

## CONTRIBUTO DA TEORIA DO DELITO PARA A IMPUTAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

### CONTRIBUTION OF TORT THEORY TO LEGAL IMPUTATION IN PUBLIC LAW

ELIOMAR DA SILVA PEREIRA <sup>1</sup>

SANDRO LÚCIO DEZAN <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca revisitar as teorias do delito que servem de fundamento para uma teoria garantista do direito público sancionador, a englobar, nomeadamente, o direito administrativo sancionador. Por meio do método dedutivo, concluir-se-á que, em um Estado Constitucional de Direito, os princípios de direito penal alocados na Constituição Federal são plenamente aplicados a todo e qualquer ramo punitivo do Estado, na medida em que não se concebem distinções ontológicas entre as diversas espécies de ilícitos epistemologicamente positivados pelo Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito público sancionador. Teoria do delito. Extensão das garantias penais. Direito administrativo sancionador. Estado constitucional de direito.

88

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela *Universidade Católica Portuguesa* (Escola de Lisboa); Mestre em Ciências Policiais (Especialidade Investigação Criminal e Criminologia), pelo *Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna* (Portugal); Graduação em Direito pela *Universidade Federal de Viçosa*; Investigador Convidado da *Ratio Legis* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas (*Universidade Autónoma de Lisboa*); autor de obras jurídicas e científicas, notadamente *Teoria da Investigação Criminal* (Editora Almedina, 2ª edição, 2019); *Introdução às Ciências Policiais* (Editora Almedina, 2ª edição, 2019), *Introdução ao Direito de Polícia Judiciária* (Editora Fórum, 2019); Coordenador da *Coleção Fórum de Direito de Polícia Judiciária* (7 volumes); Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior de Polícia; ex-Procurador Federal; Delegado de Polícia Federal.

<sup>2</sup> 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 Professor do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo).

**ABSTRACT:** This article seeks to revisit the theories of tort that serve as the foundation for a guaranteeing theory of sanctioning public law, including, namely, sanctioning administrative law. Through the deductive method, it will be concluded that, in a Constitutional State of Law, the principles of criminal law established in the Federal Constitution are fully applied to any punitive branch of the State, insofar as ontological distinctions are not conceived between the different kinds of illicit acts epistemologically affirmed by the State.

**KEYWORDS:** Sanctioning public law. Tort theory. Extension of criminal warranties. Sanctioning administrative law. Constitutional rule of law.

### INTRODUÇÃO

O direito de punir do Estado é uno e fundado em uma lógica jurídico-coercitiva de coerência, de unidade e de completude, representativa, com ocorre no ordenamento jurídico, da teoria dos sistemas jurídicos. Todavia, essa unidade preconcebida divide-se em sistemas ou subsistemas e regimes jurídicos, em razão das espécies de bens e de objetos jurídicos demandantes, nos mais variados níveis, de proteção específicas, coordenadas pelos fins de cada ramo do Direito.

Com efeito, para esse escopo de proteção diversificada de bens jurídicos com coerência, unidade e completude, o *jus puniendi* concebe-se em divisões epistemológicas do direito, formando, assim, os sub-ramos punitivos de direito público que conhecemos. Isto, contudo, não desnatura os elementos fundantes e formativos das bases lógicas, funcionais e finalísticas de cada sub-ramo formado a partir do direito punitivo do Estado. Eis a concepção do *Direito Público Sancionador*, como suprassistema jurídico, balizador da justiça do direito no âmbito do *jus puniendi* estatal.

O *jus puniendi* estatal, apesar de uno e fundamentalmente indivisível em suas normas de sustentação, apresenta-se como modelos, ou padrões, ou caminhos sistêmico-dogmáticos, a darem lastro de normatividade constitucional aos ramos do direito público – a exemplo do direito penal, do direito administrativo sancionador, do direito ambiental, do direito das agências reguladoras – que se (re)unem em torno de um núcleo de normas essenciais de direitos fundamentais: de direitos materiais e processuais constitucionais. Isto, mais uma vez, frise-se, sempre com o escopo de realização de uma adequada proteção de bens jurídicos. E quando me refiro à expressão “adequada”, quero com isso dizer que a proteção de bens e de objetos jurídicos deve ser efetiva, sem se afastar da deferência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Nisto, caminha-se da premissa de que todo e qualquer ramo do direito punitivo do Estado é concebido para a adequada proteção de bens jurídicos que, todavia, são pertinentes a determinados ramos dogmático-epistemológicos do direito público e todo esse sistema e seus subsistemas, desde o menor ao maior, devem

obediência à Constituição Federal, aos seus princípios expressos e, não obstante, implícitos, fundamentais e, do mesmo modo, sistemáticos-informativos.

É cediço perceber *normas* que se comportam de modo interdisciplinar, com abrangência *interepistêmica*, em razão de uma intrínseca lógica sancionadora que compreende a essência de todo e qualquer escopo coercitivo-sancionador. Nessas balizas, factível apontar a necessidade de taxatividade do texto legal prescritivo do ilícito e a sua irretroatividade – assim como todo os demais conteúdos formais do princípio da legalidade e o seu conteúdo substancial –, o devido processo legal, o *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade, da intrascendência da sanção, dentre outras.

Sob esses vértices, o presente estudo busca definir o conceito de imputação jurídica e as suas características unitárias para os diversos ramos epistemológicos do que se denomina de *direito Público Sancionador*.

