

O Crime de “exercício de comércio por oficial” foi totalmente REVOGADO.¹

Tatiana Posdnyakova

Advogada, Especialista em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito (EPD).

O delito disposto no Código Penal Militar sob o título “**Exercício de comércio por oficial**” está previsto no artigo 204 do Código Penal Castrense. É crime propriamente militar em razão do disposto no artigo 9º, inciso I, 2ª parte do mesmo *Codex*. Assim dispõe o art. 204 Código Penal Militar, *in verbis*:

“Comerciar o Oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada:

Pena: suspensão do exercício do posto, de seis meses a dois anos, ou reforma”

Infelizmente, os tribunais militares estão adotando entendimentos totalmente adversos à gênese jurídica da qual atinge a essência do tipo penal em questão, que hoje não mais subsiste, olvidando-se por completo o desenvolvimento, a evolução jurídica e até mesmo humana, ao extirpar questões atuais cruciais das quais não podem ser olvidadas, tampouco desvirtuadas com o fito de dar validade à uma norma que já está declarada morta pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se vê, *in verbis*:

STM: *“RECURSO CRIMINAL. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL. Rejeição da denúncia. O fundamento da decisão, tendo por base o tipo de objeto social, não se constitui como elemento primordial a amparar o argumento de atipicidade da conduta, com o advento do novo Código Civil. A aparente tipicidade da conduta do oficial, cujo nome consta do contrato social como sócio-gerente de sociedade prestadora de serviços, e a evidente complexidade em se conceituar e delimitar a abrangência da expressão “sociedade comercial”, prevista no art. 204 do CPM, por exigirem um exame aprofundado, impõem o prosseguimento da ação penal para o perfeito deslinde da questão. Recurso ministerial provido. Decisão unânime.”*(2005.01.007315-4/RJ - Data da Publicação: 08/03/2007 – Min. Rel. Antônio Apparício Ignacio Domingues).

STM: *APELAÇÃO. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL. CONDIÇÃO DE SÓCIO-GERENTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. A condição do Réu de sócio-gerente de sociedades por cotas de responsabilidade limitada é o bastante para preencher o tipo penal do art. 204 do CPM. Demonstrado que o Réu exercia atividades típicas de administração, com habitualidade, tornando impositiva a condenação, “maxime” porque é farto o conjunto probatório e não há qualquer excludente de ilicitude a amparar sua conduta. Comprovadas autoria e materialidade do delito. Apelo ministerial provido para condenar o Réu nas penas do art. 204 do CPM. Unânime.”* (2003.01.049255-0/RS - Data da Publicação: 26/02/2004 –Min. Rel. José Júlio Pedrosa)

A primeira parte do preceito primário refere-se a “**comerciar**”. Passemos a tecer breves e essenciais comentários acerca deste ato. Para a aplicação do referido preceito penal, deve ser feita uma busca em outras normas jurídicas, com o fito de se encontrar a essência e o verdadeiro sentido do verbo “comerciar” sob a óptica jurídica, pelo fato de ser uma norma PENAL **incompleta**. Como o Direito é uno, porém dividido por questão acadêmica e de organização prática, obviamente encontrar-se-á o verdadeiro sentido do referido verbo “Comerciar” no Direito Comercial brasileiro, o qual é específico acerca do tema, devendo ser aplicado seu sentido na norma penal, da qual faz alusão à referida matéria.

Vale ressaltar que quando o Código Penal Militar entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970, o verbo utilizado no tipo penal fazia alusão ao **Código Comercial de 1850**, o qual esteve vigente até a promulgação e a consequente vigência da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, mais conhecido como “Novo” Código Civil. Este, por sua vez, fez desaparecer o Direito Comercial como legislação separada e específica, incluindo os assuntos atinentes à matéria comercial no Livro II, “Do Direito da Empresa”, apesar de não ser muito bem apreciada tal

¹ Artigo publicado na Revista Direito Militar nº 123, AMAJME, Florianópolis, março/abril de 2017.

“unificação” de dois institutos distintos em um mesmo código, em especial, pelos atuantes da área de direito comercial.

