

# OBRIGATORIEDADE DO QUESITO DO EXCESSO CULPOSO EM TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Cláudio Barros Silva  
Promotor de Justiça

---

## SUMÁRIO:

- I – COLOCAÇÃO DA MATÉRIA;
  - II – DISCUSSÃO:
    - a) Tentativa;
    - b) Tentativa e crime culposo;
    - c) Legítima defesa como causa de justificativa da ilicitude;
    - d) Excludente putativa da legítima defesa;
    - e) O excesso;
    - f) O quesito obrigatório do excesso.
  - III – CONCLUSÃO.
- 

### I – COLOCAÇÃO DA MATÉRIA:

Recentemente a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado decidiu de forma diferente sobre a obrigatoriedade da quesitação do excesso culposo, negado o uso moderado dos meios necessários, em crime de homicídio tentado.

Em outubro de 1985, entendeu aquela Corte, sem voto divergente, em acordar nesses termos:

“Júri. Excesso culposo. Tentativa de homicídio. Não cabe formular quesito sobre excesso na legítima defesa oposta a tentativa de homicídio. A opinião dominante no direito nacional e no direito estrangeiro é no sentido de não ser possível se configurar a tentativa culposa, de vez que a idéia de tentativa exclui naturalmente a de culpa, se aquela pressupõe a intenção do resultado e esta se limita ao querer da ação” (1).

Por sua vez, a mesma Câmara, com composição parcialmente modificada, em 13 de fevereiro de 1986, acordou de forma totalmente contrária ao aresto anterior, nestes termos:

“Júri. Homicídio e tentativa de homicídio. Alegação de nulidade do julgamento porque o acórdão referente ao recurso-crime que pleiteava ‘impronúncia’ ou ‘absolvição sumária’ teria influenciado os jurados na decisão condenatória. Crítica ao aresto improcedente, até mesmo pela circunstância de que os jurados também decidiram a favor do réu, absolvendo-o de uma tentativa de homicídio. Nulidade do julgamento por falta de formulação de quesito obrigatório (excesso culposo). Súmula 156 do STF...” (2).

A relevância do tema é inegável, sendo necessário o enfrentamento das questões processuais e de direito material, para se ter, de maneira segura, qual das duas decisões está correta no oferecimento da prestação jurisdicional e que deverá servir como orientação ao questionamento para as decisões do Juiz Natural.

No primeiro acórdão, o desembargador relator Ladislau Fernando Rohnelt sustenta que, "se a imputação é tentativa de homicídio, ao Juiz não era dado consultar os jurados sobre o excesso culposo, uma vez negada a moderação." Esclarece o culto magistrado que "nem a lei nem a doutrina admitem que possa haver tentativa de crime culposo", sustentando que aconteceria se o Conselho de Sentença, caso questionado, afirmasse a existência de imoderação culposa, restando o réu condenado por homicídio culposo na forma tentada.

Já o eminente desembargador Antônio Augusto Fernandes, relator do segundo acórdão, não enfrenta a problemática da possibilidade da existência do crime tentado culposo, apenas sustentando ser imposição do Supremo Tribunal Federal a formulação do quesito obrigatório (3). No caso concreto, não tendo o juiz singular proposto o quesito, negada a moderação nos meios necessários de repulsa, nulo o julgamento, por contrariar posição da Corte Suprema.

## II – DISCUSSÃO:

### a) *Tentativa:*

O conceito moderno de crime sustenta a necessidade de uma conduta humana positiva ou negativa, contrária ao direito, por não estar protegida por causa que exclua a sua injuricidade (4). Se o agente percorreu todo o *iter criminis* e cumpriu as exigências do tipo penal querido, forçando um juízo de desvalor à ordem jurídica estabelecida e existente, estará praticando um crime consumado.

Tem-se, portanto, que crime é um fato típico e antijurídico, que será punível pela conduta do agente que contraria conscientemente a norma.

Entretanto, não são somente as condutas completadas que são puníveis. Se o agente não consegue alcançar o resultado pretendido, embora tivesse agido conscientemente na busca da consumação, praticando atos na realização do fato típico e exteriorizando a sua conduta em desobediência à norma penal, poderá estar praticando um fato punível, que será tentado, pois não obteve o resultado por impedimento estranho à sua vontade.

