes e atenuantes.

O objetivo das alterações é simplificar ao máximo a quesitação, exemplo disso são as diversas teses defensivas de absolvição do acusado (excludentes de ilicitude, causas de isenção de pena, etc.) que continuam podendo ser sustentadas em plenário sem qualquer tipo de restrição e, no entanto, serão todas elas englobadas em um único quesito, que se limitará a perguntar: **“O jurado absolve o acusado?”** (art. 483, § 3º).

\* Procurador de Justiça/RS e ex-Presidente da Associação do Ministério Público gaúcho – AMPRS.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 70	set. 2011 – dez. 2011	p. 11-32
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------

Sublinhe-se, desde logo, que se deve fugir à tentação de repetir sempre na redação dos quesitos segundo o novo sistema, aquela redação utilizada no sistema antigo, que tantas críticas recebeu ao longo do tempo (algumas até mesmo injustas). Não significa dizer que se deva abandonar as referências construídas pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do tempo, mas não pode haver dúvidas que o propósito do legislador foi efetivamente criar um sistema novo, que naturalmente irá se aperfeiçoando no curso da aplicação da lei, como historicamente ocorreu.

O Conselho de Sentença deve ser perguntado antes de tudo sobre a própria existência do fato e a autoria ou participação do acusado, e, após, sobre se absolve ou não o réu (art. 482).

Cabe ao Juiz-Presidente a elaboração dos quesitos sobre o fato levando em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes. Com o fim do libelo-crime acusatório, de conformidade com o qual deveriam ser elaborados os quesitos da acusação, cabe agora ao magistrado redigi-los de acordo com a pronúncia, especialmente, já que esta é a síntese da acusação admitida. Tendo em vista o princípio da correlação, a decisão de pronúncia (que passa a ser o novo limite da acusação), por sua vez, estará estreitamente vinculada à denúncia (que continua sendo o primeiro limite da acusação).

Significa dizer, em última análise, que estará na própria denúncia (ou em seu aditamento), ainda que indiretamente, a fonte primeira do quesito sobre o fato.

De qualquer maneira, os quesitos devem ser elaborados de forma objetiva e clara, para que possam ser respondidos simplesmente com as palavras “Sim” ou “Não”.

A doutrina e a jurisprudência já começam a definir a interpretação das novas regras.

Os quesitos serão formulados em séries distintas se forem dois ou mais os réus em julgamento. Igualmente, haverá séries distintas para o julgamento de dois ou mais crimes (art. 483, § 6º).

## 1 Ordem dos Quesitos

A ordem de formulação dos quesitos está estabelecida no art. 483 do CPP:

*“Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:*

*I – a materialidade do fato;*

*II – a autoria ou participação;*

*III – se o acusado deve ser absolvido;*

*IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;*

*V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.”*

## 2 Materialidade (e letalidade)

O primeiro, portanto, deverá perguntar sobre a materialidade do fato. Aqui tomaremos como exemplo casos de homicídio consumado (que juntamente com a forma tentada de homicídio, correspondem à imensa maioria dos crimes dolosos contra a vida levados a julgamento perante o Júri).

Este primeiro quesito deverá perguntar:

***No dia TAL, por volta de TANTAS horas, em TAL lugar, a vítima FULANO DE TAL foi atingida por tiros de revólver que lhe provocaram as lesões descritas no auto de necropsia de fl. e lhe causaram a morte?”<sup>1</sup>***

No sistema anterior se costumava separar o que se convencionou chamar “materialidade” do que seria “letalidade”, ou seja nexos de causalidade entre as lesões descritas no primeiro quesito e o resultado “morte”.

No novo sistema não há mais essa separação, bastando que, se a negativa da relação de causalidade for justamente a tese defensiva, a defesa alerte o Conselho de Sentença para que, acolhendo a sua tese, já responda “Não” ao primeiro quesito. Não haverá prejuízo para a defesa até porque mantém-se a possibilidade de absolvição, inclusive por esse fundamento, na votação do quesito “genérico” de defesa que será formulado após o relativo à autoria.

O que se pode criticar na redação sugerida é que o primeiro quesito é elaborado do ponto de vista do ofendido e não do ponto de vista do agente, ou seja, de quem praticou a conduta, como ocorria no sistema anterior. Não se vê essa modificação como necessária, sendo possível no novo sistema continuar redigindo o quesito do ponto de vista do agente.<sup>2</sup> De qualquer maneira, não

<sup>1</sup> Adaptação da redação sugerida pela Juíza da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, Dra. Elaine Maria Canto da Fonseca.

<sup>2</sup> Quando das primeiras discussões sobre a nova lei (Curso de Atualização para Magistrados, da Escola da Ajuris, e encontro do Ministério Público do Rio Grande do Sul) chegamos a sugerir uma redação para esse quesito, utilizando o pronome indefinido ALGUÉM (em lugar do nome do acusado único), como, aliás, se fazia no anterior sistema e se continua fazendo no atual em caso de concurso de pessoas: “No dia TAL, por volta de TANTAS horas, em TAL lugar, ALGUÉM, com tiros de revólver, produziu na vítima BELTRANO as lesões descritas no auto de necropsia de fl., que lhe causaram a morte?” Este modelo oferece a vantagem de o primeiro quesito ter idêntica redação tanto no caso do réu único como no de concurso de pessoas, sendo certo que a unidade de redação contribuiria para evitar casos de nulidade.

se identifica na redação do quesito do ponto de vista do ofendido, defeito que possa levar à nulidade do julgamento.

