

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

DEVEM SER QUESITADAS AO JÚRI AS MODALIDADES DOLOSA E CULPOSA DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA?

Carlos Otaviano Brenner de Moraes

I. APRESENTAÇÃO DO ASSUNTO

No julgamento de apelação contra veredicto do Júri da Comarca de Agudo, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul decidiu:

“JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. QUESITOS. EXCESSO DOLOSO E EXCESSO CULPOSO. QUESITOS OBRIGATÓRIOS. ORDEM DE PRECEDÊNCIA.

Depois da Reforma Penal em 1984, segundo o parágrafo único do art. 23 do CP, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo em qualquer das causas de exclusão de ilicitude. Desde então, tornou-se obrigatório o questionamento do excesso doloso ou culposo, sempre que o Conselho de Sentença negar, na excludente da legítima defesa, o uso dos meios necessários ou a moderação no emprego dos meios. Pela ordem de precedência, questiona-se em primeiro lugar o excesso doloso, porquanto o Júri, até ali, negou a legítima defesa, prevalecendo ainda a prática do fato criminoso a título de dolo, pois ação é única. Respondido afirmativamente, estará o réu condenado por crime doloso. Negado, questiona-se o excesso culposo. Negado ambos, o réu estará absolvido, pois o Júri reconheceu o excesso casual. Se o Juiz Presidente deixa de questionar

o excesso doloso, indagando apenas o excesso culposo, ocorrerá nulidade por deficiência dos quesitos, independentemente de protesto no momento próprio (leitura dos quesitos em Plenário), pois se trata de quesito obrigatório. Tem incidência a Súmula 156 do STF” (Apelação nº 697023711, Agudo, Rel. Des. Danúbio Edon Franco. j. 25.06.97, DJ 08.08.97, p. 31).

II. DISCORDÂNCIA

Muito embora não se desconheça que a reforma penal de 1984 tenha alterado o tratamento dado ao excesso, admitido-o também na modalidade dolosa e relativamente a todas as excludentes da ilicitude (art. 23, § único, do CP), discorda-se da existência do *nexo* reconhecido pelo julgado, no sentido de que as duas modalidades do excesso devam ser indagadas ao Júri, sob pena de irremediável nulidade do julgamento, sempre que uma delas tiver sido negada, evidentemente tendo como pressuposto o anterior afastamento da necessidade ou da moderação no emprego dos meios de defesa, porque, a recusa de ambas, importaria no reconhecimento de um *excesso casual*, absolvedor¹.

III. EMENTA DA DISCORDÂNCIA

Quando o Júri *nega* a necessidade ou a moderação da repulsa (*Usou o réu moderadamente do meio necessário ?*), está julgando

¹ Também não se desconhece seja o entendimento proclamado por respeitáveis autores (Fernando Capez, professor de Direito Penal e Processo Penal no Curso MPM, de Damásio de Jesus: “No caso da legítima defesa, negada a necessidade dos meios ou a moderação, deverá ser indagado aos jurados a respeito do excesso doloso e somente no caso de não ser acolhido, é que se procederá, logo em seguida, à votação do quesito referente ao excesso culposo”, *Curso de Processo Penal*, pág. 525. No mesmo sentido: Adriano Marrey, Silva Franco e Rui Stoco, *Teoria e Prática do Júri*, pág. 340, e Monteiro de Barros, *Direito Penal*, Parte Geral, vol. I, pág. 281), de modo especial após a alteração do inc. III do art. 484 do CPP, com respaldo, inclusive, em boa parte da jurisprudência (STF: “É indispensável, em face da regra estatuída no parágrafo único do

punível o excesso, decisão que pressupõe, na conduta do defendente, a mesma voluntariedade exigível em qualquer outra conduta humana passível de tipicidade penal.

Prosseguimento da votação, só para decidir a natureza dolosa ou culposa do excesso, e ao Júri se indaga sobre *excesso doloso*. Negado, é porque o julgamento foi de *excesso culposo*. Não há outra solução.

