

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ÉDER APARECIDO FERNANDES MARSON

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 290
DO CÓDIGO PENAL MILITAR

CURITIBA
2014

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR 2014

ÉDER APARECIDO FERNANDES MARSON

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 290
DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas no curso de
graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Rolf Koerner Junior


CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

EDER APARECIDO FERNANDES MARSON

A aplicação do Princípio da Insignificância no Art. 290 do Código Penal Militar

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ROLF KOERNER JUNIOR
Orientador



JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS
Primeiro Membro

SERGIO FERNANDO MORO - Direito Penal e Processual Penal
Segundo Membro

A Deus, pela saúde, perseverança e coragem para o prosseguimento desta longa empreitada. Aos meus pais, por me proporcionarem a estrutura necessária para que eu alcançasse meus objetivos. À minha querida esposa Luciana, pela compreensão, pela dedicação e pelo incondicional e irrestrito apoio a mim prestado ao longo de todos esses anos acadêmicos. Sem você, este sonho nunca se tornaria realidade! Ao meu pequeno filho Mateus, que, mesmo sem entender o porquê das privações de momentos de lazer com o papai, sempre foi minha fonte de inspiração e a materialização dos meus objetivos futuros.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rolf Koerner Junior, pela disponibilidade, pelo acompanhamento, pela orientação e pela amizade.

À servidora Karina Lima, pela amizade, pela compreensão e pelo importante apoio prestado durante os estágios no Núcleo de Prática Jurídica.

À servidora Márcia, da coordenação do Curso de Direito, pelos inúmeros apoios prestados durante o curso, pela amizade e pela disponibilidade em sempre querer ajudar.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a estudar a previsão normativa que trata do crime militar de entorpecentes, a do art. 290 do Código Penal Militar, à luz da aplicabilidade do princípio da insignificância. Assim, faz-se um estudo mais detalhado do referido princípio, na análise de casos concretos sobre condutas infringentes do citado dispositivo penal militar, para concluir pela incidência, ou não, de tal regramento. Para alcançar esse resultado, foi necessário um estudo pormenorizado e comparativo da Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a lei específica que dispõe acerca do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Com a comparação, possibilita-se demonstrar como uma mesma conduta, que envolva entorpecentes, tem diferentes desdobramentos, dependendo da classificação do crime, se comum ou se militar. No contexto, será destacado o princípio da insignificância e sua conotação na legislação penal militar.

Palavras-Chave: Crime Militar. Entorpecentes. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade.

ABSTRACT

This paper proposes to study the legislative provision dealing with the military crime of narcotics in the art. 290 of the Military Penal Code in light of the applicability of the principle of insignificance. Thus, it is a more detailed study of this principle in the analysis of concrete cases of violations of the criminal military said device, to complete the effect, or not, such law. To achieve this result, a detailed and comparative study of Federal Law No. 11.343, of August 23, 2006, the law that provides specific about the National System of Public Policies on Drugs was necessary. By comparison, if possible to demonstrate how the same conduct involving narcotics, have different consequences, depending on the classification of the crime, whether common or military. In context, the principle is highlighted and its connotation of insignificance in military criminal law.

Keywords: Military Crime. Narcotics. Principle of Insignificance. Applicability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR	13
2.1 A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.....	13
2.2 O CRIME MILITAR.....	17
2.3 DIREITO PENAL MILITAR.....	20
2.4 ESTUDO DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.....	24
2.4.1 Núcleos do tipo penal.....	24
2.4.2 Bem jurídico tutelado.....	26
2.4.3 Usuário e traficante.....	29
2.5 SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES.....	30
3 A LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006	32
3.1 TÓPICOS COMPARATIVOS DA LEI 11.343/06 COM O ART. 290 DO CPM.....	36
3.1.1 Bem jurídico tutelado.....	36
3.1.2 Penas cominadas ao usuário e ao traficante.....	36
3.1.3 Prisão em flagrante.....	37
3.1.4 Tratamento ambulatorial ao usuário.....	38
4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	39
4.1 ORIGEM.....	39
4.2 NOÇÕES CONCEITUAIS.....	40
4.3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.....	42
5 DECISÕES SOBRE O ART. 290 DO CPM E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	46
5.1 DOCTRINA.....	46
5.2 DECISÕES NA 1ª INSTÂNCIA (AUDITORIAS MILITARES).....	48
5.3 DECISÕES NA 2ª INSTÂNCIA (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR).....	48
5.4 DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	50
6 ESTUDO DE CASOS HIPOTÉTICOS	56
7 ANÁLISE CRÍTICA	59
7.1 DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ART. 290 DO CPM.....	59
7.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	60

7.3 DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06.....	61
7.4 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	62
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

No momento em que a sociedade brasileira, por intermédio de debates e discussões, manifesta-se pela descriminalização do uso de drogas consideradas mais leves, percebe-se que estamos na iminência de um momento histórico para o Direito Penal. A descriminalização do uso de algumas substâncias entorpecentes, particularmente a *Cannabis Sativa*, popularmente chamada de maconha, é fruto de um pleito popular que está a um passo de se concretizar. Por isso, o presente estudo faz uma abordagem da previsão legal e das penas cominadas ao uso de substâncias entorpecentes, enquanto crime tipificado na legislação penal brasileira, relacionando-o ao princípio da insignificância.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, é, atualmente, o diploma que regula, pela especialidade da matéria, a definição de crimes e a aplicação de penas aos usuários de drogas.

No Código Penal Militar (CPM), o tipo previsto no art. 290 apresenta onze condutas incriminadoras, dentre as quais, a posse, o consumo e o tráfico de substância entorpecente em área sob administração militar. É, portanto, o diploma legal que regula a matéria no âmbito castrense.

Assim, procura-se, neste trabalho, traçar um paralelo entre a lei penal comum e a lei penal castrense, com relação ao uso das drogas, contextualizando a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância em casos concretos de réus processados na Justiça Militar da União pela prática do crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar.

O tema deste trabalho, “o Princípio da Insignificância no art. 290 do Código Penal Militar”, já foi muito debatido nos tribunais superiores. No entanto, não há unanimidade nos posicionamentos dos julgadores, principalmente no Supremo Tribunal Federal, tamanha a complexidade e a divergência de opiniões que o assunto fomenta.

Diante da comparação das penas cominadas na Lei nº 11.343/06 (particularmente no art. 28) e no Código Penal Militar (art. 290), para o usuário de substâncias entorpecentes, observa-se uma desproporcionalidade significativa. Na lei penal castrense, a pena, para o usuário, é muito mais severa e, nela, ademais, não há previsão das medidas sócio-educativas, como na lei comum.

Além do mais, a pequena quantidade de substância entorpecente, na posse de usuário não sujeito às penas do Código Penal Militar, quando ínfima a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, está sujeita à incidência do princípio da insignificância.

Até o primeiro semestre de 2010, diversos foram os *Habeas Corpus* impetrados em favor de militares que, presos por portarem substâncias entorpecentes no interior de organizações militares, pleiteavam a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a mínima quantidade da substância encontrada com eles.

Assim, a questão foi levada até o Supremo Tribunal Federal que, em 21 de outubro de 2010, por 6 votos a 4, julgou que o princípio da insignificância não pode ser utilizado para beneficiar militares flagrados com reduzida quantidade de droga em ambiente militar. Na ocasião, o ministro Ayres Britto, então relator, sintetizou que “o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo, não se misturam”.

Desde então, a quase totalidade dos magistrados, nas Auditorias das Circunscrições Judiciárias Militares, julga o crime previsto no art. 290 do CPM, afastando a aplicação do referido princípio.

No sentido de verificar se a ínfima quantidade de substância entorpecente poderia ensejar uma atipicidade material das condutas descritas no tipo penal em apreço, formulou-se o seguinte problema: seria adequada ou não a aplicação do princípio da insignificância na seara do art. 290 do Código Penal Militar? Em quais circunstâncias?

Neste estudo, a pesquisa limitar-se-á aos julgados das Auditorias de Justiça Militar da União, do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos. Restringiu-se o campo de pesquisa à Justiça Militar da União, justamente porque, nas Forças Armadas, os jovens brasileiros de dezoito anos incorporam-se para a prestação do serviço militar obrigatório que, por vezes, é cumprido de forma involuntária. Dessa forma, são esses jovens, oriundos das mais diversas regiões do Brasil e, geralmente, das classes sociais menos favorecidas, os mais propensos a figurar no polo passivo de um processo penal militar, por violação da norma incriminadora do art. 290 do CPM.

Este trabalho alcançará tópicos de relevância para o desenvolvimento do tema, como o histórico da Justiça Militar da União, o Direito Penal Militar, o Crime Militar, o princípio da insignificância no contexto do Direito Penal, a comparação da lei

penal comum com a lei penal militar, quanto ao crime de porte de drogas, a jurisprudência sobre o tema estudado, algumas situações hipotéticas sobre as quais vislumbra-se a aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do CPM e uma análise crítica da atual postura jurisprudencial sobre a aplicação do princípio.

No percurso proposto, as questões de estudo figuram como ponto de partida para se encontrar soluções parciais que conduzam ao melhor conhecimento acerca do problema, o que é fundamental para se chegar a uma conclusão. Neste sentido, foram formuladas questões de estudo que envolvem a problemática desta investigação, abaixo listadas:

- a) como o usuário de entorpecentes é penalizado na lei comum e na lei militar?
- b) O que é o princípio da insignificância e qual a sua aplicação no Direito Penal?
- c) Quais os fundamentos jurídicos que justificariam a aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar?
- d) O que a jurisprudência atual orienta quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar?
- e) A jurisprudência atual adotou o entendimento mais justo quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar?

No Estado Democrático de Direito, onde princípios como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, equidade e proporcionalidade tomam uma expressiva dimensão, não se justifica a existência de legislações penais (comum e militar) com tratamentos tão diferenciados para uma mesma matéria. Assim, o porquê da realização desta pesquisa fundamenta-se, principalmente, no apontamento das desigualdades entre ambas as legislações, propondo uma solução para minimizar suas diferenças na dosimetria da pena dos crimes envolvendo entorpecentes, tornando-as mais proporcionais.

A relevância da pesquisa baseia-se na apresentação de uma solução jurídica para trazer a proporcionalidade da pena aplicada ao usuário de entorpecentes na lei penal militar à pena aplicada ao usuário que infringe a Lei nº 11.343/06.

Espera-se, com tal estudo, uma nova abordagem do assunto, de modo que os operadores do direito, principalmente os magistrados, possam refletir sobre a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância aos casos de incidência do art. 290 do Código Penal Militar, resultando no tratamento mais proporcional e aproximado à Lei nº 11.343/06.

A pesquisa em questão servirá para se comprovar que o princípio da insignificância poderia ser aplicado ao art. 290 do Código Penal Militar, afastando a tipicidade da conduta, em tese criminosa, e classificando-a como uma transgressão disciplinar, punível pela via administrativa.

Dessa forma, o real beneficiário da pesquisa será o cidadão, que poderá ter instaurado contra si um procedimento administrativo, ao invés de um judicial, em determinadas situações de violação do comando normativo do art. 290 do Código Penal Militar.

2 O ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Nesta seção, será realizado um estudo do art. 290 do Código Penal Militar, o qual trata sobre o crime de drogas. Antes da abordagem específica do referido dispositivo, é conveniente que se faça uma análise do sistema jurídico especializado que o envolve. Assim, serão abordados nas próximas subseções, a Justiça Militar da União, o Crime Militar e o Direito Penal Militar.

2.1 A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A Justiça Militar da União é um órgão do Poder Judiciário, especializado na aplicação da lei penal militar aos membros das três forças armadas brasileiras: Exército, Marinha e Aeronáutica.

Como atua de modo ininterrupto há mais de duzentos anos, não se pode fazer qualquer comparação a um “tribunal de exceção”. Possui magistrados nomeados de forma legal e permanente (os juízes auditores), não sendo subordinados a nenhum outro poder.

A Justiça Militar da União pode julgar, além dos militares, os civis, de acordo com as situações previstas em lei. Assim, os crimes militares são classificados em propriamente militares e impropriamente militares, como será visto na subseção correspondente.

Doutrinadores afirmam que a Justiça Militar tem as suas raízes na própria história da humanidade. Segundo Campos Junior (2001, p. 49) “foi na península itálica que a Justiça Castrense, fazendo-se imortal, influenciou todo o mundo civilizado”. A doutrina costuma dividir a história da Justiça Militar romana em quatro fases: Realeza, Cônsules e Tribunus, período de Augusto e o período de Constantino.

Na primeira fase, a Justiça Militar não tinha autonomia em relação à Justiça Civil. Era exercida pelo rei, auxiliado por um conselho de patrícios, e, na majestade, era concentrado o poder de decisão. Com o tempo, passou-se a admitir a decisão dos recursos criminais em última instância, pelo povo.

A segunda fase foi chamada como a dos Cônsules, pois julgavam as causas cíveis e militares. Posteriormente, estas últimas ficaram sob a exclusividade dos Cônsules. As causas cíveis ficaram sob a responsabilidade dos Pretores. No entanto,

os Cônsules não podiam aplicar as penas de morte sem uma consulta prévia aos militares.

No período de Augusto, a terceira fase foi caracterizada pela delegação de poderes aos Prefeitos do Pretório. Nas províncias do Imperador, havia uma divisão qualitativa, de maior ou menor grau, relativamente ao julgamento dos casos criminais. Aos comandantes das legiões, competiam o julgamento e a punição desses casos.

Na época de Constantino, o que correspondeu à quarta fase, as legiões romanas adquiriram grande força política. Por isso, o imperador dividiu-as, quebrando-lhes a consciência da própria força. Consequentemente, houve a necessidade de modificação da Justiça Militar, retirando-se o poder militar dos Prefeitos do Pretório e delegando-as a duas espécies de juízes (*magistri peditum* e *magistri equitum*). Com o passar do tempo, foram denominados de *magistri militum*, sendo apoiados por um conselho, meramente consultivo.

Quanto à Justiça Militar Nacional, ressalta-se que seu surgimento está atrelado à vinda da família real para o Brasil, em 1808. O então Príncipe Regente, D. João, instituiu, em 1º de abril daquele ano, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, base do atual Superior Tribunal Militar. Era composto por oficiais gerais do Exército e da Armada Real, os chamados Conselheiros de Guerra e Conselheiros do Almirantado; por oficiais de uma e outra Força Armada, denominados Vogais; e três Ministros Togados, dos quais um era o Relator e os outros dois, Adjuntos.

Embora a Constituição do Império do Brasil, de 1824, fizesse a primeira previsão de um Poder Judiciário, o Conselho Supremo Militar e de Justiça não foi inserido. Entretanto, na Constituição de 1891, as forças armadas foram declaradas instituições nacionais e permanentes e, no seu art. 77, prescreveu-se a existência da Justiça Militar e do Supremo Tribunal Militar, delineando as primeiras competências para esses órgãos.

