

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Quem tem medo da
responsabilização subjetiva?**

As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado

Who is afraid of the subjective responsibility? Conduct and imputation theories for a constitutionalized sanctioning administrative law

Sandro Lúcio Dezan

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Sumário

PARTE 1: POLÍTICAS PÚBLICAS	17
1. POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS	18
UM MODELO POLÍTICO DE IMPLEMENTAÇÃO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS PAPÉIS DO DIREITO E DOS JURISTAS	20
William H. Clune III	
EVALUACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN GOBIERNOS LOCALES EN MÉXICO: DESAFÍOS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	83
Louis Valentin Mballa e Arturo Bermúdez Lara	
PATERNALISMO LIBERTÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERVENÇÃO E TRANSPARÊNCIA	105
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues	
2. POLÍTICAS PÚBLICAS E COVID-19	121
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O USO SECUNDÁRIO DE DADOS PESSOAIS NO PODER PÚBLICO: LIÇÕES DA PANDEMIA	123
Miriam Wimmer	
EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS DE INOVAÇÃO NOS SETORES INDUSTRIAIS BRASILEIROS: SUGESTÕES PARA A CRISE DA COVID-19	144
Michelle Márcia Viana Martins e Chrystian Soares Mendes	
COMPLIANCE EM TEMPOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ANÁLISE SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA DE DADOS E INFORMAÇÕES DURANTE O ENFRENTAMENTO DA COVID-19 NO BRASIL	169
Luciana Cristina da Conceição Lima, Alcindo Fernandes Gonçalves, Fernando Cardoso Fernandes Rei e Cláudio Benvenuto de Campos Lima	
3. POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY	188
ACCOUNTABILITY E DESENHO INSTITUCIONAL: UM “PONTO CEGO” NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO	190
Danielle Hanna Rached	
ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO	211
Eduardo Jordão e Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa	

O CONTROLE E A AVALIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS POR DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS NO BRASIL	243
Vinicius Garcia e Carlos Araújo Leonetti	
4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE	266
A LIVRE OPÇÃO PELA CESARIANA: UM “NUDGE ÀS AVESSAS”	268
Bruna Menezes Gomes da Silva e Júlio Cesar de Aguiar	
AUTISMO: ASPECTOS JURÍDICOS DA ACESSIBILIDADE E RESPEITO	283
Fabiana Barrocas Alves Farah e Danilo Fontenele Sampaio Cunha	
SAÚDE E DOENÇAS RARAS: ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AO TRATAMENTO E SUAS LIMITAÇÕES.....	301
Danilo Henrique Nunes e Lucas de Souza Lehfeld	
5. OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM ESPÉCIE	318
REGULAÇÃO DAS ÁGUAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOS ÓRGÃOS REGULADORES FEDERAIS	320
Bianca Borges Medeiros Pavão, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Thauany do Nascimento Vigar	
“LET THE ALGORITHM DECIDE”: IS HUMAN DIGNITY AT STAKE?.....	343
Marcela Mattiuzzo	
DAS ACEPTÕES DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS ÀS VOZES SILENCIADAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	371
Thaís Araújo Dias e Monica Mota Tassigny	
PLANEJAMENTO FAMILIAR: “INIMIGO” A SER COMBATIDO, “ALIADO” LIBERTADOR OU FALSO “AMIGO”?	395
Vinicius Ferreira Baptista	
A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE COMO OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS	419
William Timóteo e Ilzver de Matos Oliveira	
ANÁLISE CÊNICA DOS FEMINICÍDIOS EM CURITIBA: PROPOSTAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS	433
Ticiane Louise Santana Pereira, Octahydes Ballan Junior e Antonio Henrique Graciano Suxberger	
ORIGIN AND CONSEQUENCES OF THE WAR ON DRUGS. FROM THE UNITED STATES TO ANDEAN COUNTRIES	451
Silvio Cuneo e Nicolás Oxman	

TRABALHO DECENTE: COMPORTAMENTO ÉTICO, POLÍTICA PÚBLICA OU BEM JURIDICAMENTE TUTELADO?	471
Silvio Beltramelli Neto e Mônica Nogueira Rodrigues	
EL FINAL DE UNA POLÍTICA PÚBLICA: ANÁLISIS DEL CICLO POLÍTICO DEL PROYECTO DESTINOS INDUCTORES PARA EL DESARROLLO TURISTICO REGIONAL (DIDTR) – BRASIL	496
María Belén Zambrano Pontón, Magnus Luiz Emmendoerfer e Suely de Fátima Ramos Silveira	
ALTERNATIVA TECNOLÓGICA PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS: ESTUDO DE CASO DA VIABILIDADE DO USO DE DLT EM NOTA FISCAL ELETRÔNICA	520
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Fernando Crespo Queiroz Neves	
PARTE 2: TEMAS GERAIS	549
A CONSTRUÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO NO PLANO INTERNACIONAL	551
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	
GRUPOS VULNERABLES DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) ¿EN QUIÉN PODRÍA Y DEBERÍA ENFOCARSE EN BASE A LA DOCTRINA Y A LA EXPERIENCIA COMPARADA IBEROAMERICANA?	571
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
EL SUFRAGIO ELECTRÓNICO COMO ALTERNATIVA AL SUFRAGIO TRADICIONAL: LUCES Y SOMBRAS DE UN DEBATE RECURRENTE	595
David Almagro Castro, Felipe Ignacio Paredes Paredes e Edgardo Lito Andres Cancino	
COGNOSCIBILIDADE E CONTROLE SOCIAL DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA SOB A ÉGIDE DA DEMODIVERSIDADE: ESTUDO EMPÍRICO DE PORTAIS ELETRÔNICOS MINISTERIAIS LATINO-AMERICANOS	621
Ana Carolina Campara Verdum, Leonardo Fontana Trevisan e Rosane Leal da Silva	
DESAFIOS E BENEFÍCIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR	655
Sthéfano Bruno Santos Divino	
QUEM TEM MEDO DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA? AS TEORIAS DA CONDUTA E DA IMPUTAÇÃO, PARA UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CONSTITUCIONALIZADO	690
Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona	
A INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O AFASTAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE HUMANA	711
Dione J. Wasilewski e Emerson Gabardo	

Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado*

Who is afraid of the subjective responsibility? Conduct and imputation theories for a constitutionalized sanctioning administrative law

* Recebido em 11/02/2021

Aprovado em 26/03/2021

** Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, Mestrado e Doutorado, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia; e é Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas” do PPGD do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF. E-mail: sandro.dezan@gmail.com

*** Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália; Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (UNICEUB). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico dos cursos de Especialização da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Urbanístico, Administrativo, Constitucional, Previdência Complementar, Ambiental, Penal e Violência Urbana. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), do qual foi Coordenador do Centro-Oeste (mandatos 2013-2017). Foi membro do Conselho Deliberativo do Funpresp-Jud (mandatos 2012-2017). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Membro do IDASAN - Instituto de Direito Administrativo Sancionador. E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

Sandro Lúcio Dezan**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona***

Resumo

O presente artigo busca investigar se há plausibilidade de aplicação da Teoria da Conduta, originariamente desenvolvida em sede de direito penal, ao direito administrativo sancionador. Partindo-se do método hipotético-dedutivo, notadamente com base na premissa da identidade ontológica entre o delito e a infração administrativa, conclui-se que o atual Estado Constitucional de Direitos, com centralidade dos direitos fundamentais na ordem normativa, desvela uma Teoria Geral da Conduta, para os sistemas de persecução público-sancionadores, a impor a aferição dos elementos de uma imputação subjetiva, como pressuposto da constatação de ilícito.

Palavras-chave: direito administrativo sancionador; ilícito administrativo e ilícito penal; imputação subjetiva, dolo e culpa; efeitos da Teoria do Delito.

Abstract

This article seeks to investigate whether there is plausibility of applying the theory of conduct, originally developed in the context of criminal law, to the sanctioning administrative law. Starting from the hypothetical-deductive method, notably under the premise of the ontological identity between the crime and the administrative infraction, it is concluded that the current Constitutional State of Rights, with centrality of fundamental rights in the normative order, unveils a general theory of conduct, for the public-sanctioning prosecution systems, to impose the assessment of the elements of a subjective imputation, as an assumption of the finding of illicit.

Keywords: sanctioning administrative law; administrative offense and criminal offense; subjective imputation, deceit and guilt; effects of the crime theory.

1 Introdução

O que é o Direito, senão, primeiramente, um sistema social de garantias (sistema de regulações jurídicas) para o adequado convívio social.

A identidade ontológica dos ilícitos jurídicos é irrefutável, pois o Direito, também, é linguagem e a lei é, por excelência, a linguagem imediata e com pretensão de segurança do Direito. A fundamentação de decisões, a argumentação jurídica como discurso formal, é a linguagem indireta desse mesmo Direito.

A Teoria da Tipicidade e, por corolário, a Teoria da Conduta nos meandros da Teoria dos Ilícitos são decorrentes da própria noção de lei e de legalidade, veiculadoras racionais do conteúdo de qualquer proibição, prescrição, assimilando, ou apreendendo, os contornos e, assim, o conceito de proibido, de permitido, de obrigatório e de facultado ao adequado convívio social.

