

---

Andreas Eisele

---

DIREITO  
PENAL  
*Teoria do delito*

*Prefácio*  
*Ministro Rogerio Schietti Cruz*

2<sup>a</sup> edição

---

*revista, atualizada  
e ampliada*

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# § 1

## CONCEITO DE DIREITO PENAL

### 1. O OBJETO DO CONCEITO

Os grupos sociais adotam orientações éticas, conforme as quais são definidos os comportamentos considerados adequados ou inadequados em um determinado contexto histórico. Esses modelos comportamentais são elaborados pela cultura de cada grupo e, dentre os comportamentos considerados inadequados, alguns são ainda classificados como intoleráveis devido à sua gravidade.

Para impedir a realização dos comportamentos intoleráveis, as sociedades se organizam e criam instrumentos de controle, com os quais pretendem assegurar a imperatividade da ética social.<sup>1</sup> Estes instrumentos de controle podem ser informais, como é o caso da reação cultural espontânea do grupo em relação à pessoa que realiza comportamentos antiéticos, ou formalizados em instituições, como é o caso das escolas, igrejas etc.

Em âmbitos sociais politicamente organizados na forma de um Estado, o principal instrumento formal e institucionalizado de controle social é o Direito, e o conteúdo do Direito é formado a partir de decisões políticas

---

1 A ética é um sistema social valorativo que tem por objeto os comportamentos das pessoas. Este sistema classifica determinadas condutas (efetivamente realizadas pelo sujeito) como positivas ou negativas, e dentre estas algumas ainda são consideradas toleráveis e outras intoleráveis.

A ética não necessariamente se identifica com a moral.

O âmbito da moral é referenciado a um juízo valorativo interno do sujeito, conforme o qual cada pessoa concebe determinadas situações (apenas idealizadas ou efetivamente implementadas pelo sujeito) como positivas ou negativas. Ou seja, é relacionado com as classificações de bem e mal, bom e ruim, certo e errado etc., que o sujeito internamente elabora em face de seus valores subjetivos, culturalmente construídos.

que definem as pautas comportamentais consideradas adequadas ou permitidas, além das necessárias ou obrigatórias, e as intoleráveis ou proibidas, e para regulamentar essas formas comportamentais são estabelecidas normas de conduta impostas aos integrantes do grupo social.

O Direito Penal é formado por uma parte dessas normas, e consiste em um instrumento de controle social formal institucionalizado, cujo conteúdo é composto por normas que definem algumas condutas consideradas intoleráveis em um Estado determinado, e para assegurar a eficácia dessas normas são estabelecidas sanções a serem aplicadas às pessoas que as descumprirem.

O conteúdo do ordenamento jurídico-penal é constituído por *normas de conduta*, mediante as quais são impostas proibições e obrigações comportamentais, e *normas estruturais*, mediante as quais são atribuídas consequências jurídicas às pessoas que descumprirem as respectivas normas de conduta, e também são definidos os institutos que regulamentam a aplicação destas normas.

O Direito Penal é um instrumento criado para o exercício de um poder, mediante o qual a parcela social politicamente dominante em um Estado (que em uma democracia se compõe da maioria de seus cidadãos) impõe limites ou obrigações comportamentais aos sujeitos integrantes da sociedade de forma geral, definindo o modelo ético comportamental juridicamente admissível neste contexto, e define as consequências jurídicas de carácter sancionatório a serem aplicadas às pessoas que realizarem comportamentos classificados como eticamente inadmissíveis.

## 2. A DENOMINAÇÃO DA MATÉRIA

Atualmente a denominação do instituto como Direito Criminal ou Penal é uma questão meramente estética, pois não há diferença relevante entre o significado dos dois termos. Até meados do século XIX, a expressão “Direito Criminal” era preferida entre os juristas alemães, italianos, hispânicos e portugueses. Porém, atualmente a expressão “Direito Penal” é utilizada de forma generalizada nesses países (embora no Direito francês ambas as denominações sejam utilizadas indiferentemente, e no Direito inglês e norte americano seja predominante a denominação Direto Criminal). Não obstante, alguns autores preferem expressões que não se refiram às consequências jurídicas do delito (pena), mas sim aos pressupostos destas (ou seja, o delito ou crime), motivo pelo qual consideram mais adequada

a expressão “Direito Criminal”. Paralelamente, outros autores concordam com a adequação da referência às consequências jurídicas do delito, mas consideram que seria mais adequada a utilização de uma expressão que abrangesse, além das penas, as outras medidas que podem ser impostas em consequência desta espécie de fato.<sup>2</sup>

Embora se possa conceber uma diferença de ênfase entre as expressões “Criminal” e “Penal”, indicando-se a natureza delitiva dos fatos regulamentados ou as respectivas consequências jurídicas, os dois termos são considerados sinônimos no âmbito pragmático e, ainda que a expressão “Penal” possa ser considerada insuficiente para abranger outras medidas distintas das penas, se concebida em uma acepção semântica estrita, é utilizada em um sentido ampliado no âmbito teórico para indicar todas as consequências jurídicas do delito. Ou seja, ambos os termos são empregados com o mesmo significado, tanto na teoria quanto na prática jurídica e, portanto, não há repercussões práticas relativas à discussão sobre esta especificação conceitual.

### 3. A CONCEPÇÃO REVOLUCIONÁRIA LIBERAL

Durante a Antiguidade e a Idade Média, o poder de controle social e consequente aplicação de consequências jurídicas de conteúdo penal era exercido pelo soberano de cada povo. Nesse contexto, o Direito Penal se confundia com a expressão do poder do próprio soberano, e as leis eram uma manifestação formal desse poder, ou seja, o modo como este poder era comunicado à população.