No casual, que propriamente excesso não é, o fato é impunível *de nascença*, porque involuntário e alheio ao domínio da vontade humana, devendo o Júri, caso queira reconhecê-lo, responder *sim* ao quesito do uso moderado do meio necessário. O fato a que o excesso *casual* dá vez é *atípico* por ausência de dolo e de culpa. Sem tipicidade, que pressupõe voluntariedade, não há ingresso da conduta no âmbito da incriminação.

IV. RAZÕES DA DISCORDÂNCIA

a) Não há fato punível sem conduta voluntária (*Nullum crimen sine actione*), entendendo-se como tal a conduta que a vontade do homem é capaz de conduzir à causalidade, por dolo ou culpa. Quando não encontra na vontade humana sua razão de ser, mesmo que em relação causal com o resultado típico, a conduta não é atraída pelo tipo incriminador.

São clássicos casos de *ausência de conduta*, equiparando-se, para fins de tipicidade penal, a uma *força bruta*, tal qual os fatos da natureza e dos irracionais, os movimentos que se realizam durante ou em decorrência do sono, sonambulismo, embriaguez letárgica, hipnose, atos reflexos, surto epilético, *força externa absoluta* e do *fortuito*. Ou são estados de inconsciência, em que não há impulso anímico², ou são atos reflexos, meros efeitos físicos de estímulos externos captados pelos centros sensores, diretamente transmitidos aos centros motores, sem interferência da vontade, ou são a própria força maior e o fortuito. Todos, em que pese a classificação a que pertençam, acontecimentos indomináveis pelo querer humano.

b) Ao examinar-se a legítima defesa, necessário distinguir-se *situação de legítima defesa e ação em legítima defesa*.

A situação de legítima defesa está para a ação em legítima defesa em uma *relação de causa jurídica e consequência jurídica possível*. Só quando, mas sempre que, se verifique uma verdadeira situação de legítima defesa, é que há lugar ao exercício do direito de legítima defesa.

A situação de legítima defesa compreende a presença de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro. A ação em legítima defesa, por sua vez, compreende a necessidade do meio de defesa e a moderação no uso desse meio³, cabendo ao defendente escolher, dentre os meios eventualmente disponíveis e de igual eficácia para cessar o ataque, o de menor lesividade, utilizando-o até o exato instante em que houver afastado a ameaça de lesão ao bem jurídico⁴.

Defendendo-se *demais*, expressão de Heleno Fragoso, ultrapassando a permissão legal, incorre em excesso na legítima defesa, sendo penalmente responsabilizado pelo fato típico a que der causa, que poderá ser doloso ou culposo (art. 23, § único, do CP). Os tipos permissivos, e a legítima defesa é um dos casos, à exemplo dos incriminadores, destinam-se ao homem, são descritivos e também requerem tipicidade, como adequação da conduta voluntária à hipóteses que veiculam.

Quando o defendente intencionalmente supera os limites da necessidade e moderação estipulados pela lei penal, sabendo

³ De observar-se, porém, que o fato terá relevância penal se o agente se tenha voluntariamente colocado em estado de inconsciência para delinquir, como no exemplo lembrado por Monteiro de Barros da mãe que, desejando a morte do recém-nascido, coloca-o junto de si no leito, convicta de que ao dormir irá esmagá-lo, ou como no exemplo dado por Munóz Conde, do guarda-freios que se embriaga até dormir para provocar intencionalmente um choque de trens. Incidente, em ambos os casos, a teoria da *actio liberae in causa*.

³ Cf. Taipa de Carvalho, *A Legítima Defesa*, pág. 313.

⁴ Cf. art. 25 do CP.

e querendo ir além do necessário para prevenir a ofensa ao bem jurídico, o excesso é doloso. Quando os supera, não porque tenha querido defender-se demais, mas porque agiu precipitadamente, sem empregar o dever de cuidado exigível nas circunstâncias, ou porque incidiu em erro de cálculo quanto à gravidade da agressão ou quanto ao modo da repulsa, acreditando na *necessidade* da sua *desnecessária* reação, o excesso é penalmente tratado como culposo, com relevância jurídico-penal sempre que prevista a modalidade culposa da infração correspondente ao resultado *a mais* produzido. A defesa, para ser legítima, deve enquadrar-se no tipo do art. 25 do CP.

