

O ELEMENTO SUBJETIVO NAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E A NECESSIDADE DE SUA QUESITAÇÃO NOS PROCESSOS A SEREM JULGADOS PELO CONSELHO DE SENTENÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI

JORGE Luís de CAMARGO¹

Sumário: 1. Conceito de Crime; 2. Elementos do Fato Típico; 3. Noções Sobre a Ilícitude 4. Noções sobre a Culpabilidade; 5. Excludentes da Ilícitude 6. Necessidade do Elemento Subjetivo para Validade das Excludentes; 7. Quesitação do elemento subjetivo no julgamento pelo tribunal do Júri; 8. Conclusão

Resumo: Analisar resumidamente o delito para os adeptos da teoria finalista da ação, passando pelas excludentes da ilicitude e finalmente adentrar na questão da exigência do elemento subjetivo para a validação das excludentes e conseqüentemente a necessidade de sua quesitação nos procedimentos do Tribunal do Júri.

I- DO CONCEITO DE CRIME

Superando o causalismo então vigente, os adeptos do finalismo iniciado por Welzel, passaram a considerar o dolo e a culpa não como espécies de culpabilidade, mas sim como formas de conduta, posto que o que seria doloso ou culposo é a conduta inicial do agente. O dolo que para a teoria causal era normativo, posto que ao “querer do agente” agregava-se a necessidade da “consciência da ilicitude” passou a ser simplesmente natural, ou seja, agora sem esse elemento normativo, para ser apenas simples “querer” do agente. A consciência da ilicitude foi parar na culpabilidade, mas recebida como Potencial Consciência da Ilícitude.

A culpa, também passa a ser vista como forma de conduta, posto que o agente mesmo não o querendo, mas por imprudência, imperícia ou negligência dá causa ao resultado, responde pelo delito na forma culposa, se prevista no tipo penal, posto que violou o dever objetivo de cuidado. Para saber se o sujeito agiu ou não com culpa, deve ser feito um juízo de valor sobre sua conduta, uma valoração levando-se em conta o que um “homem médio” faria no lugar do causador, isto é, se a média da sociedade agiria da mesma forma que o agente e em caso de resposta afirmativa, o causador do resultado não deve ser responsabilizado. Por sua vez, se

constado que o correto seria um agir ou mesmo um agir mais cuidadoso, haverá então responsabilidade pela conduta culposa do agente.

Em razão da necessidade de se fazer esse juízo de valor acerca da conduta do sujeito causador do resultado, a culpa passou a ser o elemento *normativo* da conduta.

Visto as principais novidades do finalismo, Damásio de Jesus ensina que os adeptos desta teoria consideram o conceito analítico de crime como sendo o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade um juízo de reprovação do sujeito ligado a fato típico e ilícito, portanto, para a existência de crime bastaria que o sujeito cometesse um fato típico e ilícito. Alguns autores, dentre eles Francisco de Assis Toledo, também adeptos do finalismo, consideram que o crime não tem apenas esses dois elementos, mas sim três, posto que a culpabilidade também seria elemento de existência do crime, são os adeptos da chamada teoria tripartite do delito.

A importância de se saber se o crime é composto de apenas dois elementos (teoria bipartite) ou de três (teoria tripartite) é demonstrada pelo clássico exemplo de Damásio de Jesus e mais precisamente no tocante ao delito de receptação dolosa de produtos roubados por um menor de idade, posto que se considerarmos a culpabilidade como sendo elemento do crime, o menor, por ser inimputável, portanto sem culpabilidade, não teria cometido crime algum e consequentemente quem adquirir dolosamente os bens por ele roubados não terá cometido receptação. Agora, se adotarmos a teoria bipartite do conceito de delito, veremos que o menor cometeu um fato típico e ilícito, portanto um crime e mesmo não sofrendo o juízo de reprovação de sua conduta, ou seja, não tendo culpabilidade, quem adquirir o produto do delito poderá responder por crime de receptação, ainda que o menor não responda pelo crime principal, sendo este o posicionamento da maioria da doutrina brasileira, como se observa analisando as obras de Fernando Capez, Luiz Régis Prado e o próprio mestre Damásio Evangelista de Jesus, portanto, este será o conceito seguido no presente trabalho.