Na Constituição de 1934, os tribunais militares foram inseridos na estrutura do Poder Judiciário, estabelecendo de forma clara os regramentos para a Justiça Militar e para o então Supremo Tribunal Militar. Ressalta-se que o limite de competência do referido órgão era tão somente para a esfera penal. Conforme Ronaldo João Roth¹:

A Constituição de 1934 incluiu a Justiça Militar como órgão do Judiciário, prevendo expressamente a figura do juiz militar e ampliando a sua competência para conhecer e julgar os delitos militares praticados, não só pelos militares, mas também pelas pessoas que lhe eram assemelhadas e

¹ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 24.

pelos civis, mantendo o caráter de foro especial daquela Justiça. [...] É de se notar que a Constituição de 1934 erigiu a Justiça Militar à condição de Justiça Especializada ao lado da Justiça Eleitoral.
(ROTH, 2003, p.24)

A Constituição de 1937 manteve as diretrizes da Constituição anterior, no tocante ao foro militar para os civis, nos casos expressos em lei, para a repressão aos crimes contra a segurança externa do País. O Poder Constituinte de 1946 foi o responsável pela atual designação de Superior Tribunal Militar, dada ao antigo Supremo Tribunal Militar.

Finalmente, a Constituição de 1988 restringiu as competências da Justiça Militar da União, ao remeter esse tópico para a legislação infraconstitucional, deixando a cargo da Justiça Federal a apreciação dos crimes contra a segurança nacional.

Quanto à sua estrutura, pode-se afirmar, inicialmente, que a Justiça Militar apresenta uma composição muito peculiar e harmônica, mesclando togados e não-togados num universo jurídico muito particular. Lado a lado, juízes togados e membros das forças armadas debruçam-se sobre os casos criminais militares, desde que existam materialidade e indícios de autoria.

Atualmente, a Justiça Militar subdivide-se em Justiça Militar da União e em Justiça Militar dos Estados. Compõem a Justiça Militar da União o Superior Tribunal Militar, STM, (órgão de 2º grau), Auditoria de Correição, e doze Circunscrições Judiciárias Militares, subdivididas em vinte e uma Auditorias, que são os órgãos de 1º grau. As Auditorias atuam por intermédio dos Conselhos de Justiça Militares (Conselhos Especiais e Conselhos Permanentes).

A atual composição do STM é de quinze ministros, dentre eles, dez oficiais gerais, sendo três da Marinha, três da Aeronáutica e quatro do Exército, todos da ativa e do posto mais alto. Os cinco civis são assim escolhidos: três dentre advogados e dois por escolha paritária, dentre juízes-auditores e membros do Ministério Público Militar. A composição mista reproduz a mesma harmonia existente na composição dos tribunais de primeiro grau. Os membros são escolhidos pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal. Como principais competências, o STM julga recursos das decisões de 1º grau, *Habeas Corpus*, além de processar e julgar, originariamente, oficiais gerais acusados de crimes militares.

A Auditoria de Correição é exercida por um Juiz-Auditor Corregedor, com jurisdição em todo o território nacional. É um órgão de fiscalização e orientação judiciário-administrativa. Como principais competências, procede às correições gerais e especiais nas auditorias; nos processos findos; nos autos de inquéritos arquivados

pelo Juiz-Auditor, representando ao tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que entenda existentes indícios de crime e de sua autoria; e nos autos em andamento nas auditorias, de ofício, ou por determinação do tribunal.

O Conselho Especial de Justiça é composto por cinco membros. Dentre eles, um Juiz-Auditor (relator) e quatro juízes militares, sob a presidência de um oficial general ou oficial superior, de posto mais elevado que os demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade. A principal competência do referido conselho é processar e julgar oficiais, exceto oficiais gerais, nos delitos previstos na legislação penal militar.

O Conselho Permanente de Justiça é composto, também, por cinco membros, quais sejam, um Juiz-Auditor (relator), um oficial superior (Presidente do Conselho) e três oficiais (posto até Capitão ou Capitão-Tenente). O referido conselho tem a duração de três meses, sendo sorteados novos membros a cada trimestre. Compete ao Conselho Permanente de Justiça processar e julgar praças e civis acusados, nos delitos previstos na legislação penal militar.

A Justiça Militar apresenta uma diretriz democrática na sua composição, sendo que as diferentes origens e possibilidades de argumentos apresentam uma evolução jurisprudencial na corte. Isso ocorre por intermédio das diversas experiências dos seus componentes, com formações distintas e particulares que podem somar e atribuir um mais acertado e justo valor sobre determinado assunto.

Se os crimes fossem remetidos a uma vara criminal comum, seriam exigidos, muitas vezes, conhecimentos que não são peculiares aos operadores do direito, como os significados de crimes de insubordinação e de violência contra inferior, ou contra a administração militar, entre outros ilícitos próprios da vida na caserna.

Essa composição mista, também chamada pela doutrina de escabinato, é um modelo que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, diante da miscigenação estabelecida pela composição dos conselhos de justiça militares, ou seja, dos Conselhos Permanentes e dos Conselhos Especiais. De acordo com a Lei Orgânica da Justiça Militar (Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992), foi firmada e sedimentada a sua existência, com todo o regulamento de seus serviços e auxiliares, já na vigência da última Constituição Federal.

Após um breve estudo da Justiça Militar da União, será visto, a seguir, a sua destinação jurisdicional. Assim, a abordagem do crime militar será de grande importância para as conclusões deste trabalho.

2.2 O CRIME MILITAR

Discorrido sobre as origens, a composição e a competência da Justiça Militar da União, será estudado, agora, o crime militar, a razão da existência dessa justiça especializada.

Antes, porém, de adentrar no assunto em tela, faz-se necessário situá-lo e distingui-lo do crime comum, pois a cada um o seu processo. Helio Lobo² apresenta a seguinte distinção:

Ao crime comum se opõe, conforme a lição clássica, o crime militar. Um regula-o, a lei comum; outro, a lei de exceção. Para aquele, o direito do paisano; para este, o direito do soldado. O primeiro tem sua repressão empreendida pelo código penal ordinário, é o homicídio, o ferimento, o furto. O segundo recebe uma codificação à parte, é o homicídio praticado por soldado, a deserção, o abandono de posto.
(LOBO, 1906, p.48)

De acordo com Costa (2005, p. 15), “o crime militar pode ser qualificado, em relação ao crime comum, como um crime próprio, em virtude da particularidade que assume a posição do sujeito ativo”. Mas interessante notar, que não é somente pela situação específica do sujeito ativo que o crime militar é caracterizado. Muitas condutas foram tipificadas como relevantes para o Direito Penal Militar pelo bem jurídico tutelado.

Assim, Luis Carlos Perez³ afirma:

A criação dos delitos militares é fundamentada no interesse que tem o Estado e os grupos representados nele, para proteger a organização das forças armadas, como instituições dirigidas à defesa pública, que é um dos fins vitais da nacionalidade.
(PEREZ, 1978, p. 05)

Importante ressaltar o posicionamento de Renato Maggiore⁴:

Se o crime militar é a ação lesiva a um interesse ou, melhor ainda, a ‘interesses específicos e peculiares da instituição militar e, portanto, caracterizados por uma especial objetividade jurídica, aquela militar’, em geral, essa espécie de interesse é tanto o objeto como o motivo da tutela. Esse sistema de interesses - é também seguro - tangivelmente ligado ao Estado, pois se manifesta por sua vez com um grau necessário de segurança da vida dos cidadãos e de sua conservação (para seu melhor bem estar), relativamente à defesa Armada quando constitucionalmente legítima; e tudo isso, ainda que de modo indireto, interessa ao Estado a existência-eficiência, ainda que moral das Forças Armadas, tanto que ele legifera para prever e punir, com efeito no ordenamento geral, qualquer que seja a diminuição ou

²LOBO, Helio. **Sabres e Togas. A autonomia judicante militar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1906. p. 48.

³PEREZ, Luis Carlos. **Tratado de Derecho Penal**. 2ª Ed. Bogotá: Temis, 1978. p. 05.

⁴MAGGIORE, Renato. **Diritto e Processo Nell’ Ordinamento Militare. Contributo allo studio del processo penal e militare**. Jovene, 1967.p 86-87.

ameaça pela funcionalidade da instituição, em geral, das F.A, quanto no sentido de qualquer atentado, por parte de estranhos, à integridade ou eficiência das próprias Forças Armadas.
(MAGGIORE, 1967, p. 86-87)

Dos posicionamentos doutrinários citados anteriormente, nota-se que a qualidade do agente, a ocorrência de algumas circunstâncias particulares, como o local, ou ainda, o bem jurídico tutelado pela lei penal militar irão caracterizar o crime como militar ou comum. Recorre-se, agora, ao direito positivo para a previsão normativa dos arts. 9º e 10 do Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar):

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

- a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;
- b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.
(Código Penal Militar – Parte Geral)

Os art. 9º e 10, do referido código, trazem as hipóteses legais de ocorrência dos crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra. Nota-se que, nem sempre, um crime militar tem como sujeito ativo ou passivo um integrante da caserna. Existem circunstâncias nas quais o civil também pode figurar no polo ativo ou passivo de um delito penal militar.

Admite-se, assim, que civis possam praticar crimes militares, ou ainda, que militares incidam em condutas que, de igual modo tipificadas na lei penal comum, revestem-se de circunstâncias especiais que atentam contra bens jurídicos penalmente tutelados pelo direito material castrense. Diante dessas possibilidades, surgem, aqui, dois conceitos que classificam os crimes em estudo como propriamente militares ou impropriamente militares.

Nas palavras de Badaró (1972, p.59), “os crimes propriamente militares dizem respeito à vida militar, vista globalmente na qualidade funcional do sujeito do delito, na materialidade especial da infração e na natureza peculiar do objeto”.

Para Costa (2005, p.130), o crime propriamente militar “era aquele que constituía uma infração do dever funcional do soldado, do dever específico da confissão do soldado”.

À primeira vista, pode-se inferir que os crimes propriamente militares são aqueles especificamente tipificados na lei penal militar e somente pelos militares pode ser cometido. Seriam delitos verdadeiramente funcionais, específicos, exclusivos, afetos às violações de deveres militares. Os tipos militares próprios criminalizam condutas que somente são praticadas pelo militar no exercício de suas funções. No entanto, há uma exceção que é importante ressaltar: o crime de insubmissão. Dispõe o art. 183 do Código Penal Militar:

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:
Pena - impedimento, de três meses a um ano.

Assim, levando-se em conta que, tecnicamente, o cidadão civil adquire a condição de militar somente após a incorporação, é fácil concluir que a insubmissão é o único crime propriamente militar que pode ser cometido por um civil.

Os crimes militares próprios não encontram tipificação correspondente no Código Penal comum, sendo, dessa forma, tipos peculiares ao Direito Militar.

Do outro lado dessa classificação doutrinária, encontram-se os crimes impropriamente militares, também chamados de acidentalmente militares.

Ramagem Badaró⁵ faz uma interessante abordagem a respeito dos crimes impropriamente militares:

Vale anotar-se que, crimes comuns há, que afetando a organização, a ordem, a finalidade das instituições militares, passam a subsistir como crimes militares. Daí serem denominados de crimes impropriamente militares. (BADARÓ, 1972, p. 52)

Nesse contexto, admite-se que é possível uma conduta tipificada como criminosa na lei penal comum o seja também no Código Penal Militar. Desse conflito aparente de normas, deve prevalecer a lei especial castrense.

Pode-se afirmar que os crimes militares impróprios são crimes comuns e, como tais, podem apresentar como sujeito ativo até mesmo um civil. Qualquer pessoa pode cometer um crime militar impróprio, fato que o distingue do crime propriamente militar que, à exceção do crime de insubmissão, só pode ser cometido por militares, dada a especialidade do dever funcional.

A partir deste breve estudo sobre o crime militar, serão vistos, a seguir, alguns apontamentos sobre o Direito Penal Militar, a ciência que proporciona o embasamento teórico à Justiça Militar no processo e no julgamento dos crimes militares em espécie.

2.3 DIREITO PENAL MILITAR

A doutrina predominante divide o Direito Penal Militar em quatro fases distintas, quais sejam: Antiguidade, Direito Romano, Idade Média e Época Moderna. Nota-se que as fases estão intimamente ligadas aos períodos históricos nos quais a ciência do Direito Penal Castrense se desenvolveu.

Na 1ª fase, correspondente à Antiguidade, Martínez Muñoz⁶ ressalta:

⁵BADARÓ, Ramagem. **Comentários ao CPM de 1969. Parte Geral**. São Paulo: Editora Juriscredi, 1972. p. 59.

⁶MUÑOZ, Martínez. **Derecho militar y derecho disciplinario militar**. Buenos Aires: De palma, 1977. p. 73.

Ainda que em um determinado momento não se possa falar de uma diferenciação categórica capaz de perfilar dentro de nítidos lineamentos a ordem jurídica militar em vigor; ‘não encontraremos, na verdade, um direito penal e processual militar distinto do direito comum, mas disposições escassas misturadas e confundidas com normas legais desse direito criminal antiquíssimo, o mais antigo dos ramos jurídicos, cuja origem parece ser a origem da sociedade humana’.
(MUÑOZ, 1977, p.73)

Na fase ainda embrionária do Direito Penal Militar, sobressai a legislação mosaica, ou seja, dispositivos de várias normas legais que eram interpretadas para se operar o direito em tela.

O segundo momento do direito em referência é o da fase Romana. Conforme Araujo (1898, p.04), “as origens históricas do direito criminal militar, como de outro qualquer ramo do direito são, principalmente, as que nos oferecem os romanos”. Nesse contexto, Angelo Longo⁷ pronuncia:

(...) mas a formação dos exércitos permanentes fez surgir um corpo de normas destinadas aos mesmos de maneira exclusiva, que reconduziam à autoridade do príncipe não tanto na qualidade de chefe de Estado, mas em sua veste de comandante das forças armadas.
(LONGO, 1975, p. 63)

A terceira fase do Direito Penal Militar coincidiu com a Idade Média e, com ela, uma significativa característica: “a jurisdição militar adquire o caráter de foro privilegiado, em favor da classe militar que era a dirigente” (HERRERA, 1971, p.15).

A quarta e última fase iniciou-se com a Revolução Francesa. Foi na Época Moderna que, segundo Astrosa Herrera⁸:

(...) os princípios da jurisdição militar moderna, despojando-a de seu caráter feudal de foro privilegiado, que era incompatível com os postulados de igualdade cidadã. Se estabeleceu a restrição do foro em razão das pessoas e da matéria, limitações que tinha acolhido o direito romano.
(HERRERA, 1971, p. 15)

Quanto ao Direito Penal Militar nacional, sua origem está intimamente ligada ao Direito Penal Militar português. Até fins do século XVIII, aplicava-se, no Brasil, uma gama de legislações avulsas, entre elas, ordenações, regimentos e regulamentos militares. Não havia codificação naquela época. Segundo Carneiro (1959, p. 28), “o primeiro intento visando a uniformizar essa parafernália legislativa ocorreu em 1820, com a aprovação de um projeto de Código Penal Militar”. Como o referido projeto não logrou êxito, não entrou em vigor.

⁷LONGO. Angelo. **Instituzioni di diritto militare**. Bulzoni. 1975. p.63.

⁸HERRERA, Renato Astrosa. **Derecho Penal Militar**. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1977.p.15.

Em 1861 e em 1890, mais dois projetos foram apresentados, sistematizando as normas, mas abarcando a legislação material, processual e disciplinar no mesmo projeto.