A realização do tipo penal, no *iter criminis*, se dá de forma progressiva, que se inicia pela cogitação e se conclui pela realização do resultado querido ou não.

Assim, a cogitação inicial é de ordem subjetiva, de formação meramente psicológica e irreconhecível externamente, não estando o agente sujeito a imposição de pena, por não haver crime. Já a fase preparatória sai do campo subjetivo e se manifesta externamente, passando haver ameaça concreta à ordem jurídica. Em regra os atos preparatórios não são puníveis, a não ser que sejam expressamente previstos em lei e preparem a realização de outro tipo penal.

Para a teoria objetiva individual, há que se fazer a distinção entre "começo da execução do crime" e "começo da execução da ação típica", pois o começo de crime é mais amplo. Welzel, aderindo à teoria de Beling, sustenta que o que

importa para a caracterização do começo da execução é que a ação típica resulte da base do plano individual do autor (teoria objetiva individual) e não do ponto de vista do observador hipotético que não conhece o plano delitivo do agente (teoria objetiva geral) (5).

O começo da execução, forma de exteriorização da vontade do agente, está baseado no plano individual, caracterizando apenas uma das fases do processo de movimento na busca de realização do fato típico. Não ocorrendo a complementação da vontade do agente na realização do tipo penal, não haverá consumação, sendo puníveis os atos de execução, se o agente não realizou o crime por circunstâncias ou fatores alheios à sua vontade.

#### *b) Tentativa e crime culposos:*

Mezger admite a tentativa nos delitos culposos, quando sustenta que é "mais correto afirmar que conceitualmente a tentativa de um crime culposos existe sempre que numa conduta culposa falte apenas o resultado necessário para a punibilidade da conduta" (6).

No entanto a maioria da doutrina não aceita a tentativa em crime culposos, pois tentativa requer sempre o dolo. Os finalistas afirmam que com a punibilidade da tentativa se castiga a vontade dirigida para a realização total do crime. Para a teoria normativa pura, na tentativa o tipo objetivo não está completo, mas o tipo subjetivo foi realizado integralmente, do mesmo modo do que o crime consumado, pois, se para a consumação é suficiente o dolo eventual, também o é para a tentativa.

O fato típico culposos e a tentativa são, portanto, noções contraditórias, pois naquele o agente vai além do que desejava, porque não queria o resultado, que ocorreu contra a sua vontade, mas lhe era previsível. Na tentativa, por sua vez, o agente fica aquém do resultado querido.

É possível, entretanto, se falar em tentativa culposos no caso das discriminantes putativas, consideradas erro de tipo permissivo pela teoria limitada da culpabilidade e previstas no artigo 20, parágrafo 1º, do Código Penal. Assim, o agente que atira contra o seu desafeto, impelido por erro inescusável com relação aos pressupostos fáticos da legítima defesa, quer o evento, dirige sua vontade ao resultado, empregando os meios adequados para consegui-lo. Se o agente não alcança o resultado, iniciando a execução do crime, sem consumá-lo por circunstâncias estranhas à sua vontade, pratica crime tentado, que será culposos, em face do aludido erro vencível ao apreciar a situação objetiva, com imprudência, negligência ou imperícia.

Todavia, para a teoria extremada da culpabilidade, por considerar as discriminantes putativas erro de proibição, não há como se punir a título de culpa, apenas a título de dolo, com a diminuição.

#### *c) Legítima defesa como causa de justificativa da ilicitude:*

Para Welzel, a antijuridicidade é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (7). Antijurídico, portanto, é o fato antagônico às exigências do direito em sentido

geral, tendo caráter objetivo, onde todas as pessoas, responsáveis ou irresponsáveis, podem praticar atos ilícitos.

A norma impositiva sempre traz no seu conteúdo a obrigatoriedade do não fazer o que está determinado. Havendo contrariedade à norma penal impositiva, a conduta é ilícita.

Há, entretanto, condutas que, embora típicas, são lícitas, porque ajustadas às fontes de justificação, que são a lei e a necessidade, no dizer de Soler. “Da primeira surgem o cumprimento da lei e o exercício regular de um direito; da necessidade surgem a legítima defesa e o estado de necessidade”. (8)

O artigo 25 do Código Penal, diz que age em legítima defesa aquele que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro.