A resposta negativa de mais de três jurados a este primeiro quesito já encerra a votação e determina a absolvição do acusado (art. 483, § 1º).

A resposta positiva da maioria reconhece a materialidade (e letalidade) do fato e implica a continuidade da votação dos quesitos.

### 3 Autoria ou participação

A segunda indagação versará sobre a autoria ou participação (inciso II), da forma mais simplificada e direta possível:

***O réu BELTRANO (desferindo tiros ou qualquer outra forma de conduta especificada na pronúncia) concorreu para a prática do fato?***

Deverá constar na redação a forma “específica” de participação reconhecida na pronúncia.

Considerando o propósito de simplificação do questionário, não deveria haver quesitos sobre formas específicas de participação nem sobre a forma genérica “de qualquer modo”. O uso do verbo nuclear do art. 29 do Código Penal (“concorrer”), em qualquer caso, teria como pressuposto que as partes em suas sustentações em plenário tivessem discutido todas as ações atribuídas ao acusado e se elas significavam ou não efetivo “concurso” para a prática do fato. Significa dizer que não se estará usando forma “genérica” de participação mas tão somente reunindo em um único quesito todas as formas de participação devidamente expostas no processo. Essa posição, entretanto, não é devidamente considerada.

Naqueles casos em que não é possível determinar exatamente a conduta de cada acusado, embora fique muito clara a participação de todos no fato, não haverá, contudo, como fugir de perguntar diretamente se o réu “concorreu” para a prática do fato, sem especificar qualquer conduta. Veja-se este exemplo, aliás não raro na criminalidade violenta de hoje em que muitas vezes os agentes atuam em grupo: três ou mais indivíduos são vistos por diversas testemunhas no momento em que ingressavam na casa de um terceiro. Em seguida ouvem-se gritos de desespero do dono da casa pedindo que o deixem sair, seguidos de disparos de arma de fogo. As mesmas testemunhas vêm quando o grupo anterior deixa a casa. Imediatamente correm ao local e encontram a vítima já morta, com ferimentos de arma de fogo, golpes de faca e sinais de espancamento com um pedaço de madeira encontrado no local.

Chamada a autoridade policial, as testemunhas identificam com certeza os integrantes do grupo que esteve na casa. Procurados pela polícia, todos são encontrados e negam a sua participação nos fatos. Há evidentemente elementos suficientes da autoria e materialidade para que o Ministério Público ofereça denúncia contra todos. No entanto, não haverá como descrever a conduta de cada um: como saber quem deu tiros, facadas ou pauladas, quem impediu a fuga do ofendido? Em juízo, a prova da fase policial é repetida com as testemunhas reconhecendo sem sobra de dúvidas os participantes e todos estes negando qualquer participação. Há evidentemente elementos suficientes da materialidade e participação para que todos sejam pronunciados, apenas não haverá, como já ocorreu com o Ministério Público na denúncia, condições de explicitar o que especificamente cada um fez ou de que forma participou. A pronúncia, assim, não poderá ir além de afirmar que todos “concorreram” para a prática do fato. Agora a questão: como o Juiz Presidente elaborará o quesito relativo à autoria ou participação, considerando a inviabilidade da individualização das condutas de cada um?

Nessa linha, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ainda na vigência do sistema anterior de quesitação, nos casos em que não era possível especificar-se a participação de cada acusado: “*Quesitação genérica. Elevado número de agressores. Circunstâncias fáticas complexas. Inviabilidade da individualização das condutas de cada um dos acusados. Possibilidade de formulação de quesito genérico.*”<sup>3</sup> Na mesma linha de pensamento há reiteradas decisões, pelo menos nos casos em que os atos praticados pelo autores são múltiplos e não se identifica a ação de cada um.<sup>4</sup>

Sempre que possível, no entanto, deverá o quesito mencionar a forma “específica” de participação do acusado (embora se deva acrescentar que essa possibilidade fica condicionada a que isso já tenha sido feito por ocasião da pronúncia). As sugestões aqui se dividem entre os que defendem um quesito para cada ação “específica”<sup>5</sup> e aqueles que entendem, na linha da filosofia de simplificação dos quesitos da nova legislação, que todas as formas de participação admitidas na pronúncia sejam englobas em um único quesito.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> TJRGS, Recurso em Sentido Estrito nº 70021909080, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Jaime Piterman, DJE 28.07.2008.

<sup>4</sup> TJRGS, Apelação Crime nº 70022082978, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, DJE 14.03.2008; TJRGS, Apelação Crime nº 70020434775, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Laís Rogéria Alves Barbosa, DJE 20.02.2008; TJRGS, Apelação Crime nº 70017699497, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Ranolfo Vieira, DJE 21.06.2007.

<sup>5</sup> NASSIF, Aramis. O novo Júri Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 143; NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

<sup>6</sup> A Juíza da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, Dra. Elaine Maria Canto da Fonseca, sugere uma outra redação que transposta para a forma que estamos utilizando corresponderia a “2. O réu

Embora em oportunidade anterior tenha cogitado, nos caso de réu único, da possibilidade de englobar em um único quesito (o 1º) materialidade e autoria, hoje estou convencido da necessidade de separá-los, até em estrita obediência à disposição legal.