O Decreto nº 949, de 05 de novembro de 1890, substituiu os projetos anteriores e foi considerado o primeiro Código Penal da então Armada dos Estados Unidos do Brasil. O segundo código viria em 07 de março de 1891, o qual teve algumas disposições modificadas.

Em 1944, surge o terceiro Código Penal Militar, sendo que, na atualidade, rege o respectivo direito o Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Após esse breve histórico, serão apresentadas algumas características do Direito Penal Militar. Por se tratar de um ramo jurídico muito específico e, geralmente, direcionado a uma pequena parcela da população, o Direito Penal Militar é tido como estranho, oculto. No entanto, tais adjetivos devem-se, principalmente, ao desconhecimento popular.

Nas palavras de Amaury de Souza Mello⁹:

(...)as escassas fontes de consulta e a sobrevivência de certas ideias que no passado fizeram da jurisdição marcial uma espécie de círculo murado, que só aos militares interessaria, têm sido causa do alheamento da maioria dos juristas aos importantes temas desse ramo especial do Direito.
(MELLO, 1958, p. 219)

Há pessoas que consideram o Direito Penal Militar como um direito extraordinário e de exceção. No contexto, Gusmão (1997, p.92) afirma que “não se pode confundir um direito especial com um direito extraordinário ou de exceção”.

Entretanto, Vincenzo Manzini¹⁰ nunca afirmou que o Direito Penal Militar fosse uma especialização do comum, bem como não admite identidade de princípios e preceitos entre este e o Direito Penal comum. Para ele:

O direito penal militar é um direito penal especial, pois é aplicável unicamente às pessoas que se encontram ou que atuam sob determinadas condições. Isso não representa uma fração do direito penal comum (como relativo às inúmeras leis penais administrativas), mas constitui um corpo autônomo de leis, ainda que corretas para tanto, nas instituições fundamentais, de princípios diversos daqueles acolhidos no código penal comum. Gravíssimo e evidente erro seria, portanto, qualificar o direito penal militar, no seu todo, como um direito extraordinário ou de exceção.
(MANZINI, 1985, p. 02)

Há diversos posicionamentos doutrinários acerca da especialidade do Direito Penal Militar, sobre o que, de fato, torna o Direito castrense especial. Nas palavras de

⁹MELLO, Amaury de Souza. **Direito Penal Militar: sua autonomia**. Rio de Janeiro: Editora N/D, 1958. p. 219.

¹⁰MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale Italiano**. 5ª ed. Torino: UTET, 1985. p. 02.

Costa (2005, p. 33), seria “foro privilegiado que ao militar caberia ou à possibilidade de somente essa profissão ofender bens juridicamente tutelados pelo direito penal castrense”.

Parte da doutrina ainda entende que é a somatória da pessoa do militar com os bens jurídicos protegidos pelo direito penal castrense o resultado caracterizador da especialidade do citado direito.

Ressalta-se, pois, o posicionamento defendido por José Luiz Dias Campos Júnior. Segundo Campos Junior (2001, p. 113), “restringe-se a especialidade do Direito Penal Militar somente aos bens jurídicos por ele protegidos”.

Atualmente, o Direito Penal Militar está presente em vários outros países, como legislação especial, separada da legislação penal comum. Pode-se citar como exemplo a Itália, que tem o seu Código de Justiça Militar de Paz e de Guerra, de 20/02/1941; Portugal, que possui um Código de Justiça Militar, de 09/04/1977; Israel, com a lei de Justiça Militar de 1955; Argentina, com o Código de Justiça Militar, de 09/07/1951, e a França, com o Código de Justiça Militar, de 19/11/1982. A principal distinção entre eles é que alguns tentam separar normas penais militares materiais de normas penais procedimentais.

Como citado no parágrafo anterior, as normas penais militares, como ocorre no Direito Penal comum, são divididas em materiais e formais. As primeiras “são as normas que contêm o fato típico, ou ainda, aquelas que conferem aos órgãos do Estado ou aos cidadãos o poder de dispor da pretensão punitiva ou da pena” (NEVES, 2005, p.12). Já as normas formais são aquelas que regulam de modo geral o processo, ou seja, o seu início, o seu desenvolvimento e a sua conclusão.

No Brasil, a lei material castrense é representada pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar. Por sua vez, a lei processual apresenta-se no Decreto-lei nº 1.002, também de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar.

Após breves considerações sobre o Direito Penal Militar e a sua especialidade, será estudado, a seguir, o artigo 290 do Código Penal Militar, que trata sobre o crime de entorpecentes.

2.4 ESTUDO DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

A partir desta subseção, será enfatizado o dispositivo legal objeto deste trabalho, qual seja, o tipo penal referente aos entorpecentes no âmbito da administração militar.

Assim, os itens abaixo apresentarão um estudo pormenorizado do art. 290 do Código Penal Militar, de forma a preparar o leitor para a abordagem da aplicação do princípio da insignificância nos crimes dessa natureza.

Contudo, antes da análise propriamente dita do referido tipo penal, observa-se o que prescreve o Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, a respeito do referido tema:

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

(Código Penal Militar)

2.4.1 Núcleos do tipo penal

Após a exposição do tipo penal positivado no art. 290 do Código Penal Militar, serão analisados, nesta subseção, os núcleos desse dispositivo, ou seja, as ações, as condutas fáticas que podem caracterizar a tipicidade formal desse crime militar.

O art. 290 do Código Penal Militar possui onze núcleos, ou seja, onze verbos. Assim, basta que o agente pratique qualquer uma das condutas discriminadas para que se tenha, em tese, a tipicidade formal do crime em tela.

Quanto à descrição de cada núcleo, presente no art. 290 do Código Penal Militar, Jorge Cesar de Assis¹¹ dispõe:

Receber é aceitar (dádiva); aceitar em pagamento; tomar (o que é devido); obter como recompensa ou favor, a substância entorpecente.
 Preparar deve ser entendida a obtenção da substância entorpecente por meio de composição ou de decomposição química.
 Produzir é criar, dar existência. Distingue-se da modalidade anterior, que é feita com sutileza, mostrando a preocupação do legislador na previsão de todas as hipóteses. Dá ideia de produção em série, extrativa ou industrial.
 Vender é dispor da substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica, a título oneroso.
 Fornecer é prover, entregar, abastecer.
 Ter em depósito é conservar a coisa à sua disposição.
 Transportar é conduzir a substância tóxica de um lugar para outro, pessoalmente ou por intermédio de terceiro.
 Trazer consigo deve ser entendido como o transporte pessoal do tóxico, desimportando se o agente não chegou a vender a substância entorpecente, pois “trazer consigo” já é delito consumado.
 Guardar é ter sob vigilância ou sob os cuidados do agente a substância entorpecente.
 Ministras é dar o tóxico para ser consumido; é o introduzir entorpecente no organismo de alguém, por qualquer meio utilizável para tal, como a ingestão, aspiração, injeção etc.
 Entregar de qualquer forma a consumo, engloba de maneira ampla, todas as ações de tráfico ou facilitação do uso de substâncias entorpecentes por ação não configurada num dos verbos do artigo 290.
 (ASSIS, 2004, p. 630)

O autor Edgard de Brito Chaves Júnior¹² expõe os seguintes elementos característicos do crime exposto no art. 290 do Código Penal Militar:

- a) o agente delitivo deve receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;
 - b) o sujeito ativo age sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
 - c) o crime tem de ocorrer em lugar sujeito à administração militar;
 - d) o elemento subjetivo do crime é a vontade livremente dirigida a qualquer das referidas ações.
- (CHAVES JÚNIOR, 1986, p. 88-89)

Como observado, o art. 290 do Código Penal Militar possui uma gama extensa de núcleos, não fazendo o legislador castrense distinção entre usuário e traficante das substâncias entorpecentes, como ocorre na lei penal comum. Assim, pode-se deduzir, em primeira análise, que tanto o usuário quanto o traficante são apenados da mesma forma pela lei militar. Como disse Chaves Júnior (1986, p. 88), “seu maior, enorme pecado, é o apontado acima, o de nivelar o viciado ao traficante”.

¹¹ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte Especial. 3ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 630.

¹²CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. **Direito Penal e Processo Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 88-89.

2.4.2 Bem jurídico tutelado

De maneira geral, pode-se inferir que o Direito Penal Militar tutela bens, pessoas, valores e interesses da administração militar. Surge, assim, o porquê, a razão da existência das normas penais militares: tutelar, proteger os chamados bens jurídicos de interesse da instituição. Determinados bens podem ter valores pessoais, sentimentais e, por que não, financeiros. Contudo, aqueles bens, os que interessam ao direito e sobre os quais o Estado positivou “regras protetoras”, pode-se chamá-los de bens jurídicos.

O professor Francisco de Assis Toledo define de forma bem ampla o significado de bem. Para Toledo (1994, p. 15), “bem é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso”. E prossegue indicando que, dentre uma gama imensa de bens afetos a cada indivíduo, “seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’” (TOLEDO, 1994, p.16).

Finalmente, sob o enfoque penal do bem jurídico, Francisco de Assis Toledo¹³ressalta que:

Bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.
(TOLEDO, 1994, p. 17)

Pode-se ressaltar, ainda, “que o Direito Penal não está autorizado a produzir bens jurídicos, mas, apenas, a descobri-los, identificá-los” (NEVES, 2005, p. 13).

Após breves considerações sobre a parte conceitual, enfoca-se, agora, o bem jurídico penalmente tutelado pelo art. 290 do Código Penal Militar.

Quando se lê a parte especial do referido diploma castrense, particularmente o livro I, que trata dos crimes militares em tempo de paz, pode-se deduzir uma ordenação dos títulos correspondentes aos bens jurídicos tutelados pela lei penal, por grau de importância para a instituição militar. Assim, em uma interpretação sistemática do CPM, pode-se inferir que o legislador penal militar atribuiu aos bens jurídicos penalmente tutelados a seguinte ordem de importância: segurança externa do País, autoridade e disciplina militar, o serviço militar e o dever militar, a pessoa, o patrimônio, a incolumidade pública, a administração militar e a administração da justiça militar.

¹³TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.15

Se considerada a suposta ordenação dos bens jurídicos tutelados no Código Penal Militar, verifica-se que a incolumidade pública estaria no “sexto nível de importância”. Dentro do referido título, o capítulo III descreve os crimes contra a saúde e o primeiro tipo penal disposto é, justamente, o art. 290, que trata do tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar.

O introito anterior serve para demonstrar, sistematicamente, que o bem jurídico tutelado pelo art. 290 do Código Penal Militar é a saúde e, no sentido amplo, a incolumidade pública.

Interessante posicionamento é apresentado pelo promotor da Justiça Militar da União, Luciano Moreira Gorrilhas¹⁴:

A legislação penal militar, por sua especialidade, tutela somente, de forma mediata, o bem jurídico: saúde pública, nos crimes que envolvam drogas. A hierarquia e disciplina, supedâneos indispensáveis para operacionalidade das Forças Armadas, constituem-se no bem jurídico imediato a ser protegido. (GORRILHAS, 2011, p.03)

Nessa mesma linha, vários magistrados da Justiça Militar da União e ministros do STM e do STF consideram que o bem jurídico militar tutelado pelo art. 290 do Código Penal Militar (CPM) não se restringe somente à saúde do próprio militar. A tutela é mais ampla e abrange a regularidade das instituições militares.

Percebe-se, pois, um entendimento que o bem jurídico protegido pelo dispositivo penal militar em tela apresenta-se de uma forma explícita, mediata, como sendo a saúde pública. Por outro lado, segundo o entendimento predominante, tutela o art. 290 do CPM bens jurídicos implícitos, imediatos, quais sejam, a hierarquia, a disciplina e a regularidade da instituição militar.

Quanto à hierarquia, cabem aqui algumas considerações. Segundo Bandeira (1919, p. 188), “hierarquia militar é a relação de ordem administrativa e jurídica que existe entre pessoas subordinadas umas às outras em razão de seus postos e funções na corporação militar”. Renato Maggiore (1967, p. 65) ressalta que “é a expressão de subordinação (...) mais exatamente, a subordinação é a forma de obediência”.

Ainda complementando a ideia do bem jurídico militar “hierarquia”, o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, dispõe:

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela

¹⁴GORRILHAS, Luciano Moreira. **A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das Forças Armadas. Jus Navigandi**. Teresina. Ano 16. n. 2752, 13 jan. 2011. p. 03. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18262>>. Acesso em: 07/04/2014.

antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.
(Estatuto dos Militares)

Para Campos Júnior (2001, p. 132), “a obediência hierárquica é, no consenso geral, o princípio maior da vida orgânica e funcional das Forças Armadas. O ataque a esse princípio leva à dissolução da ordem e do serviço militar”. Contudo, é importante ressaltar que a obediência hierárquica não pode escusar condutas criminosas. Sobre o tema, o Professor Rolf Koerner Junior¹⁵ dispõe:

Vê-se, então, que até para a caserna não prescreve a lei a obediência passiva ou irrestrita, e caberá ao magistrado, para evitar injustiças, examinar a situação de fato com os recheios sobre a posição do inferior na hierarquia, sua rusticidade etc., para um acurado, necessário e indelegável julgamento.
(KOERNER JÚNIOR, 2003, p. 127)

Quanto ao bem jurídico militar “disciplina”, José Afonso da Silva nos dá uma primeira noção desse princípio basilar para a caserna. Segundo Silva (2012, p.738), “é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores”.

Com essa afirmação, não é difícil notar que os conceitos de hierarquia e disciplina militares estão entrelaçados. Tanto é que Renato Maggiore (1967, p. 55) afirma “estar na obediência e na subordinação, a essência da disciplina militar!”.

José Afonso da Silva¹⁶ ainda complementa:

Não se confundem, como se vê, hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica.
(SILVA, 2012, p. 738)

Assim, apresentadas essas proposições iniciais, observa-se o que prescreve o já citado Estatuto dos Militares, no seu artigo 14, § 2º:

Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.
(Estatuto dos Militares)

¹⁵KOERNER JÚNIOR. Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p. 127.

¹⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 738.

Diante das apresentações acerca dos bens jurídicos militares hierarquia e disciplina, deduz-se que a instituição militar será tão regular e equilibrada, quanto mais respeitados forem os princípios da hierarquia e da disciplina. Assim, embora considerados implícitos na letra da lei, particularmente no Código Penal Militar, há entendimentos no sentido de que os bens jurídicos hierarquia e disciplina são comumente tutelados pelo art.290. Esse é o posicionamento dos juízes auditores, dos ministros do STM e de alguns ministros do STF, como será demonstrado na seção referente à jurisprudência recente sobre o tema.

2.4.3 Usuário e traficante

No âmbito do Direito Penal Militar, um dos aspectos mais discutidos e polemizados nos últimos anos é o tratamento dado ao usuário e ao traficante no art. 290 do Código Penal Militar.

No referido diploma penal castrense, não há uma segregação entre a situação do traficante e a do usuário de drogas. O art. 290 do Código Penal Militar equiparou as condutas de trazer consigo e traficar substância entorpecente. Chaves Junior (1986, p. 87) considera que “trata-se de redação muito infeliz, pois compara o viciado ao traficante, colocando em pé de igualdade os absolutamente desiguais”.