2- DO FATO TÍPICO

Uma vez analisado o que seria crime para o finalismo, passamos a uma breve síntese do seu primeiro elemento, mais precisamente o fato típico, que é composto de: a) conduta humana, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, voluntária e consciente voltada para determinada finalidade; b) resultado naturalístico (nos delitos materiais) ou jurídico; c) nexos causal entre a conduta do agente e o resultado e d) que a conduta esteja anteriormente prevista em uma lei penal, ou seja, tipicidade.

Assim, o sujeito que fazendo uso de uma de fogo, dispara uma vez contra terceira pessoa, dando causa ao seu óbito, cometeu fato típico, posto que: a) realizou uma conduta comissiva dolosa ou culposa (disparo de arma de fogo); b) essa conduta gerou uma conseqüência (nexo causal); c) a conseqüência foi o óbito do terceiro (resultado) e d) há previsão legal da conduta do agente no Art. 121 do Código Penal, portanto tipicidade.

Uma vez realizado o fato típico, por si, não basta para que o sujeito responda pelo delito, posto que, quer pela teoria bipartite do crime quer pela tripartite, o cometimento de um fato típico, não significa a realização de um delito o sujeito cometeu um crime, uma vez que fato típico só interessa para direito penal se acompanhado da ilicitude.

3- DA ILICITUDE

Só é possível falar em análise da ilicitude de determinada conduta, para fins de direito penal, se for típica. Uma vez averiguado tratar-se de conduta típica, devemos passar apurar se também é ilícita, isto é, se há uma relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico.

Conforme acima já exposto, somente interessa estudar a ilicitude de um determinado comportamento se, antes de tudo, for típico. Como a análise da ilicitude recai apenas sobre fatos típicos, não podemos esquecer que somente os fatos mais graves para preservação da sociedade são reprimidos pelo direito penal, segundo princípio da Intervenção Penal Mínima.

Ora, como bem ensinado por Max Ernst Mayer, citado por Damásio de Jesus, se determinada conduta é sancionada pelo ordenamento jurídico a ponto de ser prevista em um tipo penal, quer dizer que uma vez realizado o fato típico, surge indícios que a conduta viola o ordenamento jurídico, posto que em todos os tipos penais incriminadores existem mandamentos proibitivos implícitos.

Pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), o que deve vir expresso pela norma penal é a conduta e a pena abstratamente prevista para ela. Assim, por exemplo, o tipo de furto previsto no Art. 155 do Código Penal consiste em “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, sendo que o mandamento proibitivo implícito ou oculto é o de “não furtarás”, o mesmo ocorre no exemplo de um sujeito vir a matar alguém, pois sua conduta é prevista no tipo do Art. 121, sendo que este artigo do Código Penal contém uma regra proibitiva implícita consistente em “não matarás”.

Se todo o tipo penal incriminador prevê implicitamente um mandamento proibitivo, uma vez realizado o tipo, conseqüentemente o mandamento proibitivo de imediato também foi violado. Daí porque, uma vez realizado o comportamento típico, surge indícios de que a conduta realizada era vedada pelo ordenamento jurídico, sendo certo falar-se então que o tipo penal, uma vez realizado no mundo concreto apresenta indícios de ilicitude, ou seja, apresenta indícios de que o comportamento fere ou põe em perigo um interesse tutelado pela norma.

Não é correto afirmar que todo fato típico é ilícito, pois na verdade, o tipo penal apenas apresenta indícios, tendências, de que determinada conduta seja ilícita, pois é possível que o causador do fato típico tenha atuado amparado por uma causa excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal), quando então o fato, embora típico, foi lícito.

4- DA CULPABILIDADE

Após apurado que um fato típico, também é ilícito, se faz necessário averiguar se o autor do fato deve ou não receber uma sanção penal pela conduta realizada, ou seja, a culpabilidade é um juízo de censura, de reprovação sobre o comportamento do agente, com o fim e averiguar se o mesmo merece ou não pena pela conduta típica e ilícita realizada.