Doloso ou culposo, em virtude da relação de contrariedade com a ordem jurídica que encerra, o excesso é sempre antijurídico, funcionando como divisor entre a licitude e a ilicitude da reação, mesmo nas situações em que possa produzir o efeito de excluir a culpabilidade (excesso exculpante).

Na hipótese de que, inobstante a moderação no emprego do meio adequado, a defesa for além do necessário, mas por causa de um acontecimento que não possa ser levado em consideração pelo agente, porque absolutamente fora da ordem normal das previsões ou dos cálculos, o resultado excessivo será *casual*. Casual, pois, é o excesso coberto pelo fortuito, fato imprevisível e que em sede penal compreende a culpa levíssima, ou o excesso provocado por força externa absoluta, apresentando-se, por qualquer destas duas fontes, como inevitável, estranho e indominável pela vontade, não subsumível no tipo à cuja hipótese descritiva corresponda.

Na sempre oportuna remissão a Nelson Hungria, o fortuito e a força externa absoluta impedem a tipificação de qualquer fato humano a que o resultado lesivo poderia prender-se, uma vez que se tratam de causas independentes que interferem no fluxo causal como coeficiente exclusivo, para impedir assim que uma conduta humana que pudesse figurar na espécie antecedente do evento, apareça como *prius* deste último. Aliás, sob ângulo estritamente técnico, o ir além casual é um *não-excesso*, sendo

inadequado falar-se em *excesso* quando o desvio da reação não pertence ao defendente nem encontre na vontade humana a sua causa determinante. Só se pode dizer excessiva a defesa evitável.

Embora de raríssima e extraordinária ocorrência, não havendo registro, em nossa memória, nos longos vinte anos de exercício do Ministério Público, vários dos quais exclusivamente dedicados às atividades do Tribunal do Júri, de um único caso de excesso casual, é possível que, no momento da repulsa a uma agressão atual ou iminente e injusta de outrem, sobrevenha um acontecimento imprevisível e inevitável, determinando, por si só, o resultado configurador do excesso.

Por exemplo: ao defender-se da injusta agressão à sua integridade corporal, praticada com socos, o defendente empurra o agressor, que perde o equilíbrio e tomba da ponte, por forte tremor de terra que naquele exato momento ocorre, vindo a morrer em razão da queda (força maior); a morte, ainda que no plano físico ligada à repulsa, a esta juridicamente não pertencerá, e o agredido, por consequência, terá agido em legítima defesa. Também serve para hipotizar excesso casual (agora pelo fortuito): reagindo com um tapa ao agressor de sua liberdade sexual, que a agarra pelos seios dentro de um ônibus, a ofendida vê seu relógio escapar do pulso, cuja pulseira foi rompida, ferindo gravemente o olho do agressor; o resultado *a mais*, caracterizado pela lesão no olho, não lhe será imputável, pois obra do acaso.

No excesso causal, pois, não há conduta nem tipicidade.

c) A superveniência do fortuito ou da *vis absoluta* não exclui a licitude da defesa. Aqui está o aspecto nuclear da questão. Se a falta de adequação defensiva não puder ser atribuída ao defendente, como voluntária obra sua, por dolo ou culpa na escolha ou no uso do meio defensivo, a defesa atenderá à descrição típica e, por consequência, será legítima. O ir além do necessário para fazer cessar a agressão e proteger o bem injustamente agredido, provocado pelo fortuito ou pela força externa absoluta, como não é da responsabilidade penal do defendente (apesar da

causalidade física, não há causalidade lógica) não afeta a tipicidade permissiva da defesa.