Como a pena prevista para o referido delito é de até cinco anos de reclusão, podem acontecer situações questionáveis. É possível que um condenado pela conduta de tráfico de drogas no interior de um quartel das forças armadas venha a ser contemplado com a suspensão condicional da pena. Para isso, basta que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e que sofra uma sanção de até dois anos de reclusão. Dentro do contexto, a mesma pena poderia ser aplicada a um simples usuário, reincidente, preso em flagrante portando drogas no interior de um aquartelamento. Assim, nas palavras de Gorrilhas (2011, p. 04), “a lei foi muito condescendente com o traficante e extremamente rigorosa com o usuário”.

Outra questão interessante refere-se à rubrica marginal descrita no art. 290 do Código Penal Militar, qual seja, “TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU DE SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR”. Na observação dos núcleos desse tipo penal militar, a lei não pune o simples uso de entorpecentes sem, antes, o agente conduzir (ou portar) a referida substância. Assim, não se aplica a pena ao agente por ter feito o uso de droga, caso não traga consigo uma porção da substância

tóxica. Vê-se que é um dispositivo penal aplicado ao usuário de drogas, mas que não traz explicitamente a previsão do uso.

Portanto, nota-se uma acentuada desproporcionalidade no tratamento dado ao usuário e ao traficante no art. 290 do Código Penal Militar. Se observada a legislação penal comum, que será estudada e comparada em seção específica, a falta de proporção é ainda mais latente.

2.5 SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Na seção anterior, fez-se uma exposição mais detalhada sobre o crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar. Assim, o tipo penal dispõe onze verbos, ou seja, núcleos das condutas que tipificam o crime de drogas no meio militar. Ressalta-se que todos esses onze núcleos remetem a ações envolvendo as chamadas substâncias entorpecentes. Dessa forma, é necessário um complemento, um reenvio para outra norma que defina e especifique quais as substâncias que são consideradas entorpecentes.

Jorge Cesar de Assis¹⁷ faz o seguinte apontamento:

O artigo 290 do CPM reintroduziu o critério da norma penal em branco. O caput do artigo é a norma de vigência comum, ao passo que a norma de reenvio ou complementar é a relação de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física(...)
(ASSIS, 2004, p.631)

A norma, cuja lei faz remissão, é a Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, com suas atualizações, perfeitamente aplicável à legislação penal militar. Segundo a referida portaria, “entorpecente é a substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste regulamento técnico”.

Para Chaves Júnior (1986, p.89), “são consideradas entorpecentes, entre outras, as seguintes substâncias: ópio, morfina, heroína, dilaulide, discoide, tabaína, peronina, coca, cocaína, a *cannabis sativa* ou maconha”.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que será abordada em seção específica, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Nessa lei, o termo entorpecente é abandonado, cedendo lugar ao termo drogas. O seu art. 1º, parágrafo único, dispõe que “consideram-se como drogas as substâncias ou os

¹⁷Op. Cit., p. 631.

produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

No mesmo ano em que a referida lei entrou em vigor, o então Senador Romeu Tuma comentou: “estamos de acordo com a nova terminologia proposta, mais sintética, além de amplamente consagrada no senso comum”.

Alguns autores afirmam que, com essa redação, haverá ainda uma maior abertura temática delegada à norma regulamentadora. A Lei nº 11.343/06 tem diversas normas penais em branco, que são regulamentadas, hoje, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Na vigência da chamada “Lei de Drogas”, segundo esses autores, a regulamentação precisará deixar claro quais drogas serão objetos da referida norma. Em tese, não importa se se trata de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, ou, ainda, que causem ou não dependência física ou psíquica.

3 A LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, foi a norma que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. É a norma penal brasileira que regula, pela especialidade da matéria, a criminalização das condutas e suas respectivas cominações de penas aos usuários e aos traficantes das substâncias entorpecentes que, conforme citado na seção anterior, foram, terminologicamente, consideradas drogas.

Usualmente chamada de “Lei de Drogas”, a Lei nº 11.343/06, desde o início da sua vigência, trouxe amplas discussões sobre as reprimendas possíveis de serem aplicadas aos usuários de drogas. Há quem diga que houve uma “despenalização” ou uma descriminalização do consumo de drogas ou do seu transporte em pequena quantidade, o que caracterizaria o usuário. Por outro lado, há quem defenda que o usuário de drogas não deixou de ser penalmente sancionado. O que houve foi uma atenuação da pena imposta, mas que não pode ser considerada uma irrelevância penal.

Maria Lúcia Karam¹⁸comentou sobre a referida lei:

O usuário de drogas ilícitas ainda é tratado como criminoso no Brasil. A Lei 11.343/2006 – a vigente lei brasileira em matéria de drogas – ilegitimamente criminaliza a posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas em seu artigo 28, ali prevendo penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa. A Lei 11.343/2006 apenas afastou a previsão de pena privativa de liberdade.

Não se trata de tornar o relacionamento do Poder Judiciário com o usuário mais humano. Na realidade, o mero fato de usar drogas ilícitas não deveria levar ninguém a se relacionar com o Poder Judiciário. A criminalização da posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas viola princípios garantidores de direitos fundamentais inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, aí naturalmente incluída a Constituição Federal brasileira. A simples posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros são condutas que dizem respeito unicamente ao indivíduo que as realiza, à sua liberdade, às suas opções pessoais. Condutas dessa natureza não podem sofrer nenhuma intervenção do Estado, não podem sofrer nenhuma sanção. Em uma democracia, a liberdade do indivíduo só pode sofrer restrições quando sua conduta atinja direta e concretamente direitos de terceiros.

¹⁸ KARAM, Maria Lucia. **Guerra às drogas encarcera mais negros do que apartheid, afirma a jurista Maria Lúcia Karam.** 15 dezembro 2010. Disponível em: <<http://coletivocannabisativa.blogspot.com.br/2010/12/guerra-as-drogas-encarcera-mais-negros.html>>

O art. 28 da Lei nº 11.343/06 assim dispõe:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

(Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

Afirma Marcão (2007, p. 58) que “a leitura apressada do art. 28 da Lei 11.343/06 pode levar à conclusão equivocada no sentido de que ocorreu *abolitio criminis* em relação às condutas que eram reguladas no art. 16 da Lei 6.368/76”.

Para o autor, o que ocorreu foi a ampliação das hipóteses de conformação típica e considerável abrandamento punitivo (MARCÃO, 2007, p. 58).

Como abordado no introito desta seção, uma das questões levantadas pela Lei nº 11.343/06 foi se ocorreu ou não a descriminalização, diante da proposta penal descrita no art. 28.

O jurista Luiz Flávio Gomes foi o primeiro que escreveu sobre o assunto.

Segundo Gomes (2006), a lei aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Seu convencimento foi firmado no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, em seu art. 1º, dispõe que: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a

que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Luiz Flávio Gomes¹⁹ ainda complementa:

Ora, se legalmente (no Brasil) ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimentos a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de ‘infração penal’ porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração ‘penal’ no nosso País. Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. (GOMES, 2006, p. 110)

O autor Renato Marcão apresenta um posicionamento diferente. Entende que não ocorreu descriminalização, como se posiciona Luiz Flávio Gomes. Para Marcão²⁰:

(...) o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na Parte Geral do Código Penal (...) O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão, segundo entendemos. (...) A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta, nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção. (...) Há que se levar em conta, ainda, que o art. 28 se encontra no Título III (Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas), Capítulo III, que cuida “Dos Crimes e das Penas”, e que a Lei 11.343/2006, lei federal e especial que é, cuidou de apontar expressamente tratar-se de *crimes* as figuras do art. 28 (caput e § 1º), não obstante a ausência de qualquer pena privativa de liberdade cominada. (MARCÃO, 2007, p. 59-60)

Outra abordagem relevante sobre a Lei nº 11.343/06 refere-se ao tratamento dado ao traficante. Segundo o artigo 33 da referida lei:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:
I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação

¹⁹GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 110.

²⁰MARCÃO, Renato. **Tóxicos (Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006) Nova Lei de Drogas, anotada e interpretada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 59-60.

legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

(Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

O tipo penal do art. 33 da referida “Lei de Drogas” possui dezoito verbos, ou seja, núcleos de condutas que tipificam o crime de tráfico de drogas. É considerada uma modalidade de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único delito.

Importante ressaltar que a pena mínima cominada para esse tipo penal, nos termos da lei, é de cinco anos de reclusão. Vê-se que o legislador tratou com severidade a conduta do tráfico, prevendo uma pena proporcionalmente relevante para esse fato de tamanha reprovação social.

Pode-se observar que o elemento normativo do referido art. 33 da Lei nº 11.343/06 seria caracterizado pela expressão "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". O elemento subjetivo desse tipo penal é o dolo.

Como o objeto do presente trabalho limita-se à aplicação do princípio da insignificância no art. 290 do Código Penal Militar, julga-se desnecessário o aprofundamento no estudo do art. 33 da Lei nº 11.343/06, visto que o evocado princípio está mais afeto à conduta do usuário (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Feitas as considerações necessárias, a título de introdução, a próxima subseção abordará alguns tópicos comparativos entre a Lei nº 11.343/06 e o art. 290 do Código Penal Militar.

3.1 TÓPICOS COMPARATIVOS DA LEI Nº 11.343/06 COM O ART. 290 DO CPM

Como a Lei nº 11.343/06 e o art. 290 do Código Penal Militar tratam de matérias similares e, por vezes, controversas no âmbito do ordenamento jurídico, foram elencados alguns tópicos comparativos entre esses dispositivos penais.

3.1.1 Bem jurídico tutelado

Quanto ao bem jurídico penalmente tutelado pela Lei nº 11.343/06, não há dúvida tratar-se da saúde pública. Ao instituir um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o legislador brasileiro considerou o usuário de drogas como um doente, que precisa da tutela do Estado para a sua recuperação. Ao traficante, aquele que dissemina a droga e abastece os mercados consumidores, a Lei de Drogas previu penas mais severas. Afinal, o traficante pode ser visto como um dos principais agentes que minam a saúde pública, induzindo consumidores a propagarem, cada vez mais, esse mal.

Conforme análise feita em seção anterior, segundo a doutrina e a jurisprudência predominante, embora o art. 290 do Código Penal Militar esteja posicionado sob o título “Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública” e, ainda, sob o capítulo “Dos Crimes Contra a Saúde”, os bens jurídicos tutelados não se restringem à incolumidade pública e à saúde. Nos recentes julgados dos tribunais superiores, a jurisprudência converge no sentido de que o bem jurídico penal-militar tutelado pelo dispositivo em tela é, também, a regularidade das instituições militares, por intermédio da proteção à hierarquia e à disciplina.

3.1.2 Penas cominadas ao usuário e ao traficante

Neste item residem as maiores discussões acerca da proporcionalidade dos dois dispositivos. Na lei penal castrense, como o art. 290 não faz distinção entre usuário e traficante, a pena cominada é comum, qual seja, até cinco anos de reclusão. A jurisprudência no âmbito da Justiça Militar da União é que corrige a desproporcionalidade da mesma pena para condutas tão diferentes por intermédio da dosimetria aplicada. Assim, os recentes julgados das Auditorias da Justiça Militar da União demonstram que um simples usuário de drogas dificilmente será condenado à

pena privativa de liberdade superior a dois anos. Dessa forma, certa é a possibilidade de suspensão condicional da pena.

No caso da Lei nº 11.343/06, existem tipos penais distintos para as condutas que caracterizam o usuário e o traficante. Destarte, a lei reservou às ações tipificadas no art. 28 as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Para a garantia do cumprimento dessas penas cominadas pelo *caput* do art. 28, a Lei de Drogas prevê a aplicação de admoestação verbal e multa. Para Marcão (2007, p. 66), “uma das consequências da política de redução de danos adotada na nova lei é o abrandamento do rigor punitivo em relação às condutas anotadas no art. 28 (...)”.

Percebe-se, pois, que a pena cominada ao usuário de drogas na lei criminal comum é muito mais branda que na lei penal castrense. Se comparada a pena mínima, a desproporção é gritante! Toma-se o exemplo de um réu primário, condenado pelo uso de drogas. Se o crime for de natureza comum -art. 28 da Lei nº 11.343/06 - poderia ser apenado com uma advertência. No entanto, se o mesmo réu primário cometesse um crime de natureza militar, sendo condenado pelo uso de drogas no interior de um quartelamento qualquer – art. 290 do CPM - poderia ser apenado, minimamente, com um ano de reclusão.

Ressalta-se, agora, a pena cominada ao tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, que caracteriza o tráfico de drogas: reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Aqui, ocorre uma situação inversa. Na lei penal castrense, o traficante pode sofrer uma pena máxima de cinco anos de reclusão, o que corresponde à pena mínima cominada no art. 33da Lei de Drogas. Percebe-se, pois, uma nova desproporcionalidade na comparação dos dispositivos penais. A lei penal militar é bastante complacente com o traficante, possibilitando, até mesmo, a aplicação de suspensão condicional da pena, caso o réu fosse apenado com até dois anos de reclusão, atendidos os demais requisitos legais.

3.1.3 Prisão em flagrante

Pela regra do §2º do art. 48 da Lei nº 11.343/06, não se imporá prisão em flagrante àquele que praticar qualquer das condutas reguladas no art. 28, *caput* ou §

1º. Assim, nos termos da referida lei, o autor do fato deve ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Nota-se, pois, que o agente que comete o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas não será preso em flagrante, mas, sim, conduzido à autoridade competente para as providências legais.

De forma diversa, o agente que comete o crime militar previsto no art. 290 do Código Penal castrense está sujeito à prisão em flagrante delito, não importando se a tipificação material for na modalidade “trazer consigo”, mais branda e que poderia caracterizar um simples usuário. Decorre, assim, outra desproporcionalidade de tratamento dado ao usuário de drogas na lei penal comum e na lei penal militar.

3.1.4 Tratamento ambulatorial ao usuário

A Lei nº 11.343/06 prevê, no seu art. 48§ 7º, que “o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. O dispositivo em questão demonstra, claramente, anova conotação que a lei penal comum deu ao usuário de drogas. Na vigência de leis anteriores que regulavam a matéria, o usuário era considerado um criminoso. Com a Lei de Drogas atualmente em vigor, o usuário é considerado um doente, possuidor de uma enfermidade que o Estado tem o dever de amparar e recuperar, e não exercer, apenas, o seu *jus puniendi*. Vinte anos antes da vigência da Lei nº 11.343/06, o autor Chaves Júnior (1986, p. 87) já escrevia que “o viciado é um doente, que merece atenção médica, e não repressão penal”.

Na lei penal militar, o tratamento dado ao usuário não tem a mínima semelhança ao dado pela Lei de Drogas. O usuário de drogas que comete a conduta descrita no art. 290 do Código Penal Militar pode ser apenado, como visto anteriormente, de um a cinco anos de reclusão. É uma pena extremamente rigorosa e que o considera um criminoso, jamais um doente. Importante salientar, comparando aquele com a Lei nº 11.343/06, que não há previsão, na legislação penal militar, de tratamento médico ou ambulatorial ao usuário, tampouco uma ótica social e educativa para a sua reinserção na sociedade.