Este sentido do Direito Penal permaneceu praticamente inalterado por aproximadamente 4200 anos, desde o início de sua história (cujo registro escrito mais antigo, entre os conhecidos, é o Código de Urukagina, do século XXIV a.C.), até o final da Era Moderna (definido pela Revolução Francesa em 1789).

Uma exceção, que originou a mudança desse sentido, ocorreu em 1215, por ocasião de um acordo realizado entre a nobreza inglesa e o Rei João da Inglaterra (chamado “Sem Terra” por ter perdido seus territórios continentais para a França). Este acordo foi denominado Magna Carta, e nele o poder do soberano foi limitado e subordinado à lei, o que alterou

2 MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*. p. 3-4 (§ 1, I); ROXIN, Claus. *Strafrecht*. 1. Band. p. 2-3 (§ 1, Rn. 4); JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch...* p. 10 (§ 2, I, 1).

## § 2

# ÂMBITO DO CONTROLE E INTERVENÇÃO PENAL

O ordenamento jurídico-penal define os limites éticos a serem observados nos comportamentos sociais, mediante comandos normativos que proíbem ou impõem a prática de condutas específicas.<sup>1</sup> Este âmbito do poder de controle penal juridicamente formalizado é uma expressão do Estado, e o conteúdo do ordenamento jurídico é determinado pelo modelo político estatal. Portanto, nos sistemas políticos predominantemente liberais há uma tendência a minimizar os âmbitos da atuação estatal, ampliando a liberdade individual, e os sistemas políticos de orientação ideológica socialista tendem a ampliar o controle e a intervenção estatal, atribuindo predominância ao interesse comum em detrimento dos interesses individuais. Do mesmo modo, sistemas políticos totalitários tendem a maximizar o controle e a intervenção estatal, para garantir a estabilidade do exercício do poder por um determinado grupo de pessoas. Portanto, o conteúdo do sistema penal reproduz o modelo de Estado.<sup>2</sup>

Em decorrência da ampliação da complexidade social e da expansão do modelo social-democrata de Estado, houve uma ampliação do

---

1 Esta regulamentação é orientada à tutela de interesses socialmente relevantes, e não deve abranger o âmbito moral interno individual do sujeito (no qual se situam as posturas ideológicas, as opções religiosas, os aspectos relativos à personalidade etc.).

2 Por este motivo, um Estado constitucionalmente liberal não pode ter um Direito Penal socialista (e vice-versa), e um Estado politicamente complexo, que se configure como uma síntese de institutos liberais, sociais e mistos, terá um Direito Penal com estas mesmas características, sem exclusividade de qualquer destas orientações políticas.

âmbito do Direito Penal,<sup>3</sup> o que é criticado por defensores de propostas políticas que visam a diminuição do âmbito do controle e intervenção penal. Um dos principais argumentos utilizados para esta crítica é o fato de que esta dimensão do Direito Penal eliminaria a característica de excepcionalidade desta forma de intervenção estatal (ou seja, seu caráter subsidiário).

Independentemente da ideologia que orienta cada postura política em relação a este tema, o fato é que o modelo de Direito Penal é determinado pelo modelo de Estado. Portanto, se no âmbito constitucional é atribuída relevância a interesses coletivos, transindividuais e difusos (como é o caso do meio ambiente, das relações de consumo, da economia etc.), e reconhecido o significado social e as repercussões práticas das atuações das pessoas jurídicas, haverá uma tendência à elaboração de um Direito Penal com um conteúdo coerente com estes aspectos.

## 1. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE (REFERÊNCIA AO BEM JURÍDICO)

Uma das principais referências para a análise da legitimidade do controle penal é a finalidade da norma, porque somente é possível identificar o significado da atuação estatal quando se considera seu porquê. Portanto, além da necessidade de o Direito Penal estar definido em lei (para que a norma possa ser conhecida por seus destinatários),<sup>4</sup> sua legitimidade é condicionada à adequação sociocultural, ética e política do objetivo da norma.

A finalidade de cada norma penal é a tutela de um bem ou interesse, o qual indica a espécie do delito e sua gravidade.<sup>5</sup> Portanto, um fato que não afete a nenhum bem ou interesse, distinto da mera vulneração da norma, não tem um fundamento material (conteúdo significativo) para ser classificado como crime.<sup>6</sup>

A necessidade de consideração do conteúdo concreto dos efeitos do fato ilícito no âmbito das relações sociais para a fundamentação da inter-

---

3 Esta expansão é pejorativamente denominada como “hipertrofia penal”, “Direito Penal máximo”, “panpenalismo” ou “inflação criminal”.

4 HOBBS, Thomas. *Leviathan*. p. 278-279 (Chapter 27).

5 MONTESQUIEU, Baron de la Brède et de. (SECONDAT, Charles Louis de) *De l'esprit...* p. 433-435 (Livre XII, Chapitre IV).

6 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* p. 46 (§ 8).

venção penal, forma o conteúdo do princípio político da lesividade (ou ofensividade), e o objeto de referência deste princípio é o bem jurídico.

Um bem é um objeto apto a satisfazer uma necessidade humana,<sup>7</sup> motivo pelo qual é culturalmente valorado e, devido à sua utilidade, pode ser objeto de um interesse de alguém. Quando um bem ou interesse é objeto de regulamentação jurídica, e fundamenta uma norma penal cuja finalidade é sua tutela, se torna um bem jurídico. Portanto, o bem jurídico é um bem socialmente valorado (em relação ao qual pode estabelecer-se um interesse), que é objeto de regulamentação jurídica, e fundamenta uma norma de conduta.

