NOTAS E COMENTÁRIOS

O CONCEITO DE ALCANCE

JOSÉ JAPPUR *

1. Elementos constitutivos. 2. Definição unitária. 3. Efeitos do alcance. 4. Evolução e transformação do instituto. 5. Tratamento disciplinar e penal. 6. Rumos da jurisprudência. 7. Soluções pragmáticas. 8. Prevalência da decisão penal sobre a administrativa. 9. Súmula *nº 18 do STF. 10. Distinções, conseqüências e conclusões.*

O conceito de alcance sempre foi objeto de perplexidade na administração pública. A legislação brasileira nunca tentou defini-lo. Apenas revelou sua dimensão multiforme. Foi o critério adotado pelo art. 888 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto n.º 15.783, de 8.11.1922):

Art. 888. Nos processos de tomadas de contas devem ser considerados alcances e como tais, passíveis das penas da lei:

a) os saldos em poder do responsável;

b) as rendas arrecadadas e não escrituradas convenientemente;

c) as despesas glosadas, por terem sido impugnadas;

d) as diferenças verificadas para menos nos livros da escrituração ou nos documentos da receita, e para mais nos da despesa;

e) o adiantamento cuja aplicação não tiver sido devidamente comprovada e for conservado em poder do responsável sem ordem expressa da autoridade competente;

* Advogado e Auditor do Tribunal de Contas do RGS.

f) as faltas verificadas em valores, materiais ou efeitos, de qualquer espécie, confiados à guarda do responsável;

g) as diferenças verificadas a favor da Fazenda Nacional nas operações de débito e crédito dos cofres especiais.

Diante do conteúdo múltiplo do alcance, não é difícil a diagnose dum conceito superador da mera justaposição eclética de elementos. Assim, define-se o alcance como toda a retenção ilegal de dinheiros, valores ou bens móveis praticados por servidores públicos em razão do cargo ou função. A retenção ilegal pressupõe a idéia de desvio de finalidade dos objetos confiados à guarda ou responsabilidade dos agentes públicos. Dinheiro é toda moeda circulante no país. Valor é todo e qualquer título de crédito. Bem móvel é toda a cousa suscetível de apreensão física e remoção (art. 47 do Código Civil). Ademais, usa-se a expressão *servidores públicos* para abranger a amplitude dada pelo art. 327 do Código Penal Brasileiro. Acresce, ainda, que servidor público é o gênero, do qual são espécies funcionários públicos e empregados públicos.

2. Se o perfil do alcance é de fácil fixação, o mesmo não se poderá dizer da irradiação dos seus efeitos. O primeiro efeito decorre da imediata responsabilidade penal, civil e administrativa do servidor público. Apurado o alcance, o efeito projeta-se de imediato. Fica sujeito o servidor em alcance às sanções penais, civis e administrativas. A reparação ou reposição do valor em alcance não apaga os efeitos, mesmo ultimado antes ou no prazo da notificação. Pouco importa que o servidor tenha cobertura através de fiança ou seguro de fidelidade funcional. Assim sempre foi considerado o efeito primordial do alcance. Na atualidade, predomina nova filosofia de tolerância, quebrando a rigidez do instituto do alcance. A evolução partiu de certas Cortes de Contas do País, dando fisionomia liberal ao alcance, nos casos de reparação imediata dos valores apurados e devolvidos aos cofres públicos. Diante do dano reparado, considera-se apagado todo e qualquer efeito penal ou administrativo. Desta forma, deixa o servidor de ser demitido por *lesão aos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio nacional* (efeito administrativo) e deixa de responder processo por crime de peculato (efeito penal). A orientação pode ser criticável, mas teve sua razão de ser. A imagem da evolução hodierna das pessoas e cousas trouxe a transformação que não pode ser reputada como deformação.

3. Como é sabido, cabe privativamente ao Tribunal de Contas o julgamento do alcance praticado pelos servidores públicos (arts. 33 e 40, I do Decreto-lei nº 199, de 25.2.67). Desde o momento em que se ampliou a área de julga-

mento do Tribunal de Contas às esferas municipais, constatou-se uma realidade inesperada. Nas inspeções, verificou-se a existência de vales em caixa. A anomalia parecia uma praxe administrativa permitida em lei. Na compreensão de alguns administradores municipais, a morfologia do evento parecia natural e invencível pelas dificuldades financeiras. O mal estava, assim, alastrado na maioria das comunas riograndenses. De qualquer forma, vale em caixa significa alcance no seu mais genuíno e peculiar sentido. Diante do mal consumado, o julgador teve de ceder, sob pena de criar maiores transtornos administrativos. Usou de soluções pragmáticas. Recorreu-se, para isso, à terapêutica pedagógica, advertindo e repreendendo, o que não deixa de ser penalidade suave e, dosimetricamente, adequada. Os usos e costumes não derrogam a lei, mas devem ser respeitados e paulatinamente erradicados. Na aplicação das penas disciplinares, vale aqui a regra do art. 202 da Lei Federal n.º 1.711, de 28.10.52, *serão considerados a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.* Embora a natureza da infração seja grave, o dano deixou de existir pela reparação do mesmo. A condenação farfalhante nem sempre constitui política de salvação. Pelo caminho da penalidade suave é possível debelar os sintomas epidêmicos duma melancólica infração mais praticada por ignorância do que por consciência deliberada de má fé.