A resposta negativa de mais de três jurados a este segundo quesito igualmente encerra a votação e determina a absolvição do acusado (art. 483, § 1º), devendo o magistrado fazer constar que estão prejudicados os demais.

A resposta positiva da maioria reconhece a autoria ou participação do acusado no fato e implica a continuidade da votação dos quesitos.

Deve-se sublinhar aqui que o legislador ao exigir a resposta negativa de mais de 3 (três) jurados para o resultado, deixou implícito que ao Juiz-Presidente não se exige mais do que a abertura de 4 (quatro) cédulas com resposta idêntica, o que já consagra a maioria, sem necessidade de abrir as demais.

Esta providência garante o sigilo das votações assegurado constitucionalmente, na medida em que dispensa a abertura dos três votos restantes, se os quatro primeiros já decidiram o julgamento, afastando a possibilidade da identificação de eventual decisão unânime dos jurados.

#### 4 Quesito “genérico” de defesa

Tendo o Conselho de Sentença afirmado materialidade e autoria, a seguir será formulado o quesito “genérico” de defesa, de forma direta e objetiva:

**“O jurado absolve o acusado?”**

Independentemente das teses defensivas sustentadas durante o debate (seja apenas uma ou várias), o julgamento de mérito se dará em um único quesito. Significa dizer que, por exemplo, se a defesa sustentar nos debates legítima defesa própria e de terceiro, legítima defesa real e putativa, legítima defesa própria e estrito cumprimento do dever legal, erro de proibição inevitável ou erro plenamente justificado sobre elemento constitutivo do tipo penal, independentemente do fundamento pelo qual o jurado formou a sua convicção, ele aqui irá externá-la, absolvendo ou não o acusado. Importa concluir que se somarão os votos de todos os jurados que pretendam absolver o réu, sem levar em conta o fundamento pelo qual decidiram fazê-lo.

\_\_\_\_\_ concorreu para a prática do fato, ao desferir tiros contra a vítima ou prestando apoio moral aos demais acusados ou incentivando-os na prática do delito?”

Este é o ponto central do novo sistema: somar os votos de todos os jurados que entenderem justa a absolvição, independentemente da consideração do fundamento pelo qual chegaram a essa decisão. Evita-se, com isso, que as teses defensivas possam ser individualmente afastadas e em consequência o réu condenado por divergência dos jurados quanto à causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade aplicável ao caso concreto.

A decisão dos jurados, entretanto, não pode se afastar das teses sustentadas em plenário, que precisam ter um mínimo de substrato na prova dos autos, sob pena de ser cassada pela Superior Instância, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>7</sup>

Este quesito é obrigatório, independentemente das teses sustentadas pela defesa.<sup>8,9</sup>

Recentes decisões do Tribunal Gaúcho têm reconhecido, porém, nulidade absoluta quando o Conselho de Sentença, diante de tese única de negativa de autoria, após afastá-la, absolve o réu neste quesito. O tribunal identificou, no caso, respostas contraditórias.<sup>10</sup>

A resposta positiva da maioria a este terceiro quesito determina a absolvição do acusado (art. 489).

A resposta negativa de mais de 3 (três) jurados ao quesito “genérico” de absolvição importa na condenação do acusado pelo delito da pronúncia no seu tipo “básico”. Exemplo: acusado pronunciado por homicídio qualificado estará até este momento condenado por homicídio simples, cabendo ao Conselho de Sentença decidir em quesitos separados sobre a privilegiadora eventualmente sustentada pela defesa ou sobre a qualificadora ou a causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia.

## 5 Causas de diminuição de pena

Estando o acusado condenado pela resposta negativa ao quesito “genérico” de absolvição, o magistrado formulará, logo após, quesito sobre causa de diminuição de pena eventualmente sustentada pela defesa em plenário.

<sup>7</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70039689898, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Newton Brasil de Leão, julgado em 18.05.2011.

<sup>8</sup> STJ, Habeas Corpus 137710/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 21.02.2011.

<sup>9</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70037964822, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Manuel José Martínez Lucas, DJe 07.06.2011.

<sup>10</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70037806890, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 01.12.2010.

Por mais que se queira buscar a simplificação dos quesitos, tratando-se de causas de diminuição ou de aumento de pena e de qualificadoras não é possível formular um quesito “genérico” sobre elas. Significa dizer que devem ser quesitadas as causas de diminuição de pena efetivamente alegadas pela defesa, como destacado no próprio inciso IV do art. 483.

Assim, a formulação de causas de diminuição de pena será sempre específica, não havendo razão para fugir da redação tradicional dos quesitos a elas correspondentes.

Por exemplo, na hipótese de ser sustentado o homicídio privilegiado pela violenta emoção (art. 121, § 1º, do Código Penal) a redação do quesito será:

***O réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima?***

Ou ainda, nas outras hipóteses:

***O réu cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor social?***

Ou

***O réu cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor moral?***

O mesmo deve ser dito em relação à tese da participação de menor importância (art. 29, § 1º, do Código Penal) cuja redação será:

***A participação do réu no fato foi de menor importância?***

Igualmente no caso de ser sustentado pela defesa o erro sobre a ilicitude do fato, quando evitável (art. 21, segunda parte, e seu parágrafo único, do Código Penal), cujo quesito terá a seguinte redação:

***O réu agiu por erro evitável sobre a ilicitude do fato?*<sup>11</sup>**

A resposta positiva da maioria dos jurados reconhece a causa de diminuição de pena: a resposta negativa afasta a causa de diminuição.