Assim, não se há de falar em proibições, ou em obrigações, ou em deveres, desprovidos da recepção da lei como *tópos* originário do que o Estado Social (coletivo social, sociedade) ou Estatutário (Estado como instituição prestadora de serviços públicos) entende como prescrito, definido ou convencionado como ilícito, a representar o rol de infrações as suas regras de condutas. Por essa via, o Direito, também, é linguagem, é a linguagem em forma de lei, a permitir a materialização da norma, no caso, que viabiliza a concreção da norma proibitiva.

O fenômeno prescritivo (a definição ou a convenção, por meio da lei, do que é ilícito) deve dar-se a todos os ramos do direito público punitivo: por exemplo, para o direito penal, com suas tipificações e, do mesmo modo, para o direito administrativo sancionador em suas várias vertentes, a exemplo do direito administrativo ambiental, do direito administrativo disciplinar, do direito administrativo sancionador tributário e do direito administrativo sancionador das agências reguladoras.

Não se exige a definição do que é lícito, mas somete do que é ilícito, pois, à vista do Princípio da Legalidade, ao indivíduo, é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe e isso se aplica ao direito punitivo ou sancionador geral do Estado, que seja no âmbito do direito penal, do direito administrativo sancionador, no direito sancionador ambiental, tributário, dentre outros sub-ramos punitivos do direito público, abarcando, destarte, um aspecto de uma teoria geral do que podemos denominar de *direito público sancionador*.

Em atenção ao Princípio da Legalidade, defendemos a aplicação da Teoria da Ação (ou Teoria da Conduta) do ilícito penal para os demais casos de direito público sancionador, de direito público punitivo, a exemplo do direito administrativo sancionador, como ramo do direito público, que pode resultar de seu processo a punição do agente, pessoa física ou jurídica, considerado infrator de normas público-prescritivas de condutas.

Há relação entre eficiência e sanção punitiva. Quanto ao direito administrativo sancionador, afere-se uma necessidade de tipificações taxativas, completas e fechadas, definidoras do que o Estado-administração e Estatutário entendem como proibido, obrigatório e facultativo. Isto não é, apenas, uma garantia endógena ao sistema público-estatutário ou público sancionador de caráter geral, senão, também, uma garantia exógena de continuidade do serviço público que depende, em maior ou em menor grau, dessa relação de sujeição entre particulares e Estado. A garantia exógena, na medida em que uma sanção mal aplicada, corolário de um ilícito no âmbito do sistema administrativo sancionador mal definido (firmado em conceitos vagos, indeterminados ou plurissignificativos) fere, diretamente, os destinatários dos serviços públicos do Estado.

Um Direito equivocado possibilita surtir efeitos danosos concreto ao que se pretende realizar por meio dele: a insegurança jurídica reflete a insegurança das realizações fáticas de interesse público. Para um sistema de direito administrativo sancionador com essa espécie de insegurança, afere-se ofensa direta ao Princípio Básico da Administração Pública, elencado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Ao amparo desse inicial esforço de justificação, responderemos, por meio do método hipotético-dedutivo, a seguinte indagação: quais são os contornos teóricos que permitem e impõem a aplicação da Teoria da Ação ou da Conduta, originariamente desenvolvida em sede de direito penal e de seu ilícito, ao ilícito administrativo de direito administrativo sancionador e ao seu processo?

Sob esse olhar, analisaremos questões fulcrais para o desenvolvimento dessas ideias matrizes, quais sejam, (i) as teorias da conduta do ilícito administrativo, (ii) a teoria da imputação subjetiva do ilícito administrativo, (iii) noções fundamentais sobre a mera voluntariedade v.s. a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização do ilícito em sede de direito administrativo sancionador, (iv) a conduta voluntária (voluntariedade) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo, e (v) o dolo e a culpa nos ilícitos administrativos.

2 A Teoria da Conduta, originárias do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo

O presente estudo parte da premissa de que não há distinção ontológica entre os ilícitos postos pelo ordenamento jurídico, apresentando-se como categoria jurídica, consistente na conduta humana ofensora do direito positivo e, assim, passível de sanção imposta pelo mesmo ordenamento.

Com efeito, pode-se operar em diversos ramos do direito material, a exemplo do direito civil, do direito tributário, do direito previdenciário, do direito penal e, dentre outros ainda, do direito administrativo. Portanto, como afirmado, não é “*noção privativa de nenhum ramo do direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado*”¹.

No sistema de direito administrativo sancionador, noticiado o ilícito, ao Estado apresentam-se os deveres de (i) iniciar a persecução pré-processual (se for o caso) e ou processual e, sendo o caso e após o desenvolvimento do devido processo legal, (ii) aplicar a sanção correspondente, uma vez elucidada a autoria e a materialidade ilícita, imputada à pessoa física ou jurídica a ele vinculado por relação jurídica de direito material.

Não é extremo afirmar que, considerando-se essa relação desenvolvida dentro dos meandros do próprio Estado, de forma dual e parcial, no bojo da relação jurídica processual instaurada em sede administrativa, o Estado possui a única e soberana palavra sobre a imputação do ilícito, sem embargo da apreciação desse ato pelo Poder Judiciário, consoante art. 5º, XXXV, da CF/88.

Para essa imputação do ilícito e a aplicação da norma ao caso concreto, com produção do ato administrativo de julgamento da *lide*, vale-se de procedimento administrativo investigativo, geralmente uma sindicância ou uma instrução preliminar, e de procedimento administrativo em paridade de armas, processo administrativo sancionador, formando, nesse último caso, como dito, uma relação jurídica linear, dual – Administração e particular, pessoa física ou jurídica (a depender da relação de sujeição regente do caso) – em contraditório.

Não há, por isso, exercício de jurisdição, pois a Administração é parte processual e parte julgadora do processo, não perfazendo, dessarte, a necessária equidistância de interesses. O Estado-sancionador não busca realizar os escopos processuais social, político, senão, e apenas, a legalidade imposta pelo ordenamento e, com isso, ao escopo jurídico do processo, qual seja: a aplicação do direito ao caso concreto submetido por lei a exame.

Nesse ambiente – relação jurídica administrativa instalada entre as partes do processo –, tema de relevo em que ora divergem administrativistas pátrios e estrangeiros, cinge-se às teorias aplicáveis à constatação da responsabilização do particular, por ato atentatório ao regime de sujeição que acaso se encontre vinculado

¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

como o Estado. Surgem, assim, dissensão quanto ao *iter* racional a ser percorrido pelo intérprete e aplicador do direito em sede de Administração Pública para a imputação do ilícito.

Uns afirmam que o direito administrativo apresenta teoria própria de imputação do ilícito², outros buscam posição intermediária³, transpondo, parcialmente, alguns institutos do direito penal.

Assim, a doutrina tradicional tem sustentado que a imputação administrativa é formada por três elementos, quais sejam: o *elemento físico*, o *elemento moral* e o *elemento legal*, devendo o intérprete e aplicador do direito administrativo sancionador aferir, nessa ordem, se a pessoa acusada praticou o fato (elemento físico), se tal prática foi voluntária, dispensável a análise de ocorrência de dolo ou culpa (elemento moral) e, por fim, se esse agir voluntário ofendeu a lei administrativa (elemento legal). Com a resposta afirmativa para todas essas fases do *iter*, constatar-se-á a imputação administrativa punitiva, responsabilizando-se o particular, pessoa física ou jurídica.

Essa referida doutrina – influenciada pelo caráter absoluto da sanção⁴, originária de Hegel e Kant – remonta, conforme escreve Francesco Carrara (ainda quando discípulo de Caetano Pierre, no início do séc. XIX, em Lucca, e posteriormente em suas aulas na cátedra de direito penal da Universidade de Pisa, onde sucedeu mediatamente Carmignani), à escola antecessora de Carmignani, a qual, ao confundir dolo com o “mero ato de consciência”, asseverava que, para a ocorrência do delito, bastava apenas, como elemento moral anímico, um mero ato de consciência.

Carrara, não obstante, prescreveu que as fases para a constatação da imputação do ilícito dividiam-se em três e não prescindiam da análise do dolo e da culpa, ponderando que “o juízo pelo qual o magistrado imputa civilmente a um cidadão uma ação de antemão declarada, pela lei politicamente imputável, é, por sua vez, a decorrência de três diferentes juízos”⁵: a *imputação material* (objetiva dos fatos a alguém), a *imputação moral* (subjetiva dos fatos a alguém); e a *imputação legal* (de subsunção ou de tipicidade do conceito dos fatos ao conceito legal)⁶.

Consoante Basileu Garcia, o modelo carrariano de imputação era baseado no livre-arbítrio do indivíduo⁷, responsabilizando-o quando apresentasse esse atributo permeado pelo dolo ou pela culpa, juntamente aos aspectos físicos e o legal da imputação.