Por exemplo, um automóvel é um bem material, e a propriedade é um direito a esse bem que expressa um interesse do titular (proprietário) em relação ao objeto (automóvel). Neste contexto, a finalidade da norma de conduta é impedir a realização de algumas situações de fato que afetem o interesse juridicamente protegido (propriedade) de determinadas formas. Nesta relação, o bem jurídico é o interesse protegido (a propriedade), e o bem material é o objeto do interesse (ou seja, o objeto do bem jurídico, que no caso é o automóvel).

A especificação do bem jurídico como o objeto de proteção da norma e fundamento da atuação estatal, ressalta o caráter instrumental do Direito Penal, e devido a esta relação se atribui um caráter protetor à norma penal.

Dessa forma, o requisito da afetação do bem jurídico (ou seja, sua ofensa mediante a lesão ou exposição a perigo do objeto que o representa) é um critério político que orienta a intervenção penal, e configura o conteúdo do princípio da lesividade (ou princípio da ofensividade). A lesividade do fato em relação ao bem jurídico tutelado pela norma penal é um requisito político necessário para justificar a intervenção penal do Estado. Por este motivo, os fatos que não tiverem esta característica não devem ser penalmente relevantes, pois não constituem uma hipótese que justifica a atuação estatal na área penal. Em consequência disto, uma atuação estatal em uma situação na qual não estivesse configurada a afetação ao bem jurídico seria ilegítima.

7 ROCCO, Arturo. L'oggetto... p. 262-267 (n. 82-84).

# § 3

## LEI E NORMA

---

A lei e a norma não são a mesma coisa. A primeira é o veículo de comunicação da segunda, e esta é o conteúdo significativo daquela.

A lei é o texto (enunciado ou preceito) de caráter descritivo, mediante o qual a norma (abstratamente considerada) é transmitida do legislador para o intérprete. A norma é um comando (de configuração ideal) de conteúdo prescritivo, abstraído a partir da interpretação do conteúdo da lei.

A norma pode ter por objeto a regulamentação de uma conduta (e neste caso consiste em uma proibição, permissão ou obrigação), e também pode ter por objeto uma regulamentação estrutural (neste caso atribui consequências jurídicas a situações de fato, ou disciplina a forma de sua incidência).

Por exemplo, uma norma de conduta consistir no comando: “é proibido matar”, e uma norma estrutural pode cominar uma pena de prisão a quem descumprir a norma de conduta. A lei que veicula estas normas é o art. 120 do CP, que tem o seguinte conteúdo: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”.

A lei penal é estruturada em duas partes: o preceito e a sanção. Uma parte da lei (o preceito) descreve uma hipótese, veiculando a norma de conduta respectiva (cujos destinatários são as pessoas integrantes da sociedade civil), enquanto a outra parte da lei prescreve as possíveis consequências jurídicas (sanções) incidentes em relação aos sujeitos que descumprirem a norma de conduta. Esta segunda parte da lei veicula uma norma estrutural (cujo conteúdo consiste na atribuição de consequências jurídicas incidentes em decorrência da realização da situação correspondente ao descumprimento da norma de conduta), cujos destinatários são os funcionários públicos

que têm a atribuição de sua aplicação e implementação (incidência) efetiva, ou seja, os juízes.

A norma é um comando incluído no preceito pelo legislador,<sup>1</sup> cujo conteúdo é abstraído pelo intérprete mediante a formação do sentido do texto legal. A norma de conduta é o imperativo imposto pelo Estado que proíbe, manda ou permite a realização de comportamentos. Desta forma, enquanto a lei (preceito) veicula a descrição do tipo correspondente ao crime de homicídio nos seguintes termos: “matar alguém”, a norma comportamental respectiva consiste no comando: “é proibido matar” (estruturado em decorrência da interpretação do conteúdo significativo do texto legal).<sup>2</sup>

Na configuração formal do tipo (na lei), a norma de comportamento pode ser veiculada de forma direta (por exemplo, mediante um texto que assim disponha: “é proibido matar alguém”) ou indireta (por exemplo, mediante um texto que veicule a descrição da conduta de “matar alguém”, sem a indicação expressa da proibição, a qual é abstraída em face da cominação de uma sanção aplicável a quem, eventualmente, vier a realizar o comportamento). Por este motivo, pode-se afirmar que, ao praticar um delito, o sujeito não necessariamente descumpre a lei penal, mas sim a norma correspondente, devido à possibilidade de sua configuração na

1 Por este motivo, Binding afirma que a norma precede conceitualmente à lei, pois a concepção ideal do modelo de conduta proibida ou obrigatória é formulada pelo legislador no plano abstrato do raciocínio, antes da elaboração da lei que formaliza linguisticamente o comando [BINDING, Karl. Die Normen... I. Band. p. 42-45 (§ 6, I, 3)]. Esta concepção foi parcialmente adotada por Mayer, o qual, porém, especificou que a norma era um elemento cultural prévio ao ordenamento jurídico [MAYER, Max Ernst. Rechtsnormen... p. 19-21 (1. Teil, 2. Kap. II, 2)], que lhe fundamentaria. Portanto, antes da veiculação de tal “norma” no ordenamento jurídico mediante sua formalização em lei, não se trataria efetiva e tecnicamente de uma “norma jurídica”, mas de um imperativo ético, ou uma norma de cultura. De fato, em um Estado de Direito não há como admitir uma norma jurídica impositiva de uma proibição ou de uma obrigação cuja existência seja anterior à sua definição legal [MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Strafrecht. 1. Teilband. p. 263 (§ 19, Rn. 25)]. Portanto, a relação entre a concepção normativa abstrata do conceito que precede à elaboração da lei, e os efeitos jurídicos da definição legal da norma, deve ser considerada apenas no plano teórico ideal, e não no jurídico prático, porque neste caso seria incompatível com o caráter constitutivo (e não meramente sancionador) da lei penal, e com o aspecto garantista do princípio da legalidade, que impede a implementação de normas penais anteriormente à lei. Ademais, a ausência dessa classificação (distinção) possibilitaria a consideração da existência de normas penais sem sanção, como salienta Soler [SOLER, Sebastian. Derecho... tomo I. p. 123-125 (§ 13, IV)], o que é incompatível com a natureza destas normas, ou mesmo, como entende Kelsen, com a natureza de qualquer norma jurídica [KELSEN, Hans. Reine... 2. Auflage. p. 51-55 (I, 6, d); Allgemeine... 43-44 (15)], pois é a sanção que impõe coercitividade a este tipo de normas, distinguindo-as das normas meramente éticas.