<sup>11</sup> Esta redação já era sugerida no sistema anterior por HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO: Júri, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 317.

## 6 Qualificadoras e causas de aumento de pena

As qualificadoras e as causas de aumento de pena para poderem ser sustentadas pela acusação em plenário precisam ter sido reconhecidas na pronúncia, como expressamente exige o art. 413, § 1º.

Também neste caso, como já se destacou acima, não é possível formular um quesito “genérico” sobre qualificadoras e causas de aumento de pena. Assim, devem ser quesitadas as qualificadoras e causas de aumento de pena efetivamente reconhecidas na pronúncia.

A formulação, portanto, de quesitos sobre qualificadoras e causas de aumento de pena será sempre específica, não havendo razão para se abandonar as formas tradicionais utilizadas no sistema anterior.

Tenha-se presente que as qualificadoras para serem quesitadas aos jurados devem ser compatíveis com a causa de diminuição de pena eventualmente reconhecida. Isso porque, doutrina e jurisprudência têm reconhecido que as qualificadoras subjetivas são incompatíveis com o homicídio privilegiado, por exemplo. Assim, reconhecida a causa de diminuição de pena o magistrado considerará prejudicados os quesitos sobre essas qualificadoras.

São, naturalmente, compatíveis o homicídio privilegiado e as qualificadoras objetivas, podendo ser reconhecido que o acusado matou a vítima sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação desta e que o fez mediante asfixia. É o chamado homicídio qualificado-privilegiado que, vale lembrar, a jurisprudência considera estranho ao rol dos crimes hediondos. No sentido da compatibilidade entre forma privilegiada e qualificadoras objetivas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “*Coexistem em harmonia o privilégio e a qualificadora objetiva, no crime de homicídio.*”<sup>12</sup>

Assim é que, conforme o caso, o magistrado indagará aos jurados, por exemplo:

***O crime foi cometido mediante paga?***

Ou

***O crime foi cometido mediante promessa de recompensa?***

<sup>12</sup> STF, Habeas Corpus nº 77347/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 20.02.2004.

Ou

*O crime foi cometido por motivo torpe – qual seja, vingança?*

Ou

*O crime foi cometido por motivo torpe – qual seja, a finalidade de obter lucro?*

Ou

*O crime foi cometido por motivo fútil – qual seja, discussão banal sobre futebol?*

Ou

*O crime foi cometido por motivo fútil – qual seja discussão banal sobre política?*

Ou

*O crime foi cometido com emprego de veneno (fogo, explosivo ou tortura)?*

Ou

*O crime foi cometido mediante meio insidioso – qual seja, exposição da vítima a radiação?*

Ou

*O crime foi cometido mediante meio cruel – qual seja, lapidação?*

Ou

*O crime foi cometido mediante meio que poderia resultar perigo comum – qual seja, inundação?*

Ou

***O crime foi cometido à traição?***

Ou

***O crime foi cometido de emboscada?***

Ou

***O crime foi cometido mediante o uso de recurso que dificultou (ou impossibilitou) a defesa do ofendido - qual seja, reiteração de disparos contra a vítima já ferida e caída?***

Ou

***O crime foi cometido para assegurar a execução (a ocultação, a impunidade ou vantagem) em relação a outro crime?***

A eventual causa de aumento de pena (art. 121, § 4º, parte final, do CP), devidamente reconhecida na pronúncia, será formulada após as qualificadoras:

***O crime foi praticado contra pessoa menor de quatorze (ou maior de sessenta) anos?***

A resposta positiva da maioria dos jurados reconhece a qualificadora ou a causa de aumento de pena; a resposta negativa as afasta.

## **7 Teses defensivas desclassificadoras – desclassificação própria**

Quando a defesa sustentar em plenário ou se inferir do interrogatório (parágrafo único do art. 482) tese que importe em desclassificação da infração constante da pronúncia para outra de competência do juiz singular, deverá ser formulado o quesito correspondente após o 2º ou o 3º quesito, conforme o caso (art. 483, § 4º).

Se a tese sustentada importar na chamada desclassificação própria, o momento de sua formulação será após o 2º quesito, ou seja, quando

reconhecidas apenas materialidade e autoria. Neste caso, como diz respeito à própria competência do Conselho de Sentença para continuar julgando o crime, deve o quesito correspondente sempre preceder ao previsto no inciso III do art. 483, que corresponde ao do julgamento de mérito. É o caso aqui da tese de negativa de dolo – direto e eventual – no homicídio consumado (Exemplo: réu denunciado por homicídio doloso no trânsito, cuja tese defensiva é a negativa de dolo, tanto direto quanto eventual).

Caberá ao Juiz-Presidente formular a tese defensiva, que importa em afastamento da competência do próprio Júri, em um único quesito, não havendo razão para separar o dolo direto do eventual, como se usava no sistema antigo. Não se identifica, porém, causa de nulidade do julgamento a formulação separada das duas formas de dolo. Nesta hipótese aos jurados será perguntado:

***O réu quis ou assumiu o risco de produzir a morte da vítima?***

A resposta positiva afasta a tese defensiva e firma a competência do Conselho de Sentença para prosseguir no julgamento, eis que reconhecida a prática pelo acusado de crime doloso contra a vida.

