

EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL

Francisco Mauro Dias

I — O delito penal militar de “Exercício de Comércio por Oficial” — II — Identidade de sua tipificação à da infração disciplinar da proibição de exercer comércio imposta ao funcionário — III — Identidade de excludentes do crime e da infração disciplinar nas respectivas instâncias — IV — Cotista de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, na condição de responsável técnico: inexistência de crime militar ou de infração disciplinar

I — O delito penal militar de “Exercício de Comércio por Oficial”

Sob a denominação “Exercício de Comércio por Oficial” o Código Penal Militar assim tipifica, no Capítulo IV do Título III, crime militar, cominando-lhe pena:

“Art. 204 — 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.”

Clara a definição legal, raras as infrações penais que dela se cometem, escassa, por isso, a jurisprudência que se lhe refira:

JURISPRUDÊNCIA DO STM

“Art. 204 do CPM — Exercício de Comércio (Comércio Ilícito).

“— Apelação n.º 28.820

Rel. Min. Murgel de Rezende

Rev. Min. Aufran Dourado

Comércio Ilícito — Embora o atual Código Penal Militar não empregue a expressão “Comércio habitual”, constante do art. 176 do Código revogado, é a prática ha-

bitual da mercancia a característica legal do ato de comércio (Código Comercial — art. 4.º) AC 24-7-57.”

“— *Apelação n.º 39.762 (MT)*

Rel. Min. Dr. Jacy G. Pinheiro

Rev. Min. Alm. Esq. Waldemar de Figueiredo Costa.

Comércio ilícito — Manter o oficial, direta ou indiretamente, loja ou estabelecimento para venda de mercadorias, seja qual for a sua procedência, acertando com outrem as operações das vendas e partilhando os lucros das mesmas, pratica atos de comércio, previstos no art. 204 do CPM. Indeferimento da Apelação da defesa para se manter a sentença apelada em todos os seus termos.

AC 14-11-73.

(*Ementário do S.T.M. — mês de março de 1974 — pág. 3.*)”

II — *Identidade de sua tipificação à da infração disciplinar da proibição de exercer comércio imposta ao funcionário*

A identidade resulta irrecusável da superposição, que seria possível, do texto do art. 204 do Código Penal Militar ao do inciso VII do art. 195 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n.º 1.711, de 28-10-52), no Capítulo “Das Proibições”:

“Art. 195 — *Ao funcionário é proibido:*

.....

VII — exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário;”

A *infração*, penal e/ou disciplinar, tem a mesma definição legal, sem tirar nem pôr; é idêntica; é a mesma.

A *sanção* que lhe corresponde, penal e/ou disciplinar, se endereça ao mesmo fato; é penal e/ou disciplinar apenas em razão de ser penal e/ou disciplinar a responsabilidade que lhe dá causa à imposição, dado o sedição princípio legal da “independência das instâncias” civil, penal e disciplinar.

No seu *Direito e Processo Disciplinar* (FGV, 2.ª ed., 1966), o pranteado administrativista *Themístocles B. Cavalcanti*, depois de identificar no grupo de doutrinas que estabelecem “*perfeita afinidade entre o direito disciplinar e o direito penal*” os monstros sagra-

dos Mittermayer, Mayer, von Bar, Seydel Zorn, Hauriou, Jèze, Vaccelli, Presutti e Cammeo (p. 89); e depois de citar o maior penalista brasileiro, cuja opinião não compartilhava:

“Entre nós, Nelson Hungria contestou com veemência a tese da autonomia, confundindo o ilícito administrativo e o ilícito penal”,

opinião que, em hipóteses como a vertente, verdadeiramente não comporta réplica, comenta a *proibição* estatutária cuja infração é capitulada como crime militar:

“Comércio

VII — Exercer comércio ou participar de sociedade comercial ou industrial, exceto como acionista, cotista ou comanditário.

O mesmo não acontece em relação às empresas ou instituições subvencionadas ou que tenham contrato com o Governo.

É preciso notar que a lei não se refere à atividade individual, fora de empresas ou instituições.