Esse esquema de imputação, concebido por Carrara, serviu de amparo para, mais tarde, desenvolver-se a Teoria da Imputação de crime no sistema causal, naturalista da ação, e psicológico da culpabilidade, em que Franz Von Liszt, conciliando a escola clássica penal italiana e a escola positivista (determinista ou antropológica criminal), aprimorou as ideias ali esposadas, reagrupando seus elementos, sem, contudo, fazer relevantes mudanças na Teoria de Carrara, uma vez que a imputação física passou a ser denominada “fato típico”, a imputação legal passou a ser denominada “fato antijurídico”, e a imputação moral passou a ser denominada “culpabilidade”, obtendo-se, assim, o conceito analítico de crime, qual seja: o fato típico ilícito

² Importante conferir os estudos de Luciano de Faria Brasil. In: O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

³ Cf. COSTA, José Armando da. **Incidência aparente de infração disciplinar**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁴ Consoante os estudos desenvolvidos por GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, t. I, o caráter absoluto da sanção consubstanciava-se em vingança estatal, retribuindo o Estado o mal pelo mal, sem qualquer finalidade corretiva, preventiva decorrente de uma teoria unitária.

⁵ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. I, p. 54.

⁶ Nessa esteia, o julgador, encarregado pela imputação do ilícito, perpassa pela imputação material, moral e legal, para, à luz da conjugação delas, realizar a imputação do delito. Para Carrara, o juízo de imputação sustentava-se nas seguintes e sucessivas deduções: “o magistrado encontra naquele indivíduo a causa **material** do ato, e lhe diz: **fizeste** – imputação **física**. Acha que aquele indivíduo praticou tal ato com vontade inteligente, e lhe diz: **fizeste voluntariamente** – imputação **moral**. Verifica que aquele fato era proibido pela lei da cidade, e lhe diz: **obriste contra a lei** – imputação **legal**. É apenas em consequência dessas três proposições que o magistrado pode declarar o cidadão: Eu te imputo este fato como **delito** (*Ibidem*, p. 54).

⁷ GARCIA, Basileu, *op. cit.*

e culpável, em que o fato típico era composto por conduta voluntária, resultado, nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, e tipicidade e a culpabilidade, cujo pressuposto era a imputabilidade, possuía como elementos o dolo e a culpa (Teoria Complexa da Culpabilidade: elemento normativo – imputabilidade – e elementos psicológicos – dolo e culpa).

Reparemos que o que Carrara denominava de *imputação física* do ilícito passou a compor o fato típico da Teoria de Liszt, correspondendo aos seguintes elementos: conduta, resultado e nexos causal entre tal conduta e um resultado típico (elemento físico).

O *elemento legal* da doutrina de Carrara, na teoria causal da ação, passou a ser inferido (i) da análise da tipicidade, juízo de subsunção entre o conceito do fato ilícito e o conceito de ilícito descrito na lei penal e (ii) da análise da ilicitude do fato.

O *elemento moral* passou a ser a culpabilidade, com a imputabilidade do agente e seus elementos subjetivos, dolo e culpa.

Com efeito, pode-se depreender que os elementos do conceito de crime na Teoria Naturalista da Ação Tripartite, fato típico e antijurídico e culpável, abarcam por inteiro o conceito de ilícito penal apresentado por Carrara em seus três elementos: imputação física, imputação moral e imputação legal.

Assim, antes da formulação da teoria de Carrara e da Teoria Naturalista da Ação de Liszt, não se analisava o dolo como ato distinto da voluntariedade. Havia, sem dúvidas, uma responsabilidade objetiva que somente poderia ser afastada pela íntima convicção do juiz, quando da análise da *imputação moral*, de que o acusado não obrara com dolo ou culpa. Poder-se-ia reconhecer, de tal modo, que o julgador, mesmo sem esse escopo, analisava a ocorrência da imputação subjetiva de forma reflexa, dentro de uma análise da “voluntariedade”, trazendo insegurança jurídica ao sistema, ao passo que ficava a cargo de cada intérprete e aplicador da norma o referido juízo de valor.

Liszt classificou a imputação do ilícito subsidiada no mero pressuposto “voluntariedade” (mero ato de consciência), da escola antecessora de Carrara, como uma espécie de “pena primitiva”, decorrente de uma “vingança” do sancionador para como o realizador do ilícito, sem qualquer finalidade preventiva, por “*ausência de escopo*”⁸.

Pode-se afirmar que o grande mérito das teorias clássicas italiana e causal da ação foram justamente primar pela segurança jurídica de uma imputação pautada na responsabilidade subjetiva, trazendo, essa última, para o conceito de crime (Teoria Tricotômica) ou como pressuposto de aplicação da pena (Teoria Dicotômica), a necessidade de aferição da existência de dolo ou culpa, quando da análise da culpabilidade, para a imputação penal.

O sistema naturalista da ação e psicológico da culpabilidade de Liszt foi sucedido pelo sistema neoclássico de Reinhard Frank, que procurou solucionar as questões, até então omissas, da irresponsabilidade penal relativa ao erro de proibição e à inexigibilidade de conduta diversa do autor do fato, sendo este, o sistema neoclássico, sucedido pelo sistema finalista da ação de Hans Welzel que reagrupou os institutos componentes do conceito de crime dos sistemas anteriores.

Para o sistema finalista, os elementos do conceito de crime passaram a formar a seguinte estrutura: (i) fato típico, composto pela conduta dolosa ou culposa; resultado danoso; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade; (ii) antijuridicidade ou ilicitude do fato e (iii) culpabilidade, formada pelos elementos imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato. A culpabilidade foi completamente desprovida de elementos anímicos do autor, os quais migraram para o fato típico, dando finalidade à conduta até então voluntária somente, sendo denominada, a nova teoria, por isso, de finalista da ação e normativa pura da culpabilidade.

⁸ LISZT, Franz Von. **La teoria dela scopo nel diritto penale**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.

Assim, como dito, imprescindível observar que o elemento anímico subjetivo do agente, dolo e culpa, migrou da culpabilidade para a conduta, sendo esta, a conduta, um elemento do fato típico, consistente no primeiro elemento a ser analisado na aferição de ocorrência de crime, o que transformou a análise subjetiva em pré-requisito para o exegeta.

Welzel, contudo, não repeliu os estudos de Carrara sobre a imputação do fato, mas, sim, os remodelou à luz de sua teoria finalista, para dar suporte a uma imputação certa e justa, afirmando que a responsabilização do agente somente será válida se houver conduta, ação ou omissão, com finalidade ilícita, ou seja: consciência de que o agir ou não agir poderá produzir o resultado (consciência do nexo causal entre a conduta e o resultado) e, ainda, vontade de produzir tal resultado por meio da conduta. Isso se denota de seus escritos, quando mostra apego pelas noções de imputação moral e física ao asseverar que “o homem é ‘pessoa’ no duplo sentido quando é um ser que atua com finalidade, e quando é moralmente responsável por suas condutas”⁹ e acrescenta que, “com essas duas etapas que se estruturam uma em cima da outra – a atividade finalista e a responsabilidade moral –, se cumpre a autoria pessoa humana”¹⁰.

Não obstante as teorias acima singelamente alinhavadas, que, malgrado desenvolvidas em estudos de direito penal, são aplicadas a qualquer ramo do direito que empregue conhecimentos de imputação pessoal do resultado, os estudiosos tradicionais do direito administrativo sancionador¹¹, por mais que aceitem sem maiores problemas a identidade ontológica entre os ilícitos presentes nos diversos ramos do direito, repelem os sistemas que se afastem do modelo pré-carrariano.

No entanto, cumpre apontar que o atual Estado Democrático de Direito, instituído com base na égide da Constituição Cidadã de 1988, requer garantias não somente de direito penal, mas também, de direito sancionador geral. Assim, impõe-se interpretar as normas de direito administrativo de caráter punitivo ao amparo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Dessarte, as transposições de teorias garantistas se apresenta como elemento imprescindível de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, para sua aplicação em categorias jurídicas que limitem direitos dos administrados, no caso os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, acusados à vista do sistema de direito administrativo sancionador.

Sob essa óptica, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao abordar a necessidade de submissão – por óbvio como de todo o ordenamento infraconstitucional – do direito administrativo sancionador (no ato de enunciar o comando normativo) aos direitos garantistas constitucionais, ressalta que “o legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade permanece íntegra somente na área não coberta pela garantia constitucional”¹². Por exemplo, para o caso do regime jurídico administrativo disciplinar, sub-ramo do direito administrativo sancionador, o autor sustenta que a positivação legal regulatória “além de significar forma institucional de resolução de conflitos, deve, antes de tudo, realizar os princípios constitucionais”¹³ e, com esse escopo, “a Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e sim disciplinar condições mínimas de legalidade e de seriedade”^{14/15}.

⁹ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003, p. 77.

¹⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹¹ Sem embargo do tema ora estudado, Aldo Sandulli (Sandulli, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989, v. 2, p. 1.173), ao tratar da responsabilidade civil do Estado e da responsabilidade regressiva do agente público, assevera que minoritária corrente doutrinária e jurisprudencial italiana entende aceitável somente a voluntariedade do agente a justificar uma responsabilização regressiva, dispensando-se, assim, a análise subjetiva do dolo ou da culpa em sede de responsabilidade civil, ao passo que outra corrente e jurisprudência defende a sua análise para qualquer tipo de responsabilidade civil do Estado. Afirma que “è controverso se l'elemento psichico debba concorrere ed essere specificamente accertato non soltanto per i danni prodotti mediante mere operazioni, bensì anche per quelli prodotti mediante veri e propri atti. Secondo una parte della giurisprudenza e gran parte della dottrina, essendo gli atti amministrativi, per loro natura, il frutto di comportamenti volontari, non occorrerebbe, per essi, ricercare l'elemento psichico del fatto dannoso, sussistendo essobsempre **in re ipsa**”.