Os requisitos da legítima defesa são claros e específicos, necessitando a presença de todos para o seu reconhecimento.

Ao tema proposto, no entanto, interessa tão somente o uso moderado dos meios necessários, que, se negado, por orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser quesitado, no caso de crime da competência do Tribunal do Júri, o excesso culposo.

A moderação no uso dos meios necessários consiste no emprego do meio escolhido da forma que seja menos lesiva. Está, portanto, a moderação concretamente ligada com o grau de intensidade do revide e aferição do meio usado, pois a reação defensiva não pode ultrapassar o grau de intensidade do que é razoavelmente exigido para conter e cessar a agressão.

Caso o agente ultrapasse o caráter objetivo da legítima defesa, agravando desnecessariamente os atos de reação defensiva no momento em que o agressor perde a sua potencialidade agressiva, estará ingressando no excesso, que será configurado como doloso, negado, nos crimes dolosos contra a vida, o quesito do excesso culposo.

*d) Excludente putativa da legítima defesa:*

A concepção normativa da culpabilidade, seja pela teoria extremada ou limitada, sustenta que não há como se pensar em culpa penal sem a consciência ou a potencial consciência da ilicitude do procedimento.

Walter Coelho esclarece que, colocado ao lado a concepção de erro de fato e erro de direito, hoje o problema se coloca na tipicidade e na ilicitude, sendo que a errada compreensão do fato típico levará ao erro de tipo e se a errada compreensão recair sobre a ilicitude, o erro será de proibição. (9)

As discriminantes putativas estão previstas no artigo 20, parágrafo 1º, do Código Penal, onde a norma penal afirma que é isento de pena o agente que, em razão de “erro plenamente justificado pelas circunstâncias”, supõe “situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.

A colocação topográfica das discriminantes putativas levou à crítica forte da maioria dos doutrinadores pátrios, que entendem as discriminantes putativas como erro de proibição (10). Estes doutrinadores, defensores da teoria extremada da culpabilidade, não tiveram a acolhida de suas argumentações pela Comissão que elaborou a parte geral do Código Penal, presidida por Francisco de Assis Toledo, defensor da teoria limitada da culpabilidade. (11)

Francisco de Assis Toledo, acolhendo a teoria limitada da culpabilidade, que difere da teoria extremada da culpabilidade apenas na questão das discriminantes putativas, procurou adaptar o novo Código Penal à jurisprudência contemporânea alemã e aos ensinamentos de Hans-Heinrich Jescheck e Günter Stratenwerth. A diferença entre as duas teorias se situa de "modo inconciliável", quando se pretende aplicar o erro que recai sobre uma causa de justificação da ilicitude. (12)

Para a teoria extremada, o erro que recai sobre uma causa de justificação da ilicitude será sempre erro de proibição, tornando impossível a punição por fato culposo ou o reconhecimento de excesso culposo na defesa, pois o erro de proibição, quando inevitável ou invencível, exclui a culpabilidade. Se, no entanto, o erro de proibição for evitável ou vencível, há a possibilidade de condenação por fato doloso, apenas. Não há, assim, que se pensar em punibilidade a título de culpa, porque não se pode pensar em fato doloso-culposo, ou fato doloso punível por culpa.

A teoria limitada da culpabilidade coloca restrições à teoria extremada no que refere ao crime culposo, pois poderá haver hipóteses de legítima defesa putativa, quando o agente não evita, como lhe era possível e devido, a prática do fato típico, agindo, assim, com imprudência, negligência ou imperícia, caracterizando o crime culposo. Pela teoria limitada da culpabilidade há a possibilidade da ocorrência de crime culposo na legítima defesa putativa. Este erro será chamado de erro de tipo permissivo, excluindo o dolo e permitindo a punição a título de culpa, se houver previsão legal. Para a teoria limitada somente ocorrerá erro de tipo permissivo (artigo 20, § 1º, CP), quando o erro for com relação aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação e vencível. Se o erro for sobre a existência de causa de justificação da ilicitude ou seus limites, haverá erro de proibição (artigo 21, CP), que, se vencível, será punido a título de dolo, com a diminuição legal.

*e) O Excesso:*

O excesso, por ser sempre antijurídico, caracteriza apenas a exclusão ou a diminuição da censurabilidade do comportamento.