4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Esta seção tem como principal finalidade o estudo do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal e seus reflexos no Direito Penal Militar. Trata-se de um importante princípio na atualidade jurídico-penal, pois a intervenção mínima, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana são princípios correlatos que têm norteados juristas, legisladores e magistrados no sentido de, realmente, punir aquelas condutas que são socialmente relevantes.

Quando o legislador penal define os tipos penais, observado o princípio da legalidade, ele o faz no plano abstrato. Assim, não pode prever as situações fáticas que são inadequadas ao tipo por ele descrito. É nesse contexto que se insere o princípio da insignificância, desconsiderando as condutas fáticas que sejam inofensivas, ínfimas, embora estejam legalmente previstas nos ordenamentos penais.

Destarte, as próximas subseções irão apresentar algumas considerações sobre tão importante princípio no âmbito do Direito Penal.

4.1 ORIGEM

Vários autores consideram a origem do princípio da insignificância como controvertida, obscura, divergente. No entanto, parte da doutrina atesta a sua existência no Direito Romano, segundo a expressão: “*minima non curat praetor*”. Vigorou, assim, a regra no Direito Romano, a de que o “pretor não cuidava das causas mínimas”, bagatelas. Outros, baseado no mesmo axioma jurídico, atribuem a origem do princípio da insignificância aos humanistas.

Cássio Vinícius D.C. Lazzari Prestes²¹ expõe:

Também se afirma que teve origem, juntamente como princípio da legalidade, durante o Iluminismo, como forma de limitação do poder absolutista do Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º, implicitamente, faz referência ao princípio da insignificância, revelando que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que cria um caráter seletivo para o Direito Penal e o desprezo às ações insignificantes.
(PRESTES, 2003, p. 36)

Em 1964, Claus Roxin cunha pela primeira vez o princípio da insignificância e acaba por citá-lo em sua obra *Política Criminal e Sistema de Direito Penal*. A

²¹PRESTES, Cassio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2003. p. 36.

expressão crime de bagatela foi elaborada por Klaus Tiedemann. (PRESTES, 2003, p. 36).

Celso Celidônio²² afirma que a origem do princípio ocorreu no pós-guerra e foi de ordem econômica:

(...)Foi no pós primeira grande guerra que surgiu na Europa, mais especificamente na Alemanha, como “criminalidade de bagatela” – BAGATELLEDELIKTE. Naquela época e, com maior ênfase após a Segunda Guerra Mundial, o número de delitos patrimoniais cresceu, face a miséria latente oriunda da destruição quase total do continente. Tais delitos, sempre de característica famélica, beiravam o nada ou o quase nada, sem qualquer significância jurídica, daí serem chamados de criminalidade de bagatela. (CELIDÔNIO, 1999, p. 07)

Após as considerações dos autores e doutrinadores referenciados, analisa-se, agora, o direito comparado. Reputa-se de importância a abordagem do disposto no art. 6º, do Código Soviético de 1926. Nele, se lê (citado por SOUZA, 2008, p.253): “Não se considerará como delito o fato que, não obstante reúna os caracteres formais previstos em algum dos artigos deste código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de consequências danosas”.

Nota-se, pois, que, já em 1926, o Código Soviético não apenas reconhecia, mas instituía o princípio da insignificância no seu ordenamento jurídico.

4.2 NOÇÕES CONCEITUAIS

Ao adentrar nas noções conceituais do princípio da insignificância, deve-se, primeiramente, entendê-lo como um dos princípios do Direito Penal.

Celso Antônio Bandeira de Mello²³ assim descreve um princípio:

O termo princípio deve ser entendido como sendo a norma base de um sistema, o seu alicerce, o seu mandamento nuclear. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, posto que consiste na violação de todo o sistema de comandos, e não ofensa a um mandamento específico. (MELLO, 1988, p.230)

Assim, os princípios, ainda que não positivados no ordenamento jurídico, possuem força normativa. De acordo com Prestes (2003, p.37), “os princípios dispensam a formalidade da positivação, a sua obrigatoriedade decorre do seu conteúdo como fonte do Direito(...)”. Na mesma linha, Azevedo (1996, p. 453) diz que

²²CELIDÔNIO, Celso. **O princípio da insignificância**. Revista de Direito Militar. Florianópolis, a.3, n. 16, p. 7-10, mar/abr. 1999. p. 07.

²³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1988. p. 230.

“os princípios não se reduzem ao texto da norma em que proclamados, mas lhe são anteriores e a eles transcendem”.

Sobre o princípio da insignificância, Cassio Vinicius D. C. Lazzari Prestes²⁴ comenta:

(...)o princípio em análise tem aplicação a qualquer infração penal seja ela dolosa ou culposa, material, formal ou de mera atividade, comissiva ou omissiva. Ao se reconhecer que um fato caracteriza crime de bagatela, deve-se reconhecer a atipicidade material do mesmo e, assim, a absolvição se impõe.
(PRESTES, 2003, p. 37)

Destarte, entende-se que, quando a lesão a um bem jurídico penalmente tutelado for tão ínfima, que não valha a pena “mover” a estrutura judiciária para a sua apuração e possível sanção, aplica-se o princípio da insignificância, o qual torna a conduta atípica do ponto de vista material e, com isso, não passível de reprimenda penal.

Nesse sentido, ensina Francisco de Assis Toledo²⁵:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (...) a gradação qualitativa e quantitativa do injusto permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc.
(TOLEDO, 1994, p.133-134)

Cassio Vinicius D. C. Lazzari Prestes²⁶ ainda dispõe:

O princípio da insignificância surge como uma forma de interpretação restritiva do tipo penal, controlando esta normatividade abstrata. Efetivamente, para que se configure, como tipo penal, o fato concreto deve lesionar com alguma gravidade os interesses protegidos, sob pena de ser materialmente atípico. A insignificância desconsidera a tipicidade material das condutas que, embora formalmente típicas, atinjam bens jurídico-penais de forma ínfima.
(PRESTES, 2003, p. 39)

Para Mirabete (1998, p. 114), “ainda que haja um juízo positivo de tipicidade, é indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido”.

Ainda, segundo o professor Luiz Flávio Gomes²⁷, citando Abel Cornejo, sobre o princípio da insignificância:

(...)permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada ou bem menos assoberbada,

²⁴ *Op. Cit.*, p. 37.

²⁵ *Op. Cit.*, p. 133-134.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 39.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001. p. 252.

permitindo também que fatos mínimos não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio, fortalece-se a função de Administração da Justiça, porquanto deixa de atender a fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de direito penal. (GOMES, 2001, p. 252)

Diomar Ackel Filho²⁸, ademais, apresenta o seguinte conceito:

O princípio da insignificância é aquele que permite infirmar a tipicidade dos fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal. (ACKEL FILHO, 1988, p.73)

Vistas as noções conceituais do princípio da insignificância, será abordada, a seguir, a sua aplicação no âmbito da justiça penal militar.

4.3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Um dos temas muito discutidos no âmbito da Justiça Militar da União é a aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados ao porte e ao uso de drogas. O foco da discussão e das divergências suscitadas encontra guarida nos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar. Como já exposto na seção que tratou sobre o estudo do art. 290 do Código Penal Militar, muitos doutrinadores, juristas e magistrados consideram que alguns tipos penais previstos no CPM não tutelam somente os bens jurídicos sistematicamente expressos naquele código. Acreditam proteger, de forma implícita, mas imediata, a hierarquia e a disciplina militares, bens maiores e sustentáculos das instituições militares.

Dessa forma, devido às peculiaridades da justiça penal castrense, alguns autores, como Jorge Alberto Romeiro e Ricardo Brito de Freitas, “entendem que a aplicação do princípio da insignificância nesta justiça especializada exige extrema cautela” (SOUZA, 2008, p. 255).

De acordo com Ronaldo João Roth²⁹:

No âmbito do Direito Penal Militar, a classificação das infrações penais pode se dar em quatro níveis: a) infrações de lesividade insignificante (aquelas que não causam dano de monta, são ínfimas lesões ao ordenamento jurídico e, portanto, atípicas); b) as infrações leves (aquelas em que o indiciado se livra

²⁸ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, vol. 94, 1988. p. 73.

²⁹ROTH, Ronaldo João. **O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar**. Revista de Estudos e Informações – Justiça Militar de Minas Gerais. n. 21, março de 2008, p. 30.

solto); c) as infrações médias (que comportam a liberdade provisória); e d) as infrações graves (não comportam a liberdade provisória).
Aqui, é de se esclarecer que, por opção legislativa e infraconstitucional, os crimes militares não sofrem a incidência do tratamento das infrações de pequeno potencial ofensivo e a dos crimes hediondos.
(ROTH, 2008, p. 30)

Segundo Silva (2005, p. 426), há dois critérios para o reconhecimento do princípio da insignificância: o desvalor da ação e o desvalor do resultado da conduta, que afere o grau de lesividade da ação contra o bem jurídico.

Dessa forma, sobre os critérios apontados por Silva, Roth (2008, p. 31) afirma que “se ocorrer o desvalor da ação, há a probabilidade de o comportamento materialmente concretizar o tipo penal insignificante. Se ocorrer o desvalor do resultado, isso indica que o evento é juridicamente irrelevante para o Direito Penal”.

Ivan Luiz da Silva³⁰ ainda complementa:

A classificação do fato insignificante é feita de acordo com a preponderância de um daqueles índices, de forma que se a irrelevância do desvalor da ação for preponderante, então a conduta será considerada como de insignificância absoluta (excludente de tipicidade); se o desvalor mais intenso for o do resultado, o comportamento será classificado como de insignificância relativa (excludente de antijuridicidade).
(SILVA, 2004, p. 176)

O Código Penal Militar estrutura, sistematicamente, os tipos penais, agrupando-os de acordo com o bem jurídico tutelado e definido na lei. Da mesma forma o faz o Código Penal comum. Dessa forma, entende Jorge Cesar de Assis, citado por Ronaldo João Roth³¹:

Assim, é de se afastar desde logo a afirmação de que a aplicação do princípio da insignificância nos delitos que o comportam possa ser maléfica ou até evitada visto que os crimes militares visam proteger ainda que indiretamente a hierarquia e disciplina militares, os quais ficariam abalados com aquela incidência.
(ROTH, 2008, p. 34)

Entende o autor que não são todos os crimes militares que vão atingir a regularidade dos serviços militares, mas, somente, aqueles previamente definidos pelo legislador.

Há um entendimento, ainda, de que a hierarquia, a disciplina e a regularidade das instituições militares sejam bens jurídicos tutelados por partes específicas do Código Penal Militar, como, por exemplo, o Título II (Dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar) e o Título III (Dos crimes contra o serviço militar e o dever militar).

³⁰SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 176.

³¹*Op. Cit.*, p. 34.

Para reforçar a tese da aplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal Militar, Ronaldo João Roth³² destaca o disposto no item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar:

Entre os crimes de lesão corporal, inclui-se o de lesão levíssima, a qual, segundo o ensino da vivência militar, pode ser desclassificada pelo juiz para infração disciplinar, poupando-se, em tal caso, o pesado encargo de um processo penal para fato de tão pequena monta.
(ROTH, 2008, p. 36)

Interessante notar que o Código Penal Militar admite, expressamente, a desclassificação do crime de lesão corporal levíssima para infração disciplinar, o que se pode depreender como expressa aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, ainda argumenta Ronaldo João Roth³³:

Note-se que a possibilidade de o Juiz desclassificar o fato para infração disciplinar também pode ocorrer nos crimes patrimoniais, quando a coisa for de pequeno valor (art. 240, § 1º e art. 250) de tal sorte que se o CPM prevê expressamente em alguns tipos penais a insignificância, nada impede a sua aplicação em outros delitos.
Ora, se na legislação comum, inexistente qualquer previsão expressa, o princípio da insignificância é adotado na maioria dos crimes, pois é reconhecidamente um princípio que se extrai de outros princípios constitucionais, e não uma norma, não há qualquer dúvida de que no *Codex Penal Castrense* o seu status de princípio não deixou de existir somente pelo fato de ser em alguns casos expressamente fixado na Lei.
(ROTH, 2008, p. 36)

Não obstante as fundamentações e posicionamentos sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância na justiça penal castrense, há entendimentos diversos. Jorge Alberto Romeiro e Ricardo Brito de Freitas, citados por Souza (2008, p. 255), entendem “que os bens jurídicos por ela tutelados, máxime a hierarquia e a disciplina, bases de todo estamento militar, não podem ser vulnerados”.

Para Souza (2008), até mesmo nos casos especificados na lei (lesões corporais levíssimas e furto de coisa de pequeno valor), a aplicação do princípio da insignificância, no STM e nas auditorias de primeira instância, deve ser feita com a devida cautela.

O principal exemplo desse cuidado na aplicação do referido princípio é o delito de lesão corporal levíssima (art. 209, § 6º, do CPM). Se os envolvidos forem do mesmo círculo hierárquico, particularmente soldados no cumprimento do serviço militar obrigatório e reconhecida a primariedade, a aplicação do princípio da insignificância seria plenamente cabível. No entanto, sendo os envolvidos militares de círculos hierárquicos diferentes, ainda que o resultado produzido fosse fisicamente classificado

³²*Op. Cit.*, p. 36.

³³*Op. Cit.*, p. 36.

como levíssimo, não se poderia desvalorizá-lo sob o ponto de vista disciplinar e hierárquico. Destarte, para o caso em questão, não se admitiria a insignificância diante da ofensa aos pilares da instituição militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Outro exemplo seria a subtração de coisa de pequeno valor de que trata o art. 240 §1º, do CPM. Embora a lei descreva objetivamente o que seja pequeno valor, ressalta Henrique Marini e Souza³⁴:

Quando o agente furta dinheiro ou qualquer outra coisa de um companheiro de caserna, deve-se examinar não só o seu valor absoluto como verificara proporção existente entre o vencimento mensal do ofendido e aquele valor. Algo aparentemente irrisório para um magistrado pode equivaler à metade ou mesmo à totalidade dos proventos do ofendido.

A par disso, há que se verificar as circunstâncias presentes caso a caso, porquanto, além da quebra da confiança, tão necessária, máxime na vida da caserna, muitas vezes quem subtraiu o bem era o próprio encarregado da fiscalização ou da guarda temporária daquele e de outros bens, pertencentes a seus companheiros. (...) Por último, cabe destacar que não se pode admitir a aplicação do Princípio da Insignificância no caso de prática de qualquer crime propriamente militar.

(SOUZA, 2008, p. 255-256)

Viu-se, portanto, que a aplicação do princípio da insignificância, no âmbito da Justiça Militar a União, ainda gera controvérsias. Há posicionamentos no sentido da sua plena aplicabilidade, uma vez reconhecida a positivação do princípio na Exposição de Motivos do CPM e em alguns tipos penais, tais como nos art. 209, §6º; 240, §1º e 250. Por outro lado, há entendimentos mais reservados sobre a aplicabilidade do princípio em tela no Direito Penal Militar, expressando cautela na sua aplicação, e observado o caso concreto.