É o que se recolhe da doutrina. Para Salgado Martins, *“se o excesso é fortuito, acidental, se ele se verifica, não obstante a reação moderada do agente no emprego dos meios necessários, não há afetação à legítima defesa. Pode-se dizer, nessa hipótese, que o excesso é exterior á reação”*. Também a opinião de Bandeira de Mello (*“o simples fortuito pode ocorrer sem a contribuição de vontade, da inteligência ou da consciência do agredido, o que não exclui a legitimidade da ação defensiva”*), de Anibal Bruno (*“o excesso pode resultar sem dolo nem culpa do agredido, reduzindo-se a um puro fortuito, que não afeta a legitimidade da defesa”*) e Bettioli (*“no caso de legítima defesa, se houve o fortuito, como série causal concomitante, preexistente ou subsequente à ação legítima que não possa ser levada em consideração pelo agente, porque absolutamente fora da ordem normal das previsões ou dos cálculos, não se pode falar de alguma responsabilidade em relação a este excesso”*)⁵.

V. CONCLUSÕES

1. Ao que parece, os adeptos da corrente contrária ainda não perceberam a radical diferença entre o excesso punível e o casual, a tal ponto que se constituem em *“... teses que mutuamente se excluem, pois numa há e em outra não há voluntariedade”*⁶.

Tudo o que ultrapassa os limites da culpa, sentido estrito, constitui o fortuito, ainda que materialmente subsista a causalidade: *“Não ocorre excesso acidental, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente. No caso fortuito o fato resulta do acaso”*⁷.

2. O excesso doloso e o culposo são antijurídicos e puníveis, enquanto o chamado excesso casual é penalmente atípico, impunível.

⁶ RJTJRGs 92/39.

⁷ Cf. Altayr Venzon, *Excessos na Legítima Defesa*, pág. 67.

São fenômenos de estruturas diversas e produzem diferentes efeitos na economia interna do delito.

Correlatamente, não devem receber a mesma técnica de quesitação nos julgamentos pelo Júri.

Os dois primeiros são puníveis, o casual é absolvedor. O excesso doloso não repercute na tipicidade nem na ilicitude, podendo interferir unicamente no apenamento, como circunstância atenuante. O agente é condenado. O excesso culposo sempre afeta a tipicidade original, dando nova e mais branda adequação jurídico-penal ao fato, mas não exclui o caráter antijurídico, e o defendente também é condenado. O casual, a seu turno, afeta a tipicidade incriminadora e não afeta a tipicidade permissiva, devendo ser o réu absolvido com assento na legítima defesa e não por ausência de culpabilidade. Por ser inevitável, inafastável, independente da vontade do agredido, não é propriamente um *excesso da reação*, pois à reação não pode ser atribuído. **“Sempre foi considerado como não-excesso”**⁸.

3. Encontrando-se o excesso na repulsa, a *superveniência do casual* não retroagirá para desconstituir a relação de *causa jurídica* e *conseqüência jurídica* antes estabelecida entre a *situação de legítima defesa* e a *ação em legítima defesa*. A excludente estará caracterizada. O defendente deverá ser absolvido com fundamento na legítima defesa e não por ausência de culpabilidade⁹.

4. Inexiste *relação de causa e efeito* entre a expressa previsão legal do excesso doloso e culposo, em todas as excludentes da ilicitude (art. 23, § único, do CP), e a obrigatória quesitação destas duas modalidades, com o reconhecimento do excesso casual no caso de serem ambas negadas pelo Júri (art. 484, inc. III, do CPP).

⁷ Apelação criminal nº 96.001101-3, de Joinville, unânime, Segunda Câmara Criminal do TJSC, DJ nº 9519 de 12.07.96, pág. 22.

⁸ RJTJRGs 185/115.

Pretendendo julgar casual o excesso, porque e somente quando posto como tese, o Júri *afirmará* a licitude da reação, respondendo *sim* ao quesito que indagar do da necessidade e moderação do meio defensivo.

Também não haverá de julgá-lo através de quesito específico. Tal como observado em voto pelo Ministro Soares Muñoz, a hipótese de causalidade é afastada pela negativa resposta ao quesito da reação¹⁰.

