

UCAM – Universidade Cândido Mendes

Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito

A SANÇÃO PECUNIÁRIA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

Consequências jurídicas da multa para o caso de falecer o gestor/responsável

Anderson Pinheiro e Silva

Brasília

2009

Anderson Pinheiro e Silva

A SANÇÃO PECUNIÁRIA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
Conseqüências jurídicas da multa para o caso de falecer o gestor/responsável

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público como requisito parcial para obtenção do título de especialista nesta área.

Professor Leandro Eustáquio de Matos Monteiro

Brasília

2009

Anderson Pinheiro e Silva

A sanção pecuniária imposta pelo Tribunal de Contas da União: conseqüências jurídicas da multa para o caso de falecer o gestor/responsável

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-graduação *lato sensu* apresentado a Universidade Cândido Mendes e ao Praetorium, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Aprovado em ____, _____, de 2009.

Prof. Leandro Eustáquio de Matos Monteiro

Prof. (...) - Examinador

Dedico essas linhas, no particular, aos colegas de trabalho do Tribunal de Contas da União, com o desígnio de que lhes sejam úteis.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a sanção pecuniária [multa] imposta pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Seu objetivo concentra-se em catalogar a multa cominada pelo TCU como ilícito administrativo, na medida em que a sua imposição se dá por autoridade não pertencente ao Poder Judiciário. Procurou-se, igualmente, mostrar que sobre tal sanção não incide o princípio da intransmissibilidade da pena, sufragado no art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, não medida em que este é um princípio exclusivo do Direito Penal. Neste contexto, defendeu-se, à revelia da jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, a possibilidade do transpasse da pena de multa aos sucessores do gestor/responsável infrator.

Palavras chave: multa; ilícito administrativo; princípio da intransmissibilidade da pena; penal; transmissibilidade; sucessores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A multa imposta pelo Tribunal de Contas da União	07
2 A multa como ilícito administrativo	10
3 O princípio da intransmissibilidade da pena (art. 5.º, XLV, CF)	17
4 Intransmissibilidade da pena: princípio penal ou princípio geral de direito?	21
5 Os tipos de penalidade existentes no Direito Penal	29
6 A pena de multa existente nos outros ramos do direito	31
7 O tratamento dado à questão pelo Tribunal de Contas da União	36
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho dispõe sobre a pena de multa imposta pelo Tribunal de Contas da União - TCU, porém, centra-se mesmo na questão da (im)possibilidade da transmissão desta penalidade aos sucessores do gestor/responsável falecido.

A razão de ser da escolha do tema reside no fato de haver escassa doutrina sobre o mesmo e, mormente, em face do tratamento que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União dispensa à questão.

Dessarte, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a pena de multa imposta pelo Tribunal de Contas da União, caso em que se comenta onde o TCU retira o fundamento de validade para a sua imposição, bem como se expõe as situações fáticas ensejadoras de tal penalidade.

No segundo capítulo, cataloga-se essa mesma multa dentro da seara dos ilícitos administrativos, justificando tal proceder em critério formal, respeitante à autoridade competente para a imposição de tal penalidade.

No terceiro e quarto capítulos, procura-se explicitar o sentido e o alcance, respectivamente, do princípio da intransmissibilidade da pena, de modo a conceituá-lo e delimitá-lo, fitando à correta apreensão de seu significado e dimensão.

No quinto capítulo são ditas quais as penas existentes/adotadas pelo Direito Penal Brasileiro, ocasião em que se faz uma breve listagem das mesmas.

De igual forma, no sexto capítulo, exemplificativamente se faz a enumeração da pena de multa existente nos demais ramos jurídicos, momento em que se lista os principais dispositivos legais em que prevista tal apenação.

Por fim, no sétimo capítulo, esclarece-se a posição adotada pelo Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de transmissão, aos sucessores do gestor ou responsável que vem a falecer, da pena de multa que impõe.

1 A multa imposta pelo Tribunal de Contas da União.

Primeiramente, por ser este o objeto do presente estudo, é de todo conveniente explanar, ainda que de forma sucinta, donde se extrai o fundamento de validade da multa imposta pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Pois bem. A sanção pecuniária de multa, imposta pelo Tribunal de Contas da União, retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, mais especificadamente, do inciso VIII do art. 71, que diz:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Vê-se que, em respeito ao princípio da legalidade, faz-se forçoso a edição de lei para que se possa cominar a multa. É esta, portanto, a razão de ser dos arts. 19 e 43, parágrafo único, da Lei n. 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU):

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei.

Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal:

I - determinará as providências estabelecidas no regimento interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal;

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa.

Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta lei.

Os arts. 57 e 58 do mesmo diploma legal, por sua vez, esmiúçam os fatos geradores que ensejam a referida sanção/penalidade¹. Eis eles:

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O regimento interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

Cabe registrar, ademais, que, por não ser exigência constitucional a edição de lei *específica*, outras lei – não apenas a Lei Orgânica do TCU [Lei n. 8.443/992, de 16 de julho de 1992] – podem prever sanções, a exemplo da Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, art. 5.º, que dispõe que as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas serão processadas e julgadas pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização, caso em que, verificando-se a existência de infração, poder-se-á aplicar multa de até 30% dos vencimentos anuais do agente infrator:

Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

¹ Tomou-se por sinônimas as expressões “sanção”, “pena” e “penalidade”, haja vista que, no nosso entender, a diferenciação proposta por alguns doutrinadores carece de cientificidade. Assim também pensa Heraldo Garcia Vitta (pág. 17).

III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

Observe-se que a multa cominada pelo Tribunal de Contas da União aos seus jurisdicionados, advém tanto de *processos de contas* quanto de *processos de fiscalização*. Em linhas gerais, com esteio em instrução normativa do TCU [IN n. 57, de 27 de agosto de 2008], processo de contas consiste num

processo de trabalho do controle externo destinado a avaliar a conformidade e o desempenho da gestão das pessoas abrangidas pelos incisos I, III, IV, V e VI do art. 5º da Lei nº 8.443/92, com base em um conjunto de documentos, informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, obtidos direta ou indiretamente.

O processo de fiscalização, por sua vez, caracteriza-se, fulcrado igualmente em instrução normativa do TCU [IN n. 49, de 13 de dezembro de 2005], pela

competência [do Tribunal de Contas da União] para realizar, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas casas ou respectivas comissões, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e demais entidades da administração indireta, inclusive fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (art. 71 da Constituição Federal; e arts. 1º, 38 e 41 da Lei nº 8.443, de 1992).

Em assim sendo, tem-se que a multa, bem como as outras espécies de sanção² cominadas pelo Tribunal de Contas da União, retiram seu fundamento de validade diretamente do art. 71, VIII, da Constituição Federal, sendo [a multa] sanção imposta em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, tendo por fim reprimir e prevenir o acontecimento de novos ilícitos.

² Nesse sentido, ao Tribunal de Contas da União compete, também, cominar as sanções de “inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança” e de “declaração de inidoneidade do licitante fraudador”, com base, respectivamente, nos arts. 60 e 46 da LO/TCU [Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992].

2 A multa como ilícito administrativo.

A multa imposta pelo Tribunal de Contas da União, conforme adiante se verá, é penalidade de natureza eminentemente administrativa, uma ilicitude de natureza administrativa, ou, de modo lacônico, um ilícito administrativo.

O conceito do instituto jurídico da ilicitude, também denominado de antijuridicidade³, grassa por todos os ramos do Direito sendo, por essa característica, mais apropriadamente, objeto de estudo de uma Teoria Geral do Direito.

Concorda-se com Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald quando dizem:

A noção conceitual sobre ilicitude é, sem dúvida, uma das mais genéricas de toda a ciência jurídica, em virtude de se espalhar por todos os ramos do Direito, convivendo harmonicamente o ilícito civil, o ilícito penal, o ilícito administrativo, o ilícito eleitoral, etc.⁴

No mesmo sentir escreve Regis Fernandes de Oliveira:

A ilicitude é um desses comportamentos que pode servir de análise não apenas ao campo do direito penal. Aí é ele estudado com suas característica próprias e vem delimitado pela análise conceitual. No entanto, não se quer dizer da inexistência de um ilícito civil, de um ilícito tributário, de um ilícito administrativo. Daí dizer Zanobini que “as normas gerais de direito penal são aplicáveis à responsabilidade e às penas administrativas, enquanto podem ser reconduzidas a princípios jurídicos gerais e não constituem princípios especiais, justificados por razões políticas e jurídicas próprias do direito criminal”.⁵

Igual entendimento também é externado por Cleber Masson, quando aduz:

³ Por rigor conceitual, não é correto dizer que “ilicitude” é sinônimo de “antijuridicidade”, na medida em que o ilícito não é algo fora do direito ou anti o Direito, mas sim algo que faz parte do Direito, endógeno ao Direito, já que por ele previsto, sendo caracterizada, simplesmente, por uma conduta que contravém ao mandamento da norma e que, por isso mesmo, é passível de reprimenda: a sanção. Todavia, em razão do uso indiscriminado de uma expressa por outra e vice-versa, dessa mesma forma nos referiremos.

⁴ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil: Parte Geral*. Lúmen Júris. 6 ed. Rio de Janeiro. 2007. pág. 501

⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 17.

Ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato praticado por alguém e o ordenamento jurídico como um todo. Há, nesse contexto, ilícitos de natureza penal, civil, tributária, administrativa, ambiental etc., não existindo entre eles quanto à origem.⁶

A ilicitude é, então, uma conduta, comissiva ou omissiva, contrária ao ordenamento jurídico que, quando praticada, sujeita o seu agente a sanção.

Vê-se, portanto, que em razão desse traço de generalidade que o instituto da ilicitude carrega, é possível falar-se em tipos de ilícitos ou tipos de ilicitude para os mais variados ramos do direito.

A esse respeito, confira as palavras de Heraldo Garcia Vitta:

O fato de os objetos possuírem identidades que os classifiquem numa categoria jurídica e não em outra, não exclui a necessidade de se verificar – e isto se torna importante vetor para o cientista – a existência de diferenças internas, que lhes são peculiares. Dessas diferenças teremos determinados “tipos”, distintos entre si, embora formem, todos eles uma categoria de objetos. Esclarecido o instituto jurídico, podemos dividi-lo e, depois, subdividi-lo, de acordo com a necessidade do jurista.