Há, no Código Penal, artigo 23, § único, a possibilidade de excesso nas causas de justificação da ilicitude elencadas no artigo 23 do mesmo diploma legal.

Se o agente desenvolve sua ação se mantendo dentro dos limites fixados pela lei e pela necessidade reclamada pela norma justificadora, está praticando um fato lícito e jurídico. Se, entretanto, o agente ultrapassar, conscientemente, os limites impostos pela lei para a justificação da conduta, haverá excesso punível a título de dolo. Neste caso o agente, que iniciou o fato reagindo lícitamente, conscientemente volta-se à imoderação e à desnecessidade dos atos subseqüentes, ultrapassando os limites objetivos da defesa.

Poderá o agente, em defesa própria ou de terceiro, de forma involuntária e inconsciente, ultrapassar os limites objetivos da legítima defesa, sendo punível a sua conduta por culpa, eis que presente o excesso culposo. É, portanto, culposo o excesso, quando o agente queria o resultado necessário, proporcional e

autorizado, que tornou-se excessivo, por ser indesculpável, diante da forma precipitada e desatenta com que agiu. (13)

Haverá, também, excesso nas discriminantes putativas, embora a lei não afirme de forma expressa. Quando o agente se excede, involuntária e conscientemente, por erro evitável sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação da ilicitude, haverá excesso.

Jescheck sustenta que a justificação da ação defensiva pressupõe que a situação de legítima defesa haja ocorrido realmente e que a defesa seja necessária quantitativa e qualitativamente. "Se o autor atua em erro (legítima defesa putativa), a defesa será antijurídica. Se encontrará, então, em erro sobre o tipo permissivo, relativo aos pressupostos da legítima defesa, que deve contemplar-se como erro *sui generis*". (14) No entanto, se o excesso for por erro sobre os elementos normativos da ilicitude e seus limites, ocorrerá, se evitável, erro de proibição, sendo sempre doloso, com a diminuição, nos termos do artigo 21 do Código Penal.

Com efeito, diante das colocações, importa a consideração da ocorrência do excesso culposo na legítima defesa real, quando ocorrer a imoderação do uso dos meios necessários, por ato involuntário e inconsciente do agente na repulsa. Por sua vez, haverá excesso culposo na discriminante putativa da legítima defesa, se o agente ultrapassar, de forma involuntária e consciente, mas evitável, por erro, os pressupostos fáticos da legítima defesa.

#### *f) O quesito obrigatório do excesso culposo:*

Seguindo uma linha lógica para alcançarmos a conclusão do tema, impõem-se breves colocações sobre matéria processual, no que respeita aos quesitos a serem feitos ao Tribunal do Júri.

O artigo 484 do Código de Processo Penal disciplina o modo como serão formulados os quesitos, bem como determina a ordem de formulação.

Todavia, é questão que tem suscitado discussão e divergência jurisprudencial o fato que leva o juiz ter que fazer obrigatoriamente o questionamento do excesso culposo, quando negada a moderação dos usos necessários na legítima defesa real ou putativa, mesmo que, sequer, tenha sido tese de defesa direta ou indireta.

A fonte dos quesitos acusatórios está no libelo, que se prende à capitulação afirmada na pronúncia. Após os quesitos acusatórios, serão formulados os quesitos referentes às teses de defesa. Se o excesso culposo na legítima defesa real ou putativa não foi tese, deverá constar como quesito obrigatório? Se a defesa sustentou a moderação no agir do agente, poderá ser questionado que ele se excedeu culposamente?

O Supremo Tribunal Federal formou Súmula sobre a obrigatoriedade do quesito do excesso culposo, mesmo não tendo sido tese defensiva. Há, no entanto, Tribunais que têm sustentado que, "sendo negado, à unanimidade, o quesito relativo à moderação na legítima defesa, prejudicado resulta, em consequência, o pertinente ao excesso culposo". (15)

Parece incoerente o fato de que, negada a moderação, se reconheça o

excesso culposo na legítima defesa. Agindo imoderadamente, não há que se falar em legítima defesa.

