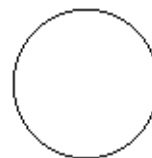




TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Processo nº 2303/04 - A

Origem: Tribunal de Contas do DF

Assunto: Estudos Especiais

Ementa: Estudo sobre a aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028/00, que define infrações administrativas contra as leis de finanças públicas. Ausência de consenso. 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias consideram o referido dispositivo auto-aplicável, sem possibilidade de dosagem da multa ali prevista, enquanto que a 2ª e 3ª Inspetorias e o Ministério Público sustentam que a aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028/00 deve ser realizada procurando-se dosar a sanção a ser cominada. Concordância com a 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias.

Data de inserção em pauta: 22.03.2006

Parecer do MPJTCDF: Procurador DEMÓSTENES TRES ALBUQUERQUE

RELATÓRIO

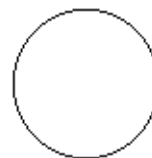
Cuidam os autos de estudo realizado pela CICE, em decorrência da Decisão nº 6195/03 (Processo nº 922/03), sobre a aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028/00, que define infrações administrativas contra as leis de finanças públicas.

2. Naqueles autos, ao se examinar o Relatório de Gestão Fiscal do Poder Executivo, referente ao 1º quadrimestre de 2003, desenvolveu-se uma intensa discussão a respeito da possibilidade de se conferir ao referido dispositivo legal interpretação jurídica que permita considerar a multa ali consignada como de **até** 30% dos vencimentos anuais do agente.

3. Na oportunidade, o então Conselheiro Jacoby Fernandes manifestou-se favoravelmente a esta interpretação enquanto que a Procuradora-Geral, Dra. Márcia Farias, assumiu posição diametralmente oposta, a saber:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Conselheiro Jacoby Fernandes (VOTO DE VISTA – fls. 09/11)

“O Relatório de Gestão Fiscal, no âmbito da União Federal, também é sujeito à apreciação do TCU. Nele também foram detectadas incorreções, a exemplo do que ocorreu no Processo nº TC 009.699/2003-1, relatado pelo Ministro Guilherme Palmeira, no qual emituiu-se o alerta quanto à realização de operações de crédito, no 1º quadrimestre de 2003, em montante superior às despesas de capital.

Sob a alçada do TCU, inclusive, localizei apenas um caso de imposição da multa¹, e esse julgado, a princípio, parece desvirtuar a letra concreta da lei, que estipula valor fixo para a sanção. Adiante colaciono trecho do voto, que segue trilha diferente:

Como toda sanção de natureza punitiva, a medida da punição decorre do juízo de valor a ser feito sobre a gravidade da conduta e dos limites máximos e mínimos definidos em lei. Para evitar injustiças, considero que a multa prevista no artigo 5º, § 1º da Lei 10.028/2000 deve ser aquilatada pelo juiz e entendida como de até 30% dos vencimentos anuais do gestor, conferindo ao aplicador da norma a necessária margem de valoração da conduta para fixação do seu valor.

Acredito que a sistemática do TCU revela-se mais consentânea com a realidade, pois, de outra forma, haveria subtração, ao julgador, do princípio da dosimetria da pena, pelo qual se deve estabelecer, mediante parâmetros objetivos, a pena em função de sua gravidade e dos elementos que a compõem. Na verdade, a estipulação de um valor para a sanção revela uma complexa trama que busca colocar, em números dotados de alguma confiabilidade, todos os dados concretos do ilícito aliados à subjetividade da avaliação da repulsa social ao fato sob censura e da personalidade do agente. Trata-se de um processo mental de avaliação de elementos circunstanciais e, portanto, apenas mensuráveis em cada caso concreto.

Em convergência com esse raciocínio, a lição de David Teixeira de Azevedo²:

As causas do aumento e de diminuição constituem

¹ 017.444/2001-0, no qual se aplicou a multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

² AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da Pena*- causas de aumento e diminuição, São Paulo : Malheiros Editores, 1998.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI

Fls.: 79

Proc.: 2303/04

Rubrica

circunstâncias do crime, dotados de estrutura típica, relacionadas com a quantidade e com a qualidade do injusto. Estão intimamente relacionadas com o bem jurídico, grau, modo e intensidade de ataque, as modalidades e formas de execução do fato típico, o local, o tempo, os instrumentos, a qualidade da vítima e a natureza do objeto material sobre que recai a ação humana.

Em Processo Penal, inclusive, as dificuldades no cálculo das penas levaram à criação do Sistema das Três Fases - ou trifásico, como o mais adequado à disciplina da lei penal.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, por exemplo, enfrentou o problema através de normatização interna, pela qual se decidiu pela alteração do seu regimento.

Por estas razões, das quais emana a necessidade de estabelecer um procedimento sistematizado que leve em conta a natureza dos casos concretos postos à apreciação deste Colegiado, em benefício da instrumentalidade do processo, é que *mantenho a convicção de que o Tribunal deve, em observância à sua competência normativa, reavaliar o seu conjunto de normas em função das sanções próprias da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme regulamentação contida na Lei nº 10.028/00.*

É de se observar, inclusive, que o limite da multa para as infrações administrativas supera, em muito, o limite genérico imposto pelo Tribunal para a sua aplicação.

Em face do exposto, VOTO nos mesmos termos da proposta do relator, acrescentando o item IV no sentido de que sejam formados autos apartados para regulamentar, no Tribunal de Contas do Distrito Federal, a aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.” (grifo não-original)

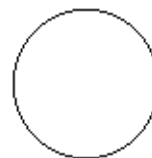
Procuradora Marcia Farias (PARECER DE VISTA – fls. 17/25)

“V – Do Valor da Multa Prevista no Artigo 5º da Lei n.º 10.028/00

27. Sobre o princípio da dosimetria da pena, ou sobre o princípio da proporcionalidade, é relevante a questão suscitada pelo Excelentíssimo Conselheiro Jacoby Fernandes em seu voto de vista, adiantado em Plenário.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



28. Ouso, contudo, discordar da solução encontrada, alinhando-me, no particular, ao entendimento manifestado pela Excelentíssima Conselheira Marli Vinhadeli.