A resposta negativa resulta na desclassificação própria. O crime remanescente (que pode ser homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte) é da competência do juiz singular.

Estando o réu pronunciado pelo homicídio na forma tentada, necessariamente deverá ser formulado quesito ao Conselho de Sentença para que este diga se reconhece, no caso concreto, a tentativa de homicídio. A resposta negativa a esse quesito afasta o homicídio tentado (reconhece a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz<sup>13</sup>) e, em consequência, afasta a competência do Tribunal do Júri para continuar julgando o fato. É outra hipótese da chamada desclassificação própria.

A redação do quesito deve ser singela e direta:

<sup>13</sup> Como é muito bem destacado por Hermínio Alberto Marques Porto, a tese defensiva que afirma, buscando o afastamento da tentativa, a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz, é satisfeita com a negativa dos jurados ao quesito da Tentativa, daí ser imprópria a formulação de quesitos especiais sobre as duas teses referidas (PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 220). No mesmo sentido a posição de Adriano Marrey e Alberto Silva Franco (MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Teoria e Prática do Júri, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 496 e s.).

***Assim agindo, o réu tentou matar a vítima?***

Ou

***Assim agindo, o réu deu início à ação de matar a vítima, o que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?***

E não se diga que a primeira forma envolveria um conceito jurídico. De fato a tentativa é um conceito jurídico (art. 14, inciso II, do Código Penal), mas, antes disso, é uma idéia comum e que pode ser apreciada por qualquer pessoa leiga. Aliás, a sua compreensão não será mais difícil do que a segunda, expressão que vem sendo utilizada desde o sistema anterior.

A obrigatoriedade do quesito sobre a tentativa possibilita a desclassificação própria sem que ela tenha sido objeto de tese sustentada pela defesa.

Como se observa da nota anterior, não há necessidade de formulação de quesito específico sobre desistência voluntária ou arrependimento eficaz, quando sustentadas pela defesa, eis que estas circunstâncias estarão reconhecidas pela resposta negativa ao quesito da Tentativa.

Respondido negativamente o quesito caracterizador da tentativa estará operada, da mesma forma que na hipótese anterior, uma desclassificação própria, o que importa em afastar a competência do Júri já que o crime remanescente (que pode, aqui, ser uma lesão corporal leve, grave ou gravíssima, ou até mesmo exposição a perigo de vida) é originariamente da competência do juiz singular. A resposta positiva afasta a tese e firma a competência do Tribunal Popular, devendo o julgamento prosseguir com a votação do quesito “genérico” de defesa.

Diante destas situações, – desclassificação da infração para outra da competência do juiz singular – ao Presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, nos termos do § 1º do art. 492. Significa dizer que, na desclassificação própria, o Conselho de Sentença ao operá-la afasta a sua competência para julgar a infração e entrega ao magistrado a causa sem julgamento de mérito. O Juiz-Presidente, então, proferirá sentença julgando o delito remanescente, sempre que isso for possível.

A ressalva se deve à segunda parte do mesmo § 1º do art. 492 antes mencionado que determinou a aplicação dos arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/95, quando o delito resultante da nova tipificação, ou seja, o delito remanescente, for considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo. Assim, se o delito remanescente for uma contravenção ou crime

a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos será o caso de examinar-se a hipótese de transação penal, não sem antes aguardar o trânsito em julgado da decisão do Conselho de Sentença.

A classificação do delito remanescente, a ser feita diretamente pelo Juiz-Presidente, irá determinar o passo seguinte do magistrado, ou seja, se o delito resultante da desclassificação não comportar transação penal ou suspensão condicional do processo (como por exemplo, homicídio culposo no trânsito ou lesão corporal seguida de morte, na hipótese de afastamento do homicídio doloso; ou, lesão corporal grave ou gravíssima, no caso de afastamento da tentativa) o magistrado imediatamente julgará o mérito, para absolver ou condenar o acusado. Caso o delito comporte transação penal ou suspensão condicional do processo (hipótese de reconhecimento de lesão corporal leve ou exposição a perigo de vida ou homicídio culposo fora do trânsito), o juiz dará despacho encerrando o julgamento e após o trânsito em julgado da decisão dos jurados remeterá o processo ao juiz competente, se ele próprio não o for. Aí será aberta vista ao Ministério Público para o oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, ou explicitação dos motivos pelos quais deixa de propô-las.

Não deve o juiz ainda em plenário abrir vista ao Ministério Público para essa finalidade, antes do trânsito em julgado da decisão do Conselho de Sentença, porque pode haver apelação e o Tribunal de Justiça, por exemplo, mandar o réu a novo julgamento por ser a decisão desclassificatória dos jurados manifestamente contrária à prova.

O correto é que se espere o trânsito em julgado, aguardando o julgamento do próprio recurso, se for o caso, para só então aplicar-se a transação penal ou a suspensão condicional do processo, quando cabíveis na hipótese.

Caso fosse aberta vista ao Ministério Público e proposta a transação penal ou a suspensão condicional do processo na própria sessão de julgamento, sendo esta aceita pelo acusado e homologada pelo juiz, implicaria em desistência do órgão ministerial do prazo recursal, o que não me parece adequado.

