



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO GOMES BRANDÃO

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES MILITARES DE USO E PORTE DE DROGAS ILÍCITAS
(ARTIGO 290 CPM)**

Salvador
2017

MARCELO GOMES BRANDÃO

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES MILITARES DE USO E PORTE DE DROGAS ILÍCITAS
(ARTIGO 290 CPM)**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal da
Bahia.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Selma Pereira de
Santana.

Salvador
2017

MARCELO GOMES BRANDÃO

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES MILITARES DE USO E PORTE DE DROGAS ILÍCITAS
(ARTIGO 290 CPM)**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Selma Pereira de Santana – Orientadora _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro _____
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

Gabrielle Santana Garcia _____
Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito Federal da Bahia (UFBA)
Centro Universitário Jorge Amado

AGRADECIMENTOS

Gratificante é olhar para trás e constatar quantos obstáculos foram vencidos e quantos sacrifícios foram realizados. A conquista real de um objetivo se inicia na capacidade de pensar e sonhar. A partir desse sonho, começo a trabalhar e investir tudo de que dispunha na construção de um ideal, buscando olhar para o horizonte.

Agradeço primeiramente aos Deuses por ter conseguido vencer todos os obstáculos que encontrei ao longo desses anos de muita dedicação e por terem me proporcionado saúde e sabedoria para enfrentar os momentos difíceis. Agradeço também o apoio dado pela minha família, em especial, aos meus pais e minha irmã, por serem o sustentáculo da minha trajetória.

Aos meus Mestres, fico muito grato por compartilhar momentos de instrução e aprendizado nas diversas fases da minha vida acadêmica. E por todos aqueles que acreditaram em mim e que participaram de mais uma capítulo da minha história, seguem meus votos de gratidão.

Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os
desiguais, na medida de sua desigualdade.

Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho se dedica à análise da inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes militares de uso e porte de substâncias entorpecentes em locais sujeito à Administração Militar, previstos no artigo 290 do Código Penal Militar (CPM). Parte-se da análise das atribuições constitucionais das Forças Armadas, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, demonstrando a importância da hierarquia e disciplina para estas instituições e para a sociedade. Em seguida, são apresentados o conceito e a evolução histórica do princípio da insignificância, além de sua repercussão no Direito Penal e no Direito Penal Militar, abordando-se a Lei 11.343/2006, mais conhecida como Lei de Drogas, e o artigo 290 do Código Penal Militar. Após a discussão teórico-conceitual, são apresentados e analisados alguns julgados do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes previsto no artigo 290 do Código Penal Castrense e que consequências práticas tais decisões refletem na sociedade. Conclui-se que o Princípio da Insignificância não deve ser aplicado aos crimes previstos no artigo 290 do CPM em locais sujeitos à Administração Militar, considerando a natureza e atribuições específicas deste setor.

Palavras-chaves: Princípio da insignificância. Código Penal Militar. Substâncias entorpecentes. Lei 11.343/2006.

ABSTRACT

This work aims to analyse the inapplicability of the principle of insignificance in military crimes by the use and postage of narcotic substances in places subject to Military Administration, according to the Military Penal Code (MPC). It starts by analysis of the constitutional attributes of Armed Forces, Military Police and Fire Department in order to demonstrate the importance of hierarchy and discipline to these institutions and to all the society. Then, the concept and the historic evolution of the principle of insignificance are presented through its repercussion in the Criminal Law and in the Military Criminal Law, approaching to the Law nº 11.343/2006, known as Drug Law, and the Article 290 of the Military Criminal Code. After the theoretical-conceptual discussion, some Superior Military Court and Federal Court of Justice's judgements about inapplicability of the principle of insignificance on crimes previsible by Article 290 of the MPC are presented and analysed, showing the consequences of these judgements for the society. In conclusion, this work defends that the principle of insignificance must not be applied under crimes previsible in the Article 290 of the MPC in places subject to Military Administration, considering the nature and specific attributes of this sector.

Keywords: Principle of insignificance. Military Penal Code. Narcotic substances. Law nº 11.343/2006.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPPM	Código de Processo Penal Militar
STF	Supremo Tribunal Federal
STM	Superior Tribunal Militar

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	09
2.	PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DAS FORÇAS ARMADAS E POLÍCIAS MILITARES	12
2.1.	ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL	14
2.2.	HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES	16
3.	O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, O DIREITO PENAL COMUM E O DIREITO PENAL MILITAR.....	22
3.1.	CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	25
3.2.	PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E A JUSTIÇA CASTRENSE.....	29
4.	O CRIME DE USO E PORTE DE DROGAS	32
4.1.	A LEI Nº 11.343/2006: ALGUNS ASPECTOS.....	33
4.2.	O ARTIGO 290 DO CPM: ALGUNS ASPECTOS.....	37
5.	DECISÕES SOBRE A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DO ART. 290 CPM	40
5.1.	JURISPRUDÊNCIAS DO STM	41
5.2.	JURISPRUDÊNCIAS DO STF	46
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o aumento no uso de substâncias entorpecentes no Brasil vem sendo noticiado por diversos meios de comunicação. Tal fato tem suscitado debates principalmente nas Instituições militares, uma vez que estas ocorrências incluem policiais militares, bem como militares das Forças Armadas, que são flagrados portando, utilizando ou mesmo traficando drogas em locais sujeito à Administração Militar.