29. O dispositivo citado comina pena de multa em valor exato. O julgador não poderia estar a subtrair o princípio da dosimetria da pena, aplicável em Direito Penal, pois, na hipótese, não há limites máximo e mínimo a serem observados, ou melhor, esses limites são idênticos: 30% dos vencimentos anuais.

30. Assim é que Fernando GALVÃO, ao comentar a pena de multa no Direito Penal, lembra que o juiz, "na tarefa de determinação da pena-base deverá optar pela pena a ser aplicada, dentre as cominadas, e pela quantidade dessa pena, respeitando os limites previstos no ordenamento jurídico. Nas hipóteses em que o preceito sancionador possibilitar a alternatividade de penas, o julgador poderá decidir de imediato pela aplicação da pena de multa. Por outro lado, nas hipóteses em que a pena de multa é cumulativamente cominada, o juiz deverá estabelecer o quantum de multa que será aplicada conjuntamente com a pena privativa de liberdade."³

31. Na hipótese da norma em tela, não é facultada opção ao magistrado. Não há limites previstos na norma.

32. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, também chamado de princípio da proibição do excesso, exige análise da relação de meios e fins. A expressão "princípio da proibição do excesso" é aplicável no âmbito do controle legislativo, em que verifica-se o problema do "espaço de decisão" dos órgãos legiferantes, perquirindo-se a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais. "As valorações do legislador não podem ser isoladas. Elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por detrás da lei e imprimem seu cunho ao Direito. (English, 1988, p. 379)".⁴

33. O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em três elementos:

- princípio da conformidade ou adequação de meios (geeignetheit)
- princípio da necessidade (Erforderlichkeit)
- princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)⁵

34. Este último princípio "decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui

³ GALVÃO, Fernando. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 127.

⁴ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79.

⁵ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79 e 80.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI

Fls.: 81

Proc.: 2303/04

Rubrica

requisito para a ponderação de resultados (...) Assim, se no mandado de ponderação, ou seja, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ocorre um balanceamento de possibilidades jurídicas, no caso das duas outras máximas do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: a da necessidade e a da adequação, recorre-se às possibilidades fáticas. A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de Direito, ou, ainda, 'na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça' (Alexy, 1993, p. 115)."⁶

35. Verifica-se que, na hipótese da norma em comento, o legislador, atento ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, realizou valoração relacionada com o bem jurídico que buscou proteger e com demais penas de multa em Direito Administrativo, tendo prescrito, então, valor exato da penalidade. Observado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, não cabe, na hipótese, ao magistrado um balanceamento de possibilidades jurídicas, pois que, no particular, essa possibilidade fática não foi prevista pelo legislador.

36. *Diante do exposto, opina o Ministério Público por que o texto da Lei n.º 10.028 seja observado, cumprindo ao Tribunal de Contas do Distrito Federal processar e julgar a infração a que se refere o artigo 5º da norma, tendo em consideração o comando do § 2º desse mesmo dispositivo.” (grifo não-original)”.*

4. Concluídos os estudos pela CICE, não houve, novamente, uniformidade de entendimentos no âmbito das unidades técnicas, tendo a 2ª e 3ª Inspetorias alinhado com o posicionamento do então Conselheiro Jacoby Fernandes, com suporte nos seguintes fundamentos:

“O Sistema Trifásico mencionado pelo Conselheiro JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES encontra-se previsto no art. 68 do Código Penal - CP, a seguir transcrito:

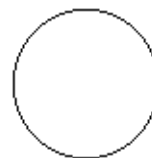
“Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - (grifo não-original)

⁶ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 80 a 82.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



O art. 59 do CP, por sua vez, traz o elenco de critérios para a fixação da pena, conforme se vê pela transcrição abaixo:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. “ (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - (grifo não-original)

Muito embora o Código Penal tenha estabelecido a chamada operação trifásica de cálculo da pena (em que primeiro se fixa a pena, para depois se considerarem os atenuantes e os agravantes, e, por fim, observarem-se as causas de diminuição e aumento da pena), há que se considerar que “a operação trifásica é desnecessária, por óbvio, quando: a) inexistem circunstâncias legais de agravação ou atenuação; b) inexistem causas de especial aumento ou diminuição. Em tal hipótese, o cálculo da pena se encerra na primeira fase, através do exame das circunstâncias judiciais.”⁷.

Todavia, de acordo com o CP, há que também se considerar a situação econômica do responsável no estabelecimento da pena de multa, in verbis:

“Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No caso em exame, em que não são especificadas na lei quais seriam as circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem as causas de aumento ou diminuição da pena, resta apenas ao agente julgador a análise estabelecida no art. 59 do CP, conjugando-se a isso o mandamento constante do art. 60 daquele Código. Porém, ao se deparar com o art. 5º da Lei nº 10.028/00, aquele agente se encontra diante de um conflito, vez que, como bem argumenta o autor Fernando Capez, “em nenhuma dessas duas primeiras fases⁸, o juiz poderá diminuir ou aumentar a pena fora de seus limites legais (cf. Súmula 231 dp STJ). Ao estabelecer a pena, deve-se respeitar o princípio da legalidade, fazendo-o dentro dos limites legais, como prevê o art. 59, II, do CP.” (grifo não-original)⁹

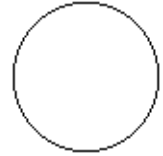
⁷ Dotti, René Aírel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Editora Forense, 2002, p. 543.

⁸ Fazendo uma alusão aos dois primeiros critérios estabelecidos no art. 68 do CP.