Quando da elaboração do CPM, utilizava-se o instituto dos “**Atos de Comércio**” prevista no referido Código Comercial revogado em 2003, o qual foi substituído pela “Teoria da Empresa”, de origem italiana, prevista no Código Civil vigente.

Ricardo Negrão e Luiz Antonio Soares Hentz, narram brilhantemente a evolução histórica acerca do comércio, *in verbis*:

*A Teoria dos Atos do Comércio, denominada também de fase Napoleônica, teve seu início no liberalismo econômico, um momento em que todos os cidadãos poderiam realizar a atividade econômica, desde que seus atos estivessem previstos em lei. Assim, a qualificação do comerciante não tinha mais sua importância no sujeito da ação, mas na prática de atos denominados comerciais. Através do conceito objetivo estabelecido pelo Código Comercial Francês, qualquer pessoa capaz que praticasse os atos de comércio de forma habitual e profissional, poderia ser qualificada como comerciante, mesmo que não fosse previamente aceita como membro da corporação de comerciantes. Os atos do comércio foram classificados de forma enumerativa, na qual se relacionou as atividades consideradas mercantis pelo Código Napoleônico de 1807, e de forma descritiva, relação que exemplificava essas atividades. Porém, eles não eram determinados claramente, pois se prendiam as relações da vida civil, sendo difícil de ser caracterizados devidamente. Assim, ocorreu uma transição radical. **A Teoria dos Atos do Comércio foi substituída pela Teoria da Empresa**, que é mais fácil de ser conceituada, devido ao enquadramento da **atividade econômica organizada** que independe de qualificação comercial ou civil. Essa teoria originou-se na legislação italiana de 1942, que fez desaparecer o Código Comercial como legislação separada, unificando o direito obrigacional no Código Civil. Ao classificar pessoas físicas ou jurídicas como comerciantes, a **Teoria dos Atos do Comércio** enfocava a prática habitual dos atos reputados como comerciantes historicamente ou por força da lei. Já a **Teoria da Empresa**, considera a atividade empresarial como o exercício profissional de uma **atividade econômica, organizada, e que produza ou circule bens e serviços, com o fito de obter LUCRO**. (g.n)*

Desde sua origem remota na Idade Média, fase do Renascimento Comercial (séc. XII – XVI), nas Corporações de Ofício, considerada como 1ª fase do Direito Comercial, passando à época napoleônica, até os dias atuais... quando se fala de COMÉRCIO, dois elementos essenciais não podem faltar: **HABITUALIDADE E LUCRO**, sem contar com outros dispostos no nosso Código Civil de 2002, infra.

Segundo Vivante, “comerciante é aquele que pratica com habitualidade e profissionalidade os atos do comércio”. De acordo com Bruno Mattos: “A teoria da empresa está em oposição à teoria dos atos de comércio, que fora adotada pelo Código Comercial de 1850.” O ilustre mestre Fábio Ulhoa Coelho, em sua magnífica obra “Manual de Direito Comercial” além do que foi mencionado por outros autores supra, dispõe ainda que:

*“As defasagens entre a **teoria dos atos de comércio** e a realidade disciplinada pelo Direito Comercial e a atualidade do sistema italiano de bipartir o direito privado começa, a ser apontadas na doutrina brasileira nos anos 1960. Principalmente depois da adoção da teoria da empresa pelo Projeto de Código Civil de 1975, os comercialistas brasileiros dedicam-se ao estudo, preparando-se para as inovações que se seguiriam à entrada em vigor da codificação unificada do direito privado, prometida para breve. Mas, o projeto tramitou com inesperada lentidão. Durante um quarto de século, enquanto pouca coisa ou nada acontecia no Congresso e a doutrina comercialista já desenvolvia suas reflexões à luz da teoria da empresa, **alguns juízes começaram a decidir processos desconsiderando o conceito de atos de comércio** – embora fosse este ainda o do direito positivo, porque ainda em vigor o antigo código comercial. Durante esse largo tempo, também, as principais leis de interesse do direito comercial editadas já se inspiraram no sistema italiano, e não mais do francês. São exemplos o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei de Locação Predial Urbana de 1991 e a Lei do Registro de Empresas de 1994. Em suma, pode-se dizer que **o direito brasileiro já incorporara** – nas lições da doutrina, jurisprudência e em leis esparsas – **a teoria da empresa, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002**”. (g.n)*