Assim a noção de contrato, como ato bilateral, pela qual a vontade de duas partes se conjugam para determinado fim. O contrato de compra e venda, por exemplo, é de direito privado. Já o contrato de concessão é de direito público, submetido a regras especiais desse ramo jurídico, embora tanto este como aquele façam parte integrante do instituto jurídico denominado “contrato”.

O mesmo acontece com o ilícito jurídico. Submetido à depuração, veremos a existência de três “tipos” de ilícitos, embora estejam, conceitualmente, jungidos à mesma essência.

Logo, o conceito de ilícito, acima visto, compreende os ramos jurídicos penal (ilícito penal), civil (ilícito civil) e administrativo (ilícito administrativo); o conceito de ilícito não é inerente a este ou aquele ramo do Direito.⁷

Frise-se, todavia, que não obstante se possa falar em tipos de ilícito, ontologicamente, isto é, em substância, não há qualquer diferença entre eles. O que há, contudo, costumeiramente, é uma maior reprimenda/apenação para os ilícitos da seara penal, até porque, por ser a *ultima ratio* do direito e dado o seu caráter fragmentário, as normas de tal ramo existem para refrear a afronta aos valores mais relevantes da sociedade [vida, liberdade...].

Nesse sentido, faz-se forçoso colacionar excerto de autoria de Cleber Masson, que diz:

⁶ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado* – parte geral. 2 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 165.

⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 29/30.

O ilícito penal se separa dos demais, em relação à sua gravidade, por força da relevância da conduta praticada e da importância do bem jurídico tutelado. E o critério para essa distinção é meramente político. O que hoje se entende por ilícito tributário no futuro poderá ser compreendido como ilícito penal, dependendo da vontade do legislador e da conveniência para o interesse público, pois o Direito Penal somente deve se preocupar com os interesses e valores mais importantes para o desenvolvimento e manutenção do indivíduo e da sociedade, deixando os demais a cargo dos outros ramos do Direito (princípio da fragmentariedade).

E, por corolário, o ilícito penal se distingue de todos quanto à consequência. Enquanto se reserva a ele uma pena, até mesmo privativa de liberdade, as outras disciplinas jurídicas prevêem sanções mais brandas.⁸

Assim também entende Régis Fernandes de Oliveira que não vê, acresça-se, qualquer cientificidade, tão-pouco, utilidade, no esforço de alguns autores em traçar uma distinção entre os ilícitos baseados na maior ou menor ofensa ao ordenamento jurídico. Diz ele:

Ontologicamente, confundem-se as reações da ordem jurídica ao comportamento desviante. Tenta-se distingui-las pela maior ou menor ofensa ao ordenamento jurídico. Os mais sérios atentados à ordem jurídica seriam crimes e os menos sérios seriam contravenções. Daí porque Raneletti fala em tutela mediata e imediata do direito.

Tal critério carece de utilidade. Não nos informa sobre a efetiva distinção entre as sanções. Assim, o legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos etc. Filtra-os pela hipótese normativa e lhes dá a consequência jurídica que entende correta. Apenas após tal emolduração jurídica, feita através da norma, é que se pode falar em distinções sancionatórias. O fato de agredir com maior ou menor intensidade a ordem jurídica não traz utilidade ao jurista. Logo, a análise da essência do comportamento é inconveniente e despicienda, bem como é a reação graduada do ordenamento jurídico.

Vale dizer que vai importar ao jurista não a análise da substância da lesão ou reação, mas o regime jurídico do ato praticado, sua específica eficácia jurídica, bem como o meio posto à disposição do estado para aplicar as punições previstas em lei.⁹

Todavia, concorda-se que, *formalmente*, é possível enxergar um traço dístico entre os ilícitos penal e administrativo, o qual repousa na autoridade competente para impor a sanção atribuída pelo ordenamento jurídico.¹⁰ Segundo o critério, se administrativa a autoridade, o ilícito será administrativo; se judicial a autoridade competente para impor a sanção, o ilícito terá natureza penal, isto é, será um ilícito penal.

⁸ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado* – parte geral. 2 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 165.

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, págs. 45/46.

¹⁰ Destaque-se que tal critério formal não se presta para distinguir os ilícitos cíveis do ilícito penal, enfim, não se presta para distinguir os ilícitos sancionados pelo Poder Judiciário.

Explica Heraldo Garcia Vitta que o aludido critério formal separa os ilícitos penal e administrativo pelo efeito [a sanção] e não pela causa [o ilícito], lembrando, ainda, que isso só é possível porque o Direito não é uma ciência causal, no sentido naturalístico, de causa e efeito, como ocorrente na natureza. São suas palavras:

Vê-se, desse modo, que se cuida de resultado do objeto pelos seus efeitos, e não pela causa. Pelos efeitos (sanção), embora não causais, mas, sim, impostos pela ordem normativa, almeja-se a natureza jurídica da causa (ilícito). Penso ser isto possível no Direito, pois, conforme ressaltado antes, o Direito não é causal, no sentido naturalístico (causa e efeito, como a natureza); o Direito cria suas próprias realidades, qualifica pessoas ou bens, estabelece os liames possíveis, de acordo com as normas jurídicas elaboradas pelos órgãos competentes, nos termos do ordenamento. Cumpre assentar as palavras de Descartes: “(...) Pois me parece que nelas as razões seguem de tal modo que, como as últimas são demonstradas pelas primeiras, que são as suas causas, essas primeiras os são reciprocamente pelas últimas, que são seus efeitos. E não se deve imaginar que comete com isso o erro que os lógicos chamam de círculo; pois, como a experiência torna a maioria desses efeitos muito correta, as causas das quais os deduzo não servem tanto para prová-los ou explicá-los, mas, ao contrário, são elas que são provadas por eles” (Discurso do método, p. 98).¹¹

Sobre o critério formal, novamente se recorre à explicação do citado autor:

Para conhecermos o critério, que deve ser único, e não justificado em diversos matizes ou características, vamos partir do ordenamento normativo, utilizando o ápice do sistema: a Constituição.

O artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, estabelece: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Afora os aspectos da transgressão militar e do crime militar definidos em lei, e também da prisão em flagrante (qualquer pessoa poderá realizá-la), com os quais não nos ocuparemos, pelos limites do trabalho, está evidenciado, ante os termos da norma jurídica, ser a autoridade judiciária competente para determinar a prisão de alguém por infração penal.

Significa, numa palavra: a autoridade judiciária é a única competente para aplicar sanção detentiva, diante do delito praticado por outrem. Não pode a autoridade administrativa, por maior que seja, aplicá-la, sob pena de ofensa ao texto constitucional. A Constituição delimitou, expressamente, a competência: apenas o juiz pode determinar a prisão de alguém.

[...]

Assim, se o ordenamento jurídico, com leis editadas com base na Constituição, conferir à autoridade judiciária impor sanção, na atividade precisamente jurisdicional, diante da não-observância de determinado dever jurídico por parte do administrado, estaremos diante de um ilícito penal, mas não de um ilícito administrativo. se a ordem normativa estabelecer competência para a autoridade administrativa impor a sanção, falaremos de um ilícito dessa natureza.

[...]

¹¹ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, nota de rodapé, p. 34.

Devemos fazer um parêntese. As autoridades judiciária e legislativa podem realizar atos jurídicos, no exercício de função administrativa e, nessa qualidade, impor sanções – serão consideradas autoridades administrativas. Por exemplo, quando punem seus servidores, por conta de ilícitos de natureza disciplinar.¹²

Igual entendimento também é externado por Régis Fernandes de Oliveira:

O conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito; pertence à teoria geral do direito. Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência; ontologicamente são uma e mesma coisa. Nos primeiros casos, a questão é de grau de valores encampados pelo sistema, dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica. Isto leva à consequência jurídica ou forma de reação ao dano causado.

A distinção entre o ilícito civil e penal do ilícito administrativo vai depender do órgão que impõe a sanção, no exercício de sua função típica ou atípica. Juridicamente, a distinção encontra-se no regime jurídico a que a repulsa estiver subordinada. Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato possua força específica de coisa julgada, estamos diante da pena criminal ou da sanção civil.

De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade (quando não vedada por lei).¹³

É, ainda, o mesmo autor quem diz:

Inexistindo diferença entre ontológica entre crime, contravenção e infração [termo que reserva à violação de uma regra administrativa] e entre pena e sanção [termo que reserva à punição, em face da violação de uma regra administrativa], deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal.¹⁴

¹² VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 32/33.

¹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, págs. 19/20.

¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

Conseqüentemente, observa-se que a sanção pecuniária de multa, imposta pelo TCU, há de ser catalogada como ilícito administrativo, na medida em que tal Tribunal de Contas, apesar do seu “colorido quase – jurisdicional”¹⁵, é órgão de natureza administrativa e não judicial, visto que a autoridade competente para a imposição dessa sanção não pertence à estrutura do Poder Judiciário. Tal conclusão, inclusive, é haurida do texto da própria Constituição Federal, senão vejamos.