2 A distinção entre lei e norma também é adotada por Guastini, o qual designa a ambas, respectivamente, como “disposição e norma” [GUASTINI, Riccardo. Dalle fonti... p. 16-17 (I, 2)]. Para distinguir estes objetos, Kelsen e Alexy utilizam a denominação “norma e enunciado normativo” [KELSEN, Hans. Allgemeine... p. 21 (8, II); ALEXY, Robert. Theorie... p. 42-43 (Kap. 2, I, 2)].

forma indireta, pois o texto pode definir a conduta “matar alguém”, em vez de descrever a norma “é proibido matar alguém”, e se o sujeito efetivamente vier a matar alguém, estará descumprindo a norma, mas realizando a conduta descrita em lei, de modo que, figurativamente, se poderia dizer que ele estaria “fazendo o que a lei descreve”.<sup>3</sup>

## 1. ASPECTOS ESTÁTICO E DINÂMICO DA NORMA<sup>4</sup>

A expressão estática da norma tem por objeto o conteúdo do comando em um plano ideal e hipotético (ou seja, geral), não referenciado a uma situação concreta e individualizada.

Sem embargo, a norma pode ser analisada mediante duas perspectivas, pois tanto é o comando que o legislador formalizou em linguagem escrita quando elaborou o texto legal, quanto é (igualmente) o comando elaborado pelo intérprete, quando estrutura o conteúdo significativo do texto mediante sua interpretação em tese. O resultado da interpretação configurará o comando normativo específico que pode incidir em relação a uma situação concreta individualizada.

A concepção dinâmica da norma corresponde à aplicação do comando normativo à situação fática, com a determinação de seu conteúdo específico para a realidade concreta considerada. Por exemplo, no âmbito estático a norma pode dispor ser proibido pisar na grama e, no âmbito dinâmico, definir que o ato realizado por uma pessoa (individualmente considerada), consistente em ter pisado na grama em uma determinada data e local, é proibido.

Portanto, a expressão estática da norma é definida no âmbito abstrato, e a expressão dinâmica o é no âmbito concreto.

## 2. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PENAIS

As normas penais podem ser classificadas no âmbito da ciência jurídica em três modalidades, quais sejam: a) normas de conduta incriminadoras; b)

3 BINDING, Karl. Handbuch... p. 155 (§ 30); Die Normen... I. Band. p. 3-7 (§ 1, I).

4 Esta nomenclatura é adotada por Kelsen [KELSEN, Hans. Reine... 2. Auflage. p. 72-73 (III, 15)], e empregada no presente trabalho para distinguir a expressão abstrata dos comandos normativos no plano ideal, de sua efetiva incidência concreta na realidade empírica.

# § 8

## EFICÁCIA DO CONTEÚDO DA LEI PENAL NO TEMPO

Entre o momento da ocorrência do delito e o do julgamento do sujeito que o praticou, ou o do término da execução da sanção aplicada na condenação ou, ainda, o momento em que a punibilidade relativa ao fato é extinta por qualquer outro motivo, pode ocorrer uma alteração do conteúdo da legislação, com a modificação da norma de conduta, ou das consequências jurídicas correspondentes.

Esta sucessão temporal de leis implementa uma situação de cumulação (concurso) de dispositivos legislativos regulamentando o mesmo fato, sendo necessário definir se ambos incidirão de forma complementar, ou apenas um deles alternativamente e, neste caso, qual dos dois prevalecerá sobre o outro.

Embora a regra geral de incidência das normas jurídicas seja a de que a norma aplicável a uma situação é a que estiver em vigência no momento da ocorrência do fato, no âmbito penal deve ser aplicado o conteúdo da lei que for mais favorável ao sujeito (salvo se uma das leis for estruturada na forma de lei temporária ou excepcional). Ou seja, a norma benéfica possui eficácia retroativa, podendo ser aplicada em relação a fatos ocorridos anteriormente ao momento de sua vigência, e também tem eficácia ultra-ativa, aplicando-se a fatos ocorridos após sua revogação. Portanto, sua revogação (em decorrência da qual perde sua vigência) não acarreta a exclusão de sua incidência (eficácia) futura, em relação a fatos ocorridos durante seu período de vigência. Por este motivo, a norma penal benéfica é extra-ativa.<sup>1</sup>

---

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições... p. 123 (n. 93).