¹² Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63-64.

¹³ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁴ *Ibidem*, p. 63-64.

¹⁵ Escreve ainda Bacellar Filho que “concorde-se com José Alfredo de Oliveira Baracho: a conceituação constitucional de garantia deve ser examinada ao lado dos grandes princípios constitucionais do processo. A Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e

Com fundamento nos ensinamentos de Liszt – de que sanção cujo pressuposto é uma conduta pautada na voluntariedade, desprovida da análise do dolo ou da culpa é “vingança”, com “ausência de escopo” –, podemos afirmar que o direito administrativo sancionador não se coaduna com uma sanção que represente mera “vingança” do Estado-administração para com o particular acusado de ilícito.

O regime jurídico-administrativo sancionador, positivado nas diversas leis especiais de caráter regulatório, quanto à definição da conduta ilícita e à aplicação da reprimenda, possui natureza ontológica de direito penal geral, ao passo que, a exemplo do direito penal propriamente dito, visa, com a cominação e ou aplicação da sanção, inibir e ou retribuir (corrigir e educar), por meio dos efeitos pedagógicos individual e geral da sanção, determinadas condutas tidas como ofensoras do ordenamento jurídico, ante a sua nocividade à Administração Pública, ao particular administrado e, também, à finalidade pública, justificando, deveras, o desenvolvimento de teoria garantista que valorize a análise minudente da conduta do agente público, para a constatação dos fatos ilícitos objeto de imputação administrativa.

Desse modo, entendemos que o sistema proposto por Francesco Carrara, com suas fases de aferição da imputação física, moral e legal, deve ser levado a efeito de forma analítica, detalhada, importando dos estudos sistematizados de direito penal a estrutura do conceito analítico, estratificado, de ilícito, com todos os seus elementos, para, ao final, o intérprete e aplicador do direito poder atribuir à pessoa acusada a responsabilidade pela conduta faltosa contra a Administração Pública.

Com efeito, insta deferir à categoria dos ilícitos administrativos a decorrência de um fato típico, antijurídico e culpável, a exemplo do ilícito no âmbito sistêmico do direito penal, aferindo-se a conduta finalística dolosa ou culposa, dentro do fato típico, composto do resultado, do nexos causal e da tipicidade, sendo o *tipo* para o juízo de tipicidade uma descrição fática (descrição do fato prescrito) contida na lei, minuciosa e analítica (*nullum sanctio juris sine lege certa*), sem embargo das análises da antijuridicidade e da culpabilidade normativa.

A culpabilidade deve ser formada pelos seguintes elementos: imputabilidade (higidez mental e regular situação jurídica da pessoa particular à vista da relação de sujeição para com o Estado-sancionador, subordinada a um *fazer* ou um *não fazer*, ou mesmo a um *tolerar que se faça*, sob o amparo de uma relação jurídica de direito material válida), exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Assim, há de se refutar a imputação administrativa de caráter sancionador pautada, simplesmente, na análise da imputação física, moral e legal, sistema pré-causal com análise incipiente e ao acaso dos elementos anímicos de forma implícita quando da análise da voluntariedade (Escola pré-clássica italiana), para, com fins garantistas, visar à dignidade da pessoa humana e, com efeito, a certeza e a justiça do direito, aplicando-se, destarte, a Teoria Finalista do Delito, de Welzel, ao ilícito em sede de Administração Pública como faceta do poder punitivo do Estado¹⁶.

sim disciplinar condições mínimas de legalidade e de seriedade. Na medida em que o sistema constitucional é aberto, o campo de regulamentação potencial é relevante. Em outras palavras: a disciplina processual constitucional não se reduz a uma “mera institucionalizzazione formale di principi processuali preesistenti”. O processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição) mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional. Com efeito, o art. 5º § 2º, da Constituição Federal funciona como verdadeira cláusula de abertura porque reconhece, ao lado dos direitos fundamentais expressos, direitos implícitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Afinal, como acentua José Adércio Leite Sampaio, “os direitos e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia numerus clausus de direitos fundamentais, porque não há numerus clausurus dos perigos” (Idem, p. 63-64).

¹⁶ Contudo, nada obsta que se aplique a *teoria funcionalista moderada* (funcionalista) de Claus Roxin, inserindo a imputação objetiva quando da análise do primeiro elemento do conceito analítico de ilícito disciplinar. Essas novas possibilidades que se apresentam com a transposição de teorias desenvolvidas por estudiosos do direito penal somente veem a ampliar, de forma harmônica, com a nossa Carta Magna, o leque de direitos e garantias fundamentais do agente acusado de prática de ilícito.

3 A Teoria da Imputação Subjetiva, originária do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo

Analisemos alguns pontos afetos à Teoria da Ação no ilícito administrativo, com o fim de analisar, com maior detalhe, o elemento anímico da conduta faltosa no direito positivo.

Não há como se conceber a sanção administrativa, consequente da realização de uma conduta típica (prescrita em lei), sem se analisar o dolo e a culpa do agente público, baseada somente na *voluntariedade* do agente, com a aceitação de espécie de responsabilidade objetiva.

Nessas balizas, a imputação a alguém de infração a proibições ou deveres legais se dá à vista de uma necessária concepção da existência de uma Teoria Geral da Imputação. Não se pode imputar algo a alguém, *i.e.*, com base no argumento de infração a prescrições legais, sem que se perpassem as categorias da tipificação, da ilicitude e da culpabilidade¹⁷, permeadas pelos aspectos subjetivos da vontade do agente, nomeadamente sob o manto da realização dolosa ou culposa da ação ou da omissão que deu ensejo ao resultado infracional.

Nesse contexto de justificações, esclareceremos alguns aspectos *(i)* sobre a mera *voluntariedade n.s.* a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização da falta administrativa (ilícito de direito administrativo sancionador); *e (ii)* a conduta voluntária (*voluntariedade*) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo; para, posteriormente, abordarmos *(iii)* o dolo e a culpa nos ilícitos administrativos ao amparo da teoria da conduta do direito penal e *(iv)* a imputação subjetiva no direito administrativo positivo, para concluirmos sobre *(v)* a identidade ontológica dos ilícitos administrativo e penal e de uma Teoria Geral da Imputação, para a justiça da persecução pública sancionadora.

3.1 Noções fundamentais sobre a mera *voluntariedade v.s.* a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização do ilícito administrativo

A *voluntariedade da conduta*, ou a *conduta voluntária*, na Teoria do Ilícito, compreende o agir ou o omitir-se humano consciente. Afigura-se, assim, ao fato de o indivíduo possuir o conhecimento do próprio comportamento, ativo ou omissivo, no exato momento em que se comporta de determinada maneira: o indivíduo age deve ter, no momento da conduta, a consciência que age; o indivíduo que gesticula com os braços, ou que corre ou o que aciona um dispositivo de disparo de arma de fogo deve saber, deve ter a ciência, o conhecimento, no momento de suas ocorrências, de que realiza essas condutas. Nisso, os atos reflexos, ou os decorrentes de sonambulismo, ou de convulsões não autoprovocadas ou esperadas pelo sujeito, não são abarcados pelo conceito de conduta voluntária, de *voluntariedade*.

Sob o mote desse conceito, duas fases ou etapas do elemento de ânimo da conduta (elemento subjetivo anímico do autor da conduta) podem ser aferidos: *(i)* o agir voluntário ou involuntário e, em seguida, *(ii)* o agir doloso ou culposo¹⁸, ou seja, se o indivíduo obrou com *voluntariedade* e se essa *voluntariedade* foi *dolosa* (permeada pela consciente do nexos causal entre a conduta e o resultado da conduta, e pela vontade de alcançar o resultado por meio da conduta praticada) ou *culposa* (ter o sujeito se comportado com imprudência, com imperícia ou com negligência)¹⁹.

A *Teoria Clássica* da Conduta do Direito Administrativo, importada do direito penal italiano²⁰, amplamente

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 259 e ss.

¹⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-44.

¹⁹ VITTA, Heraldo Garcia, *op. cit.*, p. 43-44.

²⁰ CARRARA, Francesco, *op. cit.*

difundida no direito brasileiro²¹ e de origem próxima do direito português²², entende (ora isolada, ora sob o aporte da necessidade de avaliação do *elemento físico*, do *elemento moral* e do *elemento legal* – *Teoria Tripartida da Conduta*) ser suficiente, apenas, a *voluntariedade* da conduta para a configuração do ilícito administrativo. Para a Teoria Tripartida da Conduta, mormente em sua completude idealizada por Francesco Carrara²³, o *elemento moral* comporta uma avaliação, ao menos incipiente, acerca do dolo e da culpa do agente infrator – o que denominou o autor de *livre-arbítrio* –, ao passo que a *Teoria da Conduta Simplificada, ou à brasileira*, dispensa qualquer aferição sobre a ocorrência de dolo ou culpa para a constatação o *elemento moral da conduta*, satisfazendo-se, apenas, com a avaliação de *exigibilidade ou não de conduta diversa*: sendo exigível do agente uma conduta diversa da que deu azo ao resultado ilícito, será ele passível de responsabilização pela infração administrativa. Com efeito, essa última teoria arraiga-se nas primeiras noções de livre-arbítrio, desprovidos de qualquer perquirição, inicial que seja, sobre a existência de dolo ou de culpa a permear a conduta que deu azo ao resultado faltoso.