A desclassificação própria, além de remeter ao julgamento do Juiz-Presidente o julgamento do crime remanescente, com as observações feitas acima, encaminha ao seu julgamento ainda o crime conexo que não seja doloso contra a vida, com as mesmas ressalvas anteriores, como determina o art. 492, §2º.

## 8 Teses defensivas desclassificadoras – desclassificação imprópria

Além das hipóteses de tese defensiva que importe em desclassificação própria, conforme examinado acima, é possível a defesa sustentar, em plenário, tese que determine a chamada desclassificação imprópria.

Enquanto a desclassificação própria é desclassificação pura e simplesmente de uma infração da competência do júri para outra da competência do juiz singular, sem julgamento de mérito, o que importa em remeter esse julgamento ao Juiz-Presidente; a desclassificação imprópria é desclassificação do delito doloso contra a vida constante da denúncia para outro que não da competência o júri, porém já com a condenação do acusado por esse delito, cabendo ao magistrado simplesmente fixar a pena nos limites da nova tipificação, já reconhecida pelo Conselho de Sentença. Trata-se, portanto, de desclassificação com condenação, por isso diz-se imprópria.

A tese, necessariamente sustentada pela defesa, que possa levar à desclassificação imprópria será formulada sempre após o quesito previsto no inciso III do art. 483 e, naturalmente, quando o réu não foi absolvido pelo Conselho de Sentença, com a resposta negativa de mais de três jurados ao quesito defensivo de mérito.

Uma das hipóteses dessa desclassificação é a participação dolosamente distinta prevista no § 2º do art. 29 do Código Penal. Ao sustentar essa tese a defesa deverá declarar expressamente de qual delito o acusado quis participar. Assim, respondendo o réu como mandante de um homicídio, poderá sustentar a defesa que ele queria participar tão somente de lesão corporal, já que admite haver determinado ao executor que aplicasse uma surra no ofendido.

A redação do quesito aqui será a mesma utilizada no sistema antigo, ou seja:

***O réu quis participar de crime menos grave, qual seja, lesão corporal?***

Respondido afirmativamente ao quesito, estará o acusado já condenado pelo delito de lesão corporal.

Uma vez sustentada esta tese, caberá à acusação requerer a formulação da causa de aumento de pena prevista na parte final do dispositivo, quando estabelece que “essa pena será aumentada até a ½ (metade), na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. A redação do quesito atenderá de forma direta ao disposto na lei:

***Era previsível o resultado mais grave?***

Sublinhe-se que este quesito somente será formulado aos jurados quando respondido afirmativamente o anterior e mediante requerimento da acusação ainda em plenário.

A resposta afirmativa importará a aplicação da causa de aumento, de até metade da pena.

A segunda hipótese de desclassificação imprópria será quando sustentado que o acusado apenas excedeu-se culposamente no emprego da excludente de ilicitude, prevista no parágrafo único do art. 23 do Código Penal: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”

Como destaca ALBERTO SILVA FRANCO, o excesso pode se dar em qualquer das causas de exclusão de ilicitude, já que todas elas estabelecem um limite para quem age ao seu abrigo. Como sublinha o mesmo autor: “Por outro lado, o excesso será culposo quando o agente, por não ter empregado o dever de cuidado que nas circunstâncias lhe era exigível, desvia-se dos limites fixados pela lei para a excludente, sempre que o resultado lesivo de sua conduta esteja tipificado como crime culposo.”<sup>14</sup>

Vale lembrar aqui que dentre os crimes da competência originária do Júri, ou seja, dentre os crimes contra a vida, o único que prevê a modalidade culposa é o homicídio.

Tratando-se de matéria atinente ao mérito, ela será obrigatoriamente formulada ao Conselho de Sentença, a quem compete definir se o alegado excesso na atuação sob o abrigo de uma das excludentes de ilicitude teria sido apenas culposo, já que o eventual excesso doloso afasta, por falta de requisito, a própria excludente, concluindo-se pela condenação do acusado.

Como o novo sistema não contempla a formulação individualizada dos requisitos da excludente, como acontecia no sistema antigo, o reconhecimento do excesso terá que ser sustentado pela defesa como tese específica, a ser formulada de maneira direta:

***O réu excedeu apenas por culpa os limites da legítima defesa (ou de qualquer das outras excludentes)?***

<sup>14</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

A resposta afirmativa pela maioria dos jurados leva à aplicação da pena do homicídio culposo, embora a condenação seja por homicídio doloso; a resposta negativa implica o afastamento da tese.

O reconhecimento do excesso culposo, no entanto, não deve ser confundido com a desclassificação do homicídio doloso para culposo (o que pode se dar apenas na desclassificação própria – quando os jurados não julgarão o mérito do fato, limitando-se a afastar a forma dolosa, como visto acima).

Vale transcrever aqui a lição de HERMÍNIO MARQUES PORTO sobre a natureza jurídica do excesso culposo: “*O excesso culposo, nome 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.*”<sup>15</sup>

Por essa razão, não há qualquer incompatibilidade do reconhecimento do excesso culposo com o homicídio tentado. Hipótese em que sobre a pena do homicídio culposo incidirá a redução decorrente da tentativa (de um a dois terços).

O reconhecimento do excesso culposo, ou excesso na defesa, como quer Hermínio Marques Porto, prejudica o exame de eventuais qualificadoras, pois a medida da pena será a do § 3º do art. 121 do Código Penal, o que é incompatível com o reconhecimento da forma qualificada do homicídio.