4. De outro lado, é dever do Tribunal de Contas o encaminhamento das peças do alcance ao órgão do Ministério Público para fins de direito. A providência é impostergável, embora venha opinar pelo arquivamento das peças. Em se tratando de peculato culposo, torna-se dispensável a remessa do expediente de tomada de contas, quando se verifica a reparação do dano, extinguindo-se a punibilidade, *ex vi* do art. 108, item IX do Código Penal Brasileiro. Na hipótese de peculato doloso, a reparação do dano não tem o condão de cessar o processo criminal. Diante de tal figura, o legislador penal tornou-se mais rígido. A Lei n.º 2.110, de 1909 declarava excluído o peculato doloso, se antes do julgamento fosse *integralmente ressarcido o prejuízo, mediante restituição ou pagamento da cousa subtraída ou distraída.* O Decreto nº 4.780, de 1923, porém, rejeitou semelhante critério, assim permanecendo o Código Penal de 1940. Denota-se que a jurisprudência dos Pretórios de Justiça vem se orientando pela extinção de punibilidade nos casos de reparação de dano, antes da denúncia nos crimes de apropriação indébita. Eis a lição dos Tribunais:

Delito não caracterizado — Caixeiro viajante que não entrega à empregadora o dinheiro recebido dos compradores — Reconhecimento do alcance e emissão de cambiais para saldá-lo — Fato que faz desaparecer o aspecto

criminoso do caso — Absolvição decretada — Inteligência e aplicação do art. 168 do Código Penal (*Revista dos Tribunais,* v. 297, p. 112).

Delito não caracterizado — Prática pelo réu na firma em que trabalhava — Transação, porém, com o gerente da mesma para repor o alcance em parcelas — Pagamento de algumas prestações — Fato que retira o aspecto criminal do caso — Absolvição decretada — Inteligência e aplicação do art. 168 do Código Penal (*Revista dos Tribunais,* v. 291, p. 111).

Delito não caracterizado — *Quantum* do alcance não apurado — vítima que aceitou título em garantia da dívida do mesmo — Inexistência, pois, do ilícito penal — Absolvição decretada (*Revista dos Tribunais,* v. 312, p. 147).

Delito não caracterizado — Viajante comercial que se utiliza, para operação urgente em pessoa da família, de dinheiro recebido em nome da empregadora. Intenção inequívoca de restituir a importância utilizada — Impossibilidade, contudo, de fazê-lo, por ter sido despedido sumariamente da firma. Decisão absolutória mantida — Ausência de dolo na sua conduta. Inteligência do art. 168 do Código Penal (*Revista dos Tribunais,* v. 321, p. 91).

Apropriação indébita. Não ocorre quando a firma que se diz lesada concertou com o agente do fato o pagamento da importância desviada, numa autêntica prestação de contas. Apelação provida. 2.ª Câmara Criminal — Apel. crim. nº 3.436, Relator Des. Manoel Brustoloni Martins acompanhado pelos votos dos Des. Paulo Medeiros e Paulo Beck Machado (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS,* v. 15, p. 44).

Apropriação indébita. Não demonstrado o *animus habendi,* descabe a condenação do réu. Apelação provida. Apel. crime nº 16.670 de Cachoeira do Sul — 3.ª Câmara Criminal — Rel. Des. Sylvio Fonseca Pires, acompanhado pelos Des. Balthazar Barbosa e Paulo Ribeiro (*Revista de Jurisprudência,* v. 38, p. 385).

Na apropriação indébita, devolvida, antes da denúncia, a cousa alheia móvel, desaparece a justa causa para a ação penal, tal como ocorre com a emissão de cheque sem fundo. Falta de prova idônea da autoria. Deram provimento para absolver o apelante, com fundamento no art. 386, VI do CPP, ficando, afinal, prejudicada a apelação da parte assistente. Apelação crime nº 4.992 — 3.ª Câmara Criminal — Taquara — Des. Lívio da Fonseca Prates, Relator acompanhado pelos Des. Marcolino T. de Moraes e Telmo Jobim (*Jurisprudência do Tribunal do RGS,* v. 14, p. 312).