Por seu turno, a *Teoria Constitucionalizada da Conduta*, do direito administrativo sancionador, influenciada pela filosofia pós-positivista e pelas teorias do direito penal alemão²⁴, italiano²⁵ e argentino²⁶ contemporâneos, e já bastante amadurecida em sua aplicação notadamente no direito sancionador e no direito administrativo sancionador do direito espanhol^{27/28} e do direito francês²⁹, deixa a *exigibilidade de conduta diversa* para outra etapa de sopesamento e entende necessária a aferição não somente da voluntariedade, mas, também, a perquirição sobre a ocorrência de dolo ou de culpa na conduta do agente, para a configuração do ilícito administrativo e, destarte, para a sua responsabilização³⁰.

A conduta, descrita no verbo previsto na tipificação da infração administrativa, somente é verificada se composta pelo dolo ou pela culpa do agente. Requer, assim, a imputação sobre a condicionante da avaliação subjetiva, anímica, de ter o agente obrado com dolo ou com culpa. Esta é a definição do conceito da Teoria da Imputação Subjetiva que, todavia, compões uma teoria maior, qual seja, a Teoria do Direito Administrativo Sancionador Constitucionalizado.

Essa teoria sustenta-se nas premissas de que não há a possibilidade de juízo de reprovação de qualquer elemento moral da conduta desprovido da detida análise da imputação subjetiva, fundamentada na avaliação

²¹ Cf. CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961; _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964, p. 91-117; _____. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV; _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. V; MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1962, p. 518; CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 117-202; e _____. **Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 185-226.

²² Cf. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e _____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1998.

²³ CARRARA, Francesco, *op. cit.*

²⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Bosch, 1972; _____. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997; _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; _____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 2004; e _____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1998.

²⁷ Cf. LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012; _____. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012; NIETO, Alejandro, *op. cit.*; e ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013; e _____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.

²⁸ Cf. no direito administrativo sancionador brasileiro: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; e Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

²⁹ DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique**. Vol 1. Paris: Dallos, 2012; _____. **Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice**. Vol 2. Paris: Dallos, 2013; BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.

³⁰ Cf. NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 339 e 341.

desses dois elementos anímicos (dolo ou culpa) da psiquê humana no cerne da conduta concebida como ilícita ou infratora – avaliação do dolo ou da culpa no agir ou no omitir-se concebido como proibição ou dever afeto ao particular administrado. Afasta-se, com isso, a possibilidade de responsabilidade objetiva no âmbito do direito sancionador e punitivo público do Estado. Acompanhamos essa última corrente.

3.2 A conduta voluntária (voluntariedade) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo

Para os agentes que atuam em funções relacionadas ao direito administrativo, especialmente os responsáveis pelo controle da disciplina interna do serviço público, a exemplo de membros de comissões de disciplina, de pareceristas que externam sua opinião sobre os trabalhos do colegiado e de autoridades encarregadas pela decisão do processo (autoridade julgadora), a constatação de uma infração administrativa, e, por consequência, a penalização da pessoa física ou jurídica, pode envolver questões técnico-jurídicas profundas, que, mal empregadas, afastam o ato administrativo punitivo do ideal de justiça que deve permear, também, os meandros da Administração.

Nessa seara, ponto relevante diz respeito à natureza da conduta do agente acusado em sede administrativa, quanto ao fato de ser necessária, apenas, a voluntariedade (conduta voluntária) ou, também, carecer ela de dolo ou da culpa, para a constatação de um dos requisitos do fato típico administrativo que dará azo à imputação e consequente responsabilização.

A doutrina clássica de direito administrativo sustenta que, para a caracterização do ilícito administrativo, basta que o agente obre, aja ou se omita, de forma a desrespeitar os ditames proibitivos legais, imbuído de voluntariedade, dispensando-se qualquer análise acerca da existência de dolo ou culpa em seu íntimo motivador³¹.

Outra corrente que se vem firmando no direito brasileiro sustenta que a voluntariedade somente seria aceita como condição subjetiva do ilícito administrativo para as infrações leves, ao passo que, para as infrações médias, graves e gravíssimas, as análises do dolo e da culpa seriam necessárias, para a válida imputação e responsabilização do particular³².

Nisto, uma e outra afirmam diferir, dentre outros pontos, o ilícito administrativo do ilícito penal³³, uma vez que este, em seu viés de “delito”, não prescinde da análise subjetiva do dolo ou da culpa (nos tipos assim previstos), para a constatação de conduta criminosa. Em outras palavras: para a existência de crime (como primeiro elemento do fato típico, qual seja: a conduta permeada pelo elemento subjetivo), é necessário ter o sujeito ativo, autor, agido com dolo ou culpa, ao passo que, para a infração administrativa, dispensam-se, como pré-requisitos, o dolo e a culpa, e conformam-se somente com a voluntariedade do agente acusado. Busca-se, assim, aplicar as mesmas regras de subsunção pertinentes às contravenções penais, as quais têm como elemento do tipo, para a imputação subjetiva, apenas a voluntariedade (elemento moral, referido por Carrara, importante representante da Escola Clássica de Direito Penal), dispensando-se a intenção – dolo ou culpa^{34/35}.

³¹ Cf. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e _____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

³² Cf. COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; _____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; _____. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; _____. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; _____. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³³ Nesse sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti, em sua obra: **Tratado de Direito Administrativo**, 1964, p. 423, escreve que “as diferenças são evidentes entre a falta disciplinar e o crime, bem como entre as sanções que lhes são correspondentes, mas a verdade é que não somente o próprio direito penal segue um movimento evolutivo no sentido do direito disciplinar, procurando unificar as doutrinas sobre o direito repressivo, como também, dentro do direito penal, vão se diferenciando, isolando-se dentro de um corpo autônomo de regras jurídicas, as medidas de segurança, as medidas de polícia e as contravenções”.

³⁴ LCP: “Art. 3º. Para a contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”. (Decreto-lei 3.688/41).

³⁵ Bento de Faria, em sua obra: **Das Contravenções Penais**, p. 24, comentando o elemento subjetivo para a caracterização da

Uma outra corrente ainda, mais recente, vem-se posicionando na questão de somente a voluntariedade, isoladamente, não ser suficiente para a caracterização do ilícito administrativo, devendo o intérprete e aplicador do direito perquirir se pessoa particular, administrada, obrou ou se omitiu com dolo ou com culpa. Nesse sentido J. Guimarães Menegale já ensinava que “*nem sempre a consciência do fato induz a consciência da falta. É possível, pois, haver ou não haver dolo, e cumpre, em todos os casos, certificá-lo*”³⁶.

Mas o que é uma conduta humana voluntária? Ou uma conduta humana movida pelo dolo ou pela culpa? A expressão “conduta humana”, conquanto “instituto ou categoria jurídica” pode ser conceituado como o agir ou o omitir-se por parte de determinado autor ou autores (casos de coautoria). Essa conduta pode ser “meramente voluntária” ou “finalisticamente direcionada”, ocasião em que é composta de elementos subjetivos específicos que a caracterizam.

A *conduta humana finalisticamente direcionada*, dividida em conduta dolosa e conduta culposa, pode-se resumir no agir ou omitir-se de determinado autor, movido pela *consciência* e pela *vontade* de produzir determinado resultado. Consciência de que, com sua conduta, poderá alcançar determinado resultado, ou seja, conhecimento da relação de causa e efeito entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o resultado, querendo esse mesmo resultado (dolo direto) ou assumindo o risco de o produzir (dolo indireto eventual). Normativamente, aceitam-se a imprudência, a imperícia e a negligência (modalidades de conduta culposa) como integrantes de uma finalidade normativa direcionada ao resultado danoso.

A *conduta humana voluntária* pode ser resumida como o “agir” ou o “omitir-se” de determinado sujeito ativo, de *forma espontânea* ou de *forma provocada*, sem, contudo, ter esse agente previsto, devido prever ou querido o resultado danoso proibido pela norma estatutária de comportamento. Com esse conceito, afere-se que o simples “comportar-se” de modo “voluntário”, ou seja, não reflexo ou não impulsionado fisicamente (coação física – *vis absoluta*) faz incidir a responsabilização, em primeira aproximação, de seu autor, acaso constatada a ausência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Com efeito, para essa corrente doutrinária, por mais que o agente tenha sido diligente e responsável, primando por agir dentro dos limites da lei e sob o seu amparo, porém tendo dado azo a dano ao serviço público e sendo esse dano decorrente dessa conduta (nexo causal), ficará passível de responsabilidade administrativa.

À vista do exposto, os elementos do fato típico administrativo seriam (i) a conduta (ação ou omissão) voluntária, (ii) o resultado, (iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e (iv) a previsão legal para a punição.