Para esse escopo, serão abordados os aspectos mais relevantes dos *espectros axiológico e epistêmico nas teorias do delito e a sua extensão aos demais ilícitos de direito público sancionador; da concepção do empírico, do psíquico e do normativo na imputação jurídico-sancionadora; da imputabilidade como condição de imputação de responsabilidade no direito público sancionador; das restrições a uma imputação objetiva do tipo nos ilícitos de direito público sancionador da imputação subjetiva do tipo nos ilícitos de direito público sancionador das etapas analíticas da imputação de responsabilidade no direito público sancionador do juízo de ilicitude no direito público sancionador, do juízo de culpabilidade nos ilícitos de direito público sancionador, para concluir que as institutos de garantia do direito penal, nomeadamente os elementos para uma imputação de responsabilidade, são plenamente aplicáveis aos demais ramos do direito sancionador estatal.*

## 2. OS ESPECTROS AXIOLÓGICO E EPISTÊMICO NAS TEORIAS DO DELITO E A SUA EXTENSÃO AOS DEMAIS ILÍCITOS DE DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

Ao tratar do que considera uma *relatividade dos sistemas dogmáticos do delito*, Enrique Bacigalupo (BACIGALUPO, 2005, p. 185) nos adverte que “nenhum dos sistemas tem validade absoluta” (cf. LESCH, 2016, p. 116), sendo inevitável reconduzir qualquer teoria do crime a uma decisão anterior sobre a teoria da pena, bem como também a uma teoria da sociedade (BACIGALUPO, 2005, p. 185; LESCH, 2016, p. 116 e ss.). Mas bem entendido, não se trata apenas da sociedade, mas desta em conexão com uma teoria do Estado e do indivíduo, o que nos remete ao final aos valores fundamentais dessas teorias e sua axiologia de base. Em suma, tudo depende do quanto estamos dispostos a expandir a análise do sistema (penal ou social) ao fim de discutir e compreender as pressuposições básicas de qualquer teoria. Ao final, podemos sintetizar todas essas pressuposições na ideia de uma política sancionadora do Estado (RESTREPO, 2008), desde que se entenda esta como uma síntese teórica de vários pressupostos não explícitos.

É nesse sentido que podemos entender os diversos modelos analítico-doutrinários do crime como *teses axiológicas em função de uma visão político-criminal* que pretendem não apenas justificar o direito penal, mas também racionalizá-lo segundo certos valores considerados anteriores ao direito penal, que se encontram em teorias sociais, teorias políticas e em última análise em antropologias e estendê-las aos demais ramos do direito público sancionador de um Estado Constitucional e Democrático de Direito (LLOBREGAT, 2012). A postulada função política-criminal, que se tornou mais evidente na fase funcionalista, existia também implícita nas anteriores teorias.

A doutrina do crime, portanto, tende (ou deveria tender) a ser não apenas uma doutrina da estrutura do crime a partir da lei, formalmente considerada apenas, mas igualmente uma doutrina de seus limites como condições essenciais que se devem impor desde a fase da legislação e *criação* dos crimes, em conformidade com uma política criminal (funcionalmente dirigida). Assim, as diversas doutrinas do crime se tornam aptas para congregarem os diversos conhecimentos que interessam a uma compreensão global do direito penal e cumprir, além de uma função operativa do direito (metodológica), a função de transmitir e afirmar valores que se devem impor ao direito punitivo, visando não apenas a racionalizá-lo, mas também a minimizá-lo ao necessário. Isso é claro, se tivermos em mente um programa garantista voltado à construção de um sistema de direito penal mínimo, que se pode construir não apenas pela crítica à legislação, desde uma perspectiva externa a ela, mas pela integração racional da legislação, desde uma perspectiva interna que, quando necessário se faça, seja controlada constitucionalmente.

Nos demais ramos do direito público sancionador, a exemplo do direito administrativo e do direito ambiental, essa axiologia dos valores a serem tutelados pela legislação se opera do mesmo modo. Assim, pode-se falar, *v.g.*, em princípio da estrita legalidade tipificadora de infrações não somente para o direito penal, mas para o direito administrativo e para o direito ambiental e, nesses contextos, percebe-se a normatividade do princípio da necessidade da norma prescritora de ilícitos e infrações e, também, da existência de bens jurídicos protegidos em ramos jurídicos outros *extramuros* do direito penal.

Contudo, para além do aspecto axiológico, é importante compreender que as teorias da imputação pressupõem uma certa concepção epistemológica acerca do aspecto fático do ilícito que se vão transferir à pragmática processual de sua investigação. É a partir de uma vontade de certeza objetivada em um elemento material, decorrente de um empirismo radical, que se vai construir o causalismo sancionador, quase se perdendo em um determinismo. É como diz Jescheck *apud* Dias (2007, p. 239), ao esclarecer que “nenhuma das teorias conseguiu afastar completamente as outras, continuando ainda hoje vivos, uns junto aos outros, pensamentos procedentes dos três sistemas”

A imputação jurídico-sancionadora (penal, administrativa, tributária, ambiental ou das agências reguladoras) é, assim, vistas todas essas questões, um complexo de

considerações práticas acerca de elementos empíricos, psíquicos e normativos, que dependem essencialmente do conhecimento teórico de base que lhes serve de fundamentação nas ciências naturais, sociais e jurídicas, mas tendo ainda por centro integrador a ideia de pessoa humana como sujeito responsável por seus atos na vida em comum com outros que possuem expectativas sociais (CHAINAIS, FENOUILLET, GUERLIN, 2013).

Tudo depende, portanto, não apenas do estágio de nosso conhecimento científico, a respeito das relações entre causa e efeito dos fenômenos naturais, tampouco apenas do estágio dos vínculos sociais que vigoram no sistema de relações pessoais, mas antes de como tudo isso é assimilado no sistema jurídico-penal tendo em conta o universo de normas que vigoram em sociedade. O direito penal, assim, pode interferir para limitar essa relação causal afastando certas imputações, mas não desconsiderar a ciência a ponto de admitir uma imputação jurídica em confronto com o que se conhece a respeito dos fenômenos causais.