A apuração recairá sobre o sujeito que cometeu o crime, portanto consideramos a culpabilidade como pressuposto para a imposição de pena e não como elemento do crime, analisando-se ao tempo da conduta se: a) ele era imputável; b) se tinha a potencial consciência da ilicitude do seu comportamento e c) se lhe seria exigível nas circunstâncias em que cometeu o crime um comportamento diverso sendo, portanto, a culpabilidade composta por esses três elementos, ficando claro que o estudo de todos depende de um juízo de valor pelo interprete, daí porque podemos concluir que a culpabilidade seguiu a teoria normativa pura, vez que é composta apenas por elementos que dependem de um juízo valorativo (normativos).

A Imputabilidade, vista como sendo a capacidade de entender o caráter ilícito do seu comportamento e de dirigir sua conduta de acordo com esse entendimento, pode ser afastada pelas suas causas excludentes, que são: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, que inclui a menoridade; desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

○ aplicador da norma deve apurar se no caso concreto está presente uma das causas excludentes da imputabilidade, todavia, não basta que a causa exista, se faz necessário que a causa

tenha influído no agente no momento da conduta criminosa e que em razão dela o agente tenha perdido ou diminuído a sua capacidade de entender o caráter ilícito do seu comportamento ou de orientar sua conduta em conformidade com esse entendimento, uma vez que o Art. 26 do Código Penal deixa claro que foi adotado o critério biopsicológico de aferição da inimputabilidade.

Uma vez comprovada da inimputabilidade pelo critério biopsicológico, cabe ao magistrado absolver o acusado, caso ele se mostre ser totalmente inimputável, nos termos do Art. 26, “caput” do Código Penal, posto que embora tenha cometido um fato típico e ilícito o mesmo não merece um juízo de censura sobre sua conduta, pois não teve condições de entender que estava fazendo “algo errado” ou de controlar seu comportamento a partir daquele entendimento. Note-se, que somente se analisa a culpabilidade sobre fato típico e ilícito, pois se presente uma causa excludente de ilicitude, o sujeito deve ser absolvido sem sequer se adentrar ao estudo da culpabilidade.

Mesmo absolvendo o acusado inimputável, se verificada pela perícia médica que o sujeito é perigoso para conviver em sociedade, isto é, tem periculosidade, deverá o magistrado aplicar-lhe medida de segurança caso tenha sido reconhecido como absolutamente inimputável, nos termos do Art. 97 do Código Penal

Pó sua vez, se a perícia médica constatar que o sujeito é semi-imputável, ou seja, sem tem sua capacidade de entendimento ou de orientação apenas diminuída e não totalmente excluída, deve incidir o disposto no parágrafo único do Art. 26 do Código Penal, ou seja, a pena do crime diminuída mas diminuída de 1 a 2/3 ou aplicar medida de segurança, nos termos do Art. 98 do mesmo diploma. Assim, ou se aplica a medida de segurança ou a pena diminuída e nunca ambas as sanções para se evitar um *bis in idem*.

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude, que singelamente, significa ter condições de saber que seu comportamento é contrário ao ordenamento jurídico. Convém deixar claro que não se exige do sujeito que ele saiba que sua conduta está prevista no tipo penal, pois o que se averigua é se nas condições em que ele vive, tem como saber se sua conduta é errada, contrária ao direito, ao ordenamento jurídico, ou seja, não é averiguar se o agente sabe que está fazendo algo errado, mas sim se ele teve condições para saber, daí porque o segundo elemento da culpabilidade é a **Potencial** Consciência da Illicitude.

Se a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, caso o sujeito faça uma má interpretação do que lhe é permitido fazer, atuará em Erro de Proibição . Este erro ocorre quando alguém, tendo em vista dentre outros fatores, as peculiaridades do ambiente

onde foi criado e onde vive, bem como as suas condições individuais, notadamente a educação e o grupo social, acredita que sua conduta é amparada pelo direito, quando na verdade ela é reprimida, como por exemplo: aquele que flagra sua esposa com outro, crê que tem o direito de castigar a adúltera, quando na verdade não tem, faz com que o intérprete da norma e o aplicador do direito fiquem impedidos de reconhecer que ele tinha a Potencial Consciência da Ilícitude.

Caso o erro de proibição cometido pelo agente, após analisado, seja considerado como sendo aceitável, desculpável, escusável, afasta-se completamente a potencial consciência da ilicitude e ele não responde pelo crime pois uma vez afastado o segundo elemento da culpabilidade, não há mais que se falar em juízo de reprovação de sua conduta, nos termos do Art. 21 do diploma penal.