Há, ainda, autores nacionais e estrangeiros que dispensam qualquer modalidade de resultado material (de dano ou de perigo), contentando-se, para a aferição de um fato típico em sede administrativa, somente com (i) a conduta (ação ou omissão) voluntária e (ii) a previsão legal para a punição (resultado jurídico), assentando que, havendo em diploma normativo a previsão de punição, dispensam-se a ocorrência de resultado material e o nexo causal entre a conduta e esse resultado, sendo estes, subentendidos (ilícito de perigo abstrato) no próprio preceito sancionador ou meramente irrelevantes para o direito punitivo do Estado³⁷.

contravenção penal e após fazer distinção qualitativa e quantitativa entre crimes e contravenções, afirma que “A – intenção –, direta ou indireta, exigida para a integração do delito – doloso ou culposos, não define, entretanto, o elemento **moral** ou **psicológico**, em se tratando de – contravenção. Criação política, ela se verifica tão-somente pela simples infração da lei, independentemente da – intenção criminosa. Seu – elemento moral é, portanto, expresso tão somente pela – **voluntariedade do fato** (ação ou omissão)” (FARIA, Bento de. **Das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Récord, 1958).

³⁶ MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. São Paulo: Forense, 1962. v. II.

³⁷ Cf. COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; _____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; _____. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; _____. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; _____. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962; e SANDULLI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. XV ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1989. v. 1.

Sem embargo, trata-se de nítida responsabilidade objetiva pelo simples fato de o potencial autor do ilícito gozar de uma relação especial de sujeição para com o Estado-administração, à medida que ostenta a qualidade de particular submetido à relação de sujeição para com o Estado-administração e tenha querido (voluntariedade) praticar e, de fato, tenha praticado determinado ato.

A doutrina clássica tem apresentado resistência à adoção de um posicionamento mais garantista, que tenha, como fundamento, não apenas a apuração formal da falta funcional, mas também a tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa particular que se relaciona com o Estado-administração, o que seria plenamente possível com a aceitação ou transposição das teorias do delito para o campo do direito administrativo sancionador, a exemplo da aplicação da Teoria da *Conducta Humana Finalisticamente Direcionada* para a caracterização do fato que dê azo ao resultado administrativo típico.

Para essa teoria, a finalística (originária dos estudos do penalista Hans Welzel³⁸), o fato típico administrativo, a exemplo do fato típico de direito penal, seria composto de conduta (ação ou omissão, dolosa ou culposa), resultado jurídico ou naturalístico, nexos causal entre a conduta e o resultado e tipicidade (previsão normativa e taxativa do fato e seus contornos proibitivos).

De plano, ficaria afastada a responsabilidade objetiva, em prol de uma imputação subjetiva, percussora (de forma a garantir uma acusação justa e uma responsabilização segura) da análise da culpa (imperícia, imprudência e negligência) ou da análise da consciência e da vontade (previstos o resultado e o seu nexos causal) de se obter esse resultado ou assumir o risco de o produzir (dolo).

Verificamos que essa segunda teoria é plenamente aplicável em sede de direito penal, e a primeira teoria possui amplo espaço de aplicação em direito administrativo. No entanto, ponto relevante de distinção entre os regimes jurídicos penal e administrativo, que possa justificar a utilização estanque, seccionada, de uma e outra teoria, deve ser considerado, qual seja o fato de, no direito penal, haver a previsão positivada de necessidade de análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa), para a caracterização da conduta típica penal (art. 18, parágrafo único do CPB), ao passo que os ordenamentos jurídicos administrativos de natureza punitiva, malgrado sua não codificação, não fazem qualquer previsão, em norma específica, de tal necessidade para a caracterização do ilícito³⁹.

Pode-se aferir que o direito penal, como modo de propiciar maior garantia ao acusado, passou a prever de forma expressa em seu sistema jurídico que, para a imputação, imprescindível se faz a prova de ter o agente obrado, ao menos, com dolo (ou culpa, se o tipo penal assim a preveja).

Com isso, poder-se-ia interpretar que, para se dispensar maior garantia ao agente acusado de prática de qualquer ilícito (penal, administrativo, tributário, civil etc.), seria necessária a previsão normativa que descrevesse os contornos e alcance desse benefício e, quando isso não ocorresse, poder-se-ia responsabilizar o agente por mera voluntariedade de sua conduta que dera azo ao resultado danoso ou ofensa à norma proibitiva.

À vista do exposto, importante anotar as seguintes indagações: (i) Na ausência de preceito legal que vincule a existência do ilícito à constatação de ter o indivíduo agido com dolo ou culpa, o ordenamento, mesmo que assim não disponha, pode ser interpretado a ponto de dispensar esses elementos subjetivos e aceitar somente a “voluntariedade” para essa constatação? (ii) Há previsão legal indireta, construtivista, de necessidade de constatação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa), para a caracterização do ilícito administrativo?

Quanto ao primeiro questionamento, importante entendermos os contornos e alcance subjetivos de uma

³⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*

³⁹ Cf. LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012; _____. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012; NIETO, Alejandro, *op. cit.*; e ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013; _____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; e Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

(a) conduta voluntária, para, posteriormente, nos determos à análise das condutas (b) dolosas e (c) culposas.

O ser humano pode se comportar de forma espontânea ou voluntária, omissiva ou comissiva, e estas, ainda, motivadas pelo dolo (consciência e vontade) ou pela negligência, imperícia ou imprudência (culpa em sentido estrito).

O dolo, como dito, é composto por dois elementos: a *consciência* do resultado e do nexa causal entre a conduta e o resultado e a *vontade* de produzir esse resultado por meio da conduta e do nexa causal. A culpa compõe-se, em linhas gerais, pela negligência, pela imprudência e pela imperícia, como formas de condutas.

Destarte, poderemos ter as seguintes variações de condutas humanas: (1) sem imputação subjetiva, sendo (1.a) conduta espontânea comissiva ou omissiva; e (1.b) conduta voluntária comissiva ou omissiva; e ainda (2) com imputação subjetiva, sendo (2.a) conduta espontânea comissiva ou omissiva e dolosa ou culposa; e (2.b) conduta voluntária comissiva ou omissiva e dolosa ou culposa.

Importante analisar os principais casos de conduta para aferir a partir de qual grau pode-se considerar o ilícito imputável subjetivamente ao agente⁴⁰.

Conduta espontânea comissiva ou omissiva. Será espontânea a conduta quando a motivação do agir tiver partido inicialmente do íntimo do próprio agente, sem influência externa relevante e comissiva, quando essa conduta for um agir, proativo, um atuar concreto, a exemplo de o agente realizar uma tarefa ou um ato qualquer. Desse modo, pode ser resumido pelo verbo “realizar”. O aspecto omissivo da conduta espontânea contrapõe-se ao verbo realizar, pelo agente, quando este der causa a determinado resultado sem que tenha agido proativamente para esse resultado. O agente realiza o resultado, sem, contudo, realizar uma ação.

Conduta voluntária comissiva ou omissiva. Caracteriza-se como uma conduta que prescinde da ideia inicial de seu agente, bastando, para tal, que seja realizada por ele, mesmo que a vontade de realizar a conduta tenha sido incutida em sua mente por terceira pessoa. Nesse ponto, a conduta voluntária não precisa ser espontânea, desprovida de qualquer motivação externa direta. A conduta voluntária omissiva caracteriza-se por um não agir, levado a efeito pelo indivíduo, independentemente de esse “não fazer” ter sido ou não, fomentado por uma terceira pessoa. Nisso, importante constatar que a conduta voluntária engloba, por si só, a conduta espontânea, à medida que, em ambas, a vontade deve estar livre de coação absoluta. Logo, na conduta espontânea, o indivíduo age ou se omite sem uma inspiração externa direta, mas, sim, e, também, voluntariamente, à medida que se conduz sem a influência de *vis absoluta* (coação física). Com efeito, conduz-se voluntariamente tanto quem se porta de forma espontânea quanto quem se porta de forma voluntária propriamente dita.

Quanto às demais formas de conduta, com vistas à aferição do conceito, basta, somente, acrescentar os elementos do dolo, consciência e vontade, para as condutas dolosas, e a negligência, a imperícia ou a imprudência, para as condutas culposas⁴¹.

Um exemplo de *conduta voluntária comissiva*, que pode gerar dúvida acerca da responsabilização do autor da conduta permite ser aferido no âmbito do regime administrativo disciplinar (regime de direito administrativo sancionador *interna corporis*). Nesse regime peculiar do direito sancionador, formula-se a seguinte questão: o chefe de repartição determinou, por meio de ato administrativo formal, a dois peritos servidores públicos, a realização de exame pericial em objeto encontrado em local suspeito. No momento da realização da perícia, o objeto periciado explode e causa lesão corporal nos servidores envolvidos. Acrescente-se ao exemplo o fato hipotético de o exame pericial ser facultativo, ou seja, a sua realização não ser obrigada por lei, e o fato de autor da ordem desconhecer eventual possibilidade de resultado danoso decorrente da perícia.

Diante desse panorama hipotético, indaga-se: o chefe da repartição deveria ser responsabilizado discipli-

⁴⁰ Cf. SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Confino, 1947. t. I.