A questão aqui é, portanto, que a postulada imputação normativa, embora se possa entender como a imputação última do juízo penal, não pode renunciar às imputações natural e social que concernem ao aspecto objetivo e subjetivo do tipo definidor do ilícito, baseando-se em concepções científicas. Podemos dizer que essas imputações são necessárias, embora não suficientes, mas não as podemos simplesmente negar em favor de uma imputação puramente jurídica. Porque ao final, essa imputação que pretende ser uma forma de correção da imputação física e psíquica pode se tornar como que uma autônoma possibilidade jurídica de imputar sem quaisquer limites.

### 3. O EMPÍRICO, O PSÍQUICO E O NORMATIVO NA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-SANCIONADORA

Ao falarmos no empírico, psíquico e normativo da imputação jurídico-sancionadora, contudo, devemos nos prevenir contra a ideia linear de coloca-los simplesmente em ordem de fases, porque a imputação constitui uma unidade de atribuição de responsabilidade, em que o normativo não é uma fase em si, mas apenas o tratamento jurídico que se deve dar ao aspecto objetivo e subjetivo do tipo, podendo-se reduzir a imputação em objetiva e subjetiva, tendo em conta todas as suas ponderações jurídicas ao que compõe o mundo ontológico (natural ou social) de base. Não há consenso acerca da ordem e terminologia dessas fases, sendo importante explicar o esquema de nossa escolha.

Assim, o que consideramos imputação normativa corresponde ao que geralmente a doutrina tem chamado de imputação objetiva, embora há quem inclua nessa além da imputação empírico-causal a aquela especificamente normativa (TAVARES, 2018, p. 198 e ss.). Mas antes que tenha resultado, há o problema comum da imputação da conduta, que não é exclusivo dos ilícitos de resultado material. A imputação causal é, nesse sentido, apenas uma parcela da imputação empírica, que deveria abranger todas as possibilidades típicas, tendo em conta os

elementos objetivos do tipo. Portanto, o que chamaremos de imputação objetiva terá como início o tratamento da imputação da conduta independentemente do resultado, que é também um aspecto da teoria da imputação objetiva, comumente investigado no âmbito do direito penal, todavia, de aplicação também nos demais ramos do direito sancionador do Estado. Como bem observou Mir Puig, a imputação objetiva “deve estender seu alcance para além do problema do nexo que deve existir entre a conduta e o resultado nos delitos de resultado” (MIR PUIG, 2007, p. 207).

É, portanto, necessário distinguir, no estabelecimento da realização do tipo objetivo, uma imputação empírica, orientada pela realização da conduta e causação natural do resultado, e uma imputação normativa, que tem sido discutida como imputação objetiva, na qual o nexo de causalidade é apenas um meio auxiliar para a determinação da imputação dirigida pela finalidade da norma (WESSELS, 1976, p. 40). Havendo resultado típico, deve-se averiguar a existência de nexo entre conduta e resultado, que consiste em um vínculo de natureza causal, conforme critérios de conhecimento científico, mas limitado normativamente pelos princípios da teoria da imputação objetiva (FENOUILLET, 2012).

É nesse sentido que “a teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa como um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer socialmente estranho ou adaptado” (JAKOBS, 2013, p. 21). E assim, quanto aos critérios de imputação, sinteticamente, o juízo de imputação deve averiguar se (i) a ação criou um perigo proibido para a produção do resultado; e (ii) o resultado produzido pela ação corresponde à realização do perigo (proibido juridicamente) criado pela ação (GRECO, 2014).

A questão é que a verificação do nexo de causalidade é apenas um estágio posterior, e limitado aos ilícitos de direito público que provoquem resultados materiais, que exige antes uma imputação objetiva da conduta. É necessário, portanto, distinguir o tratamento dos *ilícitos de resultado lesivo*, em que se situa a questão da causalidade, dos *ilícitos de perigo* e os *de mera conduta*, em que não temos causalidade, mas apenas conduta, seguida de um *juízo* sobre o risco quando for o caso, no qual se deve levar em conta o que se conhece pelo agente, a considerar que muitas condições não são de seu conhecimento (BACIGALUPO, 2005, p. 289). É preciso compreender o sentido amplo que: “a imputação objetiva deve ser entendida como o juízo que permite imputar *juridicamente* a realização da parte objetiva do tipo à sua execução *material* (MIR PUIG, 2007, p. 207).

O que se chama parte objetiva do tipo, assim, não se resolve apenas na imputação causal, embora ainda permaneça como imputação empírica, pelo menos entre os ilícitos comissivos de direito público sancionador, a considerar que ainda se pede sempre uma conduta materialmente considerada e sobretudo exteriorizada (GAUDEMET, 1972). Nesse caso, conhecida a ação típica, havendo provas a respeito delas, o que se exige é saber se é possível imputar a ação ao agente, ainda

em seu aspecto objetivo. No âmbito do direito penal – o que não elide a ampliação da análise para os demais ramos do direito público sancionador –, tenha-se em conta o exemplo de crimes de falsidade documental ou de moeda falsa. Ainda que não falemos em resultado da conduta, considerando que o crime se configura formalmente, há uma materialidade que se exige considerar e imputar a um sujeito. O que se pede aqui, portanto, ainda a título de imputação objetiva do tipo ao autor, é que existem provas a respeito do ilícito que possam associar o ato materializado ao sujeito imputado. Trata-se ainda de uma imputação objetivamente considerada, sem ainda falarmos do tipo subjetivo, que se segue ao final do juízo de tipicidade.