Portanto, se a legislação for modificada após a realização da conduta,<sup>2</sup> o conteúdo normativo que incidirá em relação ao sujeito será o mais benéfico a este, aplicando-se o conteúdo da legislação vigente no momento da ocorrência do fato de forma ultra-ativa, ou o daquela cuja vigência ocorreu posteriormente, de forma retroativa.<sup>3</sup>

Para a definição da norma aplicável em relação ao fato deve ser considerada a lei em vigência no momento da prática da conduta, mesmo que o evento (resultado) que implemente a consumação do fato típico ocorra (ou devesse ocorrer, na hipótese da tentativa) posteriormente, pois, como se trata de uma norma de conduta, para alcançar sua finalidade de garantia deve estar em vigor anteriormente à prática da conduta ou, no caso de crimes permanentes ou plurissubsistentes, estar em vigor durante ao menos uma parte da execução da conduta. No caso de continuidade delitiva, porém, como se trata de vários delitos, a cada um dos delitos da série será aplicada a norma em vigência no momento da prática da conduta correspondente.

Esta regra não é modificada caso a sucessão temporal de leis ocorra mais de uma vez, como poderia acontecer, por exemplo, na hipótese de duas sucessões, em decorrência do que três leis poderiam (em tese) ser aplicadas. Se ocorrer mais de uma sucessão temporal de leis (por exemplo, se após a realização do fato a legislação for modificada sucessivamente por duas vezes), pode ser que a lei mais benéfica seja uma cujo período de vigência foi intermediário entre o correspondente à que estava em vigência no momento da prática do fato, e o referente à disposição vigente no momento da prolação da sentença ou da execução da pena. Ainda nesta hipótese incidirá a lei cujo conteúdo for mais benéfico ao sujeito, porque em relação à lei anterior é aplicada a regra da retroatividade da lei mais benéfica, e em relação à lei posterior (a última) é aplicada a regra da irretratividade da lei mais restritiva.

---

2 Inclusive a de estrutura complementar, que configura o significado de elementos normativos das leis penais em branco.

3 Uma questão interessante é apresentada por Zaffaroni, Alagia e Slokar. Trata-se da alteração normativa implementada pela redefinição interpretativa do conteúdo da legislação devido a uma mudança de entendimento jurisprudencial, sem que haja alteração legislativa. Estes autores propõem a aplicação da regra da retroatividade da mudança normativa em caso de redefinição jurisprudencial benéfica [ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho... p. 126 (§ 10, VII)]. Efetivamente, a proposta é politicamente coerente com o sistema penal, e adequada no âmbito teórico. Porém, sua implementação prática envolve problemas operacionais ainda não superados, embora este óbice não deva excluir a possibilidade de desenvolvimento de instrumentos adequados a viabilizá-la.

Para a apuração da benignidade (favorabilidade ao sujeito) na situação concreta, devem ser comparados os efeitos que a aplicação de cada lei geraria em relação ao fato determinado, e ao sujeito específico, e não apenas o conteúdo de suas disposições em tese (abstratamente consideradas).<sup>4</sup> Ou seja, devem ser elaboradas hipotéticas incidências do conteúdo de ambas as legislações à situação analisada, e comparados os efeitos de cada qual, para ser apurada a benignidade com referência às possíveis situações concretas, e não somente em relação aos conteúdos dos dispositivos legais.<sup>5</sup>

Caso haja dúvidas em relação à apuração da benignidade, devido à diversidade da qualidade ou espécie de consequências que podem incidir em relação ao fato,<sup>6</sup> nada impede que o acusado seja consultado a respeito, para que opte por uma das alternativas possíveis.<sup>7</sup>

Tais regras (retroatividade e ultra-atividade da norma) incidem apenas em relação às normas penais, não abrangendo as normas processuais, devido ao caráter operacional destas. Por este motivo, o art. 2º do CPP estabelece que “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Portanto, salvo regra específica diversa, as normas processuais não são retroativas, nem ultra-ativas.

Neste caso deve ser considerado que a natureza da norma (penal ou processual) não é determinada por sua forma, ou seja, pela circunstância de o preceito que a veicula estar contido em uma lei (ou código) penal ou processual, mas por seu conteúdo, motivo pelo qual, tanto uma lei penal pode conter normas processuais, quanto pode ocorrer o contrário.

## **1. IRRETROATIVIDADE DO CONTEÚDO DA LEI MAIS RESTRITIVA (*NOVATIO LEGIS IN PEJUS E NOVATIO LEGIS INCRIMINADORA*)**

Uma lei que entre em vigor após a ocorrência do fato pode passar a qualificá-lo como delito (na hipótese de aquele anteriormente configurar

4 MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*. p. 67 (§ 8, III).

5 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht*. 1. Teilband. p. 155-156 (§ 12, Rn. 14).

6 Um exemplo hipotético no qual esta situação poderia ocorrer, consistiria na comparação entre duas leis sucessivas que, para a mesma modalidade delitiva, cominassem penas diferenciadas da seguinte forma: a) a primeira comine uma pena de 1 a 2 anos de reclusão, sendo, porém, possível a suspensão condicional da execução da pena e; b) a segunda comine uma pena de 6 meses a 1 ano de detenção, não sendo possível, entretanto, a suspensão condicional da execução da pena.

7 Esta solução é, inclusive, expressamente adotada no ordenamento jurídico-penal espanhol (art. 2º.2 do CP espanhol).

um fato penalmente irrelevante), ou atribuir consequências jurídicas mais restritivas a um fato já proibido por uma norma penal.

A primeira situação (instituição hipotética e abstrata da definição da tipicidade em tese) é denominada como *novatio legis incriminadora*, e a segunda (regulamentação mais restritiva de uma situação já proibida pelo ordenamento jurídico-penal) como *novatio legis in pejus*. Um exemplo da primeira hipótese poderia ocorrer com a tipificação, como crime, da inadimplência contratual e, da segunda, com o aumento da quantidade de pena cominada a um delito. A diferença entre ambos os institutos é que, no caso de ocorrência de *novatio legis incriminadora*, a hipótese regulamentada não era classificada como delito e passa a sê-lo, enquanto no caso de *novatio legis in pejus* a hipótese já era classificada como delito, mas suas consequências jurídicas são agravadas porque a situação do sujeito é modificada em desfavor deste.