Assim, pode-se afirmar que **mesmo durante a elaboração da LC 893/01, os juízes já estavam desconsiderando o conceito de atos de comércio**. Após a edição e vigência do Código Civil de 2002, não se pode mais mencionar o termo “Atos de comércio”, visto que **é completamente inexistente no ordenamento jurídico atual**.

Após a vigência do Código Civil de 2002, a aplicação deve ater-se ao disposto no artigo 966:

Artigo 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente ATIVIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA para a PRODUÇÃO ou a CIRCULAÇÃO de BENS ou de SERVIÇOS.*

Diante deste conceito legal, toda doutrina comercial destaca a partir da definição normativa supra os seguintes elementos essenciais, nas sábias palavras de Ulhôa, *in verbis*:

- 1) **PROFISSIONALISMO:** *a noção de exercício profissional de certa atividade é associada, na doutrina, a considerações de três ordens. A primeira diz respeito à HABITUALIDADE. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico. Não será empresário, por conseguinte, aquele que organizar episodicamente a produção de certa mercadoria, mesmo destinando-se à venda no mercado. O segundo aspecto do profissionalismo é a PESSOALIDADE. O empresário deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços.*
- 2) **ATIVIDADE:** *se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade: a de produção ou circulação de serviços.*
- 3) **ECONÔMICA:** *Busca gerar LUCRO para quem a explora.*
- 4) **ORGANIZADA:** *estão articulados pelo empresário quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia*

Dessarte, a teoria da empresa exige a presença de **TODOS ESTES REQUISITOS supra, SEM EXCEÇÃO DE NENHUM, PARA CONFIGURAR COMÉRCIO**. Portanto, não se pode mais ater-se à ideia dos “Atos de Comércio”, vez que não existe mais esta previsão em lei.

Feitas as observações essenciais para o prosseguimento da configuração do tipo penal militar em comento, sua consumação exige a **PRÁTICA REITERADA**. Esporadicamente não é o suficiente. O tipo também exige a presença de **DOLO para comercializar**. Ou seja, a intenção livre e consciente, sabendo que está e quer praticar comércio, obtendo vantagem econômica: LUCRO.

A culpa é totalmente atípica, não devendo ser punida por falta de previsão legal e por se considerar crime unissubsistente.

Por último, porém não menos importante, é essencial auferir **LUCRO**. Independentemente da situação colocada face à nova legislação civil e empresarial, o ilustre penalista Célio Lobão já pronunciava críticas acerca da vigência deste crime na legislação repressiva castrense, dispondo o seguinte:

“Essa figura delituosa já deveria ter desaparecido do diploma penal castrense. É matéria própria de regulamento disciplinar, onde encontra abrigo às preocupações de antanho, quando o militar da ativa não podia dedicar-se ao comércio. Se a participação do militar em atividade comercial prejudica de qualquer forma a prestação do serviço militar, “de lege referenda”, a matéria restringe-se aos regulamentos disciplinares, sem necessidade de levar às barras das cortes castrenses o militar que negligencie nas obrigações militares em favor de atividades estranhas ao cargo”. (Direito Penal Militar. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 298-9).