³⁴SOUZA, Henrique Marini e. **O princípio da insignificância na justiça penal castrense**. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Coordenadoras: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Peterson. Colaboradora: Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Brasília: Superior Tribunal Militar – 2008. p.255-256.

5 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ART. 290 DO CPM E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No âmbito da Justiça Militar da União, a doutrina e a jurisprudência sobre a aplicação do princípio da insignificância no art. 290 do CPM não caminham em sentidos congruentes. O tema ainda gera debates e posicionamentos divergentes, como será mostrado nas subseções a seguir.

5.1 DOCTRINA

Não é rica a literatura que trata do assunto em tela, mas alguns autores dispõem suas considerações em livros e artigos científicos. Nos últimos anos, quando militares foram encontrados na posse ou uso de pequena quantidade de substância entorpecente, surgiram, para a justiça militar, diversos posicionamentos sobre a aplicação do princípio da insignificância.

Para Jorge Cesar de Assis³⁵:

Em termos de entorpecentes não há que se falar em princípio da insignificância, já que, além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde, o Código Penal Militar, ao tipificar a conduta, tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida nesses casos. [...] O lugar sob administração militar previsto no caput do art. 290, ou mesmo nos casos assimilados, é um requisito especial para o apenamento do fato. Já aqui, não se trata de posse ou uso comum de qualquer droga entorpecente, cometido por qualquer pessoa em qualquer lugar, mas sim, de um porte ou uso especial da droga, ou seja, aquele que ofende os valores básicos das instituições militares.

(ASSIS, 2004, p. 633)

O autor citado entende descabida a aplicação do princípio da insignificância no art. 290 do CPM pela ótica do bem jurídico tutelado. Para ele, não somente a incolumidade pública e a saúde seriam lesadas, mas, também, a disciplina militar. No mesmo sentido, ressalta Henrique Marini e Souza³⁶:

Não há que se cogitar de aplicar o princípio em tela nos casos de uso ou posse de substâncias entorpecentes, muito menos de pretender fazer valer na caserna dispositivos contemplados em leis extravagantes, como a Lei nº 11343.

(SOUZA, 2008, p. 259)

No entanto, um posicionamento diverso é apresentado por Ronaldo João Roth³⁷:

³⁵ *Op. Cit.*, p. 633.

³⁶ *Op. Cit.*, p. 259.

³⁷ *Op. Cit.*, p. 34.

Veja por exemplo, o delito de porte de entorpecente (art. 290 do Código Penal Militar), cujos bens jurídicos protegidos são a **saúde** e a **incolumidade pública**. No caso, não se pode negar a incidência do princípio da insignificância quando a quantidade de entorpecente seja ínfima, sob a alegação de que secundariamente tal conduta atinge também os princípios de hierarquia e disciplina militares, sob pena de desvirtuamento do bem jurídico tutelado pelo *Codex Penal Castrense*.
(ROTH, 2008, p. 34)

Roth entende o cabimento do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar sob a alegação dos bens jurídicos literalmente expressos na lei material castrense, quais sejam, a saúde e a incolumidade pública. Para ele, a consideração de bens jurídicos secundários, implicitamente tutelados, desvirtua o texto da lei.

Luciano Moreira Gorrihas³⁸ posiciona-se pela inaplicabilidade do princípio no delito em tela, mas com algumas particularidades:

[...]sem a pretensão de adotar uma visão puramente legalista, entendo não ter guarida o princípio da insignificância nos delitos de posse para uso próprio de droga, quando o sujeito ativo for militar, tanto mais se estiver de serviço.
(GORRILHAS, 2011, p. 14)

Gorrihas apresenta duas observações interessantes para afastar o princípio da insignificância nos delitos de posse para uso próprio de droga. A primeira, o sujeito ativo ser militar. A segunda, ele estar de serviço. Presume-se, ainda que de forma implícita, que o autor entenderia cabível a aplicação do referido princípio na situação em que o sujeito ativo for civil ou, de outra forma, se for militar, mas não estiver em serviço.

A jurista Maria Lúcia Karam, ainda à época em que era juíza-auditora na 1ª Circunscrição Judiciária Militar, votou a favor de um soldado: “que a simples posse da droga, para consumo próprio, não afeta terceiros. A lei poderia até punir o efetivo consumo em determinadas circunstâncias, por exemplo, um médico em serviço”.³⁹

A mesma pluralidade de entendimentos, que se aflorou na doutrina penal militar acerca do assunto, também refletiu na jurisprudência. Embora haja um posicionamento predominante, não existe unanimidade, principalmente no Supremo Tribunal Federal, como será visto nas subseções seguintes.

³⁸ *Op. Cit.*, p. 14.

³⁹ NUNES, Eunice. **Decisão judicial questiona punição ao usuário de droga. Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/9/07/cotidiano/9.html>>. Acesso em: 02/10/2014.

5.2 DECISÕES NA 1ª INSTÂNCIA (AUDITORIAS MILITARES)

Na seção que abordou a estrutura da Justiça Militar da União, discorreu-se sobre a composição e a competência dessa justiça especializada, constatando-se que as auditorias militares, por intermédio de seus Conselhos de Justiça Militar, compõem a jurisdição de primeiro grau.

Como órgãos de primeira instância, nas auditorias militares, particularmente nos Conselhos Especiais e nos Conselhos Permanentes de Justiça, onde primeiro serão processados e julgados os delitos tipificados no art. 290 do Código Penal Militar.

As decisões proferidas nessas auditorias têm sido bastante divergentes. Há absolvições, por atipicidade de conduta, com fulcro no princípio da insignificância, e há casos de condenação, mesmo quando ínfima a quantidade de droga apreendida, aplicando-se as penas do art. 290 do CPM e, conseqüentemente, repelindo a incidência do princípio da insignificância.

Importante ressaltar que as decisões de primeira instância têm sido unânimes quanto à inaplicabilidade da Lei nº 11.343/06, em face da especialidade da legislação penal militar.

Diante dos diversos posicionamentos em questão, essas decisões têm acarretado a interposição de inúmeros recursos para o Superior Tribunal Militar e a utilização de “remédios constitucionais”, no Supremo Tribunal Federal, invocando-se, em ambos os casos, a não incidência do art. 290 do CPM, seja pela aplicação do princípio da insignificância, seja pela sua revogação diante da Lei nº 11.343/06, que trata da especialidade da matéria.

5.3 DECISÕES NA 2ª INSTÂNCIA (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR)

No âmbito do Superior Tribunal Militar (STM), órgão de segunda instância da justiça castrense, o entendimento predominante é o de que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes de porte e uso de drogas em área sujeita a administração militar. Nesse sentido, também entende o STM que a Lei nº 11.343/06 não se sobrepõe ao art. 290 do Código Penal Militar.

Em 14 de fevereiro de 2008, em julgamento da Apelação (FO) nº 2007.01.050504-0, DF, decidiu o plenário do STM:

EMENTA. APELAÇÃO. ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE.

Embalagem contendo 0,29g de maconha encontrada dentro do armário do Apelante por ocasião de revista.

A ínfima quantidade de maconha apreendida não importa em insignificância penal. É inconteste que a presença de militares sob efeito de drogas afeta a eficiência das Forças, compromete a segurança do pessoal e tem efeitos lesivos também na hierarquia e na disciplina militares.

A superveniência da Lei nº 11.343/06 não alterou o disposto no art. 290 do CPM, por não ser adotado, na espécie, o critério da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim o da especialidade (STF, Habeas Corpus, nº 92462 e 91767).

Apelo defensivo improvido. Maioria.

No mesmo ano de 2008, em 11 de dezembro, no julgamento da Apelação (FO) nº 2007.01.050563-6/MS, foi ementado o seguinte acórdão:

EMENTA: ENTORPECENTE. COCAÍNA. QUANTIDADE ÍNFIMA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA LEI Nº 11.343/06. PREQUESTIONAMENTO. NÃO-ACOLHIMENTO.

Para configuração do crime previsto no art. 290 do CPM é irrelevante a quantidade de substância entorpecente (cocaína) apreendida, em face dos bens jurídicos tutelados pela legislação castrense, os quais extrapolam a saúde do militar. Inaplicabilidade do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em razão da especialidade da lei penal militar.

Prequestionamento. Dispositivos constitucionais. Ausência de correlação com o caso concreto. Apelação improvida.

Decisão Unânime

Decisão mais recente, publicada em 19 de agosto de 2013, no julgamento da Apelação 0000034-86.2012.7.09.0009, MS, assim dispõe:

EMENTA: APELAÇÃO. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ILÍCITA (MACONHA). PEQUENA QUANTIDADE. FLAGRANTE DE POSSE POR SOLDADO DO EXÉRCITO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290, CAPUT, DO CPM). INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343 /2006. É firme a jurisprudência do STM no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares relacionados a entorpecentes. Nesse mesmo sentido, o STF firmou precedentes, porquanto os bens jurídicos resguardados pela norma penal são a hierarquia e a disciplina. O princípio da especialidade torna o art. 290 do CPM o único dispositivo legal para tratar da repressão ao uso e posse de entorpecentes no âmbito da Justiça Militar da União. Prevalece na Suprema Corte o entendimento de que o advento da Lei nº 11.343 /2006 não revogou o art. 290 do CPM, nem tácita nem expressamente, mas apenas as Leis nº 6.368 /76 e 10.409 /02, consoante manifestado no art. 75 da *novatio legis*. Autoria e materialidade do delito comprovadas nos autos. Desprovido o apelo defensivo. Decisão majoritária.

Neste ano de 2014, a decisão publicada em 20 de fevereiro, no julgamento da Apelação AP 0000019-90.2013.7.02.0102, SP, confirma os entendimentos dos anos anteriores:

EMENTA: APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRELIMINAR DE NULIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719 /2008. REJEIÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. LEI Nº 11.343 /2006. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Preliminar de nulidade arguida pela Defesa para renovação dos atos processuais, de

acordo com o rito da Lei nº 11.719 /2008. Inexistência de omissão na legislação processual penal militar quanto à matéria, mas apenas procedimento diverso da regra prevista no CPP, devendo prevalecer o estatuto castrense, considerando o Princípio da Especialidade. 2. O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de posse e uso de entorpecentes, independentemente da quantidade apreendida. Precedentes do STF e do STM. 3. É inaplicável a nova Lei de Drogas, uma vez que possui finalidades distintas da legislação penal militar. Esta protege as Instituições Militares e a preservação da hierarquia e da disciplina, de modo a garantir o fiel cumprimento das suas missões constitucionais, e aquela previne o uso indevido de substâncias entorpecentes, além de promover a inserção social dos usuários e dependentes. 4. Rejeitada a preliminar de nulidade e, no mérito, desprovido o apelo. Decisão majoritária.

Pela amostragem jurisprudencial acima, depreende-se que, no posicionamento majoritário do STM, o princípio da insignificância é inaplicável ao art. 290 do CPM. Os argumentos jurídicos utilizados pela corte castrense, para rechaçar a aplicação do referido princípio, têm como fundamento a especialidade da legislação penal militar e o bem jurídico-penal por ela tutelado, que transcende à saúde e à incolumidade pública.

Quanto à aplicação da Lei nº 11.343/06 à justiça castrense, o STM publicou, em 04 de janeiro de 2013, a Súmula nº 14, que assim dispõe: “tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 Ago 06, (Lei Antidrogas) não se aplica à Justiça Militar da União.

5.4 DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o início de 2008, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento predominante pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de porte e uso de substância entorpecente em local sujeito à administração militar. O fundamento apresentado nas decisões era de que o bem jurídico penalmente tutelado pela legislação castrense que, na esteira do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Militar, não se limitava à saúde e à incolumidade pública.

Naquela época, o STF também se posicionava pelo critério da especialidade da lei penal militar, em detrimento da regra da retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim, entendia aquela corte ser inaplicável a Lei nº 11.343/06 aos crimes tipificados no art. 290 do CPM.

Contudo, a partir de junho de 2008, surgiram, no STF, alguns posicionamentos contrários, que permitiram a aplicação do princípio da insignificância

ao art. 290 do Código Penal Militar. Um dos julgados que manifestou esse novo entendimento foi o HC 90.125, de 24 de junho de 2008, cuja relatora foi a Min. Ellen Gracie e o Relator para o Acórdão foi o Min. Eros Grau:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha).
2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.
3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.
4. A Lei n. 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.
5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.
6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).
7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar – Lei n. 11.343/2006 – possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.
8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.

Em 19 de agosto de 2008, no julgamento do HC 91074/SP, o Min. Joaquim Barbosa, relator do processo na 2ª turma, assim dispôs:

EMENTA: HABEAS CORPUS. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

Não constitui crime militar trazer consigo quantidade ínfima de substância entorpecente (4,7 gramas de maconha), em atenção ao princípio da insignificância. Ordem concedida para absolver o paciente.

Do segundo semestre de 2008 a meados de 2010, duas correntes jurídicas dividiam a Corte Suprema quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar. Assim, em 21 de outubro de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou um novo entendimento, manifestado nos autos do HC 103.684/DF, que teve como relator o Ministro Ayres Britto.

A partir de então, a jurisprudência do STF voltou-se à inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes capitulados no art. 290 do CPM, conforme dispõe a ementa a seguir, HC 103.684/DF, publicada em 12 de abril de 2011:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. **INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL.** INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar.

2. **A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal**, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que **o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam**. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria postura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim.

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei,

atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143).

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”.

6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

7. Ordem denegada.

Em 17 de junho de 2011, foi publicado o HC 107.455/DF, cuja relatora foi a Min. Ellen Gracie. Nesse julgado, nota-se a nova postura do STF após o entendimento firmado no HC 103.684/DF:

DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290 DO CPM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. QUESTÃO APRECIADA PELO PLENÁRIO. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar.

2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei 6.368/76.

3. O Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum.

4. O bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290 do CPM não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim à tutela da regularidade das instituições militares.

5. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290 do CPM.

6. Por fim, registro que, recentemente, na sessão de julgamento realizada em 21.10.2010, nos autos do HC 103.684/DF, rel. Min. Ayres Britto, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a posse, por militar, de reduzida quantidade de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense não autoriza a aplicação do princípio da insignificância.

7. Naquela oportunidade, a Corte ressaltou que o cerne da questão não abrange a quantidade ou o tipo de entorpecente apreendido, mas a qualidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar da qual faz parte, no

momento em que flagrado com a posse da droga em recinto sob a administração castrense. Tal situação é incompatível com o princípio da insignificância penal. Além disso, dado critério da especialidade, rejeitou-se a aplicação do art. 28 da Lei 11.343/06.

8. Habeas corpus denegado.

Ressalta-se que, conforme o mais recente entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal quanto à matéria em análise, o bem jurídico penalmente tutelado pelo art. 290 do CPM não se limita à saúde do próprio militar, mas, sim, à regularidade das instituições militares. Portanto, inaplicável é o princípio da insignificância ao dispositivo penal militar em tela.

Em decisão recente, o HC 121.862/PR, julgado pela 2ª turma do STF em 06 de maio de 2014, cujo relator foi o Min. Ricardo Lewandowski, demonstra que, ainda hoje, a Suprema Corte utiliza como precedente o HC 103.684/DF para lastrear a jurisprudência sobre o princípio da insignificância e o art. 290 do CPM:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. ART. 290 DO CPM. USO DE ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I - O Plenário desta Corte, ao examinar o HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto, consolidou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 290 do Código Penal Militar.