Em ambas as hipóteses o conteúdo da lei posterior não poderá ser aplicado em relação ao fato, devido ao princípio da anterioridade da lei penal veiculado pelo art. 1º do CP. Portanto, a eficácia da lei penal anterior, existente no momento da realização do fato, é ultra-ativa, pois seus efeitos são aplicados mesmo após o término de sua vigência. Tanto no caso de *novatio legis in pejus*, quanto no caso de *novatio legis incriminadora*, o fato realizado antes da vigência da norma penal correspondente não é abrangido por ela.

Caso uma conduta atípica realizada de forma permanente ou habitual passe a ser proibida pela incidência da vigência de uma lei penal incriminadora, os atos realizados anteriormente à referida vigência serão penalmente irrelevantes, e os atos posteriores poderão constituir delitos, caso configurem fatos típicos de forma autônoma (em decorrência da análise da tipicidade das características do fato, ou da parcela deste, ocorrido exclusivamente após a vigência da lei posterior). Uma situação similar ocorrerá se passar a vigor uma lei mais restritiva, cujo objeto regulamente um crime habitual, ou realizado de forma permanente.

Por exemplo, se alguém estiver realizando uma conduta correspondente ao exercício ilegal de profissão (que é um delito habitual tipificado no art. 47 da LCP), e a legislação for alterada, com a classificação deste fato como um crime (e não mais uma contravenção penal), os fatos anteriores à modificação legislativa serão classificados como uma contravenção penal, e os fatos posteriores somente serão classificados como crime se sua consi-

# § 22

## O DOLO<sup>1</sup>

---

1 A categoria técnico-jurídica denominada dolo (considerada como critério distintivo entre as condutas realizadas de forma intencional e as decorrentes de falta de cuidado) não tem uma origem histórica precisa. Porém, há registros de sua existência na antiguidade, tanto em textos da mitologia grega, quanto da romana [HOMERO. *Odisséia*. p. 62/178/179/308/323/397 (C. III, v. 249; C. X, v. 232/258; C. XVIII, v. 57; C. XIX, v. 137/151; C. XXIV, v. 141); VERGÍLIO. *Eneida*. p. 32/73/77/83/96/101/123/142]. Nesse contexto, o termo tinha uma conotação preponderantemente ética, relacionada à malícia e à má-fé, e este sentido se manteve até a legislação bizantina que, inclusive, adotou a expressão “*dolus malus*” para caracterizar a conotação semântica negativa do termo [Digesto: Ulpianus. L. 2, 14 (*De pactis*), 7, § 9-10; L. 50, 16, (*De verborum significatione*), 69; L. 50, 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), 23; Iulianus. L. 50, 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), 63]. Esta expressão adjetivada (“*dolus malus*”) foi, inclusive, empregada por Cícero na prática jurídica [CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*. p. 328/331 (III, 60-61)], o que evidencia o conteúdo valorativo desse instituto jurídico.

Este mesmo sentido ético-valorativo foi adotado no âmbito da legislação medieval influenciada pelo Direito Romano (como ocorreu, por exemplo, no Código Visigótico: L. II, T. I, XX; L. VI, T. I, II; L. VI, T. I, IV e L. XII, T. II, XIV), e adaptado para os padrões culturais católicos então influentes no Direito (o que pode ser observado no Decreto de Graciano: D. XXIII, c. III; D. XXX, c. XIII; C. III, q. I, c. III; C. VI, q. I, c. XIII; C. XII, q. II, c. XXXVIII; C. XVI, q. I, c. V, § 1; C. XVI, q. II, c. VI, § 5, e q. V, c. XIII, § 1; C. XVIII, q. II, c. V, § 1; C. XXII, q. I, c. XVI, §§ 1 e 3, e q. II, c. I e II, § 2; C. XXX, q. III, d. III, c. XXVI, § 2; C. XXXIII, q. III, d. I, c. LII, IX e XII, § 3, e d. IV, c. XX).

Com o advento do iluminismo, e a adoção do paradigma racionalista no Direito, a avaliação valorativa da conduta passou a ter como principal referente o conteúdo da legislação, e não aspectos ético-culturais gerais definidos pelo costume, ou de base religiosa. Consequentemente, o conteúdo valorativo do conceito de dolo passou a ser referenciado à consciência da ilicitude do fato, sendo este concebido como a classificação jurídica de um comportamento contrário ao Direito, realizado de forma voluntária pelo sujeito, e com a consciência de suas características fáticas e jurídicas [CARRARA, Francesco. *Programma...* vol. I. p. 77-78 (§ 69); FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch...* p. 43 (§ 54)].

Posteriormente, devido à formulação do conceito finalista de conduta, as avaliações relativas ao conhecimento da ilicitude deixaram de integrar o objeto do dolo, que ficou restrito à classificação jurídica (no âmbito da tipicidade) da consciência, vontade, intenção e finalidade do sujeito, de realização de um fato com as características definidas no tipo, independentemente de avaliações éticas, ou avaliações da consciência da ilicitude pelo sujeito, por ocasião da realização do comportamento [WEBER, Hellmuth von. *Grundriss...* p. 63 (§ 8, I, 1); WELZEL, Hans. *Das Deutsche...* p. 64-65/77 (§ 13, I, 1/6)].