A imputação objetiva em sentido amplo, portanto, “trata da determinação das propriedades objetivas de uma conduta imputável” (BACIGALUPO, 2005, p. 180) e a sua relevância prática está em estabelecer pressupostos que se aplicam a crimes culposos ou dolosos, não importando essa diferença (JAKOBS, 2013, p. 21).

#### 4. A IMPUTABILIDADE COMO CONDIÇÃO DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

Antes que se possa fazer qualquer imputação ao sujeito responsável pela prática do ilícito de direito público sancionador, é preciso que se verifique sua imputabilidade, sem a qual se torna impossível prosseguir nos demais juízos de imputação. Embora esse elemento seja posto geralmente no domínio da análise de culpabilidade, ele é na verdade anterior e um pressuposto de análise do próprio injusto sancionador, obstruindo as demais etapas ou influenciando em certos aspectos procedimentais (SANDULLI, 1989).

A respeito, observa Juarez Tavares ao distinguir entre imputabilidade e capacidade de culpabilidade, que “a análise da imputabilidade deve ser antecipada para o âmbito do injusto, mais propriamente para o âmbito da ação” (TAVARES, 2018, p. 456). Mas de uma perspectiva pragmática, que interessa à teoria da investigação, sua análise até se antecipa procedimentalmente, orientando as demais fases. Trata-se, assim de distinguir entre uma capacidade de culpabilidade *a priori* excluída, de uma capacidade de culpabilidade somente *a posteriori* excluível.

O que está em causa nesse juízo é saber se o sujeito tem a *possibilidade de conhecer a desaprovação jurídica do fato* que realizou. Embora a dogmática situe analiticamente essa questão ao final do juízo acerca da infração, de um ponto de vista pragmático que interessa à teoria da investigação processual, é inevitável iniciar pela consideração acerca do sujeito responsável pelo ilícito, porque em se tratando de inimputáveis (o que é possível se falar também em sede, *v.g.* de direito administrativo sancionador), a imputação toma rumos diferentes.

O que está em causa aqui é saber se há conduta no sentido juridicamente necessário à consideração típica do ilícito. Não se trata, portanto, de uma questão que se resolve no âmbito de uma mera observação da conduta, embora essa seja o ponto de partida necessário. É que a conduta que importa à imputação não tem apenas o sentido natural em sua expressão física, pois além de envolver a omissão,

antes de tudo tem um sentido finalístico e social, mas sobretudo juridicamente qualificado pelos fins do direito.

A concepção originária de Welzel (2001, p. 187) acerca da “estrutura fundamental da ação”, é um bom ponto de partida, porque enfatiza a finalidade da ação, tendo em conta o saber causal que tem o homem a respeito de sua conduta, cuja direção pode ser conscientemente orientada a um fim. Essa concepção de Welzel (2001, p. 187 e ss.) é criticável e discutível sobre diversos aspectos, sobretudo por sua pretensão de estrutura ontológico anterior ao direito, bem como por suas bases fundamentadas na ideia de sujeito racional, liberdade de ação e consciência. Todas elas se suportam em algumas bases teórico-científica que têm sido discutidas. Mas a ideia de ação livre e consciente ainda exclui que se considere como sujeito de ilícito alguém que não a tem. Essa é, contudo, uma perspectiva individual da ação, a partir do sujeito que a pratica, mas é preciso ter em conta que a ação tem uma perspectiva também coletiva, sendo necessário considerá-la segundo sua relevância social, tendo em conta ainda que ela não se encontra no domínio absoluto do sujeito como o espera o finalismo, sendo portanto relevante considerar a sua relativa dominabilidade. A esse respeito, defende-a adequadamente H. Wessels, ao assinalar que a “ação no sentido do Direito Penal é, de acordo com essa construção aqui representada, a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana” (WESSELS, 1976, p. 22).

Mas não é apenas isso, mais que considerada em sua individualidade ou em sua socialidade, a conduta humana tem para o direito um sentido especificamente jurídico que, embora não prescindia do questionamento prévio acerca dos elementos empíricos individuais ou coletivos, tem seu sentido na capacidade do agente com pessoa que delibera sobre cometer o ilícito em uma relação comunicativa com os outros que assimilam cada comportamento como algo significativo a todos (TAVARES, 2018, p. 456). É essa capacidade que interessa ao direito público sancionador considerar como condição de imputação.

Essa condição pode ser objeto da investigação, embora possa ser absolutamente presumida no caso de menoridade (*iuri et de iuris*), segundo cada legislação, o que obstrui o juízo de imputação *a priori*, mas não nas diversas hipóteses de doença mental que exige uma pesquisa acerca das causas que obstruem ou diminuem a imputabilidade, conquanto não impeçam a continuidade da investigação, tampouco a imputação jurídica, *v.g.*, de direito penal, ao fim de aplicar-se uma medida de segurança.