Quanto à causa de aumento de pena prevista na parte final do § 4º do art. 121, entretanto, é ela compatível pois a condenação pelo excesso culposo é condenação por homicídio doloso a que se aplica, por política criminal, a pena da forma culposa.

Outra hipótese de desclassificação imprópria poderá ocorrer quando a defesa sustentar que o réu agiu por erro derivado de culpa sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime (relembrando que o erro plenamente justificado pelas circunstâncias leva à isenção de pena – art. 20, § 1º, primeira parte, do Código Penal – e conseqüentemente à absolvição no quesito “genérico” de defesa).

No caso do erro derivado de culpa do art. 20, caput, do Código Penal, e das discriminantes putativas do art. 20, § 1º, do mesmo código, embora excluído o dolo, é permitida a punição por crime culposo, quando previsto em

<sup>15</sup> PORTO, Hermínio Marques. Júri, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1998, p. 230.

lei. Vale repetir que, entre os crimes da competência originária do júri, o único que prevê a modalidade culposa é o homicídio.

Alberto Silva Franco cita exemplo dado por Francisco Muños: “quem dispara contra uma pessoa confundindo-a com um animal não responde por homicídio doloso, mas, sim, a título de homicídio culposo, se seu erro foi devido a uma temeridade ou a uma negligência.”<sup>16</sup>

Como se trata de matéria referente ao mérito, ela será necessariamente quesitada ao Conselho de Sentença, a quem competirá definir se o alegado erro decorreu de culpa. Na hipótese a redação, embora em quesito único, terá os mesmos requisitos do sistema anterior:

***O réu agiu por erro decorrente de culpa sobre elemento constitutivo do tipo penal?***<sup>17</sup>

O reconhecimento do erro derivado de culpa leva à aplicação da pena do homicídio culposo; o seu afastamento mantém a condenação do réu pelo homicídio doloso.

Ao afirmar que o acusado agiu por erro derivado de culpa, a exemplo do que ocorre no excesso culposo, o Conselho de Sentença não está desclassificando o homicídio doloso para culposo. Como destacam Adriano Marrey e Alberto Silva Franco “*não se cria, em verdade, figura culposa: utiliza-se apenas a punição cominada para o tipo culposo, se existente.*”<sup>18</sup>

O reconhecimento do erro derivado de culpa igualmente prejudica o exame de eventuais qualificadoras pois a medida da pena será a do § 3º do art. 121 do Código Penal, o que é incompatível com a forma qualificada de homicídio.

Uma das peculiaridades da desclassificação imprópria é que contendo ela uma decisão de mérito, firma a competência do Conselho de Sentença para julgar também o eventual delito conexo, diferentemente da desclassificação própria, que remete o julgamento do conexo juntamente com o delito remanescente ao Juiz-Presidente.

<sup>16</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.

<sup>17</sup> HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO: Júri, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 317.

<sup>18</sup> MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Teoria e Prática do Júri, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 519.

## 9 Teses defensivas desclassificadoras – outras desclassificações

O § 5º do art. 483 prevê ainda outro casos de teses desclassificadoras sustentadas pela defesa que devem, igualmente, ser objeto de quesitação aos jurados, logo após o segundo quesito, ou seja, após o reconhecimento da materialidade e autoria do delito.

A primeira hipótese contemplada no citado dispositivo ocorrerá quando o réu for pronunciado por um crime consumado, mas a defesa sustentar que o delito, na verdade, não passou da tentativa, tendo o resultado decorrido de causa estranha à ação do acusado. Essa hipótese pode se verificar tanto na autoria colateral (quando o acusado sustenta que os golpes por ela desferidos não foram os causadores do resultado letal), como na causa superveniente relativamente independente (quando a defesa sustenta que os ferimentos produzidos na vítima não foram a causa de sua morte, mas sim, por exemplo, os ferimentos sofridos posteriormente em colisão da ambulância, quando era levada ao hospital).

Para atender à sustentação pela defesa dessas teses de desclassificação para a forma tentada, o magistrado deverá quesitar, após materialidade e autoria:

*Assim agindo, o réu apenas tentou matar a vítima?*

Ou

*Assim agindo, o réu apenas deu início à ação de matar a vítima, o que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?*

Respondido negativamente este quesito o acusado continua sendo julgado pelo homicídio consumado; respondido positivamente, o acusado passa a ser julgado daí em diante pela tentativa de homicídio.

A seguir, em qualquer hipótese, será formulado o quesito “genérico” de defesa, com as consequências já conhecidas. Continuará, após, com a formulação dos demais quesitos compatíveis.

Outra hipótese referida no dispositivo se dá quando há divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri: pode-se exemplificar aqui com a acusada denunciada e pronunciada por homicídio praticado contra o próprio filho, quando a defesa sustenta que o fato foi praticado sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto.

Reconhecida a tese defensiva nós teremos como caracterizado o delido de infanticídio e não mais o de homicídio, conforme anteriormente pronunciado.