O dolo é uma categoria jurídica de configuração teórica,<sup>2</sup> cujo conteúdo é formado pela classificação jurídica de aspectos subjetivos de conteúdo anímico do sujeito, verificados por ocasião da realização da conduta.<sup>3</sup>

Seu conteúdo é definido com base na congruência entre os aspectos subjetivos psíquicos e intelectuais da conduta, e a hipótese descrita mediante os elementos do tipo.

Trata-se de um instrumento de imputação típica. Portanto, o dolo é um recurso operacional mediante o qual a conduta é classificada como subjetivamente típica quando os aspectos psicológicos e intelectuais que a compõem e lhe conferem sentido corresponderem à hipótese típica.

Estes aspectos subjetivos consistem na consciência (representação subjetiva), vontade, intenção (propósito), finalidade, indiferença ou asunção de um risco por parte do sujeito. Quando o conteúdo destes aspectos corresponder ao conteúdo do tipo, a conduta respectiva deverá ser classificada como dolosa.

Por exemplo, se um sujeito matar alguém sem ter a consciência, vontade, intenção ou finalidade de implementar este evento (e não for indiferente à sua realização, nem assumir o risco de causá-lo), a conduta correspondente não deverá ser classificada como dolosa, porque não haverá uma correspondência entre o conteúdo anímico do comportamento e o

2 A natureza teórica do instituto decorre do fato de que, embora tenha por objeto aspectos ontológicos, como é o caso da consciência, vontade, intenção e finalidade humana, sua configuração decorre de uma classificação jurídica destes elementos. Esta classificação decorre da tipicidade do conteúdo da consciência, vontade, intenção ou finalidade, de modo que, não obstante o dolo seja formado por estes elementos, eles não são dolosos em si, mas são assim classificados devido à correspondência de seu conteúdo com a hipótese típica [WELZEL, Hans. Das Deutsche... p. 64-65 (§ 13, I, 1)].

3 Estes aspectos subjetivos devem ser aferidos no momento da realização da conduta (ou durante sua realização, se o comportamento for contínuo), pois trata-se de elementos do fato típico, motivo pelo qual, para a definição da tipicidade, não é relevante a aferição destes aspectos em momentos anteriores ou posteriores ao da implementação do comportamento [ZIELINSKI, Diethart. §§ 15-16. p. 474/490 (Rn. 20/56); MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Strafrecht. 1. Teilband. p. 296-297 (§ 22, Rn. 18-22); WELZEL, Hans. Das Deutsche... p. 71 (§ 13, I, 2, c)]. Portanto, não é adequada a classificação do dolo nas supostas modalidades: “antecedente” e “subsequente” (ou anterior e posterior, ou mesmo “consequente”). Na verdade, sequer existe um suposto “dolo subsequente”, pois, no âmbito da classificação típica do fato, o conteúdo da consciência, vontade ou finalidade do sujeito, surgidos após a prática da conduta típica, é irrelevante [ROXIN, Claus. Strafrecht. 1. Band. p. 478-479 (§ 12, Rn. 91); FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições... p. 210 (n. 146)].

Ademais, também não é relevante se a consciência e a vontade foram formadas imediatamente no instante da realização da conduta (configurando um ímpeto), ou foram consequência de reflexão anterior e orientação a um fim predeterminado (propósito), sendo suficiente sua configuração no momento da conduta. Por este motivo, não há qualquer utilidade prática em uma eventual classificação do dolo nas modalidades: “de ímpeto” e “de propósito”.

evento típico. Porém, se o sujeito matar alguém intencionalmente, a consciência (representação da hipótese fática), a vontade e a finalidade para a qual se dirigiu seu comportamento (propósito), correspondem à hipótese típica. Por este motivo, a conduta deve ser classificada como típica no aspecto psíquico e intelectual do comportamento subjetivo.

## 1. O OBJETO DO DOLO

O dolo é definido com base em aspectos subjetivos anímicos componentes da conduta,<sup>4</sup> cuja referência de conteúdo são os elementos do tipo.<sup>5</sup> Desta forma, o dolo não é um elemento do tipo, mas uma cate-

4 Esta concepção pressupõe a adoção do conceito de conduta humana de base fenomenológica formulado pelo finalismo, em que os aspectos psicológico-intelectuais da conduta integram o significado do comportamento. Em consequência desta formulação teórica, o dolo é classificado como um instrumento, cuja função estrutural na teoria do delito é a definição da tipicidade subjetiva da conduta.

No sistema de delito elaborado com base na concepção meramente objetiva e causal da conduta, o tipo era considerado exclusivamente em sua expressão empírica, e os aspectos subjetivos anímicos somente eram aferidos por ocasião da definição da culpabilidade subjetiva [LISZT, Franz von; SCHMIDT, Eberhard. Lehrbuch... p. 220-234 (§ 36, I-IV); BELING, Ernst von. Grundzüge... p. 20-21/40-42 (§§ 14; 23)]. Em sua estrutura, o delito era dividido em um aspecto objetivo (que tinha como objeto o fato típico e antijurídico), e um âmbito subjetivo (consistente na culpabilidade, cujo objeto era o conteúdo anímico da conduta), nos termos da proposta formulada por Jhering (JHERING, Rudolph von. Das Schuldmoment... p. 4-8).

Esta concepção foi substituída pela classificação da tipicidade de forma complexa (que também abrange a tipicidade subjetiva), e pela concepção normativa da culpabilidade (cujo conteúdo é definido mediante um juízo valorativo da reprovabilidade do fato), propostas pelo finalismo [GRAF ZU DOHNA, Alexander. Der Aufbau... p. 22-27/39-55 (I, A, 2; I, B, 2); WELZEL, Hans. Das Deutsche... p. 64-80/138-141 (§§ 13/19)].