⁹ Capez, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Editora Saraiva, 2000, p.416.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Por outro lado, há que se ressaltar que a previsão legal de dosagem das penalidades acompanha a intenção do legislador em individualizar as penas a serem fixadas. Sobre isso também discorre René Ariel Dotti, in verbis:

“Em face da garantia constitucional, toda e qualquer pena deve ser individualizada. É assim também ocorre com a multa, como se depreende da leitura do art. 60 do CP: “Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, a situação econômica do réu”. A ressalva confirma que, assim como ocorre com a fixação da pena privativa de liberdade, também o quantum da multa será obtido em função da análise dos indicadores do art. 59 do CP, i.e., culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

A individualização da pena de multa deve ter como bases a necessidade e a suficiência, e como objetivos a reprovação e a prevenção do crime.”¹⁰

Assim, ao se entender que as previsões contidas no art. 68, c/c os arts. 59 e 60, todos do CP, alinham-se com a garantia prevista no inc. XLVI, art. 5º da CF/88, que estabelece que “a lei regulará a individualização da pena” (princípio da individualização da pena), a impossibilidade de dosar a pena de multa estabelecida na Lei nº 10.028/00, no entender da 3ª ICE, acaba por ferir frontalmente essa diretriz constitucional. Isso porque, pela letra dessa última Lei, o agente julgador não poderia ponderar as peculiaridades da infração cometida, como por exemplo, circunstâncias e respectivas conseqüências, mencionadas no art. 59 do CP.

Para exemplificar a dificuldade que pode enfrentar aquele agente, apresenta-se o seguinte questionamento: se, num primeiro momento, ele tiver que aplicar a multa de 30% dos vencimentos anuais de um infrator que apenas enviou ao TCDF o relatório de gestão fiscal com atraso, como estabelece o inc. I e §1º do art. 5º da Lei nº 10.028/00, qual seria a pena aplicável a outro agente que deixou de enviar ao TCDF aquele relatório, propôs LDO sem definir corretamente as metas fiscais, não expediu ato de limitação de empenho e movimentação financeira na hipótese de a receita não estar em conformidade com as metas e não ordenou a redução da despesa com pessoal prevista no art. 23 da LRF, cometendo, portanto, todas as infrações administrativas definidas no art. 5º da Lei nº 10.028/00 e gerando conseqüências claramente piores que aquelas decorrentes da ação intempestiva do primeiro agente?

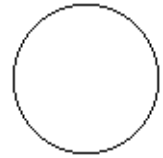
Embora se deva considerar, a priori, que o legislador procurou estabelecer uma multa que fosse “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”¹¹, como forma de definir a justa medida do caráter de

¹⁰ Dotti, René Aírel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Editora Forense, 2002, p. 547.

¹¹ Conforme o art. 59 do CP.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



retribuição conferido à pena¹², o exemplo anterior também denuncia ofensa ao princípio da proporcionalidade. Isso porque, se não há como diferenciar a pena aplicável aos infratores nas duas circunstâncias descritas no parágrafo anterior, não há como se garantir que aquela pena não excederia o limite do mal causado pela infração, ou seja, não é claro que ela seria proporcional à gravidade da ofensa.

Para a 3ª ICE, também a consideração da situação econômica do réu e a garantia da isonomia (princípio da igualdade) ficam comprometidas. Considerando que os vencimentos anuais dos diferentes agentes responsáveis pelas infrações tipificadas no art. 5º da Lei nº 10.028/00 conferem situações econômicas também diferenciadas a esses agentes, não se pode afirmar que a imputação de uma multa de 30% sobre aquele montante afetará igualmente os infratores sob o aspecto econômico. Embora se possa alegar que o estabelecimento de um percentual sobre o vencimento procure justamente tornar proporcional a pena cominada para o delito, não se pode presumir, de antemão, que a subtração de 30% dos vencimentos de um agente que perceba R\$ 10.000,00 seja igualmente sentida por outro que perceba R\$ 5.000,00. Não por outro motivo que a legislação tributária vem estabelecendo diferentes alíquotas para o recolhimento do imposto de renda da pessoa física, chegando até a isentar contribuintes cuja renda seja inferior a um determinado valor.

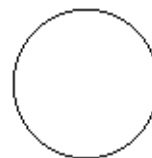
Desta forma, à vista dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da igualdade, bem como das diretrizes de estabelecimento da pena previstas no Código Penal, a aplicação da letra concreta da lei, no entendimento da 3ª ICE, mostra-se conflitante com o ordenamento jurídico vigente. Restaria, então, ao Tribunal promover a leitura do dispositivo legal constante do §1º, art. 5º, da Lei nº 10.028/00 à luz daqueles princípios ao se deparar com as situações tipificadas naquela lei, procurando dosar a sanção a ser estabelecida.

Quanto à aventada reavaliação do Regimento Interno do TCDF tendo em conta a edição da Lei nº 10.028/00, a 3ª ICE entende a mesma ser necessária para se ampliarem as competências desta Corte, considerar que os atos tipificados nessa legislação estejam sujeitos exclusivamente à sanção nela especificada (a exemplo das alterações observadas no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, fls 26/39), bem como estabelecer o devido rito processual concernente ao processamento e julgamento das infrações administrativas definidas.

¹² Dotti, René Aírel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Editora Forense, 2002, p. 64/65.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Muito embora a 2ª ICE concorde com a conclusão a que chegou a 3ª ICE, ou seja, que se faz necessária a gradação da pena administrativa em epígrafe, outros foram os elementos trazidos à colação para que aquela Inspetoria chegasse a tal conclusão, os quais se apresentam nos parágrafos seguintes (parágrafos 24 a 28).

A celeuma em torno da aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028/00 originou-se de a referida norma conter em seu bojo tanto sanções penais quanto administrativas. Isso, no entender da 2ª ICE, conduziu a que os hermeneutas que com ela se depararam optassem por adotar a matéria penal como paradigma para aplicação ao caso, em especial a figura da dosimetria da pena. No entanto, os vários e divergentes pareceres insertos nos autos permitiram a inferência de que a analogia com o Direito Penal não se afigura apropriada.