Neste caso, o quesito a ser formulado logo após o reconhecimento pelo Conselho de Sentença da materialidade e autoria do fato, estará assim redigido:

***O fato foi praticado sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto?***

A resposta negativa determinará a continuidade do julgamento pelo fato da pronúncia, com a formulação dos demais quesitos, inclusive o quesito “genérico” de defesa do inciso III do art. 483; a resposta afirmativa igualmente determinará a continuidade do julgamento, agora pela nova tipificação, com a formulação do quesito “genérico” de defesa e dos demais quesitos compatíveis (não se poderá, por exemplo, formular qualificadoras eis que o infanticídio não contém formas qualificadas).

Idêntica situação ocorrerá quando a defesa alegar que o réu, pronunciado por homicídio, apenas prestou auxílio à vítima para que esta cometesse suicídio (art. 122 do Código Penal). O juiz deverá formular o quesito correspondente à nova tipificação, logo após afirmada materialidade e autoria, nos seguintes termos:

***O réu apenas prestou auxílio à vítima para que esta se suicidasse?***

A consequência será a mesma da hipótese anterior.

## 10 **Matérias que não serão objeto de quesitação**

O magistrado não quesitará agravantes ou atenuantes, bem como não quesitará também tipo de concurso ou continuidade delitiva. Todas essas são questões relativas à aplicação da pena, cuja competência é do Juiz-Presidente, que as apreciará, fundamentadamente, na sentença.

Os quesitos sobre os demais delitos dolosos contra a vida (até aqui exemplificamos sempre com hipóteses de homicídio – que são as que ocorrem na imensa maioria dos casos) bem como os conexos, obedecerão às mesmas regras antes mencionadas, ou seja: materialidade, autoria ou participação, se o acusado deve ser absolvido (“***O jurado absolve o acusado?***”), se existe causa de diminuição de pena, se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, conforme o art. 483.

## 10 Leitura dos quesitos em plenário e reclamações

Os quesitos elaborados pelo Juiz Presidente serão lidos em plenário e as partes serão indagadas se têm reclamação ou requerimento a fazer seja sobre a inclusão ou exclusão de algum deles, seja sobre a sua redação, seja sobre a ordem de formulação (art. 484, *caput*). A controvérsia pode alcançar até mesmo a inclusão ou exclusão de teses defensivas, como causa de diminuição de pena ou as que importem em desclassificação da imputação original, que exigem quesitos específicos.

Este é o momento assegurado à acusação e defesa para manifestarem a sua inconformidade sobre qualquer aspecto do questionário, sob pena de preclusão. Ocorre que, na falta de reclamação, se considera que as partes não divisam qualquer possibilidade de prejuízo e sem prejuízo não se declara nulidade.

As reclamações e requerimentos atendidos ou não devem constar da ata, para poderem ser apreciados pelo Tribunal, como preliminar, no caso de recurso das partes.

Essa questão tem sido reiteradamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, sempre com a mesma orientação: *“A ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte argüir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte – que se mostra pleno de expressão semiológica – tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes. – Os protestos das partes – Ministério Público e acusado – não se presumem. Não de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento.”*<sup>19</sup>

Cabe à parte reclamante, quando sua reclamação não é atendida, requerer expressamente ao Juiz Presidente que faça constar da ata a postulação e a decisão, devendo certificar-se de que isso realmente aconteceu.

No caso da reclamação de uma das partes ter sido atendida pelo magistrado, caberá à parte contrária manifestar, se for o caso, a sua contrariedade e requerer que ela conste da ata.

<sup>19</sup> STF, Habeas Corpus nº 83107/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 11.03.2005.

Sublinhe-se, mais uma vez, que nada constando da ata, nada poderá ser alegado perante a Instância Superior, eis que nesse caso presume-se a conformidade da parte reclamante. Na mesma linha do entendimento da nossa Corte Suprema: *“O silêncio da ata de julgamento – que deixou de consignar os incidentes eventualmente ocorridos – impede que sejam eles invocados, posteriormente, como causa geradora de nulidade processual. – As sugestões da Defesa concernentes a elaboração dos quesitos, desde que não discriminadas e nem identificadas, não tem o condão de configurar, de modo formal, a existência de protesto inibitório da consumação da preclusão processual. Protestos das partes, inclusive da Defesa, não se presumem. Hão de ser especificamente lavrados e consignados na ata de julgamento sob pena de preclusão.”*<sup>20</sup>

Ressalva-se apenas a possibilidade de anulação do julgamento por defeito de quesitação quando a redação for de tal forma ambígua que possa induzir os julgadores em erro, dúvida ou perplexidade. Apenas nessa situação se há de reconhecer a nulidade do julgamento, mesmo porque se evidencia que o resultado da votação pode não expressar a vontade do jurados. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *“O silêncio das partes, durante o julgamento, apenas não sanará os irregularidades eventualmente registradas naqueles casos em que estas, por sua extrema gravidade, venham a induzir os jurados a equívoco ou a perplexidade sobre os fatos sujeitos a sua deliberação.”*<sup>21</sup>

Embora a lei estabeleça que o magistrado deva explicar aos jurados, ainda em plenário, o significado de cada quesito (parágrafo único do art. 484), não é necessário que faça uma explicação detalhada de cada um. Até porque serão mais produtivos os esclarecimentos prestados na sala especial, por ocasião da votação de cada um dos quesitos, até para que o jurado tenha bem presente o que está sendo decidido em cada votação.

<sup>20</sup> STF, Habeas Corpus nº 69072/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.09.1992.

<sup>21</sup> STF, Habeas Corpus nº 68727/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 28.08.1992.