Por sua vez, quando embora presente no agente a crença de que sua conduta era lícita, quando na verdade não era, todavia, apurando-se que esse erro de interpretação acerca da licitude do seu comportamento (Erro de Proibição) foi indesculpável, inescusável, o mesmo responde pelo delito, mas como pena diminuída de 1/6 a 1/3, nos termos do Art. 21.

O terceiro elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, averigua-se que no caso concreto, seria possível exigir-se do agente um outro comportamento diferente do que ele cometeu e caso conclua-se que sim, significa que estará presente a exigibilidade de conduta de diversa, todavia, se apurado que nas circunstâncias em que o agente cometeu aquela conduta típica e ilícita, dele não seria possível exigir-se outra conduta, afasta-se então o último elemento da culpabilidade.

Como causas excludentes da exigibilidade de conduta diversa, a doutrina costuma apontar a Coação Moral Irresistível e a Obediência Hierárquica.

6- DA ESCLUDENTES DE ILÍCITUDES

Uma vez já analisado, em síntese, alguns dos aspectos principais da teoria do crime, voltamos a atenção para o tema do presente trabalho, mais precisamente as excludentes da ilicitude que acima já foram enumeradas como sendo quatro, a saber: Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal. Note-se que não vamos adentrar ao estudo individual de cada uma dessas excludentes previstas no Código Penal, nem acerca da existência de outras, as chamadas excludentes supralegais, posto que não são os objetivos deste texto.

Cada uma das excludentes têm seus requisitos próprios, a saber:

O Estado de Necessidade exige: 1) Situação de Perigo Atual; 2) Ameaça a direito próprio ou alheio; 3) Situação não causada voluntariamente pelo sujeito; 4) Inexistência do dever legal de afastar o perigo; 5) Inevitabilidade do comportamento lesivo e 6) Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado.

A Legítima Defesa: 1) Agressão Injusta, atual ou Iminente; 2) Direitos do agredido ou de terceiros atacado ou ameaçado de dano; 3) Uso dos meios necessários; 4) Moderação no uso dos meios necessários.

O Exercício Regular de um Direito é composto pelo exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico.

Já o Estricto Cumprimento do Dever Legal é o cometimento de um fato típico pelo desempenho de uma obrigação legal.

Esses são, portanto, os requisitos objetivos das causas excludentes de ilicitude, todavia, segundo boa parte da doutrina brasileira, não são suficientes para garantir a exclusão, posto que ao lado dos requisitos objetivos de cada uma delas, há, implicitamente um requisito subjetivo, consistente em saber que se está atuando amparado por uma dessas causas.

Quem apresenta claramente a necessidade do elemento subjetivo ao lado dos objetivos, novamente é o professor Damásio de Jesus, que após esclarecer que para a teoria clássica ou causalista da ação, bastava a existência dos requisitos objetivos, ensina, em seu Direito Penal, 1º Volume, Parte Geral, Saraiva, 23ª. Edição, página 357, que:

“ Segundo passamos a entender, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deve revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante.

Assim, não é suficiente que o fato apresente os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. É necessário que o sujeito conheça a situação justificante”.

Damásio cita como exemplo o sujeito que pretendendo matar seu inimigo o encontra em um matagal e sem que ele perceba atira várias vezes, matando-o, posteriormente fica provado que a vítima do homicídio tinha aos seus pés uma mulher que estava prestes de ser estuprada pela vítima do homicídio e conclui que nessa hipótese o atirador não estará coberto pela legítima

defesa de terceiros, porque ele não sabia da situação justificante, posto que, citando Raul Eugenio Zaffaroni, “as condutas justificantes também são voltadas para determinada finalidade, portanto, a conduta amparada pela justificante deve ser dotada de dolo acerca da situação concreta excludente pelo tipo permissivo”.