Nesse mesmo sentido, do Tribunal de Justiça de São Paulo: ***“A afirmação de não ter o réu sido moderado na reação, já está excluído o excesso casual”***¹¹.

5. Nos casos em que o fortuito ou a *vis absoluta* são alegados em relação à autoria do fato libelado, ao Júri não se questiona especificadamente a respeito; caso queiram reconhecer a *ausência de conduta voluntária*, os jurados *negam* o primeiro quesito, que é o relativo à autoria (por exemplo, *“No dia, horário e local mencionados no libelo, o acusado, com tiros, facadas etc. produziu na vítima as lesões descritas no auto de necropsia ?”*). Só o responderão *afirmativamente* se reconhecerem a voluntariedade, dolosa ou culposa. É entendimento indiscrepante, tanto na jurisprudência como na doutrina¹².

Seria diferente a técnica de julgamento sobre a *mesma ausência de voluntariedade* (da ação) quando se a examinasse sob o ângulo da *reação em legítima defesa* ?

⁹ Discorda-se, assim, da posição de Assis Toledo, de acordo com a qual, “diante do fato resultante de caso fortuito ou de força maior, não se poderia opor ao agente a exigibilidade de outra conduta, pois o fato era ou imprevisível, ou inevitável”, e “verificada, assim, a inexigibilidade de outra conduta, dá-se a exclusão da culpabilidade do agente, impondo-se a sua absolvição” (*Ilícitude penal e causas de sua exclusão*, pág. 95). O fortuito e a força externa absoluta não excluem a culpabilidade. Afetam a tipicidade e não a culpabilidade do agente do fato.

¹⁰ STF, HC 56.331, de 15.8.78.

¹¹ Apelação nº 114801-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni.

Não se compreende, pois, como possam os mesmos autores sugerir duas diferentes técnicas de julgamento para a mesma questão jurídica. Exemplificativamente, Marrey, na obra em que defende as duas quesitações do excesso porque a negativa de ambos importará no excesso casual, em outra passagem da mesma obra, consigna, reproduzindo lição de Frederico Marques, que, *“interessando o fortuito ao próprio nexo causal, o seu reconhecimento implicaria na negativa ao primeiro quesito”*¹³.

6. Não reconhecida a necessidade ou a moderação, é porque o Júri julgou punível o excesso. O prosseguimento da votação terá por finalidade apenas indagar a natureza punível do excesso já reconhecido, e deverá consistir em um único quesito, do excesso doloso¹⁴, em simetria com o procedimento que é adotado quando se quer indagar ao Júri a negativa de dolo no fato típico reconhecido (autoria, materialidade e nexo causal – geralmente, pelas fórmulas *“O réu quis o resultado ?”* - *“O réu assumiu o risco de provocar o resultado ?”*), porquanto, com o afastamento da legítima defesa, feito pela negativa da necessidade ou moderação do revide, prevalece o fato libelado, à título de dolo (a ação é única), não importando tenha sido suscitado por alguma

¹² RJTJRGs 92/39: “A tese defensiva do caso fortuito não enseja quesito específico. Resolve-se o caso no primeiro quesito em que os jurados decidem sobre o fato e a autoria, que, uma vez afirmado, estabelece a voluntariedade do comportamento do réu. Daí em diante descabe a formulação de outro quesito relativo ao fortuito, em que inexistente o fator voluntariedade”. No mesmo sentido, Hermínio Alberto Marques Porto: “O debate sobre o caso fortuito em plenário, como tese defensiva postulada pela defesa técnica, não motiva a elaboração de quesito especial, bastando, para a identificação da figura, com conseqüente absolvição, a negativa do primeiro quesito do questionário sobre homicídio consumado ou sobre homicídio tentado” (Júri, pág. 67). Ainda, do STF, Primeira Turma, Rel. Min. Djaci Falcão: “...interessando o caso fortuito ao próprio nexo causal, o seu reconhecimento implicaria na negativa do primeiro quesito” (RT 434/452), e do TJSP, Quinta Câmara, Rel. Des. Dante Bussana: “JÚRI - Caso fortuito alegado pela defesa. Desnecessidade de elaboração de quesito especial - Suficiência para a identificação da figura a negativa dos jurados sobre ocorrência de homicídio consumado, ou tentado” (Apelação nº 128.175.3).