## 5. AS RESTRIÇÕES A UMA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO TIPO NOS ILÍCITOS DE DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

No âmbito do direito penal, a atual teoria da imputação objetiva tem tornado claro que a *imputação empírica*, em virtude da amplitude da causalidade e da necessidade de estabelecer limites a teoria causais, precisa ter parâmetros jurídicos de responsabilização por condutas lesivas, em conformidade com as finalidades

desse ramo epistemológico do direito. A teoria da relevância já considerava que, uma vez comprovada a causalidade natural, seria preciso verificar a relevância típica de tal nexos causal a partir de uma correta interpretação do tipo penal. A teoria da imputação, por sua vez, postula a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaboração com base em considerações jurídicas e não naturais. Em suma, a causalidade vem a ser necessária, mas não suficiente para uma imputação objetiva do resultado (BACIGALUPO, 2005, p. 244). Quer seja no direito penal quer seja nos demais ramos do direito público punitivo do Estado, esse reconhecimento da amplitude causal da teoria das condições e sua necessidade de limitações jurídica da responsabilidade é admitida por toda dogmática jurídica, embora sejam divergentes as diversas opiniões sobre essas limitações. O juízo de imputação, nesse momento, tendo em conta o nexos causal, parte de uma premissa fundamental: é necessário, ademais, que o resultado causado possa ser visto precisamente como a realização do risco inerente à conduta. Diz-se que, além da relação causal, deve existir uma *relação de risco*, que embora nos sugira a possibilidade de questionar também empiricamente a noção de risco, esse é assimilado em seu sentido preponderantemente normativo (GOLDSCHMIDT, 1950).

A imputação objetiva, assim, segue-se na verificação da existência de certos motivos de exclusão da responsabilidade pelo resultado, em situações nas quais se considera não haver uma razão juridicamente relevante fundamentada na finalidade do direito punitivo estatal. Encontram-se na doutrina (RESTREPO, 2008) várias razões para exclusão, cuja casuística por vezes parece deixar em aberto possibilidades múltiplas de consideração objetiva dos fins do direito público sancionador (NIETO, 2012). Contudo, algumas hipóteses têm sido bem formuladas em termos teóricos que nos permitem expandir seus argumentos além dos casos particulares. Entre esses motivos de exclusão, temos alguns principais como *princípio da confiança*, a *proibição de regresso infinito* e *princípio da autorresponsabilidade* (TAVARES, 2018, p. 237; BACIGALUPO, p. 255 e ss.; DIAS, 2007, p. 331 e ss.).

Aqui na imputação objetiva do resultado, diversamente da imputação da conduta na qual se faz uma prognose *ex ant*, trata-se de apreciar *ex post* a realização do risco, que não se realizando exclui a imputação. Assim, não é objetivamente imputável o resultado a quem tendo criado um risco não permitido, mesmo sem este o resultado teria se produzido em razão da conduta da própria vítima (para o direito penal) ou do próprio sujeito prejudicado com a conduta ilícita (para os demais ramos do direito público sancionador), como no caso do motorista que dirige em excesso de velocidade, mas é surpreendido pela vítima que se lança na frente do veículo, pois há aqui um princípio de confiança como razão jurídica de exclusão. Também não é objetivamente imputável o resultado, quando entre uma causa anterior e o resultado, coloca-se outra que por si seria suficiente para produzir a lesão, como nos casos do paciente que morre e acidente de trânsito com

ambulância na qual era conduzido por causa de um corte não fatal, pois há aqui uma proibição de regresso como razão jurídica de exclusão.

Além dessas causas, embora a doutrina tradicional situasse no âmbito da justificação da ilicitude, a teoria da imputação objetiva tem considerado tratar-se de excludente de tipicidade o consentimento da vítima ou do sujeito prejudicado, nos diversos casos em que há uma auto-colocação em perigo ou hetero-colocação em perigo consentida. O que se impõe como razão jurídica, em todas essas hipóteses, é o *princípio da autorresponsabilidade* (TAVARES, 2018, p. 242 e ss.) que exclui a imputação objetiva igualmente em qualquer resultado que decorre do próprio exercício profissional, porque em todos eles a imputação penal não serve aos fins de proteção da norma sancionadora de direito público.

## 6. A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DO TIPO NOS ILÍCITOS DE DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

Além da imputação que se realiza no âmbito do tipo objetivo, também no tipo subjetivo há que se fazer uma imputação igualmente. Fala-se, nesse caso, em *imputação subjetiva* (WESSELS, 176, p. 49; TAVARES, 2018, p. 248 e ss.), embora seja uma expressão equívoca que requer uma explicação. É preciso que se compreendam os fatos psíquicos em um sentido não exclusivamente subjetivo, reclusos no espírito individual do agente sem referência ao seu significado externo, representado por sua conduta sempre objetivamente considerada. É nesse sentido que Jakobs (2004, p. 89 e ss.) considera sensivelmente insignificantes os fatos psíquicos ou disposições de saber, porque esses somente adquirem significado quando são considerados em separado da consciência particular e postos como parte de um processo comunicativo.

Assim, tanto o dolo como a culpa, como o conhecimento ou desconhecimento do ilícito, não são em realidade parte do ilícito, mas portadores de significados da conduta sensivelmente conhecida. É somente essa relação com o significado do comportamento como parte externa da expressão de sentido de uma pessoa pertencem os fatos ao direito penal, ou ao direito administrativo, ou, ainda, a qualquer outro ramo epistemológico do direito público sancionador do Estado (JAKOBS, 2004, p. 89 e ss.).

O núcleo fundamental do tipo subjetivo se encontra na ideia de dolo, a respeito do qual a doutrina tradicional (JAKOBS, 2004) por muito tempo se debateu entre duas teorias, visando a estabelecer qual a sua essência. A *teoria da vontade* que tinha na vontade a essência do dolo, embora tenha prevalecido em muitos espaços dogmáticos por muito tempo, começou a apresentar como principal dificuldade a prova dessa exigência. A *teoria da representação*, por sua vez, embora se tenha limitado a exigir uma representação do tipo, teve dificuldades para determinar o grau de probabilidade com que o autor representava a realização do tipo (BACIGALUPO, 2005, p. 291). A tradicional definição do dolo, valendo-se de ambas as teorias, exigia assim o elemento volitivo, quanto o elemento cognitivo, as a

evolução teórica acabou por perceber algumas impropriedades sobretudo no caso dos ilícitos omissivos em que o autor que omite nada quer realizar, apenas deixa que os fatos se encaminhem. Assim, chegou-se à conclusão de que o elemento volitivo era na verdade supérfluo. Em suma, na atual dogmática: “age com dolo aquele que sabe o que faz, conhecendo o perigo concreto gerado por sua conduta” (BACIGALUPO, 2005, p. 295). Essa concepção duas consequências fundamentais, primeiramente na distinção tradicional entre dolo direito e eventual, depois na distinção entre culpa inconsciente e consciente.