Lista o art. 92 da Constituição Federal quais órgãos fazem parte da estrutura do Poder Judiciário, ocasião em que o Tribunal de Contas da União não figura em tal rol. Eis o artigo:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Os Tribunal de Contas da União, por sua vez, está localizado constitucionalmente no capítulo destinado ao Poder Legislativo [Seção IX do Capítulo I do Título IV da Constituição Federal]. Nesse contexto, descurando a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, no sentido de subordiná-los ou não ao Poder Legislativo, encampa-se o entendimento de Valdecir Pascoal quando diz:

O Tribunal de Contas é órgão constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, sem qualquer relação de subordinação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Embora as competências dos Tribunais de Contas estejam constitucionalmente inseridas no Capítulo I do Título IX, dedicado ao Poder Legislativo, este fato não enseja uma interpretação no sentido de que haja qualquer subordinação administrativa. O TC é órgão de permeio, agindo ora numa posição de colaboração com o Poder Legislativo, ora no exercício de competências próprias. A Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da autonomia do Tribunal de Contas ao assinalar, em seu artigo 71, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido **com o auxílio** do Tribunal de Contas da União. O titular do controle externo é o Parlamento, mas a própria CF/1988 delegou a maior parte do poder controlador ao Tribunal de Contas. A autonomia fica também evidenciada quando a CF estatui, no artigo 73, que o TC tem quadro próprio de pessoal; fica mais uma vez evidenciada a partir da leitura combinada dos **artigos 73 e 96 da CF**. O artigo 96 estatui atribuições atinentes à auto-organização

¹⁵ Utilizando-se das palavras do Min. Marco Aurélio *in* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23550 / DF. Relatora: Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça*, Brasília, 31/10/2001, p. 0006.

do Poder Judiciário e o artigo 73 estende, no que couber, essas regras ao Tribunal de Contas.¹⁶

Assim também é o escólio de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Tem-se, pois, que, embora o Texto Constitucional nos afirme, no artigo 6.º, que são poderes da união, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o certo é que, paralelamente a esses três conjuntos orgânicos, criou-se outro conjunto orgânico que não se aloja em nenhum dos três Poderes da República. Previu-se um órgão – o Tribunal de Contas – que não está estruturalmente, organicamente, albergado dentro desses três aparelhos em que se divide o exercício do Poder. Como o Texto Constitucional desdenhou considerá-lo como Poder, é inútil ou improfcuo perguntarmo-nos se seria ou não um Poder. Basta-nos uma conclusão, a meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo (Mello apud Pascoal, 2008, p. 127).¹⁷

Do exposto, infere-se, desenganadamente, que a multa imposta pelo Tribunal de Contas da União – TCU é do tipo administrativo, ou melhor, caracteriza-se por ser um ilícito administrativo, na medida em tal penalidade advém de órgão administrativo [e não judicial!].

¹⁶ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 126.

¹⁷ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 127.

3 O princípio da intransmissibilidade da pena (art. 5.º, XLV, CF).

O referido princípio, de estatura constitucional, constante do inc. XLV do art. 5.º da CF, assevera que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Por outras palavras, nota-se, por tal princípio, que as penas terão caráter pessoal, de modo a não exorbitar da pessoa do condenado. Intentou, com isso, o legislador constituinte, que o castigo se restringisse ao seu próprio infrator. Ressalvou-se, entretanto, quanto a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens – desde que haja lei permissiva nesse sentido –, a possibilidade de sua transmissibilidade aos sucessores, respeitado, contudo, o limite do valor do patrimônio transferido.

Guilherme de Souza Nucci, denominando-o de Princípio da Personalidade ou da Responsabilidade Pessoal, externa o mesmo entendimento:

Significa que a punição, em matéria penal, não deve ultrapassar a pessoa do delinqüente. Trata-se de outra conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado.

A família do condenado, por exemplo, não deve ser afetada pelo crime cometido. Por isso, prevê a Constituição, no art. 5.º. XLV, que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’. Isso não significa que não haja possibilidade de garantir à vítima do delito a indenização civil ou que o Estado não possa confiscar o produto do crime – aliás, o que o próprio art. 5.º, XLV, prevê.¹⁸

De modo mais conciso, chamando-o de Princípio da Personalidade, discorre Fernando Capez que: “ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por outra pessoa. A pena não pode passar da pessoa do condenado (C, art. 5.º, XLV)”.¹⁹

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1.º a 120)/Fernando Capez*. – 12. ed. De acordo com a Lei n. 11.466/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

Em seu livro, *Constituição do Brasil Interpretada*, Alexandre de Moraes, escrevendo sobre o art. 5.º, XLV, CF, abrindo capítulo intitulado “Princípio da Pessoalidade ou Incontagiabilidade ou Intransmissibilidade da Pena”, assim diz:

A Constituição Federal consagrou a incontagiabilidade da pena, proclamando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Dessa forma, garante-se tanto a proibição de transmissão da pena para familiares, parentes, amigos ou terceiros em geral, quanto exige-se que a lei infraconstitucional preveja a extinção de punibilidade em caso de morte do agente, uma vez que não haveria sentido, por parte do estado, na persecução penal, pela total impossibilidade de aplicação das sanções. Conclui-se, portanto, pela obrigatoriedade emanada do texto constitucional da lei ordinária prever como causa extintiva da punibilidade a morte do agente (no CP, vem prevista no art. 107, I. No CPM, art. 123, I).

O princípio da incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena também se aplica em relação à obrigação de reparação do dano, bem como quanto à decretação do perdimento de bens. A norma constitucional somente permite que essas duas medidas sejam estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido em virtude da herança, nunca, portanto, com prejuízo de patrimônio próprio e originário dos mesmos.²⁰

Na seqüência, colaciona o referido autor, julgado prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, que bem expressa o conteúdo do princípio da intransmissibilidade da pena. Ei-lo:

"HABEAS CORPUS" - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE - DOAÇÃO DE SANGUE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA - TEMA NÃO DISCUTIDO NAS RAZOES DE APELAÇÃO CRIMINAL E NEM APRECIADO PELO TRIBUNAL LOCAL - CONHECIMENTO - ORDEM CONCEDIDA. - A ação penal de "habeas corpus" não se submete, para efeito do seu conhecimento, a exigência formal do prequestionamento. A confirmação de sentença penal condenatória pelo Tribunal inferior constitui fato processual suficientemente idôneo a convertê-lo em órgão coator. Tratando-se de matéria de ordem pública, impunha-se o seu exame "ex officio" pelo órgão judiciário de 2. grau, independentemente de expressa provocação formal do paciente. Bastaria, para tanto, o recurso criminal por ele interposto e tempestivamente deduzido. Compete, desse modo, ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, em caráter originário, a ação de "habeas corpus" em que se suscitem nulidades processuais ou vícios e defeitos jurídicos que infirmem a validade do próprio ato decisório, ainda que tais questões não tenham constituído objeto do recurso criminal previamente interposto. - A prestação de serviços a comunidade constitui sanção jurídica revestida de caráter penal. Trata-se de medida alternativa ou substitutiva da pena privativa de liberdade. Submete-se, em conseqüência, ao regime jurídico-constitucional das penas e sofre todas as limitações impostas pelos princípios tutelares da liberdade individual. - A exigência judicial de doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes a própria inteligência da expressão legal "prestação de serviços a comunidade", cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a idéia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral. Tratando-se de exigência conflitante com o modelo jurídico-legal peculiar ao sistema de penas alternativas ou substitutivas, não há como prestigiá-la e nem

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005, pp. 328/329.

mantê-la. - A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passara da pessoa do delinqüente. Vulnora o princípio da incontagiabilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços a comunidade (STF – 1.^a T. – HC n.º 68.309/DF – rel. Min. Celso de Mello, Diário de Justiça, Seção I, 8 mar. 1991, p. 2.202).²¹

Nessa mesma trilha segue Uadi Lammêgo Bulos, igualmente comentário o art. 5.º, XLV da Constituição Federal, oportunidade em que aduz:

Em todas as nossas Constituições, exceto a de 1937, o princípio da responsabilidade pessoal esteve presente: 1824 (art. 179, § 20); 1891 (art. 72, § 19); 1934 (art. 113, § 28); 1946 (art. 141, § 30); e 1967 (art. 153, § 13).

Na Constituição de 1988, o princípio da responsabilidade pessoal veio contido primeira parte deste inciso: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Eliminou o que poderíamos chamar de herança criminal, impedindo que as penas impostas ao delinqüente fossem transmitidas aos seus descendentes. Isso reflete a preocupação do constituinte: apenas o sujeito ativo de crime pode sofrer a pena.

Mas a Constituição inovou em um ponto. Foi ao aduzir, na segunda parte do inciso, que ‘podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. Consagrou, dessa forma, uma garantia civil, que antes era prevista, apenas, na legislação ordinária. Trata-se da reparação do dano, que merece nossa atenção.

O crime, como fenômeno da vida, ocorrido no plano exterior do mundo, quase sempre acarreta lesões ao patrimônio e à moral da pessoa física ou jurídica. Tem-se, nesse aspecto, o ponto de encontro entre o direito penal e o direito civil. “O primeiro se preocupa com o dano social resultante do delito. O segundo com o dano (sentido amplo) sofrido pela vítima (pessoa física ou jurídica). A multa, como sanção penal, não busca satisfazer o prejuízo suportado pelo sujeito passivo. É, como as outras categorias, a resposta do Estado (retribuição jurídica, que não se confunde com o superado *punitur quia peccatum*), medida de reprovabilidade ao delinqüente. A sanção civil, no caso, tem natureza contabilista, destina-se a repor o patrimônio desfalcado, com a clássica diretriz de pagamento do que efetivamente a vítima perdeu e razoavelmente deixou de lucrar (...). A reparação patrimonial ou moral, ainda que vinculada ao delito, não compõe o rol das sanções penais. Excluídas, portanto, do âmbito do princípio da personalidade da pena. Todavia, obrigação de o condenado satisfazê-la. Aqui, diversamente da multa, há repercussão no direito dos sucessores. Sabe-se, com a sucessão, transmitem-se direitos e obrigações. Seja *inter vivos* ou *causa mortis*. O patrimônio do condenado, por sua vez, é garantia para concretizar o direito do credor. Com a morte, há transferência do patrimônio. Forma-se o direito dos sucessores. Evidentemente, havendo obrigações do *de cuius*, cumpre ao espólio honrá-las. Os herdeiros perceberão apenas o sobejo. A reparação do dano *ex delicto* está compreendida nesse quadrante. Os herdeiros não têm a obrigação de pagá-lo. Obrigação é do espólio. Os sucessores, contudo, só perceberão o que sobrar do jogo do ativo e passivo, de crédito e débito do falecido. A Constituição, no particular, repetiu o Direito Civil, regras do Direito das Sucessões. Apenas conferiu a chancela da lei maior. Entenda-se, como explicitação do corolário do princípio da personalidade da pena. Em qualquer setor jurídico, a pena (prefiro por opção doutrinária não denominá-la consequência do crime) e todos os efeitos do delito são ônus exclusivos do condenado. Não se estendem ao seu grupo social, nem se transmitem

²¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005, p. 329.

aos seus sucessores” (Luiz Vicente Cernicchiaro, ao comentar, em obra conjunta com Paulo José da Costa Jr., o princípio da responsabilidade pessoal: *Direito Penal na Constituição*, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 100-1).