O uso e porte de drogas por parte de policiais militares é rechaçado por qualquer diploma legal, visto que fere diretamente a legalidade e os pilares do militarismo. Conforme expresso na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 42 e 142, hierarquia e a disciplina são as bases de sustentação das Forças Armadas e das Polícias Militares. O artigo 142 define como missão das Forças Armadas a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Já o artigo 42 atribui às Polícias Militares a responsabilidade sob a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Tendo em vista os princípios estabelecidos pelos artigos acima, o uso e porte de drogas por militares está sujeito a sanções penais, cabendo ao Tribunal de Justiça, ao Superior Tribunal Militar e ao Supremo Tribunal Federal o julgamento em caso de divergência processual. Neste contexto, o princípio da insignificância, ressignificado no Direito Penal por Claus Roxin surge como importante meio de limitação do *jus puniendi* estatal, permitindo afastar a incidência do Direito Penal em situações que atingem, de modo ínfimo, o bem jurídico tutelado pela norma penal. Criado para atuar como critério geral de exclusão da tipicidade, mediante a ponderação, no caso concreto, acerca da relevância do dano, o referido princípio se destaca ante a função de proteção de bens jurídicos no sistema penal.

Entretanto, o princípio da insignificância não se aplica em todos os casos de ilícito penal do ordenamento jurídico comum, assim como no ordenamento jurídico castrense. A lei penal militar é aplicada por órgão constitucionalmente previsto e deve-se observar a ordem, a operacionalidade e imagem das instituições militares, que são construídas baseadas na hierarquia e disciplina.

O advento da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 suscitou discussões sobre a revogação do artigo 290 do CPM, em virtude do artigo 40, inciso III, da lei

extravagante. Todavia, neste trabalho de conclusão de curso, será possível observar uma discussão sobre a não incidência da aplicação da Lei de Drogas no âmbito da Justiça Militar da União, em face da especialidade da legislação castrense.

Diante do exposto, a presente monografia tem, como objetivo geral, analisar como o princípio da insignificância incide nos crimes militares de uso e porte de substâncias entorpecentes em locais sujeito à Administração Militar, previsto no artigo 290 do Código Penal Militar.

Os objetivos específicos do trabalho são:

- Analisar o princípio da insignificância face ao crime previsto no artigo 290 do CPM
- Verificar que aspectos são levados em consideração na aplicação da Lei 11.343/06 e do art. 290 do CPM

Entende-se que o tema é atual e muito importante para o Estado Democrático de Direito, especialmente por envolver a segurança e a operacionalidade das Forças Armadas e Polícias Militares, visto que são instituições responsáveis pela preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos. O assunto também é relevante para a Justiça Castrense da União e dos Estados, para o Direito Penal Militar, para as Forças Armadas e Polícias Militares, visto que existe uma divergência entre a doutrina sobre o objeto de estudo e os tribunais Superiores, principalmente entre a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que busca uma conformidade de decisões sobre o tema.

O trabalho foi desenvolvido com base em dois procedimentos metodológicos. O primeiro foi a *revisão de literatura*, através de um estudo teórico sobre os institutos jurídicos e as legislações que versam sobre o tema investigado. Conceitos como hierarquia, disciplina, competência constitucional das Forças Armadas e Polícias Militares foram discutidos com base na reflexão de autores como José Afonso da Silva (2016), Cunha Júnior (2016), Bulos (2014) e Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015). A revisão de literatura orienta a construção argumentativa da análise proposta pelo trabalho.

O segundo procedimento metodológico, de natureza empírica, foi a *análise dos julgados* do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Militar (STM) que versam sobre os crimes previstos pelo artigo 290 do CPM e o princípio da insignificância.

Com a finalidade de concretizar os objetivos apresentados, esta monografia

está dividida em cinco partes, além desta introdução. O primeiro capítulo versa sobre a previsão constitucional da atividade das Forças Armadas e das Polícias Militares, assim como pontua os pilares do militarismo: a hierarquia e a disciplina. O segundo capítulo dedica-se ao conceito e evolução histórica do princípio da insignificância no ordenamento jurídico penal e na legislação castrense.

O terceiro capítulo introduz o crime de uso e porte de drogas previsto na Lei 11.343/06, analisando suas particularidades e inovações trazidas pelo legislador, bem como a construção doutrinária sobre o tema. Na sequência, aborda-se o crime previsto no artigo 290 do CPM, levantando os principais pontos do tipo penal em tela e como a doutrina se posiciona sobre a legislação castrense.