¹³ Pág. 597.

das partes o reconhecimento de excesso culposo (que não precisa ser necessariamente tese da Defesa). Negada a natureza dolosa, os jurados serão julgados que o excesso é culposo, e o réu será condenado, se prevista a modalidade culposa da infração, sendo desnecessário, em tal hipótese, qualquer outro questionamento ao Júri, pois a negação dolosa necessariamente implica na afirmação culposa¹⁵.

7. Uma única hipótese poderá afastar a punição do agente, quando negada pelo Júri a licitude da reação, que será a de um excesso exculpante, mas desde que tenha sido suscitado pela Defesa, e será posto à deliberação do Conselho logo após à recusa do uso moderado do meio necessário¹⁶.

8. A “*ratio*” da alteração do inc. III do art. 484, do CPP, feita pela Lei nº 9.113/95, em que pese o atraso de mais de dez anos, foi a de atualizar o CPP ao novo texto do art. 23 do CP, encerrando, assim, vez por todas, o dissídio jurisprudencial ainda remanescente a respeito da cogência da indagação ao Tribunal do Júri sobre a natureza dolosa ou culposa do excesso.

9. Cogitar-se de que a alteração legislativa tenha tido por escopo admitir, na lei processual, o excesso sem dolo ou culpa, só por desconhecimento de que a legislação brasileira tradicionalmente não dispõe sobre as causas de ausência de conduta, ou confusão do que realmente seja excesso casual.

¹⁴ No mesmo sentido de preferência, embora exigindo a dupla quesitação, do TJRS: Apelação nº 695046664, Quarta Câmara Criminal do TJRS, São Sepé, Rel. Montaury dos Santos Martins, 20.03.96.

¹⁵ Nesse sentido, do STJ: “Reconhecido o excesso doloso, prejudicada está a quesitação acerca da modalidade culposa. Não havendo perplexidade ou prejuízo para a Defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara nulidade de julgamento” (Quinta Turma, REsp 108775/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 01-10-1998); do Tribunal de Justiça de São Paulo: RT 677/358.

¹⁶ Excesso exculpante é supralegal. Encontra origem na agressão injusta, quando provoca e determina forte alteração no ânimo do agredido, seja em forma de perturbação, medo ou surpresa, levando-o a não conseguir conter

Tecnicamente, pois, bem posto em acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado, que **“A nova redação da lei processual apenas instrumentalizou, como lhe incumbe, a forma de apurar a natureza do excesso para possibilitar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 23 do CP. Não quis o legislador, por certo, admitir, aqui, na lei processual, o excesso imotivado, nem doloso, nem culposo”**¹⁷.

Não fosse o bastante, o referido dispositivo processual impõe quesitação *alternativa* e não *cumulativa* das duas modalidades de excesso punível.

10. Se a Defesa tiver postulado o reconhecimento do excesso exculpante, só se formulará quesito sobre excesso punível (e sempre excesso doloso) se o exculpante for recusado. O réu estará condenado, restando apenas decisão sobre a culpabilidade por fato doloso ou culposo.

sua reação dentro dos limites adequados, como seria exigível. A violência ou a subitaneidade da agressão geram, por vezes, um estado de ânimo que interfere de tal modo na reação defensiva que deixa o agredido sem condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque, incorrendo em defesa *demais*, não como fruto de uma atitude postura dolosa ou culposa, mas de cunho emocional. Na exemplificação fornecida por Monteiro de Barros, o presidiário mata o agressor em sua cela, tomado pelo medo que este lhe proporcionava (*Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, pág. 276). A seu respeito, conclui Jescheck: **“Se realmente existente uma relação interna entre o estado passional e o excesso do autor não há censurabilidade possível!”** (*Tratado de Derecho Penal*, vol. I/672). O exculpante descaracteriza a legítima defesa, embora, como seu próprio nome sugere, possa excluir a culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa (ou, como ensina Stratenwerth, a culpabilidade do agente é tão pequena que não alcançará o umbral da relevância criminal). Transcrevendo Altayr Venzon, “É possível que o réu se tenha excedido na repulsa. Mas diante do estado de perturbação em que devia se achar, face à brutal agressão a seu filho, naquela situação, é natural que não se tenha podido conter nos apertados limites do *moderamen*. Ao que parece, agiu com excesso na escolha dos meios ou em seu uso. Não com aquele excesso, criminoso na causa, fruto de vingança maligna ou de um impulso de perversidade” (*Excessos na Legítima Defesa*, pág. 77).