De maneira muito clara e concisa, com exímia maestria foi a explanação do nobilíssimo professor e Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Alexandre Henriques da Costa, em seu notável artigo, do qual faz alusão à primeira parte do tipo penal afirmando que também é FATO **ATÍPICO**, arrematando derradeiramente a última parte do preceito primário. Dessarte, o ilustre mestre corrobora que houve revogação *in totum* do referido artigo em comento, *in verbis*:

“DA ATIPICIDADE EM FACE DAS SOCIEDADES CIVIS. *Em se tratando de Sociedades Civis, como as prestadoras de serviços em geral, não se enquadra a ação na tipificação do artigo 204 do Código Penal Militar, pois o tipo penal é taxativo quando reza que a conduta ilícita é a administração ou gerência de sociedade comercial, e não de sociedade civil. As Sociedades Civis estão vinculadas ao Código Civil (Lei nº 3.071/16), especificamente nos artigos 13, 16 a 23, em que seus contratos sociais são registrados nos Cartórios próprios de Pessoas Jurídicas de Direito Privado. Desta forma, **não se tratando de uma Sociedade Comercial e sim Civil, pela própria descrição do artigo 204 da lei material castrense, verifica-se que o caso em tela é um FATO ATÍPICO,** haja vista que o efeito da taxatividade do ato ao tipo não está presente. **O NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO EMPRESARIAL.** No ano de 2003 está em vigor o “novo” Código Civil, o qual revogou o Código Comercial na parte referente aos atos de comércio (artigo 2.045 da Lei nº 10.406/02), bem como na parte que trata das Sociedades em espécie. A lei em vigência adotou a chamada **Teoria da Empresa.** A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro) dispõe em seus artigos 966 ao artigo 1.195 o Direito de Empresa, em que alguns artigos preencherão a norma penal cega do artigo 204 do CPM. **Nesta legislação civil, não existem mais a figura do comerciante individual, mas sim do EMPRESÁRIO INDIVIDUAL, bem como não existem mais as Sociedade Comercial e Sociedade Civil, mas sim as SOCIEDADES EMPRESÁRIAS e as SOCIEDADES SIMPLES, em razão da lei ou da atividade exercida, nos termos do artigo 966 do novo Estatuto Civil.** Vale ressaltar que as Sociedades Civis foram “absorvidas” pelas Sociedades Empresárias ou Simples, da mesma forma que as Comerciais. **Desta forma, A NINGUÉM SERÁ LÍCITO REALIZAR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA À NORMA PENAL MILITAR,** dispondo que à 2ª Parte do artigo 204 do Código Penal Militar deverá entender-se Sociedade Empresária ao invés de Sociedade Comercial. Neste contexto, **a norma em vigor não dispõe sobre as Sociedades Comerciais, mas sim sobre outros tipos de Sociedades em que não existe o enquadramento dessa, está revogada a norma penal em branco contida no artigo 204 do Código Penal Militar.** Isto é plausível pela interpretação autêntica contextual da norma penal, ou seja, em matéria penal só é possível a interpretação restritiva da norma. Assim sendo, **a partir de janeiro de 2003, não mais poderá existir a repressão penal em face da administração ou gerência de Sociedade Comercial, haja vista que esta não mais existe perante o Direito, ‘ex vi’ do artigo 2.044 do Novo Estatuto Civil.** (Instrutor da matéria de Polícia Judiciária Militar na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, professor na AFAM e no curso de pós-graduação em Direito Militar - EPD. Autor dos livros Roteiro de Investigação e Registro dos Crimes Militares e Tropa de Choque – A elite operacional das Polícias Militares, dentre outros). (g.n)*

Além do referido tipo penal ser fato atípico e estar revogado pela norma civil, não se pode descuidar acerca da extrema gravidade do Direito Penal na esfera das relações humanas, havendo até mesmo já entendimento da desnecessidade da aplicação do Direito Penal no mundo contemporâneo, civilizado, tendo em vista a severidade da punição do Estado para com o cidadão que não deve ser punido da maneira “tradicional/medieval” como até hoje se faz, através de prisão, uma vez que a função do Estado não é punir, mas sim **ressocializar**, dar amparo e atenção à pessoa que cometer dano ou erro concedendo-lhe oportunidade para repará-los **adaptando-a** à sociedade de maneira digna, sem o confinamento ao cárcere, pois trancar o corpo do ser humano em locais repletos de pessoas que não se adequaram aos ditames da lei de uma determinada sociedade local não é e nunca será suficiente para a transformação do ser, tampouco à sua honra, dignidade e moral, como acontecem em nossos presídios. Ao contrário. Ao invés de cultivar-se a punição por descumprimento de normas, dever-se-ia conscientizar e encorajar, estimulando o errante a arvorar-se, através de estudos e oportunidades dadas pelo Estado no progresso da sociedade como um todo e não rebelar-se contra ela.