Tendo em vista as considerações exaradas, o constituinte de 1988 consignou, simultaneamente, neste inciso uma garantia de ordem penal e outra de natureza civil. E possui razão de ser. Basta lembrar do episódio vivido por Tiradentes. Enforcado em praça pública, a penalidade estendeu-se, também, aos seus descendentes até a terceira geração, aplicando-se-lhe o apodo de infância!

Justifica-se, pois, a disposição inserta neste inciso. Ela reflete uma das preocupações do moderno direito penal, que vive a sua fase científica: frear o arbítrio do Estado e os atos de vingança privada. Confirma, nesse aspecto, a tendência de constitucionalização das garantias penais, em sentido antagônico às vinditas do Estado, através do controle do seu poder de punir. Reage-se, dessa feita, contra práticas execradas pelos regimes democráticos, como a de alguém já vir ao mundo condenado pelos crimes cometidos por parentes colaterais ou antepassados.²²

Ante o mencionado, infere-se que o princípio da intranscendência da pena ou intransmissibilidade da pena²³ reclama que a punição recaia, tão-só, sobre a pessoa do condenado, impedindo-se, dessa forma, que pessoas estranhas ao cometimento do ilícito respondam por ele pelo simples fato de terem relação de parentesco com o agente infrator.

Insista-se, por fim, que tal princípio açambarca inclusive a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens. Contudo, por expressa disposição constitucional, e desde que observado o limite do valor do patrimônio transferido, é possível, para essas duas penalidades, que lei autorize o transpasse da penalidade imposta, de modo a alcançar os sucessores do infrator.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 35/2001 – São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 218/219.

²³ Também conhecido como princípio da Responsabilidade Pessoal, da Personalidade, da Personificação da Pena, da Incontagiabilidade, dentre outras expressões análogas.

4 Intransmissibilidade da pena: princípio penal ou princípio geral de direito?

No capítulo anterior procurou-se esboçar o *sentido* do princípio da intransmissibilidade da pena. No presente, põe-se em relevo a questão do *alcance* deste princípio, é dizer, quer-se averiguar se tal princípio tem aplicabilidade sobre todos os ramos do direito ou se se trata de princípio exclusivo do direito penal.

Concorda-se com o catalogação que faz Guilherme Peña de Moraes, quando afirma, no capítulo intitulado “Princípios Constitucionais Especiais de Direito Penal”, que “o Direito penal é informado por 5 (cinco) princípios constitucionais setoriais,” dentre os quais se insere o “princípio da responsabilidade pessoal”.²⁴ Verifica-se, portanto, que o princípio da intransmissibilidade da pena, constante do inc. XLV do art. 5.º da CF, é princípio direcionado, exclusivamente, ao ramo do direito penal.

Em seu livro “Comentário Contextual à Constituição”, José Afonso da Silva, comentando o inciso XLV do art. 5.º da Constituição Federal aduz, igualmente, que o princípio aí constante é princípio de Direito Penal. Diz o autor:

1. RELAÇÃO CONTEXTUAL. Uma análise intratexto reconhecerá estrutura normativa dúplice no dispositivo. Uma que contém a norma principal – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” -, que enuncia um juízo universal e peremptório de eficácia plena e aplicabilidade imediata, em que o dêixis “nenhuma”, apontado para “pena”, repele regra restritiva, e tem natureza de matéria penal: “nenhuma pena (...)” refere-se à sanção criminal, na forma de privação de bens imposta ao criminoso.

[...]

2. PERSONALIZAÇÃO DA PENA. A norma principal contém um princípio fundamental do direito penal moderno: o da personalização da pena. Era de costume no direito penal autoritário a extensão de algum efeito da pena aos membros da família do condenado.

[...]

Nesta oportunidade cumpre apenas observar que o princípio da personalização ou personalidade da pena se harmoniza com a concepção de que a sanção penal tem finalidade retributiva, pois, se ela é uma reação ao mal do crime, claro está que só pode recair sobre quem praticou esse mal. No fundo, pois, a personalização da pena acaba sendo um princípio de justiça retributiva: premiar ou castigar segundo o merecimento do agente, só do agente na mesma proporção do benefício ou do dano causado. Injusto fora – e mais seria no Estado Democrático de Direito – apenar alguém por fato de outrem.²⁵ (grifou-se)

²⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 105.

²⁵ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 142-143.

Tal ilação vem ao encontro de julgados exarados pelos tribunais pátrios, senão vejamos:

PENAL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. RETIRADA DA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE PENAL. - Não merece acolhida a alegação do réu de que a responsabilidade pelos tributos caberia ao sócio sucessor, na medida em que a conduta qualificada como típica, art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, foi por ele realizada, sendo que **no Direito Penal** vige o Princípio da Intranscendência da Aplicabilidade da **Lei Penal**, ou seja, inexistente sucessão de responsabilidade **no âmbito penal** (art. 5º, XLV, CF/88). - No entanto, não está configurado o crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, eis que as Declarações do IRPJ e CSLL foram apresentadas ao Fisco. Houve, na realidade, falta de pagamento de tributo, e não sonegação fiscal, sendo atípica a conduta do réu. - Ademais, a omissão em apresentar a Declaração de Contribuições e Tributos Federais -DCTF- não levaria, inexoravelmente, à redução do tributo, pois se trata de obrigação acessória. - Provimento do recurso do réu para absolvê-lo, com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal.²⁶ (negritou-se)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ECONÔMICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONTRATO DE CÂMBIO. ENCARGO FINANCEIRO. LEI Nº 7.738/89. RESOLUÇÃO Nº 1.590/89. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO.

1. O princípio da personalização e individualização da pena, inscrito no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, ao asseverar que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, instituiu sim **garantia típica de ordem penal**, pois, trata-se de norma voltada para restringir à pessoa do condenado a **culpabilidade penal**, fazendo recair somente sobre ela os **efeitos penais da condenação**, admitindo, no entanto, que sucessores, na medida do patrimônio transferido, respondam pela reparação do dano ou perdimento de bens.

2. O encargo de que trata o art. 12, § 1º, da Lei nº 7.738/89, incide sobre o cancelamento ou baixa na posição de câmbio, de contrato de câmbio de exportação, previamente ao embarque das respectivas mercadorias para o exterior, sendo devido pelo exportador, porém, o banco comprador das divisas é o responsável pelo seu recolhimento junto ao Banco Central do Brasil.

3. Referido encargo financeiro tem nítido caráter indenizatório, e, em que pese o fato de a lei sujeitar o exportador ao seu pagamento, também é a mesma lei que elegeu o banco comprador das divisas como responsável pelo seu recolhimento, restando investido no direito de regresso contra aquele, para ressarcir-se do valor do dispêndio.

4. Trata-se de escolha feita pelo legislador, fazendo incidir a responsabilidade do pagamento do encargo financeiro na instituição financeira que contratou o câmbio, sendo, por todos os títulos, opção razoável e correta, em face da evidência de que o Banco Central do Brasil somente opera com outras instituições financeiras.

5. Aliás, em decorrência disso, a Resolução nº 1.590, de 29 de março de 1989, dispôs que o valor, em moeda nacional, do encargo financeiro de que trata a Lei nº 7.738, de 09.03.1989, será levado a débito de conta de reservas bancárias do estabelecimento comprador da moeda estrangeira, no segundo dia útil subsequente ao do cancelamento ou baixa do contato de câmbio de exportação.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Criminal n. 4151. Relatora: Desembargadora Federal Maria Helena Cisne. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13/10/2006, p. 163.

6. Apelação a que se nega provimento.²⁷ (negritou -se)

TRABALHISMO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA, SUFICIENTE COMUNICAÇÃO EFETUADA - DEVER DE FAZER INATENDIDO (ARTIGO 630, §§ 3º E 4º, CLT) - ÔNUS EMBARGANTE INATENDIDO - EXIGIBILIDADE DO AFIRMADO CRÉDITO, SURGIDO EM VIDA: ESPÓLIO A RESPONDER TAMBÉM POR MULTA - PRECEDENTES - INCIDÊNCIA DO ENCARGO PREVISTO NO DECRETO-LEI 1.025/69 - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS.

1. Com relação à arguição de cerceamento de defesa, a mesma não merece prosperar, pois evidente a suficiência da cientificação praticada quanto à lavratura do Auto-de-Infração junto ao administrador da fazenda, este, como asseverado pela r. sentença, a equivaler como se um gerente fosse, assim se revelando inoponível a composição ou organização interna da atividade do executado em moldes outros : nenhum vício, pois, a respeito.

2. Incabível alegação do pólo embargante de que não foi intimado da decisão administrativa, pois, conforme esclarecido pela União e consoante A.R. trazido aos autos, houve comunicação ao procurador do *de cujus*, inclusive então já sendo de conhecimento da Fazenda Nacional o falecimento do senhor Beznos.

3. Elementar se recorde sobre a natureza dos embargos à execução, no sentido de uma ação cognoscitiva desconstitutiva, portanto a visar ao desfazimento do comando emanado do título exequendo, não logrando êxito em provar suas alegações a parte contribuinte.

4. Considerando-se ser ônus probatório da parte embargante conduzir ao centro dos autos elementos hábeis a demonstrar não cometeu as infrações trabalhistas, circunstância que viabilizaria ou não, então, sua vitória, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do Direito Positivo Pátrio, de rigor se revela a improcedência aos embargos, por não provado o direito de que alega ser titular o contribuinte em questão.

5. Não logrando cumprir o pólo recorrente com seu elementar ônus, inabalada a presunção legal de liquidez e certeza de que desfruta o título em pauta, parágrafo único do art. 204, CTN, superior a improcedência aos embargos em questão.

6. Em sede de responsabilidade do espólio - ao quê cristalina a positivação pelo § 2º do artigo 4º, LEF - cuidando-se de crédito surgido ainda em vida pelo extinto/hereditando (autuação ocorrida em 19.04.1990, executado falecido em 05.08.1990), assim a abranger a multa pertinente, a jurisprudência se pacifica por seu cabimento. Precedentes.