11. O excesso *casual* e o *exculpante* necessariamente devem ser objetos de oportuna sustentação, no curso do processo ou nos debates do Plenário. São teses defensivas tanto quanto a legítima defesa, o estado de necessidade, a negativa de autoria etc. Não se pode admitir que os jurados dêem ao caso um veredicto cujo fundamento sequer foi debatido pelas partes. Se a Defesa pessoal ou técnica não os tiver ventilado, a negativa da necessidade ou da moderação implicará na formulação de um único quesito, sobre o excesso doloso, que, negado, importará no julgamento de excesso culposos.

Discorda-se, portanto, também aqui, de outra passagem doutrinária de Assis Toledo, na mesma obra, pág. 94, quando consigna: ***“Reconhecida, porém, a existência da reação defensiva do imputado contra injusta agressão a direito próprio ou alheio, mas negada ou a necessidade dos meios, ou a moderação, há que se prosseguir no exame da causa do excesso de defesa, para saber se, nas circunstâncias, tal excesso deriva de dolo, culpa estrito senso, do fortuito ou de erro escusável”***.

O fortuito, como visto, é examinado no quesito sobre necessidade e moderação¹⁸; o exculpante, na ordem da votação, tem preferência sobre o quesito indagador da natureza subjetiva do excesso, pois, uma vez reconhecido, os jurados não serão perguntados a respeito de dolo ou culpa, o réu estará absolvido; e o excesso proveniente de erro escusável, é examinado através da legítima defesa putativa.

12. A exigência da dupla quesitação, além de afrontar o *princípio da paridade de armas entre as partes*, pois viola o contraditório e é capaz de surpreender, dando ao feito decisão inesperada pelas partes, cujo conteúdo sequer é revelável para fins de impugnação na Superior Instância, pode levar a impunidade.

¹⁷ RJTJ/RS 185/115.

¹⁸ “Não ocorre excesso accidental, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente. No caso fortuito o fato resulta do acaso”

Sendo o réu absolvido por um excesso cujo conteúdo é desconhecido, porque não aclarado, discutido, debatido pelas partes em momento algum do processado, absolvido por um excesso de extraordinária ocorrência, quase que uma mera hipótese acadêmica¹⁹, a decisão será arbitrária e injusta para com a vítima, familiares e a sociedade, que têm direito a uma sentença justa, fazendo-as, mais uma vez, personagens esquecidas do drama criminal.

13. Como decorrência do malferimento ao princípio da paridade de armas entre as partes, poderá o Ministério Público, em grau de apelação, impugnar a validade do julgamento, mesmo tenha seu agente, por ocasião da leitura dos quesitos no plenário, ou ainda durante o julgamento na sala secreta, silenciado a respeito da dupla quesitação.

Conforme decidido pelo STF, o silêncio da parte, durante o julgamento, sobre a apresentação de quesito complexo ou irregular aos jurados, não sana a irregularidade, quando esta, por sua gravidade, afeta a validade do julgamento, porque passível de conduzir o Conselho de Sentença a erro ou perplexidade sobre o fato sujeito a decisão²⁰.

14. Segundo advertência da doutrina especializada, toda a vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, e o princípio da paridade é uma das hipóteses, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, sanção que decorre da própria constituição ou dos princípios gerais do ordenamento, devendo a nulidade ser decretada de ofício,

(Apelação nº 96.001101-3, unânime, Segunda Câmara Criminal do TJSC, DJ nº 9519 de 12.07.96, pág. 22.