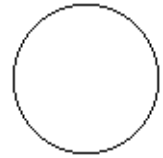
Carlos Ari Sundfeld, em excelente estudo, desenvolve a partir da raiz constitucional-administrativa todo um arcabouço acerca do encadeamento entre os princípios da legalidade e da razoabilidade para deduzir o da proporcionalidade. A partir dessa doutrina, pode-se chegar à conclusão de que a norma há que ser interpretada à luz da Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

A proposta radical que opõe diametralmente a aplicação máxima ou nula da sanção administrativa não oferece maiores dificuldades interpretativas se voltadas para as infrações de natureza grave ou gravíssima e aquelas leves ou irrelevantes, respectivamente. Contudo, é na “região cinzenta”, que comporta os demais casos, é que essa aplicação dualista, data venia, apresentar-se-ia flagrantemente inconstitucional, seja por apenas igualmente infrações diferentes, seja por deixar de aplicar a norma para sancionar infrações com certo grau de relevância. E, pior, pela possibilidade de, em dois casos concretos semelhantes (ou até correlatos) aplicar a sanção a um e a outro não. Várias são as hipóteses de desdobramento desse raciocínio.

A solução, no entender da 2ª ICE, estaria em construir o raciocínio indicado acima, do Prof. Sundfeld, para se chegar à inconstitucionalidade da norma em seu conteúdo literal e, com base na Súmula 347-STF, o Tribunal oferecer uma “interpretação conforme a Constituição”, deliberando que a norma deve ser entendida como gradação da pena administrativa, cujo limite máximo é de 30% da remuneração anual. Isso porque, em razão da polissemia da norma, em que ambas as inteleccções descritas são juridicamente válidas, há que se apontar aquela que lhe confira um sentido constitucional.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Por fim, menciona-se o magistério do Prof. Luís Roberto Barroso, esclarecendo que há certo consenso de que regras punitivas, entre outras, devam ser interpretadas restritivamente (o eminente doutrinador alerta que a “jurisprudência é oscilante e assistemática” acerca do tema). No sentir da 2ª ICE, a interpretação extensiva que propõe, longe de se volver contra a esfera jurídica de eventuais interessados, visa a obter aplicação constitucional – por razoável e proporcional – de sorte que a sanção não ultrapasse os limites estritamente necessários e que a norma, pela inaplicabilidade absoluta, deixe de alcançar seus efeitos pedagógicos.

Dessa forma, tanto a 3ª quanto a 2ª Inspetorias, mesmo que com fundamentações diversas, entendem que a pena de multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.028/00 deve ser aplicada considerando-se uma gradação, ou seja, essas Inspetorias concordam que a redação daquele dispositivo seja interpretada como “de até 30%”.

5. Já as 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias convergiram para o posicionamento sustentado pela Procuradora-Geral, Drª Márcia Farias, utilizando-se dos argumentos a seguir transcritos:

“Inicialmente, a 1ª ICE tece considerações a respeito do uso da doutrina afeta ao direito penal com o fim de, em última análise, flexibilizar a aplicação do art. 5º, e parágrafos, da Lei nº 10.028/00.

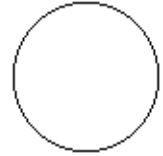
“Argumenta-se que o poder punitivo do Estado não está atrelado tão-somente às sanções penais descritas no Decreto-lei nº 2.848/40 (com alterações), pois existem também as penas no âmbito administrativo, como por exemplo, as decorrentes do poder de polícia, da atuação dos Tribunais de Contas, entre outras. Daí decorre, no entender da 1ª ICE, imperfeições na aplicação irrestrita da doutrina criminalista, sendo um bom exemplo disso a necessidade de se considerar a situação econômica do responsável quando da fixação da pena de multa (mencionada no parágrafo 14 desta Informação).

A multa estatuída no CP não se confunde com as multas administrativas. Tem o julgador penal um leque de opções de que pode se utilizar na busca da reintegração do infrator à sociedade (por exemplo, prestação de serviços à comunidade, pagamento de cestas básicas, etc.). A multa é uma delas. É por isso que existindo a possibilidade de se aplicar outras sanções, só se optará pela multa após se levar em conta a capacidade de pagamento do apenado.

A sanção de que trata o citado art. 5º da Lei nº 10.028/00 é administrativa, pois o próprio dispositivo assim a define, cabendo inclusive aos



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Tribunais de Contas o processamento e julgamento das infrações nele definidas. Por tudo isso, deve-se usar com parcimônia a doutrina criminalista (por analogia) na interpretação desse dispositivo.

Outra ponderação trazida pela 1ª ICE refere-se à aplicação da analogia no caso sub examine em face da visão positivista do direito.

O ordenamento jurídico, visto como um sistema, deve reger-se por alguns princípios básicos, entre eles o da não-contradição, que estabelece a necessidade de os postulados internos alinharem-se entre si, e o da completude lógica, segundo o qual o sistema deve ser pensado de tal forma a possibilitar o julgamento de qualquer caso a ser apreciado. Corolário deste último princípio é o entendimento de que, não podendo o julgador deixar de solucionar o conflito posto, na ausência da lei aplica-se, para a colmatação da lacuna identificada, a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade (LICC). Nessa esteira, a analogia somente é admitida suplementarmente, isto é, quando estiver o julgador diante de lacuna da lei, o que, s.m.j., não é o caso da situação em análise.