⁴¹ SIQUEIRA, Galdino, *op. cit.*

narmente, por ter agido voluntariamente e, no exercício da função e em razão dela, ter dado causa à lesão corporal aos outros demais servidores?

Em primeira aproximação, verificamos que o chefe da repartição, autor da ordem que dera azo ao resultado danoso, agiu (conduta comissiva) por vontade própria, livre e desimpedida (conduta voluntária e espontânea), sem dolo ou culpa, pois sequer possuía a possibilidade ou o dever de prever qualquer resultado físico danoso decorrente da realização do exame pericial.

Se entendermos, conforme colocado, que não houve dolo ou culpa, devemos, também, inferir que o autor da ordem não possuía a vontade de provocar o resultado danoso conforme ocorreu, nem assumiu tal e, tampouco, não possuía a consciência (conhecimento) da relação causal entre sua ordem e esse resultado. Do mesmo modo, afastadas estarão a negligência, a imperícia ou a imprudência de sua ordem.

Diante dessas constatações, se concordarmos que, no exemplo acima, esse agente deve ser responsabilizado disciplinarmente por seu ato, aceitaremos, por corolário, como pré-requisito da ocorrência do ilícito disciplinar, quanto ao aspecto subjetivo anímico de sua motivação, o seguinte elemento apenas: a voluntariedade da conduta (a suficiência de uma conduta voluntária). Seria irrelevante, para o direito administrativo disciplinar, o fato de a conduta ser (i) comissiva ou omissiva ou mesmo espontânea (e nesse ponto concordamos) e (ii) ter o agente obrado com dolo ou culpa e, inevitavelmente, aceitaríamos uma forma de responsabilidade objetiva, como suficiente para a imputação e sanção disciplinar.

Quanto à segunda indagação, inicialmente formulada, acerca da existência ou não, de previsão legal indireta que imponha a análise do dolo e da culpa, para a imputação pessoal do ilícito, importante destacar que no atual modelo de Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais devem ser elásticos para abarcar não somente as relações jurídicas formadas entre o Estado e o indivíduo⁴², assim considerados os residentes ou domiciliados no Brasil ou em trânsito no território nacional, mas, sim, para englobar as relações privadas, onde o Estado não se faz presente de forma direta (eficácia horizontal do direito privado), e as relações que envolvem o Estado internamente, em suas relações institucionais, a exemplo das relações especiais de sujeições entre Estado e servidor público⁴³.

Com efeito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da CF/88, motiva a interpretação construtiva, evolutiva, da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto substantivo, art. 5º, LVI, da CF/88, para fazer transpor as teorias garantistas do direito penal, especialmente as teorias do delito, a exemplo da necessidade de imputação subjetiva (dolo e culpa), como requisito lógico e obrigatório do ilícito disciplinar e de todo e qualquer ilícito de direito administrativo sancionador, para que o resultado do apuratório esteja em harmonia com os ditames da justiça do direito e da certeza do direito, valores suprapositivos que se fazem presentes em todas as sociedades, como orientadores da positividade jurídica e de sua interpretação e aplicação.

4 O dolo e a culpa nos ilícitos administrativos ao amparo da Teoria da Conduta Originária do Direito Penal

O tema ora apresentado, longe de ser pacífico em nossos tribunais e doutrina – em que pese também pouco enfrentado –, consiste na divergência quanto à necessidade de se analisarem os elementos subjetivos do ilícito – dolo e culpa –, para se aferir a responsabilidade do particular submetido à relação jurídica de direito administrativo sancionador.

⁴² Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

⁴³ VALENTINI, di Federico. Il rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo in punto di sanzioni. “Ne bis in idem” ed “equo processo” alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**. L’Aquila:Università degli studi di Aquila, n. 12, 2015, p. 02-36.

A conclusão pela imputação ilícita é pressuposto da aplicação da sanção, e esta constitui o ato pelo qual a autoridade julgadora, valendo-se do teor do procedimento, sujeita o particular ao experimento de situação desfavorável descrita no ordenamento jurídico como consequente de uma descrição fática, decorrente do reconhecimento da realização de conduta prescrita como ilícita (conceito formal) e ofensora a bens e princípios relevantes para a Administração Pública e a seus fins (conceito material)⁴⁴.

A imputação pode, assim, ser entendida como uma *síntese* dentro de um silogismo lógico-jurídico, onde a notícia do ilícito (e a portaria exordial) é a *tese*, e a instrução procedimental, a *antítese*.

Nessa realidade afeta ao reconhecimento da conduta faltosa, a doutrina⁴⁵ e jurisprudência tradicionais têm-se inclinado pela desnecessidade de inferência acerca do elemento subjetivo, alegando a não vinculação dos institutos jurídicos sancionadores do serviço público às teorias de direito penal^{46/47}.

Com efeito, o resultado obtido por meio de procedimento administrativo em contraditório (sindicância punitiva ou processo administrativo, vigas materiais do devido processo legal em sede de Administração Pública) pauta-se por uma série de teorias oriundas do sistema jurídico-administrativo, possuidor de regras, postulados aplicativos e princípios específicos⁴⁸.

Assim, autorizada doutrina, com fundamento nos ditames de que o direito administrativo apresenta regulação especial e, com efeito, regime jurídico próprio, tem sustentado de longa data a distinção entre o *iter* intelectual a ser percorrido para se chegar às imputações penal e administrativa. Defende-se, com essa argumentação, que a imputação administrativa prescindiria da análise da imputação subjetiva, conformando-se tão somente com a análise da voluntariedade da conduta do agente acusado em sede administrativa sancionadora.

Em que pese a farta aplicabilidade em todos os níveis de serviço público, tal entendimento é fruto de uma interpretação equivocada da *doutrina clássica penal* difundida por Francesco Carrara⁴⁹. Esse autor assina-

⁴⁴ Sobre os contornos dos bens jurídicos de relevo para o direito penal, cf. ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

⁴⁵ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e _____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴⁶ Em decisão conservadora, clássica o Tribunal do Paraná posicionou-se no sentido da prescindibilidade de análise do dolo ou da culpa na conduta do agente público, para a imputação do ato disciplinar: MS 396.471-6. Rel. Des. Clayton Camargo, unân., j. em 18.05.2007, DJ 01.06.2007) “Mandado de segurança. Acórdão 072-DACM que manteve decisão do conselho da magistratura de demissão da serventuária. Alegada nulidade da portaria inaugural. Inexistência. Portaria inaugural que descreve os fatos pormenorizadamente indicando os dispositivos legais objeto da infração. Desnecessidade de indicar o elemento subjetivo relativo ao dolo ou à culpa quando da prática da conduta funcional. Nulidade de ausência de constituição de comissão processante. Desnecessidade. Serventuários da justiça que são regulados pelo código de organização e divisão judiciárias do Estado e Acórdão 7556, do conselho da magistratura. Ordem denegada”. (MS 370.495-6 – Relª. Desª Regina Afonso Portes – unân., j. em 05.02.2007 – DJ 16.02.2007).

⁴⁷ Todavia, paulatinamente e de forma tímida, em alguns casos de forma reflexa, os tribunais pátrios vêm mudando o posicionamento, para dar relevância à tipicidade e aos elementos subjetivos do ilícito disciplinar, conforme se infere dos julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, abaixo copilados. *In verbis*: **Processo Civil**. Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública federal. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Desídia. Via mandamental escurreita. Decadência afastada. Violação à ampla defesa e ao contraditório não caracterizados. Julgamento de acordo com a prova dos autos. Segurança denegada. “(...) 3 – A via do mandado de segurança não se presta à análise das provas, que somente é possível na via ordinária, onde poderão ser produzidas provas periciais e testemunhais. O presente remédio constitucional é impróprio para tal verificação. Sendo assim, não compete a este Colegiado a valoração das faltas imputadas à impetrante, se insignificantes, se agiu com dolo ou culpa, se foi correta a interpretação na análise das aposentadorias rurais, se submetida à sobrecarga de trabalho, se insuficiente a quantidade de servidores, enfim, se a mesma se comportou de forma desidiosa, sendo, tal exame, de competência exclusiva da Comissão Processante que conduziu o Processo Administrativo. Precedentes (MS 9.116/DF e 7.413/DF). 4 – Conforme entendimento desta Corte, o controle jurisdicional dos feitos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem examinar o mérito do ato administrativo (cf. MS 6.861/DF, 6.911/DF, 7.074/DF entre outros). (...) – Segurança concedida”.

⁴⁸ Nesse sentido (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25) “Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Somente se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo”.

⁴⁹ CARRARA, Francesco, *op. cit.*

lava que o Estado devia-se valer, para a imputação do resultado e no que se referisse ao aspecto psicológico, da análise da voluntariedade como força moral do delito, que, essencialmente, era permeado pelo dolo ou pela culpa, gerando o que chamou de “livre-arbítrio”.

No entanto, os administrativistas⁵⁰ parecem se conformar, somente, com a constatação da voluntariedade, dispensando o dolo ou a culpa, aplicando, de fato, os ensinamentos da escola italiana antecessora, a Escola de Carmignani⁵¹.