Fernando Capez, em seu Curso de Direito Penal. Volume I, parte geral, 8 edição, Saraiva, página 268, deixa claro que o conhecimento da situação justificante da situação de perigo é indispensável para configurar o Estado de Necessidade, conforme abaixo passamos a transcrever:

“...se o agente afasta um bem jurídico de uma situação de perigo atual que não criou por sua vontade, destruindo outro bem, cujo sacrifício era razoável dentro das circunstâncias, em princípio atuou sob o manto protetor do estado de necessidade. No entanto, o fato será considerado ilícito se desconhecidos os pressupostos daquela excludente. Pouco adianta estarem presentes todos os requisitos do estado de necessidade se o agente não conhecia a sua existência. Se na sua mente ele cometia um crime, ou seja, se a sua vontade não era salvar alguém, mas provar um mal, inexistente estado de necessidade, mesmo que, por uma incrível coincidência, a ação danosa acabe por salvar algum bem jurídico. Exemplo: o sujeito mata o cachorro do vizinho, por ter latido a noite inteira e impedido seu sono. Por coincidência, o cão amanheceu hidrófobo e estava prestes a morder o filhinho daquele vizinho (perigo atual). Como o agente quis produzir um dano e não proteger o pequinino, pouco importam os pressupostos fáticos da causa justificadora: o fato será lícito”.

Ainda, dissertando sobre a legítima defesa esclarece que: “mesmo que haja agressão injusta, atual ou iminente, a legítima defesa estará completamente descartada se o agente desconhecia essa situação. Se, na sua mente, ele queria cometer um crime e não se defender, ainda que, por coincidência, o seu ataque acabe sendo uma defesa, será ilícito”.

Do mesmo modo, analisando o Estricto Cumprimento do Dever Legal, afirma que “essa excludente, como as demais, também exige o elemento subjetivo, ou seja, o sujeito deve ter conhecimento e que está praticando um fato em face de um dever imposto pela lei, do contrário, estaremos diante de um ilícito”.

Finalmente, quando trata do Exercício Regular de um Direito, menciona que sua configuração depende de se encontrar no sujeito o elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento da situação justificante nos seguintes termos: “o exercício regular do direito praticado como

espírito de mera emulação faz desaparecer a excludente. É necessário o conhecimento de toda a situação fática autorizadora da excludente. É esse elemento subjetivo que diferencia, por exemplo, o ato de correção executado pelas vias de fato, da injúria real ou lesões, quando o genitor não pensa em corrigir, mas em ofender ou causar lesão”.

Por sua vez, o jurista paranaense Luiz Régis Prado, citando Juarez Tavares, César Roberto Bitencourt e outros, na obra Curso de Direito Penal Brasileiro, 2ª edição, RT, página 243, faz coro no sentido da necessidade da existência do elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude, no seguintes termos:

“O elemento subjetivo deve estar presente em todas as causas de justificação, sendo necessário que o sujeito atue não só com conhecimento e vontade de que ocorram seus elementos objetivos, mas também com ânimo ou vontade no sentido da justificante.”

Também indicando a necessidade do requisito subjetivo nas excludentes, o Ministro Francisco de Assis Toledo, , em seu Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 5ª. Edição, folhas 205, explica o tema da seguinte forma:

“ Assim como no estado de necessidade e nas demais causas de justificação, exige-se o elemento intencional que, na legítima defesa, se traduz no propósito de defender-se. A ação defensiva- já o dissemos- não é uma fenômeno cego do mundo físico, mas uma verdadeira ação humana. E como tal só se distingue da ação criminosa pelo significado positivo que lhe atribui a ordem jurídica. Em uma, isto é, na ação criminosa, dá-se o desvalor da ação; em outra, na ação defensiva, reconhece-se a existência de um intenso conteúdo valioso. Em ambas, porém, a orientação de ânimo, a intencionalidade do agente, é elemento decisivo, pois o fato, que, na sua configuração ou aparência exterior, permanece o mesmo (exemplo; causar a morte de um ser humano), dependendo das circunstâncias e também dos motivos e da intenção do agente, pode ser: homicídio doloso ou culposos; legítima defesa; excesso doloso, culposos ou excludente de legítima defesa; legítima defesa putativa.

Como dizer, diante dessa variedade de possibilidades, que a legítima defesa é uma fenômeno puramente objetivo?