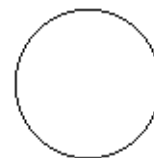
Argumenta-se também que preferiu o titular da função primária ou legislativa entender que as hipóteses relacionadas nos incisos I a IV do art. 5º da Lei nº 10.028/00 são todas de gravidade tal que ensejam a aplicação da pena estatuída, de 30% dos vencimentos anuais. Evidentemente que deverá ser dado ao responsável, dentro do devido processo legal, o direito de defender-se, ocasião em que ele buscará, por óbvio, provar sua inocência. Porém, flexibilizar a aplicação do dispositivo para interpretá-lo como se a multa fosse de “até” 30% dos vencimentos anuais, fere de morte o princípio constitucional da separação dos poderes, posto que estaria o julgador extrapolando sua função e invadindo competência própria da função primária, legislar.

Há ainda a ponderação relativa ao princípio da legalidade. Caso se considerasse a possibilidade de se estabelecer uma dosimetria para a penalidade estabelecida no dispositivo legal em análise, tal iniciativa não poderia ser procedida pela via regulamentar, pois, se assim fosse, haveria flagrante exorbitância do texto legal e inevitável ofensa ao princípio da legalidade. Não há como aceitar que uma lei seja editada pelo poder competente para, em seguida, ser desfigurada em sua essência por quem tem competência apenas para regulamentá-la, competência essa que não ultrapassa o limite da edição das medidas necessárias à operacionalização da lei, não cabendo inová-la, nem tampouco exorbitá-la.

Por fim, no tocante à regulamentação da Lei nº 10.028/00, a 1ª ICE apresenta a proposta de se remeter ao Tribunal a sugestão de juntar estes autos aos que cuidam da revisão do Regimento Interno e da Lei Orgânica do Tribunal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Dessa forma, as 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias entendem, em contraposição ao juízo das outras duas Inspetorias, que a multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.028/00 não deve ser entendida como “de até 30%”.

6. Em termos de sugestões, as 2ª e 3ª Inspetorias propõem que se firme entendimento de que a aplicação do art. 5º da Lei nº 10.028/00 deve ser realizada procurando-se dosar a sanção a ser aplicada, ao passo que as 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias são favoráveis a que se considere o referido dispositivo auto-aplicável, sem possibilidade de dosagem da multa. Todas elas, contudo, opinaram pela apensação destes autos aos que cuidam da revisão do Regimento Interno e da nova Lei Orgânica do Tribunal, para que seja inserida a nova competência atribuída à Corte pela norma legal em tela, bem assim estabelecido o rito necessário ao processamento e julgamento das infrações administrativas aqui mencionadas.

7. Chamado a se pronunciar, o Ministério Público, representado pelo Procurador Demóstenes Tres Albuquerque, emitiu o parecer de fls. 55/75, do qual extraio os seguintes excertos:

*“A Lei nº 10.028/2000 definiu os ilícitos decorrentes de atos contrários às normas de finanças públicas que importarão em sanção do poder estatal. O **caput** do art. 5º descreve as hipóteses que caracterizam infrações administrativas e o §1º estabelece a sanção a ser aplicada, consistente na multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa.*

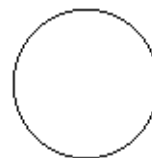
*Por sua vez, o § 2º do art. 5º da Lei nº 10.028/2000 criou a competência do Tribunal de Contas para processar e julgar as infrações cometidas pelos titulares dos órgãos e dos Poderes de Estado sob sua jurisdição que tenham incorrido nas hipóteses do **caput** do art. 5º do mesmo diploma legal.*

Trata-se de competência atribuída aos Tribunais de Contas como órgão fiscalizador com o propósito maior de se fazer cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal. Tem por fim imediato a aplicação de multa a agentes públicos pela prática de ilícitos administrativos.

Não obstante a natureza administrativa, o ilícito objeto da Lei possui acentuado grau de semelhança com aqueles previstos em normas penais que descrevem condutas típicas e cominam penas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



Em regra, prevalecem, no Direito Administrativo, as normas do tipo aberto, em que o aplicador do direito possui liberdade para definir a conduta passível de sanção. Ou seja, a conduta típica a merecer sanção, decorrente do poder punitivo do Estado, está descrita de forma aberta. Utiliza-se o legislador de termos plurisignificativos, polissêmicos. Confere ao operador do Direito mais flexibilidade no exame da cada conduta no caso concreto. Isso decorre diretamente da aplicação do princípio da legalidade no âmbito do Direito Administrativo. Se ao servidor é dado atuar nos limites da lei, sua não observância (legalidade) já é motivo suficiente para configurar a prática do ilícito administrativo, a ser analisado caso a caso para a possível imputação de sanção. É o caso das sanções disciplinares, decorrentes do poder hierárquico, onde o administrador possui liberdade para estabelecer a sanção, valendo-se do seu poder discricionário, contudo, observando sempre os limites especificados em lei.

Ao contrário, no Direito Penal, em regra, aparecem os tipos fechados, em que o legislador, observando o princípio da fragmentariedade, definiu as condutas reprováveis, não toleradas pelo Estado, descrevendo precisamente os fatos típicos e cominando-lhes as penas correspondentes. Neste caso, a pena somente poderá ser aplicada ao réu caso esteja configurada a conduta típica descrita em lei.

Tanto num caso como noutro, na fase da aplicação da pena, a conduta deve ser definida claramente e a sanção individualizada.

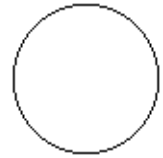
No caso vertente, não obstante tratar-se de ilícito administrativo, a configuração da norma assemelha-se às normas de direito penal, tendo em vista que o legislador definiu objetivamente as hipóteses em que o agente estaria sujeito ao poder punitivo do Estado. Isso torna necessária a observância dos princípios constitucionais que norteiam a aplicação de sanção penal, sobretudo os princípios da individualização de pena, da proporcionalidade e da igualdade.

Ademais, na espécie examinada, a multa tem caráter sancionador, decorre do poder punitivo do Estado, busca coibir conduta não compatível com o entendimento comum e impõe o comportamento esperado pela sociedade.