Francesco Carrara, ao publicar seu *Programa do Curso de Direito Criminal*, em meados do séc. XIX, inovou o sistema acusatório, trazendo à análise, como pressuposto da responsabilidade penal, os elementos físico, moral (e dentro desse elemento, declinava a necessidade de análise do dolo e da culpa) e legal da conduta, em completa oposição aos sistemas inquisitoriais vigorantes na Idade Média e defendendo, para os ilícitos penais, a necessidade de análise da vontade dolosa ou culposa.

Constituiu-se num método trifásico de análise da imputação do delito, em que o julgador aferia a ocorrência do fato relacionada a um indivíduo, pessoa física ou jurídica, que agiu voluntariamente, ofendendo a uma lei do Estado (adotou, portanto, o conceito formal de ilícito). Para Carrara, a imputação delituosa somente poderia ser deferida se o juiz concluísse que o acusado (i) agiu (de modo comissivo ou de modo omissivo) e, com esse agir, deu azo ao resultado (elemento físico), (ii) de forma voluntária, com livre-arbítrio (elemento moral), (iii) ofendendo a uma lei que proibisse a conduta (elemento normativo). Fala-se em *imputação física*, em *imputação moral* e em *imputação legal*.

A análise do elemento moral, para a imputação moral, por Carrara, dava-se, como visto, com a inferência do dolo e da culpa, sendo estes os componentes da voluntariedade, decorrente do que classificou de “livre-arbítrio”. No entanto, o equívoco da *doutrina tradicional de direito administrativo sancionador* consiste, exatamente, no fato de se utilizar a Teoria de Carrara e, com efeito, aferir a imputação física, a imputação moral e a imputação legal, sem, contudo, deferir ao elemento moral da imputação a composição por elementos anímicos a par da mera voluntariedade. Destarte, excluem-se do elemento moral o dolo e a culpa, deferindo imputação ao agente com a constatação da mera voluntariedade, distorcendo, arbitrariamente, a garantia de uma responsabilização certa e justa, em prol de uma responsabilidade objetiva.

O próprio conceito formal de delito formulado por Carrara sugere a necessidade de segurança desde o início da imputação, com a vinculação a um tipo legal e, daí, seus efeitos jurídicos corolários.

“O delito civil se define como infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”⁵².

Surge dessa formulação, como dito, a noção de legalidade, apontando a necessidade de segurança jurídica pautada em uma lei promulgada pelo Estado.

Consoante Basileu Garcia⁵³, Carrara demonstra a necessidade de imputação pautada em uma lei escrita, Princípio da Legalidade, em que se pode inferir a existência dos demais enunciados corolários desse princípio, quais sejam: *nulla sanctio iuris sine lege praevia*, *nulla sanctio iuris sine lege stricta*, *nulla sanctio iuris sine lege scripta*, *nulla sanctio iuris sine lege certa* e *nulla sanctio iuris sine lege necessariae*, declinando, destarte, que a conclusão sobre a existência do ilícito deve ser feita com base no amparo de uma (i) lei prévia à ocorrência do fato; (ii) que essa lei prévia seja escrita, obstando o uso dos costumes para a tipificação do ilícito; (iii) que essa lei prévia e escrita seja estrita, obstando o uso da analogia para a definição do ilícito, (iv) que essa lei prévia, escrita e estrita seja também taxativa, delimitando de forma pormenorizada, analítica, o que o Estado entende como

⁵⁰ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

⁵¹ CARMIGNANI, Giovanni. **Elementos de derecho criminal**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 43-46.

⁵² GARCIA, Basileu, *op. cit.*, p. 59.

⁵³ *Ibidem*.

ilícito e (*v*) que essa lei prévia, escrita, estrita e certa tipifique, somente, as condutas nocivas ao convívio social, não inibida por outros ramos do direito⁵⁴.

Entre o modelo de Carrara e os novos modelos de conceituação de ilícito da escola alemã, não obstante o reconhecimento de aportes decorrentes do Princípio da Legalidade trazidos por aquela, insta asseverar que o brilhante modelo carrariano, útil no estágio social inicial do Estado Moderno na gênese das dimensões de direitos fundamentais⁵⁵, hoje não abarca todo o plexo de direitos e garantias fundamentais, fruto de um evoluir social iniciado e possibilitado pela mesma fonte constitucional, com o surgimento de valores outros⁵⁶, paulatinamente incorporados aos *codices* humanistas que sucederam a sua época⁵⁷, ao passo que não somente deve o operador do direito aferir se estão presentes as imputações objetiva, subjetiva e pessoal, mas também, *se a conduta ilícita foi inspirada nos elementos subjetivos dolo ou culpa e por eles é composta*, para, somente então, analisar a ilicitude e a culpabilidade do agente, teoria finalista de Welzel, e, com efeito, concluir pela imputação administrativa de ilícito.

A análise do dolo e da culpa deve estar presente quando da análise da própria conduta. Assim, não há de se falar em imputação sem os móveis (consciência, vontade, negligência, imprudência ou imperícia) que levaram o agente a praticar a ação ou omissão.

5 Considerações finais

Em linhas finais, conclui-se existir uma intrínseca relação entre punição administrativa do particular, pessoa física ou jurídica, e a eficiência da Administração Pública: sanções administrativas corretamente aplicadas tornam o serviço público mais eficiente (pois corrigem erros de condutas que, de fato, afiguravam-se nocivos à prestação do serviço público e do interesse público, além de cumprir a sua real função educativa), ao passo que sanções públicas mal aplicadas, *e.g.*, decorrentes de má fé ou de erro da autoridade administrativa, mormente no caso de suspender atividades comerciais ou de interesse pessoal de particulares ou obstar ou encerrar atividades privadas, não corrigem erros de condutas, mas, sim, constituem-se no próprio erro de conduta, conquanto obstem contribuírem para uma disfunção da engrenagem social.

A decisão equivocada no cerne do direito administrativo sancionador é uma face, o erra no julgar administrativo, perfaz uma atividade dificultadora – mais um óbice, não mais – da prestação de serviços públicos, ofendendo o princípio da continuidade do serviço público.

Os tipos vagos, aberto, indeterminados, plurissignificativos, são uma porta de entrada ao julgamento administrativo equivocado, ao julgamento administrativo ilegal.

Ainda importa anotar que a legalidade da tipificação de qualquer ilícito (a condição de ser ou não legal tipificação da infração administrativa), por apresentar uma *descrição de conduta* imposta ou proibida, implica a necessidade de aferição dessa conduta subsumida à tipificação, o que infere a incontornável aplicação da Teoria da Ação ou da conduta humana não somente obrada com *voluntariedade*, mas, ainda, obrada com dolo

⁵⁴ GARCIA, Basileu, *op. cit.*

⁵⁵ VASAK, Karel. **The international dimensions of human rights**. Connecticut: Greenwood Press, 1982.

⁵⁶ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, Ano 4, n. 14, p. 9-53, jul/set 2006; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016, p. 168-191; FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Ano 51, Número 203, jul./set. 2014, p. 143-164; e BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, Vol. 4, N. 1, p. 207-225, jan/abr. 2017.

⁵⁷ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005; e _____. **Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ou culpa – elementos subjetivos da conduta, retratados na descrição típico-legal. Disso ainda se infere a plena aplicabilidade do conceito analítico estratificado, bipartido ou tripartido, de ilícito, já desenvolvido no âmbito das teorias do ilícito penal, ao ilícito administrativo.

Com efeito, em um Estado Constitucional de Direito, há de se aceitar, com base na constatação de identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, um núcleo teórico sobre a imputação da conduta infratora como pressuposto da responsabilização do autor do ilícito, que, necessariamente, perpassa pela aferição de teor ou não o agente atuado com dolo ou culpa. Esta aferição do elemento anímico do agente infrator compreende a base da responsabilização subjetiva, caracterizada como pressuposto e elemento central da aplicação de sanções pelo Estado.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 23.
- Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005.
- _____. **Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, Ano 4, n. 14, p. 9-53, jul/set 2006.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, Vol. 4. N. 1, p. 207-225, jan/abr. 2017.
- BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.
- _____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016, p. 168-191.
- CARMIGNANI, Giovanni. **Elementos de derecho criminal**. Madrid: Tecnos, 1979.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas

- Bastos, 1961.
- _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964.
- _____. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV.
- _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v.
- COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- _____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- _____. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique**. Vol 1. Paris: Dallos, 2012.
- _____. **Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice**. Vol 2. Paris: Dallos, 2013.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- _____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- FARIA, Bento de. **Das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Record, 1958.
- FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Ano 51, Número 203, jul./set. 2014, p. 143-164.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, t. I.
- LISZT, Franz Von. **La teoria dela scopo nel diritto penale**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.
- LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- _____. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1962.
- NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natsche-

radetz. Lisboa: Bosch, 1972.

_____. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

Sandulli, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo.** XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989. v. 1.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: José Confino, 1947. t. I.

VALENTINI, di Federico. Il rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo in punto di sanzioni. “Ne bis in idem” ed “*équo processo*” alla luce delle pronuncie della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo.** L’Aquila:Università degli studi di Aquila, n. 12, 2015, p. 02-36.

VASAK, Karel. **The international dimensions of human rights.** Connecticut: Greenwood Press, 1982.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Tratado de direito administrativo:** teoria do direito administrativo. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

WELZEL, Hans. **Direito penal.** Tradução de Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São Paulo: RT, 1998.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.