Com a inclusão desses aspectos psicológico-intelectuais na definição jurídica da conduta (devido ao reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo), o dolo passou a ser um instituto definidor da tipicidade da conduta, integrando, assim, o fato típico. Deste modo, na tipicidade é aferida a existência de aspectos psicológico-intelectuais da conduta, e sua correspondência com a hipótese típica; e na análise da culpabilidade é valorado o significado ético-social desses aspectos [LIFSCHITZ, Sergio Politoff. Los elementos... p. 65-66].

Como argumento ilustrativo da característica de o dolo ser um aspecto necessário à definição da tipicidade do fato, Welzel pondera que, sem a consideração da finalidade do sujeito, não é possível distinguir um disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei n° 10.826/03) de uma tentativa de homicídio (art. 121, c/c. art. 14, II, do CP) e, tampouco, de um delito de lesões corporais (art. 129 do CP) [WELZEL, Hans. Das Deutsche... p. 60-61 (§ 11, I, 3)].

5 O objeto do dolo é delimitado pelo tipo, não abrangendo outras motivações ou finalidades específicas eventualmente orientadoras do comportamento concretamente realizado [ZIELINSKI, Diethart. §§ 15-16. p. 473 (Rn. 17)]. Portanto, o dolo não necessariamente deve ter por objeto a finalidade última que orienta a conduta (caso esta não tenha por objeto um elemento do tipo), podendo se referir a um comportamento ou evento típico a ser implementado como meio para a obtenção de um objetivo ulterior e atípico [JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch... p. 188 (§ 63, II-III); MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann. Strafrecht – Ein Studienbuch. p. 229 (§ 67, II); ROXIN, Claus. Strafrecht. 1. Band. p. 439-440 (§ 12, Rn. 10)]. Por exemplo, um sujeito pode querer matar

goria jurídica classificatória necessária para a definição da tipicidade da conduta.<sup>6</sup> Os elementos do tipo são objeto do dolo, motivo pelo qual ambos não podem estar classificados no mesmo nível teórico.

Como o dolo é formado pela classificação jurídica da consciência, vontade, intenção, finalidade, indiferença ou assunção de um risco por parte do sujeito, considerando-se o conteúdo da hipótese típica, seu objeto é determinado pelos elementos do tipo.<sup>7</sup> Portanto, em relação aos tipos que descrevem delitos de mera conduta, o dolo é restrito à conduta (não abrangendo qualquer consequência desta); nos tipos que descrevem delitos de perigo, o dolo é restrito a este perigo (não abrangendo o dano); e nos tipos correspondentes a delitos materiais o dolo abrangerá o evento (e a relação causal entre os fatores implementados pela conduta e o evento).<sup>8</sup> Da mesma forma, nos casos em que o tipo contiver um elemento subjetivo

---

um vizinho estrangeiro para impedir que este adentre no mercado de trabalho nacional. No caso, o dolo tem por objeto o evento meio (morte), e não o fim (proteção do mercado de trabalho nacional), porque aquele fato (o meio), é o que corresponde à hipótese típica.

Ou seja, para a configuração do dolo não é necessário que a finalidade do sujeito se dirija ao fato típico como seu propósito último, sendo suficiente que a realização do fato típico seja um objetivo instrumental (mediato) na formação da vontade do sujeito [WELZEL, Hans. *Das Deutsche...* p. 78-79 (§ 13, II, 2, a)].

6 Não obstante, muitas vezes o dolo é classificado como um elemento do tipo [TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...* p. 154 (n. 142)]. Esta classificação decorre da não dissociação entre o instituto jurídico (dolo), e o objeto que compõe o instituto. Ou seja, o dolo é confundido com a consciência, a vontade, e outros aspectos anímicos do sujeito, os quais formam o conteúdo de elementos subjetivos do tipo, porque não é realizada a distinção entre a característica subjetiva (vontade, por exemplo), sua classificação jurídica (elemento do tipo), e o instrumento classificatório (dolo).

Na verdade, como especifica Welzel, a finalidade pode orientar subjetivamente, tanto as condutas típicas, quanto as atípicas. Nestes casos, que são inclusive a maioria, embora a conduta seja intencional e direcionada a um objetivo, não deve ser classificada como dolosa, porque esta classificação tem natureza jurídica, e decorre da correspondência entre estes aspectos subjetivos anímicos e o conteúdo do tipo (WELZEL, Hans. *Ein unausrottbares...* p. 425-426; GALLAS, Wilhelm. *Zum gegenwärtigen...* p. 23-25/32; NIESE, Werner. *Finalität...* p. 56; *Die moderne...* p. 459). Portanto, não seria correto (e sequer teria sentido) considerar que alguém tenha lido um jornal, ou calçado um sapato, dolosamente, apenas porque estas condutas tenham sido realizadas de forma intencional.

A provável causa da confusão entre estes conceitos é indicada pelo próprio Welzel. No ordenamento jurídico alemão (StGB, §§ 11.2 e 15), e na teoria jurídico-penal alemã, o instituto jurídico correspondente ao dolo é denominado mediante o termo *Vorsatz*, e esta palavra também tem o significado geral de propósito no âmbito comunicativo de sentido comum (WELZEL, Hans. *Ein unausrottbares...* p. 426). Devido a esta ambiguidade, o sentido técnico é, muitas vezes, confundido com o leigo, e a especificidade jurídica do conceito é desprezada.

7 Logo, não se relaciona com os demais elementos estruturais do delito, consistentes na ilicitude, culpabilidade e punibilidade [MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht. 1. Teilband.* p. 305 (§ 22, Rn. 44)].

8 Hipóteses nas quais alude-se, ilustrativamente, a um suposto dolo “de dano”, e a um suposto dolo “de perigo”.