Logo, embora o legislador não tenha definido os limites da sanção ao estabelecer que a infração será “punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa”, razoável admitir que a interpretação deverá ser feita à luz dos princípios constitucionais do Direito Penal, na fase de aplicação da sanção.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



*Nesse sentido, convém observar que, no Direito Penal, ao julgador não cabe sancionar hipóteses não previstas no tipo legal tampouco aplicar pena fora dos limites fixados na lei. Ao julgador, frise-se, cabe tão-somente aplicar ao réu a pena cominada ao tipo, fixar o **quantum**, dentro dos limites impostos ou até o limite máximo permitido, e estabelecer o regime de cumprimento da pena. Deve, portanto, observar os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade para evitar que ao réu seja imposta pena além ou aquém do justo e necessário.*

*O princípio da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, é assim definido por Alexandre de Moraes (**in** Constituição do Brasil Interpretada, 2ª ed., Editora Atlas, 2003, pp. 326 a 327), **in verbis**:*

“O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta).”

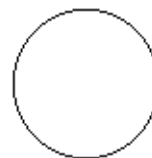
Esse é um pressuposto de garantia da dignidade da pessoa humana que garante ao responsável pena correspondente à conduta praticada. Estabelece, no plano concreto, a sanção de acordo com as circunstâncias de fato e de direito que possam agravar ou atenuar a pena.

*Segundo Alberto Silva Franco, citado por Rogério Greco (**in** Curso de Direito Penal, parte geral, 3ª ed., Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2003, p. 84) o princípio da proporcionalidade pode ser definido da seguinte forma:*

“O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



No caso vertente, ainda que o legislador tenha admitido que as hipóteses elencadas nos incisos I a IV do art. 5º da Lei nº 10.028/2000 ensejam a mesma sanção (30% dos vencimentos), o Tribunal poderá valer-se do princípio da proporcionalidade, na fase de aplicação da pena, a fim evitar distorções e injustiças.

Isso porque poderia ocorrer, no caso concreto, a prática de duas ou mais hipóteses entre as previstas no dispositivo legal. Neste caso, não seria razoável aplicar a mesma sanção ao infrator no caso de conduta mais grave. Deveria ser aplicada pena maior, proporcional à conduta praticada.

Num outro raciocínio, chegaríamos ao absurdo de admitir que uma conduta menos grave, por exemplo, a infração apenas do inciso I, pudesse ser sancionada com a mesma pena de outra que tenha afrontado mais de um inciso. Não seria razoável, proporcional, aplicar a mesma pena a situações diversas e, além disso, a medida não atenderia ao princípio da igualdade, pois duas pessoas em situações distintas estariam sendo sancionadas com penas idênticas.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, é pacífico o entendimento segundo o qual, na aplicação de sanção, deve-se observar o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade.

(..)

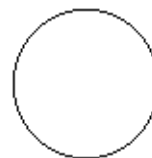
Importa observar que uma interpretação literal da norma, baseada tão-somente na legalidade estrita, conduziria à inconstitucionalidade do dispositivo legal examinado em razão da inobservância dos princípios constitucionais que regem a aplicação de sanção. Todavia, entendo que o Tribunal poderá considerar constitucional a norma, valendo-se da interpretação conforme, a fim de que a multa seja aplicada até o limite de 30% dos vencimentos do agente público.

Nesse sentido, razoável admitir, como orientação para regulamentação da aplicação de sanção, a interpretação defendida pelas 2ª e 3ª ICE no sentido de que seja examinada, no caso concreto, a conduta praticada pelo agente, além de outras circunstância relevantes, a fim de fixar a multa em até 30% sobre os seus vencimentos, pois de outra forma o dispositivo legal mostrar-se-ia inconstitucional.

Sobre a proposta de juntada do presente feito ao processo que cuida da reformulação do Regimento Interno e da Lei Orgânica do Tribunal, entendo que não seria a melhor alternativa no momento. As medidas para implementação de norma regulamentadora do art. 5º da Lei nº 10.028/2000 requerem urgência,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



devendo ser implementada o quanto antes, a fim de evitar dúvidas e obstáculos à atuação tempestiva da Corte de Contas.”

8. É o relatório.

VOTO

9. Discute-se nos presentes autos a correta interpretação para o art. 5º da Lei nº 10.028/00, especialmente quanto a multa ali estipulada visando coibir a prática de condutas atentatórias aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, *verbis*:

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;

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

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

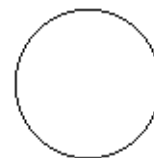
§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 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. (negritou-se).

10. No decorrer do debate travado no âmbito do Processo nº 922/03, que deu origem ao estudo aqui apreciado, já tive oportunidade de me manifestar contrariamente ao entendimento de que o valor da referida multa poderia ser



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



compreendido como de **até** 30% dos vencimentos anuais do agente causador da infração administrativa, no voto de vista que proferi na S.O de 25.09.2003, a saber:

“Em que pesem os argumentos do ilustre Conselheiro JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES e a decisão do TCU que menciona, prefiro manter o entendimento no sentido de que falece competência a esta Corte para, em norma regulamentar, dispor sobre a possibilidade da imposição da multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.028/2000 em valor menor que aquele fixado neste dispositivo, que, aliás, considero auto aplicável, na forma como redigido.

A inclusão do termo "até" antes do percentual indicado no texto do § 1º do art. 5º da referida lei modifica, substancialmente, a penalidade prevista neste dispositivo. Caso o Tribunal adotasse tal medida, estaria ele substituindo o legislador, o que juridicamente considero inadmissível. Não vejo outro caminho, portanto, a não ser o da lei, para alterar a norma em questão.”

11. *Data maxima venia* dos que pensam diversamente, não vejo razões, mesmo após a realização dos estudos e a apresentação de novos argumentos pelas 2ª e 3ª Inspetorias e pelo Ministério Público, para assumir posição diferente daquela adotada anteriormente, apesar de reconhecer a complexidade da matéria que, aliás, encontra-se evidenciada na falta de consenso ora verificada.