O certo, a nosso ver, será reconhecer-se que na legítima defesa concorrem elementos objetivos e subjetivos. Os objetivos já foram examinados anteriormente. Os últimos- os subjetivos- são os motivos e a intenção do agente que se revelam no

intuito de defender-se, no agir “para defender-se”, sem com isso se exija uma consciência da ilicitude do fato”.

Portanto, à luz dos ensinamentos dos mestres acima citados, podemos concluir que exige-se para a configuração das excludentes de ilicitudes, além dos requisitos objetivos, o conhecimento da situação justificante, ou seja, que o agente atue sabendo que sua conduta está amparada por uma das situações previstas como excludentes de ilicitude, nesse sentido julgados apresentados por Mirabete, em seu Código Penal Interpretado, Editora Atlas, folhas 211, do TJBA revelado na RT 594/385 e do TJSP na RT 375/79, contra a necessidade do elemento subjetivo há menção de outro julgado do TJSP descrito na RT589/295 e RTJESP 89/359.

7 DA QUESITAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO NOS JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Embora a maioria da doutrina aponte a necessidade da presença do requisito subjetivo para a caracterização de qualquer das excludentes, temos que na prática dos tribunais, bem como nos exemplos de quesitos nos livros acadêmicos de autoria dos próprios defensores do elemento subjetivo, há reiterada omissão na quesitação sobre a existência do elemento subjetivo, conforme passamos a demonstrar:

Damásio de Jesus, que em seu Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, páginas 298 e seguintes, defende a necessidade do elemento subjetivo, conforme acima já transcrito, em outra obra clássica de sua autoria, o Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, apresenta “modelos de quesitos”, sem sequer mencionar o elemento subjetivo para nenhuma das excludentes, conforme passamos a reproduzir:

Legítima Defesa Própria:”1) O pertinente à autoria e materialidade; 2) O pertinente à letalidade ou tentativa, se for o caso; 3) O réu praticou o fato repelindo agressão à sua pessoa?; 4) Essa agressão era injusta?; 5) Essa agressão era atual?; 6) Essa agressão era iminente?; 7) Os meios empregados na repulsa era necessários?; 8) O réu usou moderadamente desses meios? 9) O réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa? (Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, página 111)

Legítima Defesa de Terceiro: “1) Autoria e materialidade; 2) Letalidade ou tentativa (se for o caso); 3) O réu praticou o fato repelindo agressão contra a pessoa de fulano...? Seguem-se os demais quesitos da defesa própria. Negada a

legítima defesa, o júri será indagado sobre as qualificadoras contidas no libelo, eventuais circunstâncias agravantes e, finalmente, sobre as atenuantes”

Estado de Necessidade: “1) Autoria e materialidade; 2) Letalidade ou tentativa (se for o caso); 3) O réu praticou o fato para salvar de perigo atual direito próprio (ou de terceiro, conforme o caso);? Deverá ser indagado no quesito a espécie de direito: direito à vida, v.g. 4) Era razoável exigir-se o sacrifício desse direito nas circunstâncias em que se deu o fato? 5) O réu não provocou, por sua vontade, o perigo atual do direito referido? 6) O réu não pôde evitar de outro modo, o perigo atual do mencionado direito? 7) O réu tinha o dever legal de enfrentar o perigo ocorrido?”

Estrito Cumprimento do Dever Legal: 1) “1) Autoria e materialidade; 2) Letalidade ou tentativa; 3) O réu praticou o fato no estrito cumprimento do dever? 4) O dever que o réu cumpriu era legal?”

Exercício Regular de Direito: “1) Autoria e materialidade; 2) Letalidade ou tentativa; 3) O réu praticou o fato no exercício regular de seu direito consistente em... (especificar). 4) Era regular o exercício desse direito? “

Fernando da Costa Tourinho Filho, que é citado por Damásio, adota praticamente os mesmos modelos de quesitos em seu Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, 3ª, edição, folhas 111 a 117.

Fernando Capez, na mesma obra já citada, página 278, apresenta modelo de quesitos para o caso de alegação de legítima defesa no delito de homicídio, no seguinte modo:

- 1) O réu, no dia 22 de janeiro do ano 200, por volta de 2 h, no interior de sua residência, efetuou disparos de arma de fogo em direção à vítima, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo necroscópico e fls. 18? (autoria e materialidade).
- 2) tais ferimentos foram a causa da morte dessa vítima? (letalidade). Este quesito só é indagado aos jurados se a resposta ao primeiro for afirmativa por unanimidade ou maioria de votos.
- 3) O rei praticou o fato em defesa de sua própria pessoa?
- 4) Defendeu-se de uma agressão atual?
- 5) Defendeu-se o réu de uma agressão iminente ? (A afirmação do quesito anterior torna prejudicada este).