Apesar do crime em comento ser originário do Direito Militar Romano², constando em uma de suas normas castrenses a proibição dos militares romanos de se dedicarem à agricultura ou à pecuária enquanto estivessem na ativa, estes tampouco poderiam exercer atribuições inerentes aos cargos civis. Não obstante, não se pode olvidar acerca do progresso do Direito Penal na sociedade humana ao longo dos séculos. Inexistem muitos crimes hoje, que à época em que foram criados eram considerados relevantes e intoleráveis àquela sociedade. Sociedade esta que evolui com o passar do tempo, indubitavelmente. Dessarte, jamais poder-se-á ignorar que o Direito Penal é e

² PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá, 2010, p.95.

sempre será seletivo. Portanto, **não pode ser invocado para fatos que não sejam relevantes**. O **Direito Penal deve ser utilizado como ULTIMA RATIO**. Apenas deve ser acionado quando outras disciplinas do direito não forem suficientes para punir o agente faltoso. Assim, de acordo com a teoria Funcionalista, Teleológica de Claus Roxin, deve ser punido o comportamento humano voluntário CAUSADOR DE **RELEVANTE E INTOLERÁVEL LESÃO OU PERIGO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO**.

- REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO (RDPM) X CÓDIGO PENAL MILITAR

Ao contrário das Forças Armadas Brasileiras, a Polícia Militar do Estado de São Paulo possui um Regimento Disciplinar (RDPM), pelo qual foi alterado pela Lei Complementar nº 893/91. Tal instituto não pode ser olvidado, tampouco desprezado principalmente ao trazer em suas disposições condutas similares às encontradas no Código Penal Militar.

Não se pode afirmar, tampouco conceber que o tipo penal em comento reveste-se de RELEVANTE E INTOLERÁVEL LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. Tanto assim o é que o legislador bandeirante percebeu que a conduta existente no tipo penal militar não é considerada crime, mas mera **TRANSGRESSÃO MILITAR**, havendo previsão expressa **PARA O MESMO FATO** na Lei Complementar 893/91, em seu artigo 12, item 27 no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, infra. Porém, desta vez mais abrangente, pois não apenas os oficiais responderiam pela TRANSGRESSÃO, mas todos os militares em serviço ativo, indistintamente:

Artigo 12 - Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento.

§ 1º - As transgressões disciplinares compreendem:

(...)

27- Exercer, o militar do Estado em serviço ativo, o comércio ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial **com fins lucrativos** ou dela ser sócio, exceto como acionista, cotista ou comanditário (Grave);

(...)**A - o Comércio, que deve ser entendido no sentido amplo, como prática costumeira de ATOS DE COMÉRCIO, de qualquer espécie. B - TOMAR PARTE: 1 - na administração de sociedade comercial com fins lucrativos ou dela ser sócio, exceto como acionista, cotista ou comanditário 2 - na gerência de sociedade comercial com fins lucrativos ou dela ser sócio, exceto como acionista, cotista ou comanditário.**

Insta esclarecer que quando da elaboração da Lei Complementar nº 893/01, estava ainda em plena vigência o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850. E, portanto, fez ainda alusão aos “atos de comércio”. Porém, a elaboração da referida Lei Complementar foi feita sob os ditames da Constituição Federal de 1988 e não da Constituição Federal de 1967, como foi elaborado o Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, a qual consta como crime uma conduta da qual não é abominável pela sociedade. Ao contrário. Tal conduta pode ser plenamente ocorrida através de sanção administrativa, a qual não impede a abertura de CD ou CJ contra o militar, ocasionando em expulsão ou demissão dos quadros da Polícia Militar, caso o fato ser extremamente grave, punindo adequadamente o transgressor sem o acionamento exagerado do Direito Penal.