II - O acórdão atacado assentou que foi “amplamente comprovado nos autos, tanto pelos depoimentos testemunhais, quanto pelo Laudo de Exame de Vegetal e Auto de avaliação de Vegetal, que o Apelante trouxe consigo, para as dependências militares, substância entorpecente (maconha)”. Desse modo, entender pela ausência de materialidade delitiva implica necessariamente revolvimento de material fático-probatório, inviável na via eleita.

III – Ordem denegada.

Vê-se, portanto, que a matéria sobre o princípio da insignificância e o art. 290 do Código Penal Militar encontra-se consolidada no âmbito jurisprudencial do STF. Para a Corte, a tutela da regularidade das instituições militares sobrepõe-se à simples tutela da saúde, razão pela qual afasta a aplicação do referido princípio no crime de posse e consumo de ínfima quantidade de substâncias entorpecentes em ambiente castrense.

Contudo, ainda que seja analisada a tipificação do crime previsto no art. 290 do CPM, sob a ótica da lesão ou da ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, segundo o entendimento mais recente do STF, podem surgir dúvidas quando se depara com os casos concretos. Será possível que todas as condutas que, em tese, infringem o comando normativo previsto no art. 290 do CPM seriam capazes de

lesionar a saúde do militar, a hierarquia, a disciplina militar e a regularidade da instituição? É o que será exposto na próxima seção.

6 ESTUDO DE CASOS HIPOTÉTICOS

Na seção anterior, viu-se que todas as instâncias decisórias da Justiça Militar da União estão, atualmente, convergindo para a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes tipificados no art. 290 do Código Penal Militar. Dentre os fundamentos mais expressivos, destacou-se o bem jurídico tutelado pela norma penal militar, mais amplo, representado não somente pela saúde e pela incolumidade pública, mas, também, pela regularidade das instituições militares, com base na hierarquia e na disciplina.

Diante da premissa de não serem consideradas penalmente irrelevantes as ações que lesem ou que ameacem lesionar a hierarquia e a disciplina militares, estruturas basilares que comprometem a regularidade da instituição, serão apresentados alguns casos hipotéticos a seguir. Certamente, serão eles os responsáveis por uma reflexão mais ponderada acerca da aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar.

Primeiramente, cita-se o seguinte caso hipotético: soldado das forças armadas, na prestação de serviço militar obrigatório, entra em organização militar com ínfima quantidade de maconha na sua carteira. A revista de pertences particulares, por amostragem, é uma prática comum nos quartéis, por ocasião da chegada e da saída dos militares, com vista a coibir a retirada ou a entrada de materiais não autorizados. Suponha-se que o protagonista em tela seja usuário de maconha; que tenha consumido um cigarro da substância na noite anterior, em uma danceteria qualquer, e que tenha esquecido resíduos da droga no interior da sua carteira. No dia seguinte, ao adentrar no quartel, já no interior de área sob administração militar, o soldado é interpelado pelo Sargento Comandante da Guarda, que determina a revista em seus pertences. Tranquilamente, o soldado entrega-lhe sua mochila, com sua carteira no interior, não se lembrando que, dentro da carteira, havia uma sobra de cerca de 0,50g de maconha, que não foi inteiramente consumida no cigarro da noite anterior. O Comandante da Guarda, ao encontrar o produto que, em tese, parecia tratar-se de *Cannabis Sativa*, prende o soldado em flagrante delito, por violar o comando normativo insculpido no art. 290 do Código Penal Militar na modalidade “trazer consigo”.

Considerando as circunstâncias da pequena quantidade apreendida; do desconhecimento, por parte do soldado, de resíduo da droga em sua carteira e do fato

de o agente estar entrando no quartel, ao início do expediente, deslocando-se para iniciar suas atividades profissionais, poderia se dizer que foi violado ou ameaçado algum bem jurídico? No fato exposto, poder-se-ia afirmar que houve lesão à saúde, à incolumidade pública, à hierarquia, à disciplina militar ou à regularidade das instituições militares?

Analisa-se, agora, o segundo caso hipotético: um militar, durante uma folga de final de semana, vai a uma festa fora de lugar sujeito à administração militar e fornece pequena quantidade de substância entorpecente para outro militar, de mesma graduação hierárquica. Em tese, praticará crime de natureza militar, tipificado no art. 290, § 1º, I, do Código Penal Militar. Caso o militar que forneceu a droga fosse preso em flagrante delito, seria plausível afirmar, nesse caso, que o mesmo atentou contra a regularidade das instituições militares? Houve ofensa aos bens jurídicos hierarquia e disciplina militares, tutelados, implicitamente, pelo dispositivo penal em questão? Ao considerar que os militares eram de mesma graduação hierárquica, que estavam fora de área sujeita à administração militar e fora de qualquer atividade de natureza militar, seria desproporcional condená-los às penas do art. 290 do Código Penal Militar e interpretar que a conduta de ambos viesse ferir os bens jurídicos protegidos pela norma em comento.

Um terceiro caso: soldado das forças armadas, durante a prestação do serviço militar obrigatório, é preso em flagrante durante revista do seu armário no alojamento, por guardar ínfima quantidade de substância entorpecente no interior de sua mochila. Se o mesmo soldado estivesse com a droga guardada em seu uniforme, quando de serviço; se estivesse vendendo a outro militar ou, ainda, se estivesse consumindo-a no interior da organização militar, poder-se-ia até entender que a hierarquia, a disciplina, a regularidade das instituições militares e a saúde do militar foram ameaçadas de sofrer lesão. Contudo, no caso em tela, não se vislumbra qualquer ofensa aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Como quarto e último exemplo, suponha-se um civil, usuário de maconha, que comparece a uma unidade militar para assistir a uma solenidade alusiva ao Dia da Bandeira. No interior do quartel, ao retirar uma câmera fotográfica de seu bolso, deixa cair um cigarro de maconha com, aproximadamente, 1,25g da substância entorpecente. É flagrado por uma guarnição que estava de serviço e preso pela conduta tipificada no art. 290 do CPM na modalidade trazer consigo. Na esteira das considerações dos casos anteriores, seria coerente afirmar que o fato infringiu os bens

jurídicos protegidos pela norma? Estaria a regularidade da instituição comprometida pela conduta do incauto civil, que deixou cair de seu bolso pequena quantidade de droga?

As hipóteses apresentadas serviram para demonstrar que nem todas as ações e circunstâncias fáticas que envolvem o crime de drogas no âmbito militar revelam lesões ou ameaças de lesão à saúde, à hierarquia, à disciplina e à regularidade das instituições militares. Ainda que a jurisprudência predominante no STM e no STF direcione para o entendimento de que os bens jurídicos protegidos pelo art. 290 do CPM são mais amplos, não se restringindo à saúde, certo é que, nos casos concretos, há condutas que não são capazes de atingir os bens jurídicos protegidos por esse regramento. Portanto, é temerário aceitar a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao referido tipo de injusto criminal.

7 ANÁLISE CRÍTICA

Nas seções anteriores, observou-se que a doutrina e a atual jurisprudência tendem a posicionar-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância no art. 290 do Código Penal Militar. Verificou-se, ainda, que a súmula 14 do STM afastou, completamente, a hipótese de incidência da Lei nº 11.343/06 na Justiça Militar da União.

Diante de todo o estudo doutrinário, jurisprudencial e fático até então apresentado, com o devido respeito às opiniões dos juristas e dos magistrados que manifestaram o afastamento da aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do CPM discorda-se, neste trabalho, de tal entendimento.

As subseções, a seguir, apresentarão alguns aspectos relevantes que merecem uma abordagem crítica.

7.1 DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ART. 290 DO CPM

Apesar de considerável parcela de doutrinadores e a predominante corrente jurisprudencial entenderem que os bens jurídicos penalmente tutelados pelo art. 290 do CPM transcendem à saúde e à incolumidade pública, configurando-se, de forma imediata, na hierarquia, na disciplina e na regularidade institucional, discorda-se desse posicionamento.

O Direito Penal Militar não pode criar bens jurídicos a serem protegidos pela norma, mas, sim, identificá-los. Considerar que a hierarquia, a disciplina e a regularidade institucional são protegidas, implicitamente, pela norma do art. 290 do CPM seria desacreditar na letra da lei. Ainda que se faça uma mescla da interpretação literal, sistemática e teleológica, não pairam dúvidas de que o bem jurídico tutelado é, estritamente, a saúde. Em sentido amplo, a incolumidade pública.

Segundo Zaffaroni (1999, p. 462), “não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal”, extensiva. Na forma em que se encontra disposto o Código Penal Militar, não existe a possibilidade, para o intérprete, de ampliar o bem jurídico que a norma pretende proteger. Isso porque a hierarquia, a disciplina, o serviço e o dever militares, enquanto bens jurídicos, encontram proteção específica naquele estatuto, em especial no Título II (Dos crimes contra a autoridade

ou a disciplina militar) e no Título III (Dos crimes contra o serviço militar e o dever militar).

Por isso, no caso concreto, se for ínfima ou até mesmo inexistente a lesão à saúde e à incolumidade pública, impossível não considerar aplicável o princípio da insignificância no art. 290 do CPM.

No mesmo julgamento do HC nº 103.684, de 21 de outubro de 2010, que norteou a jurisprudência atual sobre o assunto, ressalta-se o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa em seu voto vencido, que assim dispôs:

Presidente, peço vênia ao eminente Relator e aos que o acompanham. Para mim, o que é decisivo é o fato de que essa quantidade ínfima de droga é insuscetível de pôr em risco o **bem jurídico protegido por essa norma, que é a saúde**. Portanto, mantendo-me na linha do que já venho decidindo na Segunda Turma, concedo a ordem.
(HC 103.684, 21/10/10, voto do Min. Joaquim Barbosa)

Ainda no julgamento do HC nº 103.684, de 21 de outubro de 2010, o Ministro Celso de Mello, ao proferir o seu voto, citou um trecho do voto do Ministro do STM, Flávio Bierrenbach, nos seguintes termos:

Este é mais um caso de porte de entorpecente no interior de uma organização militar. Tenho sustentado, sistematicamente, nesta Corte, a atipicidade da conduta de trazer consigo pequena quantidade de maconha. Sou convencido de que o porte de quantidade insignificante daquela substância específica é conduta incapaz de causar lesão significativa à **saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora**.
(HC 103.684, 21/10/10, voto do Min. Celso de Mello)

Concorda-se, pois, com o entendimento dos ministros acima referidos, os quais não fazem qualquer menção a outro bem jurídico protegido pelo art. 290 do CPM que não seja a saúde. Assim, a aplicação do princípio da insignificância no citado dispositivo penal militar justifica-se, não pela ínfima quantidade da droga, mas pela incapacidade de lesionar ou ameaçar de lesão a saúde pública.

7.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O art. 290 do Código Penal Militar deve também ser analisado em face do princípio da proporcionalidade, ao qual se conjugam diversas outras disposições constitucionais. De acordo com esse princípio, a resposta estatal a um delito cometido deve guardar proporcionalidade com a lesividade do ato praticado.

Depreende-se do tipo penal militar em questão, que ele penaliza da mesma forma tanto o tráfico quanto a posse e o uso de entorpecente, ao contrário da

legislação especial (Lei nº 11.343/06), que faz expressa distinção entre as condutas de tráfico e de uso de drogas.

Tratar de forma igual o usuário e o traficante, como faz o art. 290 do CPM, quando existe norma mais benéfica que regula, pela especialidade da matéria, o mesmo assunto, é uma flagrante afronta à proporcionalidade.

7.3 DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06

Em janeiro de 2013, o Superior Tribunal Militar editou a Súmula nº 14, dispondo que “tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 Ago 06, não se aplica à Justiça Militar da União”.

No entanto, embora a questão esteja sumulada no âmbito da Justiça Militar da União, entende-se, *data venia* aos posicionamentos diversos, descabida a medida. A Lei nº 11.343/06 é norma especial quanto à matéria e, dessa forma, independe se é tratada no meio civil ou no meio militar. Partindo-se da premissa que a referida lei e o art. 290 do CPM tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja, a saúde pública, não se pode admitir tratamentos tão diferenciados para condutas semelhantes. Ressalta-se que a Lei de Drogas, além de ser especial para o caso, é considerada *Lex Mitior* em relação ao art. 290 do CPM, razão pela qual considera-se, neste trabalho, que ela deveria revogar, ainda que tacitamente, o dispositivo penal militar em estudo.

A Lei nº 11.343/06, já estudada em seção anterior, ao tipificar o crime de uso ou consumo de substância entorpecente, previu uma resposta estatal bastante diversa de sua lei antecessora. Com a Lei de Drogas, de 2006, a pena privativa de liberdade não mais se aplica ao usuário. Destarte, não é crível que, diante da vigência de lei mais benéfica, possa-se aplicar o art. 290 do CPM que, na contramão do entendimento do legislador penal brasileiro, ainda considera o usuário de entorpecentes um criminoso e passível de pena privativa de liberdade.

Atento à diferença de tratamento que o Estado deve dar ao traficante e ao usuário, o legislador da Lei nº 11.343/06 reforçou a necessidade de tratamento do usuário de drogas ilícitas.

As forças armadas são plenamente capacitadas a dar aos dependentes e usuários de drogas o atendimento multiprofissional exigido pela lei, cabendo aos juízes o reconhecimento da inutilidade da restrição da liberdade na recuperação desses cidadãos, sobretudo, quando militares.

Finalmente, destaca-se o inciso III do art. 40, da Lei nº 11.343/06, que assim dispõe:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações (...), de unidades militares ou policiais (...);

Percebe-se, pois, que o legislador penal comum admitiu a aplicação da Lei nº 11.343/06 às infrações cometidas no interior de organizações militares.

Portanto, não se pode afastar a incidência da Lei nº 11.343/06 na Justiça Militar da União, com fulcro no argumento de que o art. 290 do CPM é norma especial pela relação jurídica do réu com a instituição militar. Entende-se que a Lei de Drogas é a *Lex Mitior*, e também é a lei a ser aplicada pela especialidade da matéria, considerando que tutelam os mesmos bens jurídicos.

7.4 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como já adiantado na subseção anterior, a legislação comum distingue corretamente a conduta do usuário e a do traficante de substâncias entorpecentes, concentrando na ação deste último a repressão e lhe dirigindo penas sensivelmente mais severas.

Já o CPM, lamentavelmente, dedica o mesmo tratamento ao traficante - cuja punição deve mesmo ser mais rigorosa, por imperativo constitucional (art. 5º, XLIII e LI, entre outros dispositivos) - ao usuário, o qual, segundo consenso entre os especialistas, deve receber a oportunidade de tratamento, e não o castigo.

Considerada a absoluta irracionalidade da legislação castrense nesse particular, e a quebra de isonomia em relação ao usuário infrator da legislação civil, que, segundo a Lei nº 11.343/06, sequer se sujeita à pena privativa de liberdade, é imperativo afastar-se a aplicação do art. 290 do CPM diante da violação do princípio da igualdade, tão importante que a *Lex Mater* elenca-o na cabeça do art. 5º, o principal dispositivo mantenedor das garantias individuais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de verificar se é adequada a aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar.