7. Não se aplica o artigo 5º, inciso XLV, Lei Maior, ao caso vertente, tendo-se em vista o caráter penal de tal dispositivo, por evidente.

8. A respeito do que sustentado no recurso fazendário em relação aos honorários, entende a Egrégia Terceira Turma, desta C. Corte, ser aplicável o encargo de 20% previsto pelo Decreto-Lei n.º 1.025/69, consoante o que dispõe a Súmula 168, do TFR.

9. Improvimento à apelação embargante. Provimento à apelação fazendária. Improcedência aos embargos.²⁸

Dos seguintes fragmentos de julgados do Supremo Tribunal Federal, ainda que tratem da questão reflexamente, também se pode extrair que o princípio da intransmissibilidade da pena é princípio estritamente afeto ao ramo do Direito Penal. Eis os excertos:

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 161075. Relator: Juiz Valdeci dos Santos. *Diário da Justiça Federal* 3, 15/05/2008.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Apelação Cível n. 314692. Relator: Juiz Silva Neto. *Diário da Justiça Federal* 3, 06/08/2008.

DECISÃO: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NÃO COMPROVADA DE PLANO. LIMINAR INDEFERIDA. Relatório 1. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAYMUNDO ou CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAIMUNDO, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em 27 de setembro de 2007, deu provimento a Recurso Especial do Ministério Público do Rio Grande do Sul e, em consequência, restabeleceu a condenação imposta ao Paciente em primeiro grau.

[...] De minha parte, também para afastar a inconstitucionalidade argüida, acentuei, na mesma decisão unânime do plenário: "Tenho - e parece ter sido esta a conclusão do eminente relator -, que, senão explicitamente, ao menos a partir de diversas **garantias constitucionais penais** particularmente, a do art. 5º, XLV -, a Constituição indubitavelmente assumiu o direito penal da culpa. por isso, qualquer presunção de culpa seria inconstitucional, a exemplo do que se sustentou exaustivamente na Itália, a propósito da presunção de responsabilidade de diretores de jornais e que forçou a corte constitucional a uma interpretação conforme (cf. Nuvolone, il. dir. pen. della stampa, p. 113) e levou à reforma do art. 57 do C. Penal). daí não se segue, porém, a meu ver, nenhum padrão do qual fosse lícito extrair a alegada inconstitucionalidade da presunção de violência do art. 224 do Código Penal nos delitos contra os costumes da liberdade sexual e outros similares, se a vítima não é maior de quatorze anos. [...]"²⁹ (negritou-se)

DECISÃO: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, em favor de ELISABETE ANTÔNIA DE OLIVEIRA, contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, apreciando writ com os mesmos objeto e pedido, o indeferiu nos termos desta ementa: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FACILITAÇÃO DE FUGA DE PRESO, HOMICÍDIO DE CARCEREIRO, ROUBO DE VEÍCULO E CORRUPÇÃO DE MENOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. AFERIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

[...] O recebimento de denúncia, que padece de elevado grau de inépcia, afigura-se-me de extrema gravidade pelo descaso para com os **princípios constitucionais básicos de direito penal** e, conseqüentemente, pelo ilegal e severíssimo gravame que faz pesar sobre a paciente, a qual, até, esteve presa preventivamente por conta da viciada inicial acusatória! Em primeiro lugar, na denuncia há erro lógico irremediável: dos fatos narrados não decorre a capitulação proposta. **Em segundo lugar, ainda que abstraída falha tão conspícua, a responsabilidade penal é pessoal, subjetiva e individual, como o determina a Constituição da República (arts. 1.º, III, e 5.º, XLV e XLVI), ainda quando se trate de concurso de agentes. [...]"**³⁰ (negritou-se)

Em reforço à conclusão que agora se impõe [de que o princípio da intransmissibilidade da pena é princípio de Direito Penal], partir-se-á da análise da própria Constituição Federal, para corroborar tal assertiva.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93263 MC / RS. Relatora: Min. Carmen Lúcia. *Diário de Justiça Eletrônico* - 065, Brasília, 11/04/2008.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 86.520. Relator: Min. César Peluso. *Diário de Justiça Eletrônico* - 032, Brasília, 08/06/2007.

Com efeito, o inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal está, topograficamente, localizado entre princípios que se dirigem ao Direito Penal, razão pela qual, por simples silogismo, faz-se forçoso concluir que o princípio da intransmissibilidade da pena é também princípio de Direito Penal.

Ora, os seis incisos anteriores ao inc. XLV, bem como, os cinco incisos posteriores a ele, tratam de questões referentes ao Direito Penal, sendo que, se já não bastasse a colação de lição de autorizada doutrina e de decisões judicantes de segunda e de derradeira instância, ainda assim, ter-se-ia de concluir [repita-se, por sua localização em seara afeta ao Direito Penal] tratar-se o princípio em tela de princípio de Direito Penal.

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Adite-se, considerando que a lei não têm palavras vãs, que os vocábulos “pena” e “condenado” hão de denotar seu caráter penal, até porque, no mesmo inciso, é mencionado a “perda de bens”, que é uma penalidade de Direito Penal, constante do art. 43, II, do Código Penal.

Dessume-se, pois, que o princípio da intransmissibilidade da pena tem seu alcance restrito ao âmbito do Direito Penal, por excelência. Conseqüentemente, não se trata de princípio geral de direito, de modo que a restrição no sentido de que as penas só devem alcançar a pessoa do condenado, não tem aplicação no Direito Civil, nem no Administrativo, nem no Tributário, enfim, em nenhum outro ramo do ordenamento jurídico, que não o Penal, ressalvadas, evidentemente, as penas classificadas, segundo o critério da natureza da penalidade imposta, como *peçoais*³¹, as quais, por sua natureza própria, só incidem sobre a pessoa do infrator. Note-se, contudo, que neste último caso, a transmissibilidade não se dará em razão da natureza própria da pena imposta [p. ex., decretação de inabilitação para o cargo em comissão ou função de confiança, decretação de inidoneidade de empresa...] e não porque, no caso, ter-se-ia a aplicação do princípio da intransmissibilidade da pena (inc. XLV do art. 5.º da CF).³²

Ainda nessa linha, é de se aclarar a ressalta feita no capítulo anterior quanto à obrigação de reparar o dano e à decretação de perdimento de bens. É que, tendo em vista que o inc. XLV do art. 5.º da CF dirige-se ao Direito Penal, é coerente, por lógico, que a exigência

³¹ Segundo essa classificação, consoante explica Heraldo Garcia Vitta [2003], as penalidades classificam-se em *peçoais*, reais e pecuniárias. *Peçoais* são as que recaem sobre a pessoa do infrator, e não sobre bens, diante do seu caráter pessoal e por isso mesmo não admitem a transmissão aos sucessores. Ex.: advertência ao servidor faltoso, suspensão da carteira de habilitação etc. *Reais* são as que recaem sobre o objeto, a coisa, o instrumento ou o fruto do ilícito e podem ser transferidas aos sucessores. Ex.: perda de bens, interdição de estabelecimento comercial etc. *Pecuniárias* que se distinguem das reais apenas pelo fato de se concretizarem por meio de quantificação monetária.

³² No particular, diverge-se de Mauro da Motta Aguiar que diz: “A aplicabilidade do disposto no art. 5.º, inc. XLV, da CF/88 à decretação de inabilitação, haja vista o caráter pessoal desta, de um lado, e a vedação de que a pena ultrapasse a **pessoa** do condenado, de outro, é considerada apropriada. O mesmo, no entanto, não pode ser dito em relação às multa”. (pág. 461)

de lei para que seja possível a transmissão de tais penalidades aos sucessores do infrator falecido só seja endereçada ao próprio Direito Penal.

Nesse ponto diverge-se de Heraldo Garcia Vitta para quem, em relação às penas cominadas no âmbito cível, é necessário lei formal para haver a transmissão aos sucessores do infrator das penalidades por ele sofridas. Diz ele:

As penalidades *reais* e as *pecuniárias*, além de admitirem a *responsabilidade* e a *transmissibilidade*, permitem a *solidariedade* entre diversos responsáveis ou autores da infração. **Em todos os casos, exige-se lei formal**, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico-constitucional: a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana impedem entendimento diverso³³. (negritou-se)

Esse também é o pensamento externado por Regis Fernandes de Oliveira, quando diz “[...] Em matéria de pena administrativa, pode haver transmissão da sanção aos herdeiros. Dependendo de previsão legislativa, pode haver transmissão da punição imposta a alguém que vem a falecer aos seus sucessores”³⁴.

O entendimento que ora se apresenta – contrário ao dos referidos autores – é calcado na realidade fática mesma de que o patrimônio sobrevive à existência de seu titular. Logo, por permanecer existindo, é curial que continue a responder, naturalmente, pelas dívidas contraídas e/ou impostas ao seu titular, seguindo a velha máxima de Direito de que o patrimônio responde pelas dívidas de seu titular. Ademais disso, mesmo considerando que no instante da morte do infrator os herdeiros já se tornam donos do seu patrimônio [princípio da *saisine*³⁵], é de se convir que estes, em realidade, só farão *jus*, após o procedimento de inventário, à herança *líquida*, isto é, ao saldo *positivo* [na medida em que a sua responsabilidade limita-se ao valor do patrimônio transferido] existente após a subtração do ativo pelo passivo. A propósito disso, confira-se a doutrina de César Fiuza:

³³ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, nota de rodapé, p. 124.

³⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 136.

³⁵ O princípio da *saisine*, consubstanciado no art. 1784 do CC [“aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”], consiste na transmissão automática aos sucessores dos bens do extinto.