Ou seja, resta mais do que evidente que o crime militar “comércio ilícito” praticado por oficial está revogado não somente pela Constituição Federal, como também pelo Código Civil e até mesmo pelo RDPMS, o qual já prevê sanção ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR, sem chegar ao extremo de ser imputado CRIME, do qual deve ser utilizado como *ultima ratio*.

Não obstante, deve ser observado um instituto fundamental para o Direito Penal Brasileiro (independente de ser direito militar ou comum): ***NOVATIO LEGIS IN MELLIUS***, prevista no parágrafo único do art. 2º do Código Penal comum e no art.2º, §1º Código Penal Militar, *in verbis*:

“Artigo 2º, §1º: A lei posterior, que de qualquer modo FAVORECE O AGENTE, aplica-se RETROATIVAMENTE, AINDA QUE DECIDIDOS POR SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL”.

De acordo com o nobilíssimo saber jurídico do saudoso mestre Dr. Julio Fabrini Mirabete, exemplifica o referido artigo, *in verbis*:

“(…)refere-se o artigo citado aos dispositivos da lei nova que, ainda incriminando o fato, cominam penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou favorecem o agente de outra forma, acrescentando circunstância atenuante não prevista, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo casos de extinção de punibilidade, reduzindo os requisitos para a concessão de benefícios etc. Até mesmo a regra que trata de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos admite a aplicação retroativa. Ainda que se esteja procedendo à execução da sentença, aplica-se a lei nova, quer comine pena menos rigorosa, quer favoreça o agente de outra forma, pois nos termos do novo texto, prevalece a “lex mitior” que, de qualquer modo, favorece o agente, sem nenhuma limitação”.

Há ainda outro princípio que não deve ser olvidado. Muito ao contrário. O **Princípio da Intervenção Mínima** complementa tudo o que foi abordado até o momento, ou seja, que o direito penal deve ser acionado apenas e tão somente como *ultima ratio*, **devendo** ainda ser respeitada **a lei que mais beneficie o réu, mesmo que haja sentença condenatória contra este**. Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 11) afirma que:

“O princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder penal violento do Estado. Para que este último seja aplicado faz-se necessário o ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS EXTRAPENAIIS de controle social existentes. A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que se relacionam com o princípio da intervenção mínima”.

Nas palavras de Júlio Fabrini Mirabete:

*“O crime não se distingue das infrações extrapenais de forma qualitativa, mas apenas quantitativamente. Como a intervenção do direito penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um **INJUSTO MAIS GRAVE** e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. (...) O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que convertem o fato em um “exemplo insuportável”, que seria um mau precedente se o Estado não o reprimisse mediante a sanção penal. Isso significa que **A PENA DEVE SER RESERVADA PARA OS CASOS EM QUE CONSTITUA O ÚNICO MEIO DE PROTEÇÃO SUFICIENTE DA ORDEM SOCIAL AOS ATAQUES RELEVANTES. APENAS AS CONDUITAS DELETÉRIAS DA ESPINHA DORSAL AXIOLÓGICA DO SISTEMA GLOBAL HISTÓRICO-CULTURAL DA SOCIEDADE DEVEM SER TIPIFICADAS E REPRIMIDAS. NÃO SE DEVE INCRIMINAR FATOS EM QUE A CONDUTA NÃO IMPLIQUE RISCO CONCRETO OU LESÃO A NENHUM DOS BENS JURÍDICOS RECONHECIDOS PELA ORDEM NORMATIVA CONSTITUCIONAL**. O ORDENAMENTO POSITIVO, POIS, DEVE TER COMO **EXCEPCIONAL** A PREVISÃO DE SANÇÕES PENAIIS E NÃO SE APRESENTAR COMO UM INSTRUMENTO DE SATISFAÇÃO DE SITUAÇÕES CONTINGENTES E PARTICULARES, MUITAS VEZES SERVINDO APENAS A INTERESSES POLÍTICOS. ALÉM DISSO, A SANÇÃO PENAL ESTABELECIDADA PARA CADA DELITO DEVE SER AQUELA “NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME”, evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade.*