Na Inglaterra vigoram princípios muito precisos e de aplicação fácil. Ali, nenhum funcionário civil pode aceitar direção de qualquer sociedade, ou firma comercial industrial ou financeira que exija a sua atenção de 10 horas da manhã às 6 horas da tarde.

Na Itália existe uma proibição geral de exercer atividade privada juntamente com emprego público.

Esta incompatibilidade, porém, não é absoluta. Na França a proibição é extremamente rigorosa. Um decreto de 29 de outubro de 1933 proibiu expressamente aos funcionários, empregados e operários dos serviços públicos do Estado, dos departamentos, comuns e estabelecimentos públicos, ocupar o emprego particular retribuído, ou efetuar qualquer serviço de natureza privada remunerado, exceto obras de caráter científico, literário ou artístico.

Não podem os funcionários praticar atos de comércio, que envolvam a sua responsabilidade ilimitada. Por isso mesmo, a exceção para acionistas, . . . Cotistas e comanditários, porque limitada a responsabilidade.

É medida salutar, consagrada pela nossa tradição legislativa e que se encontra em algumas legislações como na França, por exemplo.

A pena pode ser a demissão.” (p. 141)

J. Guimarães Menegale, no seu *O Estatuto dos Funcionários* (Vol. II, Forense), também merece citação:

"492. A dupla necessidade de preservar o conceito do funcionário e resguardar a moralidade da Administração Pública inspirou a proibição ao servidor de participar de gerência ou administração de empresa industrial ou comercial. Corresponde ao meio de assegurar a "obrigação de desinteresse" do funcionário, pois o interesse, expresso naquela participação, comprometer-lhe-ia a independência.

O texto engloba, consoante a linguagem comum, e não técnica, empresa e sociedade, mencionando unicamente empresa; mas a proibição atinge qualquer modalidade de instituição de fins econômicos, seja de transformação, seja de distribuição.

Só se excepciona à regra vedativa o exercício de cargo público de magistério, a cujo titular, pois, se permite exercer a atividade de gerente ou administrador comercial ou industrial.

Gerente ou administrador é, ou pode ser, empregado. Mas o Estatuto proíbe mais: ao funcionário exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, quotista ou comanditário. Porque se distinguem, de uma parte, exercer comércio ou participar de sociedade comercial e, de outra, constituir-se acionista, quotista ou comanditário, é questão a esclarecer, se considerarmos o que vem a ser comércio e comerciante.

Que é, com efeito, comerciante? Ao que todos sabem, ainda não se liquidou o conceito. Invoquemos, todavia, os elementos de sua definição. Uma pessoa reveste a qualidade de comerciante quando reúne duas condições: a) exercer atos de comércio; b) fazer disso profissão habitual. Necessário é que os pratique e em seu nome pessoal.

Os que os exercem em nome de outro, como corretores, representantes, prepostos, administradores e diretores de sociedades anônimas, não são comerciantes. O Cód. Comercial, no art. 35, considera "agentes auxiliares do comércio", sujeitos às leis comerciais com relação às operações comerciais que nessa qualidade lhes respeitam, os corretores, os agentes de leilões, os feitores, guardalivros e caixeiros, os trapicheiros e os administradores de armazéns de depósito e os comissários de transportes.

Torna-se necessário, ademais, que esses atos constituam a profissão habitual da pessoa. O hábito de praticar

certos atos de comércio não bastaria, se a repetição deles não constituir profissão, suscetível de grangear para os interessados meios regulares de subsistência.

Não é mister que seja notório, entretanto, o exercício da profissão, nem que seja a única.

A restrição da alínea VII abrange o exercício do comércio e a ocupação de cargo de diretor de sociedade anônima (à vista do inciso final), contraditando de tal forma a conceituação de comerciante, corrente entre os tratadistas especializados.

O espírito da alínea VII é de vedar ao funcionário atividade comercial que possa comprometê-lo financeiramente, fazendo-o responsável, ilimitadamente, pelas obrigações sociais da empresa de que participar, como os que não são, simplesmente, acionista, quotista ou comanditário." (pp. 555/557)

III — Identidade de excludentes do crime e da infração disciplinar nas respectivas instâncias

Tal identidade é também irretorquível, à luz dos textos:

CPM — "Art. 204 — ... exceto como ... cotista em sociedade... por cotas de responsabilidade limitada." Estatuto — "Art. 195

VII — ... exceto como ... cotista..."