Ademais, o maior problema se coloca no delito tentado, onde o agente, sequer, consumou o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, quando se tem que o agente, ao reagir a uma agressão injusta, atual ou iminente, usou imoderadamente os meios necessários ou desnecessários na repulsa, sem entretanto atingir o agressor no revide, se poderá falar em excesso culposo? Neste caso, negado o quesito da moderação do uso dos meios necessários na defesa, o Júri estará recusando a legítima defesa. E se pergunta, ainda, se o agente sequer atingiu ao pretense agressor por circunstâncias alheias à sua vontade, poderá lhe ser reconhecido o excesso culposo?

Se do questionamento se tira que o agente, ao reagir, foi imoderado no uso dos meios necessários na repulsa, no caso de tentativa de homicídio, afirmado o excesso culposo, se quesitado apenas pela obrigatoriedade, teremos, como resultado, a esquisita figura da tentativa culposa de homicídio.

Parece que, aceitando a doutrina dominante, não há que se falar em tentativa culposa, pois na tentativa o agente vai além do que desejava e no delito culposo o agente vai além do que desejava.

Assim, não serve ao caso, a simples alegação de que o quesito do excesso culposo é obrigatório, por ter sido sumulado no Supremo Tribunal Federal, devendo ser questionado o Júri, tão somente, quando for tese de defesa o excesso culposo.

### III – Conclusão

As conclusões da tentativa de harmonização das colocações expostas nos julgados que originaram este trabalho têm os seguintes contornos para a solução dos problemas surgidos:

1º) O quesito do excesso culposo, nos crimes tentados ou consumados contra a vida, negada a moderação dos meios necessários na legítima defesa, não pode ser obrigatório, devendo ser formulado ao Tribunal do Júri, se for tese de defesa e requerido ao Juiz Presidente;

2º) se, negada a moderação dos meios necessários na repulsa, o Júri afirma que o agente se excedeu, sendo que, se não consumou o delito, ao reagir com excesso, por circunstâncias alheias à sua vontade, é vedado, na legítima defesa real, a quesitação do excesso culposo, mesmo sendo tese de defesa, pois a lei e, tampouco, a doutrina, aceitam a possibilidade da ocorrência de tentativa de homicídio culposo;

3º) no caso de legítima defesa putativa, é possível que se proponha ao Júri o quesito do excesso culposo, negada a moderação dos meios necessários na repulsa, quando for tese de defesa. Neste caso, o agente, por erro evitável, reage imoderadamente, se excedendo de forma involuntária e consciente, com relação aos pressupostos fáticos da legítima defesa. Como o Código Penal acolheu a teoria limitada da culpabilidade no artigo 20, § 1º, é possível a punição do fato a título de crime culposo, mesmo tentado, porque o erro evitável sobre os pressupostos fáticos de causa de justificação não excluem a culpabilidade.

**Cláudio Barros Silva**  
Promotor de Justiça

## BIBLIOGRAFIA

- 1) RJTJRGS nº 115/122.
- 2) RJTJRGS nº 117/100.
- 3) Súmula 156 STF.
- 4) MIRABETE, Júlio Fabrini, Manual de Direito Penal, Vol. 1, pág. 99.
- 5) WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Editora Jurídica de Chile, 11ª ed., pág. 263 e 264.
- 6) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 2ª ed., 1949, Vol. II, pág. 221.
- 7) WELZEL, Hans, ob. cit. pág. 76.
- 8) SOLER, Sebastián, Causas de Justificação da Conduta, Rev. Direito Penal, pág. 7.
- 9) COELHO, Walter Marcilgil, Erro de tipo e erro de proibição, *in* Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro, Fabris, 1985, pág. 81.
- 10) MIRABETE, Júlio Fabrini, Manual de Direito Penal, Atlas, 1985, pág. 202; FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de Direito Penal, Forense, 1985, pág. 216; COSTA JR. Heitor, Aspectos da Parta Geral do Anteprojeto do Código Penal, RT nº 555/462; MUNHOZ NETO, Alcides, A ignorância da antijuridicidade em matéria penal, Forense, 1978, pág. 112.
- 11) JESUS, Damásio Evangelista de, Teoria Geral do Novo Sistema Penal, *in* Curso Sobre a Reforma Penal, Saraiva, pág. 13, 1985.
- 12) TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 1987, pág. 273.
- 13) MIRABETE, Júlio Fabrini, ob. cit. pág. 192.
- 14) JESCHECH, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Borch, 1978, pág. 475.
- 15) RT nº 428/308; 458/327; 520/483