12. Na minha visão, o sentido da norma insculpida no art. 5º, § 1º, da Lei nº 10.028/00 - ***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*** – é cristalino, unívoco e não comporta múltiplos significados, o que inviabiliza, *in casu*, o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição, defendida pela 2ª Inspeção e o Ministério Público, uma vez que, no dizer de Canotilho¹³, tal interpretação *só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela*”.

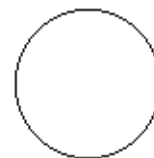
13. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que “a técnica da denominada *interpretação conforme* só é utilizável quando a norma impugnada admite, entre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”.¹⁴

¹³ CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.p.230

¹⁴ ¹⁴STF – Pleno – Adin nº 1.344-1/ES – Medida Liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr 1996, p. 12212



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



14. Ainda que se admita, *ad argumentandum tantum*, a existência de várias possibilidades interpretativas para a norma em questão, a compreensão de que a multa pode ser aplicada **até** o limite de 30%, além de desfigurar a literalidade da norma, resulta em criação de norma jurídica, mediante indevida ampliação do texto legal, fazendo com que o Tribunal passe a atuar como legislador positivo, em substituição ao Poder Legislativo, em flagrante afronta ao princípio da independência dos poderes, que constitui o pilar fundamental do Estado Democrático de Direito.

15. Celso Ribeiro Bastos, com muita propriedade, esclarece as restrições impostas à interpretação conforme a Constituição, quando transborda os limites da literalidade da norma, guindando o exegeta à posição de legislador positivo¹⁵:

“Pode-se dizer que o mandamento da interpretação conforme à Constituição não significa extrair-se um sentido da lei, mas mais do que isso, determina ele proceder-se a uma redução ou mesmo a uma ampliação da eficácia da norma legal, segundo os termos constitucionais. Se assim não fosse, esta técnica não apresentaria peculiaridade alguma, digna de destacar-se como técnica autônoma. Entender-se esta como apenas escolher o significado da lei que esteja de acordo com a Carta Magna nada mais é do que aplicar o dogma da supremacia da Constituição. Nesses termos, a técnica da interpretação conforme a Constituição estaria absorvida pelo postulado da supremacia desta.”

Contudo, há uma limitação lógica. É que se exclui a possibilidade de que o intérprete da lei pretenda forçar uma interpretação que, não obstante em consonância com os termos constitucionais, viola a literalidade daquela, vale dizer seja contra legem, com o que se cria uma verdadeira norma paralela, porque não extraível do texto da lei o conteúdo constitucional atribuído, erigindo-se o Judiciário à função de legislador positivo. É que o intérprete não poderá atribuir um significado à norma que seja totalmente distante desta, ou em inteira autonomia, desprezando por completo o que estiver preceituado. A interpretação não pode desvincular-se da norma posta. Nesses casos, só restará a exclusão da regra do ordenamento, por ser incompatível com os preceitos supremos.” (grifou-se)

16. A atuação do intérprete como legislador positivo é também repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, quando assinala que¹⁶:

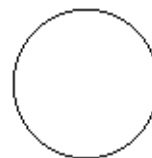
“O princípio da interpretação conforme a Constituição (verfassungsgemäße Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições,

¹⁵ 15 BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed, 2002. p. .272, 273 e 274

¹⁶ 16 Representação nº 1417. Julgamento: 09.12.1987. Votação: Unânime. Publicação: DJ 15.04.1988, p. 8397. Relator: Min Moreira Alves



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.”

17. Não é admissível, portanto, que o aplicador da norma, a pretexto de compatibilizar os preceitos legais com a Constituição, venha promover um abrandamento da pena imposta pelo legislador, contrariando a vontade expressa, de maneira inequívoca, no texto da lei.

18. Aliás, a norma em tela, a meu ver, não se apresenta em desconformidade ou em desarmonia com a Carta Magna. O princípio da proporcionalidade, que visa a adequação dos meios com os fins a serem alcançados, foi observado pelo legislador, conforme bem salientou a Procuradora-Geral, Dr^a Márcia Farias, em seu parecer de fls. 17/25, quando realizou a ponderação entre o bem jurídico a ser protegido e as demais penas existentes no Direito Administrativo, concluindo por fixar a penalidade em valor exato e expressivo, sem oferecer qualquer margem de discricionariedade ao julgador para arbítrio do *quantum* da multa.

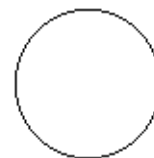
19. É que o bem jurídico a ser tutelado, *in casu*, consistente na preservação do equilíbrio das contas nacionais, é de vital importância para o país, sendo perfeitamente justificável a estipulação de penalidade bastante severa, nos casos em que houver risco de comprometimento grave das finanças públicas. Também é plenamente aceitável que, em função da relevância do bem, o legislador não conceda ao juiz qualquer possibilidade de fixação da pena, em proporcionalidade distinta daquela que considerou necessária e suficiente para prevenir e reprimir as condutas atentatórias à Lei de Responsabilidade Fiscal.

20. Por sua vez, não há que se falar em incompatibilidade do preceito legal em apreço com as normas constitucionais de Direito Penal, especialmente com o princípio da individualização da pena, consoante alegam a 3^a Inspeção e o Ministério Público.

21. A aplicação das regras de Direito Penal, em se tratando de ilícitos de natureza administrativa, deve ser vista, com reservas, e só se afigura legítima nas situações em que o texto legal, carecendo de completude lógica, apresenta lacunas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



que inviabilizem a decisão do julgador, impondo-se o preenchimento do vácuo legislativo pela via analógica.¹⁷

22. O art. 5º da Lei nº 10.028/00, conforme já dito, não contempla qualquer omissão lógica que venha a demandar solução por meio de analogia. As condutas passíveis de serem caracterizadas como infrações administrativas contra as leis de finanças públicas encontram-se claramente tipificadas nos incisos I a IV deste artigo e o valor da pena foi calibrado, de forma objetiva, em 30% dos vencimentos anuais do responsável, não tendo o legislador estabelecido, pelos motivos aqui assinalados, limites mínimos e máximos que propiciassem ao julgador certa flexibilidade na dosagem da multa durante a fase de aplicação da pena, ou seja, que permitissem a individualização da penalidade, de acordo com o critério trifásico disciplinado no art. 68 da lei penal.