Herança é o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*. Diz-se acervo hereditário, massa ou monte ou, ainda, espólio. Constitui-se de ativo e de passivo. Sem entrar em detalhes contábeis, pode-se dizer que o ativo consiste dos bens e créditos, enquanto o passivo consiste dos débitos.³⁶

O inventário é, pois, procedimento judicial ou extrajudicial pelo qual se apura o ativo e o passivo da herança, a fim de se chegar à herança líquida (ativo menos passivo). Esta herança líquida, que se apura **após o pagamento das dívidas** e recebimento dos créditos, será, então, partilhada entre os herdeiros.³⁷ (negritou-se)

É claro que para se imputar sanção a alguém é necessário lei, haja vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consoante determina o inc. II do art. 5.º da Constituição Federal. Todavia, o que se está dizendo aqui é que, tendo sido regularmente instituída a pena, por meio de lei, a sua transmissibilidade, para os sucessores do infrator, *em relação aos demais ramos jurídicos*, não demanda edição de nova lei nesse sentido, já que o inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal só se aplica ao Direito Penal.

Desta feita, quer-se com isso dizer que, no Direito Penal, a regra é que as suas penas [privativa de liberdade, restritiva de direitos e de multa] sejam intransmissíveis, ressalvando-se, desde que haja lei nesse sentido, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens. Nos outros ramos do direito, ao contrário, a lógica é inversa, de modo que a transmissão é automaticamente permitida, não sendo necessária a existência de lei categórica afirmando isso, excetuadas, lembre-se, as penalidades de caráter pessoal de que se falou linhas atrás.

³⁶ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1003.

³⁷ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1004.

5 Os tipos de penalidade existentes no Direito Penal.

Tendo sido consignado, linhas atrás, mormente em razão de sua posição topográfica, que os seis incisos anteriores e os cinco posteriores ao inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal são incisos que comportam princípios penais, resta óbvio, por encontrar-se no mesmo contexto, que o comando do inc. XLVI é, igualmente, dirigido apenas ao Direito Penal.

No referido inciso é dito quais penas o Direito Penal pode adotar. Diz ele:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

A par disso, e com base nos arts. 32 a 51 do Código Penal Brasileiro, tem-se que as penalidades existentes no Direito Penal são de três espécies/tipos:

I - privativas de liberdade, quais sejam:

- reclusão,
- detenção.

II - restritivas de direitos, quais sejam:

- prestação pecuniária,
- perda de bens e valores,
- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas,
- interdição temporária de direitos,
- limitação de fim de semana.

III - de multa

Queda evidente, por conseguinte, como já se disse, que o princípio da intransmissibilidade da pena, regente do Direito Penal, tem aplicação sobre os três tipos de penas existentes em tal ramo jurídico, vale dizer: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

Frise-se que a intransmissibilidade diz com os efeitos *jurídicos* da pena, pois que, inevitavelmente, os efeitos *sociais* desta mesma pena serão suportados, inevitavelmente, pelos

sucessores do infrator, tais como o embaraçoso convívio social dos sucessores, a privação do convívio familiar e, por vezes, a drástica redução dos rendimentos familiares, dentre outros.

Nesse sentido, Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar alertam que

Essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA, SLOKAR *apud* GRECO, 2008, p. 81)

Ainda na mesma toada, observa José Afonso da Silva:

É bem verdade que certas conseqüências da pena atingem os familiares do condenado; especialmente, a pena de privação da liberdade do chefe de família importa retirá-lo do convívio dos seus, privando-os igualmente de sua assistência e de seu amparo. Esses reflexos da condenação sobre familiares do condenado podem ser evitados mediante aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade, tal como prestação de serviços à comunidade; ou, quando isso seja inaplicável, mediante uma boa organização de assistência e amparo às famílias dos reeducandos.³⁸

Desta feita, insiste-se, seja a pena aplicada privativa de liberdade [reclusão ou detenção], seja restritiva de direitos [prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana] ou seja ela a pena de multa, não haverá a transmissão de seus efeitos jurídicos aos sucessores do infrator, dada a expressa vedação constitucional do inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal, ressalvando-se apenas, diga-se mais uma vez, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens que, nos termos da lei, podem ser estendidas aos sucessores e contra ele executadas, até o limite do valor da herança.

³⁸ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

6 A pena de multa existente nos outros ramos do direito.

Pretende-se enunciar no presente capítulo, ainda que sem a pretensão de exaustão, que a pena de multa existe nos mais variados ramos jurídicos.

Como se viu, a multa penal é apenas uma das espécies de pena aplicáveis aos infratores desse ramo do direito, na medida em que o Direito Penal também conta com a existência da pena privativa de liberdade e da restritiva de direitos.

Da mesma forma, os outros ramos do Direito também adotam a pena de multa, seja de forma exclusiva ou não, do que se conclui, *ipso facto*, que tal espécie sancionatória não é privativa do Direito Penal.

No entanto, tratá-la como sanção, não implica dar a ela o mesmo tratamento dispensado pelo Direito Penal às multas, até porque a sanção é característica presente em todos os ramos do Direito, já que a coercibilidade [que é a possibilidade de aplicação da sanção] é justamente a característica que difere o direito das demais regras de comportamento sociais [família, igreja, regras de etiqueta etc].

Por conseqüência, já que a multa é sanção presente nos demais ramos jurídicos, entende-se precipitado utilizar-se analogicamente do tratamento que o Direito Penal despende a sua pena de multa, já que o Direito Penal é direito de exceção, regulado por princípios que lhes são próprios e peculiares, a exemplo do ora tratado [princípio da intransmissibilidade da pena]. Enfim, é a *ultima ratio* do ordenamento, o que significa dizer, portanto, que só deveria ser buscado quando todos os outros ramos do direito falhassem na tarefa de proteção ao bem jurídico.

Sobre o tema, interessante elucidação é feita por Heraldo Garcia Vitta, que, embora estivesse se referindo à possibilidade de utilização analógica, ao concurso de infrações administrativas, das normas do Direito Penal sobre o concurso de crimes, enfrentou bem a questão, razão pela qual suas palavras aplicam-se integralmente ao caso. Diz o autor:

O Direito Penal é especial, isto é, contém normas particulares, próprias desse ramo jurídico; em princípio, não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode “pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base no processo analógico”.³⁹

A par do sobredito, portanto, tem-se, no Direito Comercial, a previsão de multa nos arts. 463, 500 e 512 do vetusto Código Comercial [Lei n. 556, de 25 de junho de 1850].

No Direito Civil, por sua vez, temos exemplo dessa espécie sancionatória nos arts. 571, 740, § 3.º, 1336, §§ 1.º e 2.º, 1337, parágrafo único, e 1348, VII, do Código Civil [Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002].

No Direito do Consumidor, são exemplos os arts. 52, § 1.º, 56, I, 63, *caput*, § 2.º, 64, 65, 66, *caput*, § 2.º, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74 e 84, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990].

Do Direito Processual Penal, as hipóteses passíveis de multa constam dos arts. 101, 219, 264, 265, 277, parágrafo único, 336, 436, § 2.º, 442, 458, § 1.º e 655 do Código de Processo Penal [Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941].

No Direito Eleitoral, temos espécie dessa penalização nos arts. 7.º, 8.º, 9.º, 124, 146, VII, VIII, 156, 159, § 5.º, 164, § 1.º, 184, § 2.º, 197, § 2.º, 267, § 6.º, 279, § 6.º, 282, 289, 290, 291, dentre outros, do Código Eleitoral [Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965].

No Direito Tributário, nos arts. 97, V, 113, §§ 1.º e 3.º, 142, 149, VI, e 155, I, do Código Tributário Nacional [Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966], tem-se os exemplos dessa penalidade pecuniária [multa].

No Direito Processual Civil, encontram-se nos arts. 14, parágrafo único, 18, 30, 161, 196, parágrafo único, 233, 424, parágrafo único, 461, §§ 3.º, 4.º e 5.º, 475-J, 538, parágrafo único, 557, § 2.º, 601, 621, parágrafo único, 645, 701, § 2.º, 740, parágrafo único, 745-A, § 2.º e 746, § 3.º, do Código de Processo Civil [Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973], as hipóteses que ensejam a aplicação da pena de multa.

³⁹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 130.

No Direito Administrativo, tem-se como exemplo a Lei de Improbidade Administrativa [Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992] que, nos incs. I, II e III, do seu art. 12, prevê a cominação de multa para as infrações previstas, respectivamente, nos arts. 9.º, 10 e 11, do mesmo diploma legal. À guisa de informação, o art. 8.º da Lei de Improbidade é categórico ao asserir que “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

O elenco exemplificativo dos artigos acima citados intenta deixar claro – não obstante exista quem entenda o contrário – que em todos os outros ramos jurídicos, exclusive o penal, é expressivamente majoritária e, não raro, unânime, a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias no sentido de que a pena de multa transmite-se aos sucessores do infrator.⁴⁰

Em reforço, é de se ter em mente que a pena imposta destina-se tanto ao próprio infrator quanto à coletividade, dada a dupla finalidade de toda e qualquer sanção: “retributividade”⁴¹ e “preventividade”⁴². Assim é que, imagine-se, por exemplo, a hipótese de extravio de dinheiro público que ocasione dano ao erário, prevista no art. 1.º, I, da LO/TCU – Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, com a superveniente morte do gestor/responsável infrator. No caso hipotético, acaso houvesse sido imposta uma multa de cem por cento do valor do dano causado [art. 57 do mesmo diploma legal], se teria preservada a finalidade *retributiva* da pena e, em havendo a sua transmissão aos sucessores do finado, não haveria o enriquecimento sem causa de sua família à custa do dinheiro público, evitando-se, portanto, a geração do sentimento de impunidade na coletividade, razão pela qual, da mesma forma, se teria preservada a finalidade *preventiva* da pena. Nesse exemplo proposto, não se quer dizer, por evidente, que o gestor/responsável intencione, adrede, morrer, para o efeito de se ver livre da sanção, porém, se isso ocorrer, ainda assim, haja vista a permissibilidade, para os outros

⁴⁰ A esse respeito, AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer *in JUNIOR*, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, pp. 447/464.

⁴¹ Consiste o caráter retributivo, basicamente, em se retribuir o castigo imposto a quem o impôs.

⁴² Pelo caráter preventivo tem-se que o castigo deve servir de exemplo desestimulante para os demais membros da sociedade, os infratores potenciais, os quais, com o receio de sofrer as conseqüências do ilícito, não o cometem.

ramos do Direito, da transmissibilidade da pena imposta, a sua família não seria beneficiária do dinheiro público obtido ilicitamente.