6) Defendeu-se o réu de uma agressão injusta? (a resposta negativa ao quesito 3, aos quesitos 4 e 5 conjuntamente ou ao quesito 6 elimina a legítima defesa e o agente para a responder pelo crime cometido).

7) O réu empregou os meios necessários em sua defesa? (a resposta negativa a este quesito não afasta a legítima defesa, mas torna prejudicado o seguinte e leva diretamente à quesitação do excesso).

8) O réu usou dos meios necessários em sua defesa? (a resposta negativa a este quesito não afasta a legítima defesa, levando à quesitação do excesso).

9) O réu excedeu, dolosamente, os limites da legítima defesa? (Se afirmativo a resposta, surge o chamado excesso doloso ou consciente, e o agente responde pelo crime praticado, a título de dolo, não se beneficiando da legítima defesa; se negativa, passa-se ao quesito seguinte).

10) O réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa? (se afirmativa a resposta, o agente responde pelo crime que cometeu, a título de culpa; se negativa, os jurados responderam que houve excesso, mas que não derivou nem de dolo, nem de culpa, surgindo a chamada legítima defesa subjetiva ou excesso exculpante, em que não existe fato típico, ante a exclusão de dolo e culpa).

Portanto, constatamos que alguns autores, mesmo defendendo a necessidade do elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude, não o inclui na quesitação aos jurados, fato que constantemente ocorre nos tribunais deste país.

O professor Mirabete, em sua clássica obra *Processo Penal*, Editora Atlas, página 530, ao falar da quesitação da legítima defesa, assim estabelece:

“ Assim, quanto à legítima defesa, por exemplo, é necessário que se indague separadamente sobre a existência da agressão da vítima, sobre a injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários, à repulsa e sobre a moderação desses meios.”

Concluimos assim, que o jurista também não indica um quesito específico acerca do elemento subjetivo da legítima defesa.

Portanto, embora a maioria da doutrina seja clara acerca da necessidade do elemento subjetivo nas causas excludentes de ilicitude, a própria doutrina, assim como a jurisprudência, omitem-se sobre a necessidade da quesitação quando invocada uma causa excludente da ilicitude nos julgamentos pelo plenário do Tribunal do Júri.

Não há indícios acerca de qual seria o motivo dessa omissão pelos doutrinadores, sendo na verdade, em muitos casos, verdadeira contradição. Ademais, não nos parece razoável adotar e defender determinada teoria, para em seguida, às vezes na mesma obra, ao explicar o modo prático de aplicação da tese não cumprirem os seus próprios ensinamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que acima foi exposto, este pequeno texto tem a finalidade de alertar ao estudioso do direito que, uma vez adotada a teoria que exige o elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude, indispensável que se passe a quesitar referido elemento nos Conselhos de Sentença, sob pena de acabarmos por considerá-lo como sendo presumido em toda e qualquer alegação de excludente de ilicitude, o que certamente favorecerá à defesa, uma vez que não precisará se preocupar com a sua comprovação.

Finalmente, ousamos sugerir que os ilustres doutrinadores revisem suas obras, seja para considerar o elemento subjetivo como de desnecessária comprovação, seja para alterar os exemplos de quesitos sobre excludentes de ilicitude, para então incluí-lo, posto que, conforme tese por eles mesmos defendida, trata-se de requisito indispensável para a configuração de uma causa excludente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I : parte geral, 8 ed. São Paulo: Saraiva.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal, Volume 1, Parte Geral*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JESUS, Damásio Evangelista. Código Penal Anotado. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRABETE, Julio Fabrini. Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal , 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- TOLEDO. Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 3 ed. São Paulo> Saraiva, 1998

¹ Procurador Federal, Ex- Juiz de Direito no estado da Bahia, Professor de Direito Penal e Constitucional das Faculdades Integradas de Ourinhos-SP.