23. Por fim, é de capital importância frisar que o fato de a norma em tela não ter conferido ao julgador qualquer margem de flexibilidade para a fixação do *quantum* do multa, durante a fase de aplicação da pena, não significa dizer que tenha sido retirado do magistrado a possibilidade de avaliar, no momento do exame de cada caso, se a conduta do agente, à vista das circunstâncias em que se deu a prática do comportamento passível de reprovação, seria capaz, ou não, de ensejar a aplicação da penalidade de 30%.

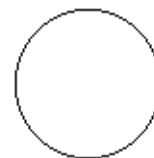
24. Assim afirmo porque não seria razoável supor que o legislador tenha atribuído poderes aos tribunais de contas para julgar e processar as infrações administrativas contra as finanças públicas (art. 5º, § 2º), objetivando apenas a aplicação da multa de 30%, de uma forma simplista e automática, sem permitir o exercício, pelos membros dos Colegiados, de qualquer juízo de valoração sobre a conduta dos agentes.

25. Nunca é demais lembrar que a multa em baila foi definida pelo legislador como de natureza administrativa e, em razão disso, encontra-se regulada pelo princípios de Direito Administrativo, que não exigem, ao contrário do Direito Penal, a correlação direta e implacável entre a infração cometida e a punição. É nesta ótica que o ilícito administrativo em destaque deve ser examinado, mesmo que

¹⁷ O ordenamento jurídico, enquanto sistema integrado, é sempre lacunoso, mas é, ao mesmo tempo, sem lacunas. É lacunoso, por ser impossível prever-se, em termos normativos, todo o comportamento humano e, sem lacunas, porque o próprio dinamismo do direito formata soluções que possam fundamentar qualquer decisão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI



o legislador, na descrição das condutas aqui reprovadas, tenha adotado um maior grau de precisão, típico das normas penais.

26. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ adverte que *"o sistema punitivo na esfera administrativa é bem diferente do que existe no plano criminal. Neste, as condutas são tipificadas, de modo que a lei cominará uma sanção específica para a conduta que a ela estiver vinculada. Assim, o crime de lesões corporais simples enseja uma sanção específica: a de detenção de três meses a um ano (Art. 129, C.Penal). Na esfera administrativa, o regime é diverso, pois que as condutas não têm a precisa definição que ocorre no campo penal, como bem adverte MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Os estatutos funcionais apresentam um elenco de deveres e vedações para os servidores, e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são inobservados. Além do mais, **os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação a priori com a conduta.** Deflui dessa circunstância que o sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para a regular aplicação das sanções. **Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou da proporcionalidade), pelo qual se incumbe certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção.**"*

27. Na análise do caso concreto, portanto, o julgador não apenas pode, mais deve avaliar, entre outros aspectos, a presença de dolo na conduta do agente, o grau de culpabilidade do infrator, a dimensão do dano causado às finanças públicas e a reincidência na prática do comportamento reprovado, para firmar a sua convicção a respeito da necessidade, ou não, de se cominar a severa multa prevista pelo legislador. O que não se admite é a fixação da multa, em valor diverso daquele estipulado pelo Poder legislativo, quando se entende necessária a punição¹⁹.

28. Estes são os parâmetros que, no meu sentir, devem ser observados, no estabelecimento das regras processuais e de julgamento a serem estipuladas pelo Tribunal visando à apreciação das infrações cometidas contra as leis de finanças públicas.

29. Diferentemente do Ministério Público, entendo que, por ser a norma auto-aplicável, não se faz necessário que a regulamentação a ser empreendida pela Corte seja imediatamente realizada, podendo ser implementada, conforme sugerem

¹⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo. 6ª ed, 2000, p.521.

¹⁹ Assim agiu o Tribunal quando, ao examinar o Relatório de Gestão Fiscal do Poder Executivo, referente ao 3º quadrimestre de 2000, resolveu releva a aplicação da penalidade prevista no art. 5º, §1º, da Lei nº 10.028/00, por entender que a Administração se encontrava, à época, em fase de adaptação às novas exigências da LRF, bem assim por não ter ocorrido **reincidência** no descumprimento dos prazos para publicação dos relatórios de gestão fiscal (Decisão nº 1294/04 – Processo nº 295/01).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DA CONSELHEIRA MARLI VINHADELI

Fls.: 98
Proc.: 2303/04

Rubrica

as Inspetorias, no bojo dos processos que cuidam da reformulação da Lei Orgânica e do Regimento Interno desta Casa.

Feitas estas considerações, lamentando dissentir dos que pensam em contrário, ponho-me de acordo com as 1ª, 4ª e 5ª Inspetorias e o parecer de vista da Drª Márcia Farias (Processo nº 922/03) e, acolhendo os seus pronunciamentos, VOTO por que o Plenário decida que a multa prevista no art. 5º da lei nº 10.028/05 é de 30% dos vencimentos anuais do agente responsável, para a infração administrativa tipificada nos incisos I a IV daquele dispositivo, autorizando que a regulamentação objetivando o processamento e o julgamento desta infração, a cargo desta Corte, se realize no âmbito dos Processos nºs 261/03 e 4163/94, que cuidam, respectivamente, da reformulação da Lei Orgânica e do Regimento Interno do Tribunal.

Sala das Sessões, 04 de abril de 2006.

Marli Vinhadeli
Conselheira

(Cód. 01)