Era comum distinguir-se entre duas formas de dolo. No dolo direito, a consequência da ação está no objetivo do autor, o que exige um elemento volitivo, ao passo que no dolo eventual, aquelas consequências não são perseguidas. Contudo, atualmente se entende que o elemento volitivo constitui apenas um elemento a mais que caracteriza uma especial forma de dolo, mas não constitui sua essência, pois o dolo mínimo se basta naquilo que antes se considerava um dolo eventual (DIAS, 2007, p. 336 e ss.).

Isso terá implicações extremamente relevantes em um antigo problema teórico que impedia conclusões práticas, em relação à tentativa de distinguir dolo eventual e culpa consciente, o que se torna uma questão simples. Pois, somente se pode admitir como culpa a chamada culpa inconsciente, afinal se há consciência do resultado, já estamos tratando do dolo em sua forma mínima suficiente. A moderna concepção da culpa, portanto, foi simplificado, podendo-se entender que a culpa se caracteriza como forma de evitabilidade, na qual o autor carece de um conhecimento atual do que se deve evitar, o que significa dizer que há culpa quando o agente produz objetivamente o resultado típico, embora tenha incorrido em erro sobre o risco de sua conduta, apesar da possibilidade de conhecê-lo (BACIGALUPO, 2005, p. 299 e 318; DIAS, 2007, p. 366 e ss.).

Quando falamos em dolo como conhecimento, é preciso que se especifique o objeto de conhecimento. O dolo é essencialmente *conhecimento dos elementos do tipo objetivo*. Entre esses elementos, é certo, há que se distinguir entre os descritivos e os normativos possíveis no tipo. O conhecimento dos elementos descritivos exige apenas a percepção pelos sentidos, ao passo que os normativos não se bastam na sensação, pois exige uma compreensão de seu significado. Não queira isso dizer que se requer do autor uma compreensão técnico-jurídica, mas apenas o que se tem considerado um *conhecimento paralelo na esfera do leigo*. Ainda ilustrando com o exemplo do direito penal, assim, ao referir-se a *documento*, o tipo penal não pede que o autor o compreenda juridicamente; basta que saiba tratar-se de um documento em sentido leigo geral. Em outras palavras, pede-se que ele não esteja em erro quanto ao papel, achando se tratar de uma folha qualquer sem efeito jurídico nenhum. Isso implica dizer que a exigência do dolo se encontra nos limites daquelas situações que podem implicar erro sobre os elementos do tipo objetivo.

Portanto, havendo erro de conhecimento sobre os elementos descritivos ou normativos do tipo, é possível a exclusão do dolo (ZAFFARONI, ALAGIA,

SLOKAR, 2002, p. 531-545; ROXIN, 1997, p. 456-495). Mas nesse erro, portanto, não se exclui nunca o chamado erro de subsunção. Esse erro se dá quando o autor conhece os elementos do tipo, mas faz uma qualificação jurídica deles equivocada. Esse erro pode implicar algo diverso que não subsiste na análise típica, pois pode configurar um erro de proibição, cuja consideração se encontra em etapas posterior da imputação jurídica.

O finalismo postula a ideia de um dolo natural destituído de qualquer *consciência da ilicitude* que tem sido questionada. Santiago Mir Puig (2007, p. 208 e ss.), com razão, sustenta uma ideia de dolo completo que exige a consciência da antijuridicidade, embora seja conveniente distinguir o juízo do dolo em três níveis (MIR PUIG, 2007, p. 210). Assim, embora no juízo de tipicidade possamos falar apenas em dolo natural como o quer o finalismo, quando estivermos no campo do juízo de ilicitude, o dolo precisa alcançar as causas de justificação, como o demonstra a teoria dos elementos negativos do tipo, porque a existência das causas de justificação afetam as condições da hipótese de fato; e chegando ao final do juízo de imputação completo, há a necessidade de considerar o dolo integral, abrangendo a consciência da ilicitude. O que se deve ter em conta, portanto, é que não se trata de um outro elemento que surge desligado do elemento cognitivo, em nenhum dos casos. É, em síntese, necessário prosseguir com as demais etapas analíticas da imputação.

## 7. AS ETAPAS ANALÍTICAS DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

A imputação jurídica (para qualquer sub-ramo epistemológico do direito público sancionador) não se esgota no juízo de tipicidade, pois é necessário ainda que sigam os juízos de antijuridicidade e culpabilidade com que se compõe a teoria analítica do delito, acrescentando-se por vez a exigência de que seja punível ((MIR PUIG, 2007, p. 115). Mir Puig (2007, p. 115) assinala que “Admite-se geralmente – deixando-se de lado pequenas divergências – que ‘o delito é um comportamento humano tipicamente antijurídico e culpável’, acrescentando-se, frequentemente, a exigência de que seja punível”. Mas ao falarmos em tipicidade, ilicitude e culpabilidade não podemos incorrer do equívoco de considerar cada uma dessas categorias teóricas como juízos dissociados, pois apenas estamos falando de “níveis de imputação” (BACIGALUPO, 2005, p. 192 e ss.). Podemos assim falar em uma *teoria plurifásica da imputação* (WESSELS, 1976, p. 45 e ss.).