E tal fato tem sua razão de ser, pois que, como se disse alhures, a vedação da transmissibilidade da pena existe apenas para o âmbito do Direito Penal, já que, por simples questões de política legislativa, o legislador constitucional assim o quis.

Percebe-se que não bastaria, para explicar tal fato, classificar a multa como penalidade *pecuniária*, segundo o critério da natureza da penalidade imposta,⁴³ e dizer que as multas transmitem-se aos sucessores do agente infrator porque não incidentes sobre a sua pessoa, diretamente, mas sim, sobre seu patrimônio. É cediço que a multa é classificada como uma sanção pecuniária, na medida em que se constitui em uma dívida de valor, entretanto, esta explicação é insuficiente, haja vista a existência dessa mesma espécie de sanção [multa] no Direito Penal e, a despeito disso, haver a vedação na sua transmissão aos sucessores do infrator, dado o disposto no inc. XLV do art. 5.º da CF.

Mesmo assim, e a propósito disso, no seio do próprio Direito Penal, já se falou da possibilidade de transmissão da pena de multa aos sucessores do condenado. Tal questionamento se deu em razão da alteração do art. 51 do Código Penal ensejada pela Lei n. 9.268, de 1.º de abril de 1996. Com o advento desta lei, referido artigo passou a prever que “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. Desta feita retirou-se do mundo jurídico a antiga regra do art. 51 do CP, com a redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que expressava que “a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução”. A argumentação dos que admitiam a transmissão da pena de multa aos sucessores do condenado, como explicita Mailane Ramos dos Santos Rodrigues de Oliveira, citando José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues, era assim desenvolvida:

De outro, o argumento de que não há tal óbice, eis que “O fato de ser uma dívida de valor decorrente de uma multa penal, a ser cobrada dos herdeiros do de cujus, respeitados os limites das forças da herança, não a faz incidir sobre o

⁴³ Novamente seguindo a classificação de Heraldo Garcia Vitta.

patrimônio do herdeiro antes da aquisição da herança, o que, aí sim, configuraria uma inconstitucionalidade, pois faria incidir sobre o patrimônio de pessoa diversa o efeito da condenação criminal de natureza pecuniária”, “E nem se objete com o argumento de que a aquisição do acervo hereditário se dá na data do óbito (cf. CC, arts. 1.752 et seq.), pois tal fato não influencia o raciocínio, haja vista que o monte partível herdado no momento da abertura da sucessão, que corresponde à data do óbito, pelos herdeiros, consiste no acervo resultante dos créditos, diminuídos dos débitos existentes à época do óbito, o que será apurado ao depois, na forma da legislação em vigor.”, conforme explicita o Juiz de Direito paulista, Dr. José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues.⁴⁴

Esse, todavia, não é o melhor entendimento nem o majoritário⁴⁵, pois que, como já aduzido, o princípio da intransmissibilidade da pena tem aplicabilidade sobre todos os três tipos de penalidades impostas pelo Direito Penal, mesmo porque o inc. XLV do art. 5.º da CF refere-se incondicionalmente à “pena”, de modo a englobar todas as penas/penalidades impingidas pelo Direito Penal. Ademais, “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir”⁴⁶, mormente quando tal lei se trata de lei constitucional, dado o princípio reinante na hermenêutica constitucional da “máxima efetividade das normas constitucionais”⁴⁷.

Portanto, não é em razão da sua natureza de penalidade pecuniária que, quanto aos outros ramos do direito, a multa se transmite aos sucessores [na medida em que a multa penal também tem essa natureza], mas sim, em razão de uma opção do legislador constituinte que, no já multicitado inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal, quis impor tal vedação apenas para o âmbito Penal.⁴⁸

⁴⁴ OLIVEIRA, Mailane Ramos dos Santos Rodrigues. *A extinção da punibilidade na pendência da execução da pena de multa nos termos da Lei n. 9.268/96*. São Paulo: Defensoria Pública. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/Teses/Penal/3.doc>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

⁴⁵ Confira a respeito: REsp 843296, Relator: Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/02/07, REsp 928965, Relatora: Laurita Vaz, DJ 05/11/07, REsp 286880, Relator: Min. Milton Luiz Pereira, DJ 13/02/02, dentre outros.

⁴⁶ Explica Carlos Maximiliano (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247), discorrendo sobre o brocardo “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”, que, “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; [...]”.

⁴⁷ Tal princípio, segundo Dirley da Cunha Júnior [2008], orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades.

⁴⁸ Essa questão de o legislador escolher quais valores sociais merecem proteção jurídica existirá sempre e sempre será cambiante no tempo e no espaço, já que o Direito é um dado cultural. Dessa forma, o que hoje se entende por bem normatizar, por ser de grande relevo social, amanhã poderá não mais sê-lo, caso em que deixará de ser considerada uma conduta ilícita e vice-versa, bem como, pode ocorrer de o tratamento dado por um país a uma determinada questão não ser coincidente com o tratamento dado a essa mesma questão por um outro país.

7 O tratamento dado à questão pelo Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, entretanto, dispensa às multas que impõe, tratamento idêntico ao dado para as multas penais. É dizer, entende o TCU que, em falecendo o gestor/responsável infrator, eventual pena de multa a ele cominada deve ser extinta, em respeito ao amíúde citado princípio da intransmissibilidade da pena (inc. XLV do art. 5.º da CF).

Em artigo escrito por Mauro da Motta Aguiar⁴⁹, tem-se bem descritos os julgados demonstrativos da posição do Tribunal de Contas da União que veda a transmissão da pena de multa aos sucessores do gestor/responsável falecido, em razão do preceituado no inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal. Eis os julgados: AC-0021-06/01-P, AC-0089-04/03-P, AC-0037-14/99-P, AC-0045-03/01-1, AC-0024-01/03-1, AC-0092-11/99-2, AC-0028-03/00-1, AC-0049-12/00-P, AC-0034-08/01-P, AC-0012-02/02-2, AC-0289-50/01-P, AC-2725-49/05-1 e AC-1281-21/05-1.

Esclareça-se que referido artigo data do ano de 2006, logo, os acórdãos citados expõem o pensamento do Tribunal de Contas da União prevalente até tal data. No entanto, constata-se que a jurisprudência da Corte de Contas se mantém, é dizer, continua por entender ser vedado, quanto às multas aplicadas ao gestor ou responsável que vem a falecer, a sua transmissão aos sucessores, a exemplo dos recentes acórdãos prolatados no ano de 2008: AC-0889-08/08-1, AC-5324-42/08-2 e AC-0492-06/08-2. Veja-se, a respeito, relatório do voto do Ministro-Relator deste último acórdão:

18. É importante registrar que a jurisprudência predominante deste Tribunal entende que os débitos decorrentes de imputação de multa tem natureza personalística. Nestes casos, embora não se trata de matéria tipicamente penal, há quase consenso de que o prosseguimento válido do processo esbarraria na vedação constante no disposto no inciso I do art. 107 do Código Penal Brasileiro, que determina a extinção da pena pela morte do agente. Também porque haveria inobservância ao inciso XLV da CF/88.

19. Nota-se que a jurisprudência predominante desta Casa é no sentido de que o falecimento do gestor, nos casos exclusivos de possibilidade de imputação de

⁴⁹ AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, pp. 449/450.

multa ou da transferência do ônus dela decorrente aos sucessores, é pressuposto para extinção do processo.

Ainda sobre a questão, esclarecedora é a síntese feita por Mauro da Motta Aguiar, quando aduz:

Na jurisprudência atualmente predominante do Tribunal de Contas da União, a aplicação de penalidades por aquela Corte de Contas estaria inviabilizada se, após a prática de ato inquinado de irregularidade, o gestor ou responsável viessem a falecer, estribando-se tal entendimento na interpretação de que se aplicaria, de forma absoluta, às sanções de competência do TCU, o disposto no inc. XLV do art. 5.º da CF/88, acerca da intransmissibilidade da pena. Tal entendimento encontra-se de tal forma consolidado, a ponto de haverem julgados no sentido de, mesmo em relação a deliberações já definitivas a penalidade, se ainda não cumprida (mesmo que por culpa do responsável), deverá ser suprimida ou dela se deverá dar quitação.

[...]

Expressiva contribuição para sistematizar a questão foi aportada por Augusto Sherman Cavalcanti, por meio do artigo “O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido”, trabalho cujo mérito deve ser, por isso, reconhecido. Sim, porque ainda que se fosse alegar que o documento em questão não encampou todas categorias processuais do TCU em relação à atividade de Controle Externo, em função de referir-se expressamente a contas, pode-se verificar que acabou por também atingi-las, haja vista haver abordado a dimensão da “punibilidade do gestor faltoso”, único aspecto que poderia suscitar dúvidas nas demais modalidades de processos da área.

Aliás, a chamada dimensão da “punibilidade do gestor faltoso” é justamente a que interessa para os fins do presente estudo. Segundo o artigo referido, em qualquer caso de falecimento do gestor (e entende-se, como dito anteriormente, que também cabe falar no responsável), a aplicação de sanções pelo TCU estaria inviabilizada, “porque a aplicação da pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, conforme dispõe o art. 5.º, inciso XLV, da Constituição”. Chega aquele autor a indicar, ademais, que, caso a sanção já haja sido aplicada e sobrevenha, sem seu cumprimento, o falecimento do apenado, “será ela extinta”.

[...]

Ainda que seja quase sempre difícil, no campo das ciências humanas, o estabelecimento de relações unívocas de causa e efeito, não se pode negar que a jurisprudência do TCU, em especial aquela posterior à elaboração do artigo tratado no item anterior, vem adotando, de forma esmagadora, ainda que com pequenas adaptações, as mesmas orientações explicitadas por Augusto Sherman Cavalcanti naquele trabalho, sendo, portanto, fortes os indícios de que a influência deste sobre aquela foi extremamente significativa”.⁵⁰

No ponto, concorda-se com o exposto por Mauro Aguiar. Realmente parece haver uma relação de causa e efeito entre o artigo de Augusto Sherman e a jurisprudência do TCU, já que a escassa literatura sobre o tema [caso em que o artigo mencionado queda pioneiro] aliada à qualidade de Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União que Sherman ostenta,

⁵⁰ AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, pp. 447/448.

contribuíram significativamente para que o posicionamento da Corte de Contas convergisse com o de seu artigo: “o processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido”.⁵¹

Augusto Sherman Cavalcanti ainda explicita, calcado no rito processual realizado pelo TCU para a cominação da pena de multa, quais tipos/modelos de decisões devem ser exaradas para os distintos momentos em que sobrevir a morte do gestor/infrator. Assim, segundo observa, duas situações podem ocorrer:

A primeira: as contas não são julgadas e o processo é arquivado, em razão de o falecimento do gestor ter ocorrido antes da realização da audiência prévia.