Nilo Batista explica que **“A SUBSIDIARIEDADE DETERMINA QUE O DIREITO PENAL DEVE SER APLICADO APENAS QUANDO FALHAM AS DEFESAS DO BEM JURÍDICO PREDISPOSTAS POR OUTROS RAMOS DO DIREITO, OBTENDO-SE O MESMO RESULTADO ATRAVÉS DE UM RECURSO MAIS SUAVE, TORNA-SE DESNECESSÁRIA A APLICAÇÃO DE UM RECURSO MAIS GRAVE, QUE É O DIREITO PENAL”**. Damásio de Jesus dá a mesma explicação para o Princípio da Intervenção Mínima, entendido como *“aquele que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador. Isto para que sejam evitadas a desnecessária definição de crimes e a consequente imposição de penas injustas,*

*desumanas e cruéis. **O Estado só deve intervir por meio do Direito Penal quando os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita, sendo que a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade.*** No mesmo sentido, afirma René Ariel Dotti que “*O princípio da intervenção penal mínima foi recepcionado pela Constituição através da cláusula geral prevista pelo § 2º do art. 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Há casos em que não é justificável a intervenção penal mesmo que a lesão seja considerável. Isto quando o ilícito pode ser privado por sanções civis ou administrativas. **O princípio da intervenção mínima visa diminuir o número de normas incriminadoras se vinculando mais ao legislador, sendo que neste caso é aplicada uma sanção extrapenal.***”

- CONCLUSÃO

Assim, o **princípio da intervenção mínima** acaba por retirar por completo a tipicidade do crime, visto que ela atua na tipicidade material, a qual exige **relevante e intolerável LESÃO OU PERIGO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO**. Não obstante, é também exigido para o RESULTADO NORMATIVO, do qual é imprescindível em todos os CRIMES. Assim sendo, **não havendo relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado**, também não se pode falar de **conduta, resultado normativo, tipicidade** na forma material, e, conseqüentemente não há que se cogitar em **Fato Típico**, por não existir, portanto, **CRIME**, vez que foram extirpados os elementos fundamentais para sua existência.

Por todo exposto, não restam dúvidas que a imputação de **CRIME MILITAR** à conduta da qual prevê sanção administrativa NÃO APENAS É EXAGERADA, mas extrapoladora de todos e quaisquer limites de bom senso jurídico, garantias fundamentais da pessoa humana, como inclusive a sua dignidade, liberdade... e a todos os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, principalmente o Direito Penal. Resta, portanto, absolutamente caracterizada a **revogação** e a **não recepção** do referido tipo penal incriminador no Código Penal Militar, de acordo com a CF/88. Não se pode olvidar que o tipo penal previsto no art. 204, CPM foi elaborado em plena vigência da “Constituição do regime militar”, feita nos moldes exemplares de “ditadura” latino-americana, alterada pelo Ato Institucional Nº 5 (1968) e pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, bem distinta da chamada “Constituição Cidadã” de 1988, em que foi elaborada a referida Lei Complementar 893/01, mais conhecida como Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPMESP).

Dessarte, como o **Direito Penal DEVE SER UTILIZADO COMO ULTIMA RATIO**, não se pode ignorar a existência da repreensão da **mesma conduta** por lei atual da qual está em pleno vigor e que é mais branda e redigida sobre os ditames da Carta Magna de 1988. A não aplicabilidade do referido crime é também corroborada pelos princípios da *novatio legis in mellius* e da **INTERVENÇÃO MÍNIMA**. Tanto assim o é que já existe Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados para revogar expressamente este crime, o qual já está revogado tacitamente. Sua aplicabilidade, como crime, nos dias atuais, configura total abuso de direito, pois consubstanciará na inaplicabilidade de todos institutos jurídicos arduamente conquistados, indo de encontro a todos os princípios e garantias estabelecidos na Carta Cidadã, fazendo retroceder todas as conquistas arduamente logradas ao longo da história da civilização humana e contrariar também os tratados internacionais de direitos humanos.