A tipicidade, contudo, possui uma proeminência teórica cuja compreensão é fundamental à investigação procedimental do ilícito, pois é ela a base inicial de imputação e de um ponto de vista prático-jurídico tem, como realidade imediata do crime, uma prioridade conceitual em relação aos demais (BITENCOURT, CONDE, 2000, p. 117 e ss.). A tipicidade, portanto, partindo do tipo penal, embora não restrita à sua expressão legal puramente formal, congrega todos os demais elementos, expressa ou implicitamente. A respeito da tipicidade

como prioridade conceitual em relação aos elementos do fato punível, Caballero (1993, p. 153) esclarece que “de estas tres categorías [tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad] la primera y más relevante desde el punto de vista jurídico-penal, es la tipicidad”.

Apesar das divergências teóricas que existem entre essas categorias fundamentais, o importante é compreender que elas exercem uma função essencial no conjunto de atos pragmáticos e lógicos da investigação, no tratamento dos dados probatórios obtidos para apresentar conclusões acerca das hipóteses. Eles se constituem em verdadeiros *conceitos metodológicos* que permitem à investigação do ilícito concluir pela imputação jurídica em seus diversos níveis, exigindo da autoridade investigante eventualmente tomar posição sobre certas disputas teóricas, com consciência das questões axiológicas e epistêmicas implicadas, mas tendo sempre como ponto de partida fundamental o domínio do tipo proibitivo, previsto nos sistemas proibitivos de direito público sancionador.

## 8. O JUÍZO DE ILICITUDE NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

Um fato típico será necessariamente antijurídico se não houver qualquer excludente de ilicitude. A tipicidade de um fato corresponde a indício de antijuridicidade (BACIGALUPO, 2005, p. 323 e ss.). Assim, portanto, “o nível correspondente ao ilícito, desenvolve-se em dois momentos diferentes que respondem ao duplo jogo de normas penais, as proibitivas (ou mandamentais) e as autorizadoras” (BACIGALUPO, 2005, p. 193). Tipicidade e antijuridicidade compõem, assim, face positiva e face negativa do juízo completo acerca do ilícito. *A teoria dos elementos negativos do tipo*, assim, parece alguma razão ao considerar que no tipo já se encontra toda matéria proibida e antijurídica, podendo-se compreendê-lo segundo duas perspectivas, uma positiva (tipo positivo) relativa aos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo e outra negativa relativa à ausência de qualquer causa de justificação.

As causas de justificação, bem-vista em seu sentido material, encontram-se em todo o ordenamento jurídico, podendo identificar-se pela exclusão da pena na norma positiva (BACIGALUPO, 2005, p. 324 e ss.; MIR PUIG, 2007, p. 391). Isso prova a hipótese de justificação identifica genericamente como estrito cumprimento do dever legal ou como exercício regular de direito. Além dessas hipóteses gerais, são causas específicas a legítima defesa e o estado de necessidade. Em razão de legítima defesa, torna-se justificada a conduta típica se o agente usa moderadamente de meios necessário para repelir a uma agressão injusta, atual ou iminente, que lhe seja dirigida ou mesmo a terceiro (TAVARES, 2018, p. 330 e ss.; DIAS, 2007, p. 404 e ss.). Em razão de estado de necessidade, por sua vez, torna-se justificada a conduta típica que se pratica em situação de perigo atual não provocado pelo agente, quando não o podendo evitar, usa de meio típico para salvar direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não é razoável exigir (TAVARES, 2018, p. 322 e ss.; DIAS, 2007, p. 438 e ss.).

A respeito do estado de necessidade, é exigível que o bem sacrificado não seja de maior valor que aquele que se pretende salvar, caso contrário produzirá o que se considera um estado de necessidade “exculpante”, geralmente tratado pela doutrina como uma causa de exclusão da culpabilidade no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa (TAVARES, 2018, p. 499 e ss.; DIAS, 2007, p. 611 e ss.). Contudo, tem se tornado cada vez questionado esse elemento da culpabilidade, cujo tratamento se tem antecipado no âmbito da justificação do ilícito mesmo (BACIGALUPO, 2005, p. 354 e p. 389).

### 9. O JUÍZO DE CULPABILIDADE NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR

A culpabilidade também se desenvolve em dois momentos, porque inicialmente é necessário questionar-se se o autor podia saber que sua conduta é proibida ou não; e somente em caso afirmativo, questiona-se se podia compreender a ilicitude de sua conduta de acordo com a compreensão. E embora existam disputas sobre o conteúdo de cada momento da culpabilidade, há certa unanimidade em relação aos elementos. Apenas é importante considerar que no caso da capacidade de compreensão previamente excluída por presunção jurídica, como na hipótese de menoridade, esse juízo antecede qualquer imputação porque é condição desta. Apenas nas hipóteses em que, a despeito da capacidade de culpa que elimina a punibilidade, subsiste a possibilidade de aplicar-se medida de segurança.

A respeito da culpabilidade é importante que se tenha em conta duas perspectivas fundamentais de tratamento, a considerar a possibilidade de culpabilidade pelo fato ou culpabilidade do autor. A culpabilidade pelo fato considera a conduta específica em investigação, não tendo em conta o comportamento anterior do agente quanto à conduta que lhe é imputada. A culpabilidade do autor, diversamente, considera em seu juízo o comportamento social do autor antes e depois do fato. Enquanto o fundamento da primeira se encontra no livre-arbítrio do agente, tendo implicações retribucionistas, implica maiores garantias; o fundamento da segunda se baseia em exigências de prevenção especial, com menores possibilidades de defesa sobre a sua personalidade. Contudo, nenhum sistema jurídico-penal atua exclusivamente na base de uma perspectiva apenas, sendo possível encontrar-se sua expressão nas diversas fases do processo de investigação (BACIGALUPO, 2005, p. 377 e ss.).