Para atingir esse objetivo e responder às questões do estudo, percorreu-se um sistemático caminho no decorrer desta pesquisa. Fez-se uma análise da Justiça Militar da União, estudou-se o crime militar, discorreu-se sobre o Direito Penal Militar e analisou-se, com mais profundidade, o art. 290 da lei material castrense, abordando as condutas que se enquadram no tipo, os bens jurídicos tutelados pela norma e o tratamento dado ao usuário e ao traficante de substâncias entorpecentes.

Posteriormente, discorreu-se sobre a Lei nº 11.343/06, norma penal específica que regula a matéria “drogas” no âmbito da legislação comum. Traçou-se um paralelo comparativo entre a referida lei e o art. 290 do *codex* castrense, identificando os diferentes tratamentos dados aos usuários e aos traficantes nesses dois diplomas normativos.

Na sequência, estudou-se o princípio da insignificância, suas noções conceituais e suas raízes doutrinárias. Tratou-se do princípio e sua relação com a justiça militar. Depois, analisou-se a doutrina e a corrente jurisprudencial sobre a aplicação do referido princípio ao art. 290 do Código Penal Militar. Na sequência da parte expositiva, fez-se uma demonstração de casos hipotéticos que fazem refletir sobre a plena aplicação do princípio da insignificância ao crime militar em tela.

Diante dos assuntos percorridos nesta pesquisa, culminando com a análise crítica apresentada na seção anterior, algumas considerações conclusivas foram elencadas, como serão expostas a seguir.

Na seção que abordou a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, norma especial que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, popularmente conhecida como “Lei de Drogas”, ficou comprovado, notadamente, que há uma grande desproporcionalidade entre o tratamento dado ao usuário e ao traficante nas duas normas penais. Nos últimos anos, muitos réus foram condenados nas penas do art. 290 do CPM e diversos foram os recursos que impugnaram tais condenações, fundamentados na aplicação da Lei nº 11.343/06, mais benéfica. Contudo, pacificou-se, na jurisprudência, o entendimento (inclusive sumulado pelo STM) da inaplicabilidade da “Lei de Drogas” aos crimes militares capitulados no art. 290 do CPM. Segundo o referido posicionamento, a especialidade da lei a ser aplicada

não é a da matéria, mas, sim, da relação jurídica que o agente tem com a instituição militar.

Nesse contexto apresentado, discorda-se, neste trabalho, do afastamento da Lei nº 11.343/06 em detrimento da “especialidade” do art. 290 do CPM. O regramento penal castrense é norma datada de 1969. A Lei de Drogas, por sua vez, foi publicada trinta e sete anos depois. Hoje, em 2014, observado o lapso temporal passado, as mudanças políticas e sociais ocorridas desde 1969 e a atual postura da sociedade diante do assunto, não é razoável conceber a aplicação de uma norma que fere princípios constitucionais como o da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. Entende-se, pois, que a Lei de Drogas é a norma especial, a norma mais alinhada à política de combate e prevenção às substâncias entorpecentes e, como *Lex Mitior*, é a lei mais adequada e razoável a ser aplicada nos crimes militares envolvendo drogas.

Quanto ao bem jurídico tutelado pelo art. 290 do Código Penal Militar, posiciona-se neste trabalho, pela discordância com a jurisprudência do STF, que afirma ser a regularidade das instituições militares o bem jurídico tutelado pela referida norma, não se restringindo à saúde do militar. O posicionamento sistemático do tipo no referido diploma legal faz com que o intérprete identifique a proteção à incolumidade pública e, no sentido estrito, à saúde. Não se podem presumir bens jurídicos no Direito Penal, tentando enquadrar a norma ao que se espera proteger. Ao contrário, o bem jurídico penalmente tutelado é identificado a partir da norma que o legislador positivou. Destarte, considerar que a hierarquia, a disciplina e a regularidade institucional são bens jurídicos implícitos e, portanto, sempre lesionados pelas condutas descritas no art. 290 do CPM seria objetivar algo que se presumiu, situação completamente desarmônica quanto à segurança jurídica e quanto ao Estado Democrático de Direito.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar, conclui-se pela sua plena aplicabilidade. Nesse contexto, entende-se que é adequada a sua aplicação, desde que os bens jurídicos tutelados pela norma (saúde e incolumidade pública) não sejam violados no caso concreto. Dessa forma, não havendo potencialidade lesiva exigida pelo tipo penal, não há que se falar em exposição a perigo dos bens jurídicos tutelados, resultando na atipicidade da conduta e, conseqüentemente, na aplicação do princípio da insignificância.

O princípio em questão pode ser aplicado diante do suporte fático-jurídico de cada caso. Não se trata de revogação de norma *in abstracto* pelo Poder Judiciário, na qual atuaria o juiz como legislador positivo. Trata-se da adequada aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do CPM pelo magistrado que, diante do caso concreto, observar que não houve lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma.

A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 103.684, publicado em 12 de abril de 2011, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal convergiu para o afastamento do princípio da insignificância para o porte de entorpecentes em instalações militares. Todavia, é de se observar que, além de a decisão não ser dotada de efeito vinculante, o resultado foi alcançado por maioria de votos. Então, dos dez magistrados presentes, quatro restaram vencidos (os então Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso), os quais votaram pela concessão do *Habeas Corpus* e pela aplicação do princípio da insignificância ao caso apresentado.

Na oportunidade, ressaltam-se algumas considerações do voto do Ministro Gilmar Mendes no referido *Habeas Corpus*:

(...) E daí a questão da lei mais benévola, mais benigna; da benignidade desse tratamento. Por isso, então, encaminhou-se no sentido de **reconhecer também aqui a aplicação do princípio da insignificância**. O Relator, como nós vimos, trouxe argumentos muito ponderáveis, que tentam contrapor a essa ideia do princípio da insignificância os valores que marcam, como já disse, a organização militar, inclusive a questão relativa à hierarquia, à disciplina. E, do ponto de vista fático, inclusive eu li, em manifestações que nos foram trazidas, algumas considerações sobre alguns riscos eventualmente existentes, quanto a envolvimento de pessoas prestadoras do serviço militar com setores específicos de organização criminosa.

Mas, todavia, Presidente, embora bastante impressionado com os argumentos trazidos pelo eminente Relator, eu estou convencido de que, ainda aqui – nós sabemos bem que o princípio da insignificância é uma aplicação do princípio da proporcionalidade – haveria, sim, possibilidade de o julgador fazer a devida avaliação para porventura distinguir as situações em que eventual prática ou contumácia pudesse sugerir algo que descaracterizasse a situação de insignificância.

Portanto, com essas ressalvas e reservas, estou pedindo vênias ao Relator, para divergir e acompanhar já a manifestação antecipada do Ministro Celso de Mello, acompanhando a manifestação que Sua Excelência havia já desenvolvido na Turma.

Eu concedo, portanto, a ordem.

(HC 103.684, 21/10/10, voto do Min. Gilmar Mendes)

Ainda sobre o HC nº 103.684, destaca-se o posicionamento do Ministro Cezar Peluso:

(...) Ora, o que significa a aplicação, em concreto, do princípio da insignificância? Nem precisaria ser usado esse nome. O que esse princípio, na verdade, convalida é o juízo de controle que o magistrado tem que exercer, perante as circunstâncias do caso concreto, para averiguar se, de fato, o delito se tipificou pela realização da ofensa pressuposta no tipo penal.

Isso significa, aplicado ao caso, que o reconhecimento da **admissibilidade da aplicação do princípio da insignificância ou do princípio da irrelevância, na matéria de Direito Penal Militar, de modo algum põe em cheque aqueles valores e princípios, inclusive de índole constitucional, que dizem respeito à organização, à eficiência e à sobrevivência das Forças Armadas.**

Ele simplesmente vai permitir que o magistrado não fique impossibilitado, em concreto, de, examinando o caso e verificando que não há ofensa a qualquer uma das objetividades jurídicas, porque o Código Penal Militar inclui esse delito no capítulo de delitos contra a saúde, absolver o réu.
(HC 103.684, 21/10/10, voto do Min. Gilmar Mendes)

Diante do principal julgamento sobre o assunto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 103.684, de 21/10/10), não há que se falar em pacificação do tema em nossa Suprema Corte, apta a desautorizar o emprego do princípio da insignificância nos casos em que se revela a solução mais adequada à situação concreta. Ainda que se interpretem de forma ampliativa os bens jurídicos protegidos pelo art. 290 do CPM, como se ressaltou no julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.455, certamente vão ocorrer situações concretas em que o magistrado se convencerá sobre a ínfima lesividade da conduta sobre os citados bens.

O Código Penal Militar, ao contrário dos demais estatutos legais que abrigam disposições penais, alberga, expressamente, o princípio da insignificância, como, por exemplo, em casos de lesão corporal levíssima e furto. Estabelece o item 17, da Exposição de Motivos do CPM, que:

Entre os crimes de lesão corporal, incluiu-se o de lesão levíssima, a qual, segundo o ensino da vivência militar, **pode ser desclassificada pelo juiz para infração disciplinar, poupando-se, em tal caso, o pesado encargo de um processo penal para fato de tão pequena monta.**
(Exposição de Motivos do Código Penal Militar)

Vê-se, de tal forma, que os “fatos de pequena monta” não devem ocupar o Poder Judiciário, podendo estes serem apreciados no âmbito da administração militar.

Há, ainda, a possibilidade de o juiz desclassificar o fato para infração disciplinar nos crimes patrimoniais, quando a coisa for de pequeno valor. Observa-se o art. 240 do Código Penal Militar:

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de **pequeno valor a coisa furtada**, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou **considerar a infração como disciplinar**. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.

(Código Penal Militar)

Se o Código Penal Militar prevê, expressamente, a insignificância em alguns delitos, entende-se que nada impediria a sua aplicação em outros tipos penais, inclusive ao art. 290.

Se na legislação comum, onde não há qualquer previsão expressa, o princípio da insignificância é indubitavelmente aplicado, não se pode conceber que, na lei penal castrense e, particularmente, no seu art. 290, o princípio possa ser duramente rechaçado.

Portanto, a aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do Código Penal Militar não deve ser interpretada como uma liberalidade ou como uma forma de impunidade. Deve ser entendida como um instrumento legal para tornar a decisão do comandante militar, autoridade competente para julgar a infração disciplinar, adequada e justa. No caso das infrações penalmente irrelevantes, que sejam sancionadas à luz dos regulamentos disciplinares de cada força, solidificando perante os subordinados a crença no cumprimento dos deveres e a manutenção da hierarquia e da disciplina, garantidoras do regular funcionamento da instituição militar.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, vol. 94, p.72-77, abr./jun., 1988.

ARAÚJO. João Vieira de. **Direito Penal do Exército e Armada**. Rio de Janeiro: Leammert & C. Editores: 1898.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte Especial. 3ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

AZEVEDO, David de Teixeira. **A culpa penal e a lei 9.099/95**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 747, 1996. p. 453/463.

BADARÓ, Ramagem. **Comentários ao CPM de 1969. Parte Geral**. São Paulo: Editora Juriscredi, 1972.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo Militar**. Vol 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar. Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>>. Acesso em:08/04/2014.

BRASIL. Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares. Diário Oficial da União de 11 de dezembro de 1980**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 16/04/2014.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União de 24 de agosto de 2006**. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 06/05/2014.

BRASIL. Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998. **Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Diário oficial da União de 19 de maio de 1998**. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 02/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação (FO) nº 2007.01.050504-0**, DF, 6 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=2007.01.050504-0&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 06/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação (FO) nº 2007.01.050563-6**, MS, 01 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph->

[brs?s1=&s2=2007.01.050563-6&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI](http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=2007.01.050563-6&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI)>. Acesso em: 07/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 0000034-86.2012.7.09.0009**, MS, 19 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=0000034-86.2012.7.09.0009&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 07/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 0000019-90.2013.7.02.0102**, SP, 20 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=0000019-90.2013.7.02.0102&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 09/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90.125**, RS, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890125%2EENUME%2E+OU+90125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bel7lxj>>. Acesso em 13/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.074**, SP, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%2EENUME%2E+OU+91074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/assq4u9>>. Acesso em 13/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684**, DF, 21 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103684%2EENUME%2E+OU+103684%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cbxnmqf>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.455**, DF, 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107455%2EENUME%2E+OU+107455%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cqzs542>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 121.862**, PR, 06 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28121862%2EENUME%2E+OU+121862%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mgffwvf>>. Acesso em: 15/06/2014.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares - Inabaláveis Princípios e Fins**. Curitiba: Juruá, 2001.

CARNEIRO, Mário Tibúrcio Gomes. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Editora N/D, 1959.

CELIDÔNIO, Celso. **O princípio da insignificância**. Revista de Direito Militar. Florianópolis, a.3, n. 16, p. 7-10, mar/abr. 1999.

CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. **Direito Penal e Processo Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

GORRILHAS, Luciano Moreira. **A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das Forças Armadas. Jus Navigandi**. Teresina. Ano 16. n. 2752, 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18262>>. Acesso em: 07/04/2014.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

HERRERA, Renato Astrosa. **Derecho Penal Militar**. Santiago de Chile: Editora Juridica de Chile, 1977.

KARAM, Maria Lucia. **Guerra às drogas encarcera mais negros do que apartheid, afirma a jurista Maria Lúcia Karam**. 15 dezembro 2010. Disponível em: <<http://coletivocannabisativa.blogspot.com.br/2010/12/guerra-as-drogas-encarcera-mais-negros.html>> Acesso em: 01/10/14.

KOERNER JÚNIOR. Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

LOBO. Helio. **Sabres e Togas. A autonomia judicante militar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1906.

LONGO. Angelo. **Instituzioni di diritto militare**. Bulzoni. 1975.

MAGGIORE, Renato. **Diritto e Processo Nell' Ordinamento Militare. Contributo allo studio del processo penal e militare**. Jovene, 1967.

MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale Italiano**. 5ª ed. Torino: UTET, 1985.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos (Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006) Nova lei de drogas, anotada e interpretada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1988.

MELLO, Amaury de Souza. **Direito Penal Militar: sua autonomia**. Rio de Janeiro: Editora N/D, 1958.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MUÑOZ, Martínez. **Derecho militar y derecho disciplinario militar**. Buenos Aires: De palma, 1977.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Vol 1 (Parte Geral). São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREZ, Luis Carlos. **Tratado de Derecho Penal**. 2ª Ed. Bogotá: Temis, 1978.

PRESTES, Cassio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2003.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ROTH, Ronaldo João. **O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar**. Revista de Estudos e Informações – Justiça Militar de Minas Gerais. n. 21, março de 2008, p. 30-38.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Ivan Luiz da. **Teoria da insignificância do direito penal brasileiro**. Revista dos Tribunais. São Paulo, a.94, v. 814, p. 425-437, nov. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUZA, Henrique Marini e. **O princípio da insignificância na justiça penal castrense**. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Coordenadoras: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Peterson. Colaboradora: Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Brasília: Superior Tribunal Militar – 2008, p. 244-260.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugêncio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. 28 ed. São Paulo: RT, 1999.