Com Themístocles:

"Não podem os funcionários (os oficiais) praticar atos de comércio que envolvam a sua responsabilidade ilimitada: Por isso mesmo, a exceção para acionistas, cotistas e comanditários, porque limitada a responsabilidade."

ou com Menegale:

"O espírito... é de vedar ao funcionário (ao oficial) atividade comercial que possa comprometê-lo financeiramente, fazendo-o responsável, ilimitadamente, pelas obrigações sociais da empresa de que participar como os que não são, simplesmente, acionista, quotista ou comanditário."

São, pois, idênticas, à unanimidade dos textos legais e dos autores, as excludentes do crime e da infração disciplinar nas respectivas instâncias. Quando presentes, *inexiste crime e/ou infração disciplinar.*

IV — *Cotista de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, na condição de responsável técnico: inexistência de crime militar ou de infração disciplinar*

Funcionários ou Oficiais que detenham a condição de cotista de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inclusive como responsáveis técnicos, *jamais poderão incorrer em infração disciplinar ou crime militar de exercício do comércio; jamais poderão, conseqüentemente ser indiciados em processo administrativo disciplinar ou em inquérito penal militar.*

O cotista, ainda que responsável técnico em razão de habilitação profissional que possua, não responde ilimitadamente; enquadra-se na exceção ou na excludente legal. Não pode ser equiparado a "participante na administração ou gerência" de sociedade limitada. *Inexiste analogia penal: "odiosa restringenda".*

A jurisprudência "administrativa", na escassez apontada da que promane dos Tribunais, se afigura sobremodo expressiva, conquanto não seja torrencial:

Do *Manual dos Servidores do Estado* (Freitas Bastos, Rio, 12.^a ed., vol. II) de *Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho*, a transcrição:

"Comércio:
.....

(*) **Sócio cotista e suas atribuições. Direção técnica e direção ou gerência comercial** — Licença para dirigir farmácia — Examinando o assunto, verificou a DF.:

a) que o E.F. permite ao funcionário ter parte em sociedade comercial por cotas, de responsabilidade limitada, **proibindo-lhe, tão-somente, exercer funções de direção ou gerência;**

b) **que a gerência de sociedade dessa natureza cabe ao sócio indicado em cláusula expressa, se o fizerem os interessados no respectivo contrato, tal como se vê no caso em apreço;**

c) que, assim, no caso concreto, a **direção técnica da farmácia não incide na proibição estatutária, visto que redunde em exercício de profissão e não de atividades públicas.**

Nestas condições, opinou o DASP pelo deferimento do pedido, compreendendo-se, porém, que a direção da farmácia apenas deve referir-se a sua técnica. — Par. de 26-2-45, no proc. 1.130-45 — D.O. 3-3-45, página 3.520." (pp. 1.029/30)

(*) *“Conselho Fiscal — Funcionário pode ser membro de Conselho Fiscal de Sociedade Anônima — Par. 10-5-41, do DASP, no proc. 3.228-41 — D.O. 14.*

(*) *Hospital — Diretores do Departamento Nacional de Saúde, e de suas divisões podem ter parte do capital social de hospitais ou casas de saúde, como acionistas, cotistas ou comanditários, desde que não exerçam função de direção ou gerência. — Of. D.F. — 22-900, de 8-10-40 — D.O. 9, pág. 19.219.*

(*) *Constituição de Sociedade Anônima — Não parece vedado ao servidor do Estado participar dos trabalhos preliminares da constituição de sociedade anônima, nem dela fazer parte, desde que não venha integrar a respectiva diretoria, ou desempenhar funções de gerência na companhia. — Of. 2.571, de 26-8-43, do DASP, à D.P.T. — D.O. 31-8-45 — pág. 13.108.” (p. 1.030)*

Conclusão: Configura-se inexistência de crime militar ou de infração disciplinar no fato de o oficial ou o funcionário participarem como cotista de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inclusive na condição de responsável técnico. É conclusão sufragada na doutrina e na jurisprudência porque os textos legais não admitem outra que dela possa discrepar.