[...]

A segunda: o falecimento do gestor ocorre após a realização da audiência prévia, e as contas serão julgadas com aplicação, ou não, de sanção.

Se a morte é posterior ao julgamento, ou, se o Tribunal toma ciência da morte somente após o julgamento, há a extinção da punibilidade e, conseqüentemente, do dever de cumprir a sanção.

[...]

Se a morte é posterior à promoção da audiência prévia, mas anterior ao julgamento, o Tribunal, tendo ciência do falecimento antes do julgamento, não deve aplicar a sanção, em virtude da extinção da punibilidade.⁵²

É fácil concluir que o raciocínio desenvolvido por Augusto Sherman é em tudo idêntico ao aplicado para o caso de falecimento de agente infrator de norma penal, onde, por haver observância ao princípio da intransmissibilidade da pena, deve-se pôr termo a punibilidade porventura imposta.

Crê-se ser por isso que Mauro da Motta Aguiar, parafraseando decisão já citada do Supremo tribunal Federal⁵³, aduziu que as penalidades de multa aplicadas pelo Tribunal de Contas da União teriam “colorido quase penal”. Eis as suas palavras:

O princípio da intransmissibilidade da pena consta de dispositivo nitidamente da esfera penal. Por sua vez, o poder de sancionar atribuído ao TCU nitidamente não pode ser considerado como pertencente às esfera pena strictu senso. E, no que se refere às penalidades de multa, é inapropriado o atual entendimento jurisprudencial de conferir-lhes um “colorido quase penal”, tornando obrigatório que sua aplicação observe as mesmas regras do processo penal. Isso

⁵¹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo de Contas no TCU: o caso do gestor falecido*. In: Revista do TCU, nº 81 (3º Trimestre, 1999). Brasília: TCU, 1999, pp. 17/27.

⁵² CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo de Contas no TCU: o caso do gestor falecido*. In: Revista do TCU, nº 81 (3º Trimestre, 1999). Brasília: TCU, 1999, p. 25.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23550 / DF. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça*, Brasília, 31/10/2001, p. 0006.

porque os institutos em que se encontram previstas as competências atribuídas ao TCU para aplicar multas têm natureza administrativa, no que tange a seus aspectos cíveis.⁵⁴

Desse modo, reputa-se que o critério proposto por Augusto Sherman funda-se em premissa falsa, carecendo, portanto, de utilidade, pois que, como dito linhas atrás, o princípio da intransmissibilidade da pena, estampado no inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal, aplica-se somente ao Direito Penal, não se prestando pra uso pelos outros ramos do Direito [onde se inclui os processos promanados do Tribunal de Contas da União].

Igualmente abeberando-se dessa linha temporal visualizada por Augusto Sherman Calvanti, tem-se como exemplo o Acórdão n. 159/2005 – 2.ª Câmara do TCU, o qual, contudo, propõe efeitos diversos a depender do momento em que se dá o passamento do infrator. Assim, de acordo com o julgado, a conclusão a que se chega é de que a natureza jurídica da multa imposta pelo Tribunal de Contas da União variará em decorrência do momento mesmo em que o TCU aplicar tal penalidade. É dizer, se o óbito ocorrer após a regular prolação do acórdão, tal multa já teria se constituído em dívida de valor, razão pela qual poderia ser transpassada aos sucessores do falecido; inversamente, ou seja, se antes da prolação do acórdão o infrator, gestor ou responsável, vier a falecer, não se há de falar em transmissão da referida penalidade, em razão do princípio da intransmissibilidade da pena (art. 5.º, XLV, da CF). Vide excerto do Voto do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar do aludido acórdão:

5. Dessa forma, tendo o óbito ocorrido após a prolação do Acórdão 482/2000 - Segunda Câmara, o qual aplicou a respectiva multa ao responsável, não há falar em arguição do art. 5º, inciso XLV, da CF/88 como pressuposto para extinção da punibilidade, haja vista que não mais se trata de apenação e sim de cobrança de dívida.

6. Nesse sentido registro o equívoco cometido pela unidade técnica ao citar os Acórdãos nºs 386/1994 - Primeira Câmara e 12/2002 - Segunda Câmara, bem como a Decisão nº 91/95 - Primeira Câmara, tendo em vista que tratam de situações em que o óbito ocorrera antes da prolação do decisum que poderia apenar os responsáveis, ao contrário do caso vertente em que o responsável já havia sido apenado quando de seu falecimento.

Ora, não se entende que a multa transmude a sua natureza jurídica com o variar do tempo em que o gestor/responsável falece. A multa é dívida de valor sempre,

⁵⁴ AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 461.

indubitavelmente, e, não obstante tenha a sua gênese em face da irregularidade praticada por uma pessoa⁵⁵, recai sempre sobre o patrimônio do infrator, de modo que, sempre, será incidente sobre a pecúnia e nunca diretamente sobre a pessoa do infrator.

Ademais disso, considerando a autonomia científica que há muito goza o Direito Processual, tem-se que, a rigor, a morte do gestor, se antes ou depois do julgamento, é fato que gerará conseqüências de ordem *processual*, ou seja, para a defesa a ser realizada pelos representantes do falecido, o que, em princípio, em nada interfere no direito *material* de impor a multa.

Assim, repise-se, não importa o instante em que a multa foi aplicada, se antes ou depois do falecimento do gestor ou responsável, pois, sempre será dívida de valor, incidente sobre o patrimônio do infrator. Dessarte, não é correto e tão-pouco goza de cientificidade, o critério externado no aludido acórdão, até porque, como já se falou, o direito dos sucessores só existe em relação à herança *líquida*, isto é, aquela apurada depois de saldada todas as dívidas do falecido. Nessa toada, registre-se mais uma vez, que a possibilidade de transmissão está calcada, em verdade, no fato de que o inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal só se dirige ao Direito Penal.

⁵⁵ Seja pessoa física ou jurídica.

CONCLUSÃO

A multa, ao lado das sanções de “inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança” e de “declaração de inidoneidade do licitante fraudador”, é uma das sanções impostas pelo Tribunal de Contas da União, a qual é cominada nos casos de ilegalidade de despesas ou irregularidades, em razão de deferência do art. 71, VII, da Constituição Federal c/c os arts. 19 e 43, parágrafo único, da LO/TCU.

De acordo com critério formal, observa-se que a sanção pecuniária de multa, imposta pelo TCU, há de ser catalogada como ilícito administrativo, na medida em que tal Tribunal de Contas, apesar do seu “colorido quase – jurisdicional”, é órgão de natureza administrativa e não judicial, visto que a autoridade competente para a imposição dessa sanção não pertence à estrutura do Poder Judiciário.

Ato contínuo, concluiu-se tratar o princípio da intransmissibilidade da pena de princípio afeto ao Direito Penal, por excelência, de modo que, em decorrência disso, a restrição no sentido de que as penas só devem alcançar a pessoa do condenado, não tem aplicação nos demais ramos jurídicos, que não o Penal.

Evidentemente, as penas classificadas, segundo o critério da natureza da penalidade imposta, como *pessoais*, por sua natureza própria, só incidem sobre a pessoa do infrator. Contudo, neste caso, a transmissibilidade não se dará em razão da natureza própria da pena imposta e não porque, no particular, ter-se-ia a aplicação do princípio da intransmissibilidade da pena (inc. XLV do art. 5.º da CF).

Desta feita, tendo sido inferido, quando da análise do sentido e alcance do princípio da intransmissibilidade da pena, insculpido no art. 5.º, XLV, da CF, que tal princípio direciona-se ao Direito Penal, em caráter exclusivo, é de se concluir pela possibilidade de transpasse de tal penalidade aos sucessores do gestor/responsável infrator, até porque os sucessores só têm direito à parte líquida da herança, isto é, ao que sobejar de positivo após o saldo das dívidas e, ainda, haja vista a necessidade de se preservar a dupla finalidade de toda e qualquer sanção.

Dessarte, considera-se precipitado o tratamento dado à questão pelo Tribunal de Contas da união, já que a multa é sanção presente nos demais ramos jurídicos, não sendo acertado utilizar-se analogicamente do tratamento que o Direito Penal despende a sua pena de multa, já que o Direito Penal é direito de exceção, regulado por princípios que lhes são próprios e peculiares, a exemplo do ora tratado [princípio da intransmissibilidade da pena], caso em que, por ser a *ultima ratio* do ordenamento, só deveria ser buscado quando todos os outros ramos do direito falhassem na tarefa de proteção ao bem jurídico.

Por fim, quer-se com isso dizer que, nos outros ramos do direito, ao contrário, a lógica é inversa, de modo que a transmissão da pena regularmente instituída é automaticamente permitida, não sendo necessária a existência de lei categórica afirmando isso, excetuadas, relembre-se, as penalidades de caráter pessoal de que se falou linhas atrás, as quais, por sua natureza própria, não ensejam a transmissão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. In: JUNIOR, José Geraldo de Sousa (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 35/2001 – São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido*. Revista do TCU. Brasília, nº 81 (3º trimestre de 1999), p. 17-27, 1999.

COSTA, José Armando da. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2008.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. 2 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 105.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Mailane Ramos dos Santos Rodrigues. *A extinção da punibilidade na pendência da execução da pena de multa nos termos da Lei n. 9.268/96*. São Paulo: Defensoria Pública. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/Teses/Penal/3.doc>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil: Parte Geral*. Lúmen Júris. 6 ed. Rio de Janeiro. 2007.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

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