¹⁹Altayr Venzon hipotiza: "Pode decorrer de fenômenos naturais, por exemplo, meteorológicos, um raio, um tremor de terras, um desabamento, um vulcão, uma inundação, uma seca. Pode, ainda, decorrer de fatos humanos, vinculados à ação do homem e suas falhas: um incêndio, uma queda de avião, uma violência esportiva. Se o fato ocorrer no momento da reação a uma agressão atual injusta ou iminente a direito seu ou de outrem, estará configurada a legítima defesa" (ob. cit., pág. 66).

independentemente de provocação da parte interessada, sem a operância da preclusão. Tudo porque as garantias constitucionais-processuais, ainda que aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal²¹.

15. O STF, por sua Segunda Turma, na vigência da Lei nº 9.113/95, já decidiu pela obrigatoriedade, apenas, do quesito sobre excesso culposo: ***“Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionadas a moderação e a natureza do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156)”***²².

16. Sintetizando, comunga-se do entendimento manifestado no aresto da Colenda Quarta Câmara Criminal, mas apenas quando consigna a admissibilidade legal, pós-reforma de 1984, de o agente responder pelo excesso doloso ou culposo em qualquer das causas de exclusão de ilicitude, e na preferência na votação do excesso doloso sobre o culposo.

Discorda-se, porém, vez por todas, da obrigatoriedade na formulação dos quesitos sobre as duas modalidades de excesso e do nexa que se estabeleceria entre a negativa destes quesitos e o excesso casual.

Razoável interpretação dos textos da lei penal (art. 23, § único, do CP) e processual penal (art. 484, inc. III, do CPP) que a matéria envolve, está expressado na seguinte ementa: ***“A referida***

²⁰ “Tratando-se de defeito no questionário que pode levar o Conselho de Sentença a erro, mesmo não argüido na Sessão do Júri, impõe-se a declaração da nulidade do julgamento, para que outro se realize, ficando prejudicada a tese relativa à nulidade da sentença por vício na fixação da pena” (HC 73477, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 06-09-96, pág. 31851).

²¹ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades do Processo Penal*, pág. 21.

²² HC 73477, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 06-09-96, pág. 31851.

Lei nº 9.113/95 não produziu alteração alguma no Código Penal. A lei penal material continuou a descrever a legítima defesa como o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (CP, art. 25). Por igual, continuou vigente o parágrafo único do art. 23 do Estatuto Repressivo, cujo cabeço enumera as causas de exclusão de ilicitude, entre elas a legítima defesa: O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. Assim, parece, a modificação introduzida no inc. III do art. 484 do CPP só veio esclarecer alguma divergência jurisprudencial ainda existente sobre a obrigatoriedade de apurar, no caso específico de julgamento pelo Tribunal do Júri, se o excesso reconhecido pelos jurados, na legítima defesa ou em qualquer outra dirimente, fora doloso ou culposo. A nova redação da lei processual apenas instrumentalizou, como lhe incumbe, a forma de apurar a natureza do excesso para possibilitar a aplicação do disposto no referido parágrafo único do art. 23 do CP” ... “Não quis o legislador, por certo, admitir, aqui, na lei processual, o excesso imotivado, nem doloso, nem culposo. O excesso inafastável, o excesso que independe da vontade do agente, sempre foi considerado como não-excesso”²³.

Da mesma fonte de produção: *“Quesitos. Desnecessidade de formulação sobre excesso doloso quando o júri é argüido sobre o excesso culposo. Nulidade inexistente”²⁴*. Embora não se compartilhe da preferência do quesito culposo em relação ao doloso, o julgado reafirma a desnecessidade da dupla quesitação, exatamente porque não é assimilável, à luz da dogmática, que a recusa de ambas as modalidades de excesso importe no reconhecimento de um excesso casual.

²³ RJTJRS 185/118.

²⁴ RJTJRS 189/174.