Apropriação indébita não caracterizada. Quitação plena dada pelo queixoso ao réu ratificando a transação efetuada por este, é suficiente para desfigurá-la.

Sentença reformada. Apelo provido. Apel. Crimin. n.º 16.625, de Pelotas — 1.ª Câmara Criminal — Rel. Des. Camerino T. de Oliveira acompanhado por Oldemar Toledo e Manoel B. Martins (*Revista de Jurisprudência*, v. 38, p. 357).

Igual tratamento jurisprudencial, ainda, não se verificou em relação ao peculato doloso que não passa de apropriação indébita praticada por servidor público. Na verdade, o Judiciário não estendeu, ainda, tratamento benigno. Fê-lo, porém, o Tribunal de Contas, adotando posição de tolerância, num retorno à sistemática salutar da Lei n.º 2.110, de 1909. Caberia aqui a aplicação da velha regra — *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.*

5. Diante do alcance não reparado, surgem três conseqüências inafastáveis: 1) sanção cível pelo dano; 2) sanção penal pelo crime de peculato; 3) sanção administrativa com a pena de demissão a bem do serviço público. As sanções são cumuláveis, sem que se possa falar *non bis in idem*. É o que consigna o art. 200 dos Estatutos da União: *As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.* Igual disposição consta do art. 208 dos Estatutos do Funcionalismo do RGS (Lei n.º 1.751, de 22.2.52). A ilicitude jurídica é unitária, como um só, na sua essência, é o dever jurídico. É sabido, também, que o ilícito penal não se distingue do administrativo. A categoria ôntica de ambos não permite distinção.

6. Quanto à autonomia das instâncias, de maneira geral, o servidor pode ser condenado administrativamente e absolvido penalmente. Em tal sentido, existe a *Súmula* n.º 18 do STF como pacificadora da confusão até então reinante sobre a controvérsia:

Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

Se o servidor foi demitido por fato considerado crime, deve ser reintegrado, se o Judiciário o absolveu penalmente. A absolvição formaliza-se por um dos motivos do art. 386 do Código de Processo Penal. A doutrina nacional faz, aí distinção pouco inteligível. Sustenta que a repercussão da decisão penal sobre a administrativa só se verifica, quando a absolvição resulta da negativa do fato ou do autor. No caso de insuficiência de prova (art. 386, VI do CPP), não há qualquer influência. Improcede a distinção. A negativa do fato pode ser proclamada por insuficiência de prova ou ausência de prova. O fim é o mesmo. Não é a prova que fabrica o *residuum*. É a acusação. O que cai é a acusação pela absolvição. Aliás, é o que ensina o Ministro Victor Nunes

Leal, em voto proferido no STF, *Revista de Direito Administrativo,* v. 94, p. 88:

Mas o resíduo, a que alude a *Súmula* n.º 18, não é o resíduo da prova, é o resíduo da acusação, isto é, as outras faltas, não absolvidas no julgamento criminal.

Se o funcionário foi acusado, administrativamente e perante o juízo criminal, apenas por um fato que resultou não provado na ação penal, seria necessário que se lhe atribuísse outro comportamento irregular para ser punido pela administração. O resíduo não pode ser da prova. Se assim fosse, dificilmente haveria absolvição criminal que não desfechasse em punição administrativa, pois a avaliação subjetiva da prova nem sempre coincide.

O crime é uma categoria unitária. É ou não é. Comanda aqui o princípio de identidade. Pouco importa o objeto material ou formal duma verdade. Será sempre a mesma, desde a sua origem e natureza, até sua aplicação e norma. Tudo depende do antecedente ontológico, porque a causa contém o efeito. Nem pode ser o efeito superior à causa. Se o efeito não depende necessariamente da causa, ter-se-ia o absurdo. Até certo ponto, seria admitir que o *barão de Munchausen,* na imagem de Von Ihering, saísse do atoleiro puxando pelo próprio topete.

COMUNICAÇÃO EM PROSA MODERNA

2.ª edição — 3.ª tiragem — 502 p.

Othon M. Garcia

Obra revolucionária no campo da expressão em língua portuguesa, ensina não apenas a escrever, mas principalmente a pensar com eficácia e objetividade e a escrever sem a obsessão do purismo gramatical, mas com a clareza e a coerência indispensáveis a fazer da linguagem, oral ou escrita, um veículo de comunicação e não de escamoteação de idéias.

Pedidos para a
Editora da Fundação Getulio Vargas
Praia de Botafogo, 188, C. P. 21.120, ZC-05
Rio de Janeiro, GB