Assim, enquanto a primeira perspectiva estará mais presente na fase de investigação cuja imputação final não dispõe de qualquer possibilidade de discutir a aplicação da sanção conforme as qualidades do agente, a fase final com que se conclui o processo, conquanto possa não considerar a culpabilidade do autor na imputação do ilícito, certamente não a descartará no momento de aplicação da sanção.

O juízo de culpabilidade, em síntese, está mais do que qualquer outra categoria de imputação dependente da teoria com que se assume seu conceito. Mas, é certo, atualmente tem-se aceitado que sua estrutura conceitual abrange pelo menos três

elementos: a capacidade de compreensão da ilicitude e de comportar-se segundo essa compreensão (imputabilidade); a possibilidade de conhecimento da ilicitude (potencial consciência da antijuridicidade); e a exigibilidade de conduta diversa da prática do fato (BACIGALUPO, 2005, p. 388 e ss.). A discussão de cada uma delas exige uma imersão mais detalhada na teoria do crime que ultrapassa os limites reduzidos dessa teoria da investigação pretende, mas que o jurista experimentado saberá identificar na doutrina geral.

O que importa é, sobretudo, enfatizar o papel fundamental que exerce a teoria analítica do ilícito de direito público sancionador como teoria da imputação jurídico-sancionadora, que constitui etapa final do procedimento de investigação, evidenciado o aspecto prático-metodológico que as categorias conceituadas exercem no juízo de conclusão. Contudo, essa consideração não estaria completa sem que se pusesse em evidência especialmente a perspectiva procedimental com que a imputação se apresenta ao longo de toda a investigação do ilícito, retomando aqui o conceito inicial que assumimos da investigação como uma atividade que se prolonga por todo o processo sancionador de direito público, excluindo a confusão que pretende confiná-la apenas na primeira fase processual da investigação.

## 10. CONCLUSÃO

O direito público sancionador compreende um ramo maior que abarca o direito penal e os demais ramos do direito sancionador, a exemplo do direito administrativo e das agências reguladoras.

As teorias do ilícito estudadas ou mesmo desenvolvidas no bojo do direito penal, quando inerentes a garantias de justiça da imputação e do processo, são, na essência teorias de um ramo epistemológico maior do *jus puniendi*, o que denominamos de *direito público sancionador*.

Sob esse vértice, não há que se falar tecnicamente em uma *teoria do delito* para a sua aplicação em sede de direito penal e sim, mais apropriadamente, em uma *teoria do ilícito e de sua imputação*.

A concepção dos conceitos de *lícito* e de *ilícito* correlaciona-se à necessidade de organização e de controle social por meio do Estado democrático de direito. Tem-se, assim, o império das leis e a submissão de todos os indivíduos e entes jurídicos personificados ou não personificados, inclusive do Estado, a elas, como instituto jurídico impositor de condutas.

A *internação* das prescrições normativas em cada sub-ramo do direito punitivo do Estado, sob a concepção de ser o ilícito uma construção de sentido, significante e significado auferido da norma proibitiva ou impositiva de conduta, aos meandros Social, ou orgânico-burocráticos do Estado é instrumental e imprescindível ao *controle estatal* do adequado convívio social em seus mais variados matizes, empregando-se no serviço da persecução do bem comum e do interesse público, *e.g.*, gerido pelo Estado e pela Administração Pública, fundamentada na necessidade de tutela endógena, intrínseca, do aparato estatal.

Com efeito, a imputação de responsabilidade pela prática de ilícito em qualquer sub-ramo do direito público sancionador opera-se do mesmo modo, *e.g.*, avaliando, dentro de uma análise tripartida, a ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, nomeadamente à luz de um juízo de valor sobre o elemento subjetivo da conduta da pessoa tida como responsável pelo resultado contrário a lei, ou seja, ao amparo da avaliação do dolo ou da culpa do agente. Em um verdadeiro Estado Democrático e de Direito, o campo axiológico não deve ser afastado do dogmático para a concreção certa e justa da imputação.

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CABALLERO, Jorge Frias. **Teoría del delito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.
- CHAINAIS, Cécile ; FENOUILLET, Dominique ; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain**. Vol. 1. Paris: Éditions Dalloz, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FENOUILLET, Cécile Chainais Dominique et al. **Les sanctions en droit contemporain**: la sanction, entre technique et politique. Vol 1. Paris: Dallos, 2012.
- GAUDEMET, Yves. **Les méthodes du juge administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemi generali del diritto**. Padova: CEDAM, 1950.
- GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2014.
- JAKOBS, Günther. **La imputacion juridico-penal**: desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma. Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedade. Madrid: Cívicas, 2004.
- JAKOBS, Günther. **Imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: RT, 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.
- LESCH, Heiko Hartmut. **El concepto de delito**: las ideas fundamentales de una revisión funcional. Madrid: Marcial Pons, 2016.

LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: RT, 2007.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

RESTREPO, Sebastián Betancourt. **Filosofía del derecho procesal**. Medellín: Univeersidad Autónoma Latinoamericana, Facultad de Derecho, Teoria Geral do Processo, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Pampulha: Thomas Reuters, 1997.

SANDULLI, Aldo M. **Diritto amministrativo**. Vol. I, 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

WELZEL, Hans. Um novo sistema jurídico-penal. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Safe, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002.