O quarto e último capítulo, trata-se de uma análise jurisprudencial sobre as decisões do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal sobre a (in) aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes previsto no artigo 290 do CPM. O estudo de precedentes, através do confronto entre jurisprudência e doutrina ilustrará a importância do tema para o Direito Penal Militar e para a Justiça Militar da União e dos Estados.

2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DAS FORÇAS ARMADAS E POLÍCIAS MILITARES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elaborada pelos representantes do povo, é o documento mais importante do ordenamento jurídico brasileiro. Também chamada de Carta Magna, tem caráter democrático e visa garantir os direitos e deveres dos cidadãos na construção de um Estado democrático de direito.

É possível conceituar a Carta Magna sob o aspecto substancial ou formal. Este último atribui o caráter escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. Já em sentido substancial ou material, a Constituição é um conjunto de normas que fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como eles serão dirigido e por quem. (BRANCO; MENDES, 2013).

As Forças Armadas e as Polícias Militares são previstas pela Constituição como instituições responsáveis pela garantia da efetivação dos direitos e deveres dos cidadãos, ou seja, cabe a estes organismos a defesa da soberania nacional e do Estado democrático de direito. Conforme Cunha Júnior (2016), as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares compostas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, organizadas pelos pilares da hierarquia e disciplina. A autoridade suprema é o Presidente da República, que tem o poder de nomear os seus comandantes. Vale ressaltar que estas instituições podem exercer a atribuição típica de segurança pública, esporadicamente:

As Forças Armadas constituem o elemento fundamental da organização coercitiva do Estado. Posta a serviço do direito e da paz social, têm o objetivo de afirmar a ordem interna da Nação. Do ponto de vista externo, buscam garantir a defesa da soberania e da Pátria, funcionando como as vigas-mestras de subsistência do Estado, em perfeita sintonia com seus fins essenciais. A missão precípua das Forças Armadas, portanto, é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais que, harmônicos e independentes (CF, art. 2º), têm a sua fonte nas inspirações populares (BULOS, 2013, p.1449).

Juntamente com as Forças Armadas, a ação do Estado na garantia da defesa nacional se dá através dos órgãos de Segurança Pública: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros. Embora estas instituições tenham, como finalidade comum garantir, a

preservação da ordem pública, da incolumidade dos cidadãos e do patrimônio, cada uma delas possui atribuições específicas relacionadas diretamente ao escopo das atividades que cada uma exerce. Vale salientar que, enquanto as demais instituições policiais e as próprias Forças Armadas integram diretamente a estrutura da União, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros compõem a estrutura dos estados federativos e do Distrito Federal.

Merecem destaque, neste estudo, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros, haja vista serem forças auxiliares e reserva do Exército. Isso significa que, em casos de comoção grave de repercussão nacional ou em ocorrência de fato que comprove ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (art. 136 da CF), bem como diante da declaração de guerra, as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros podem ser mobilizados pelo Estado para atuar junto às Forças Armadas na preservação da segurança nacional.

Uma vez que compartilham a responsabilidade de atuação diante de iminente ameaça de guerra ou ação que comprometa a soberania nacional, as instituições das Forças Armadas, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros são regidas também pelo Código Penal Militar (CPM) e pelo Código de Processo Penal Militar (CPPM). As demais instituições policiais (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal e Polícia Civil), ao contrário, não são enquadrados legalmente como instituições militares por não atuarem em situações desta natureza e, portanto, não são disciplinadas pelo CPM e CPPM.

O corpo normativo constitucional elenca diversos artigos que versam sobre a atividade das Forças Armadas, assim como da Polícia Militar e Corpos de Bombeiros Militares. A manutenção da paz social e defesa da Pátria depende diretamente que estas instituições cumpram as competências que lhe são atribuídas. A preservação dos fundamentos constitucionais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito devem ser basilares nesta construção.

A análise da legislação que disciplina estas instituições e seu papel previsto na Constituição Federal pode permitir uma compreensão mais apurada das atribuições de cada uma delas, bem como das implicações do cumprimento ou não pelos agentes que integram tais estruturas.

2.1. ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 atribui uma gama de competências às forças militares, que assumem, assim, a missão de zelar pela preservação da garantia dos direitos e deveres de cada cidadão que reside na sociedade brasileira. Isso fica evidente no trabalho desempenhado pelas Polícias Militares em âmbito nacional, ou pelas Forças Armadas no patrulhamento das fronteiras e na segurança contra qualquer ameaça externa.

O artigo 142 da Constituição Federal estabelece quais são as atribuições dos militares das Forças Armadas, bem como assevera que são constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica. Estas, são instituições permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, tendo como autoridade maior o Presidente da república, e destinam-se principalmente à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O caráter especial que o texto normativo constitucional confere aos militares demonstra o quão importantes são as suas atribuições e como devem ser desempenhadas suas missões para garantir a defesa da Pátria. Isso fica evidente no § 1º do supracitado artigo, haja vista que o instrumento da Lei Complementar estabelece as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Com relação à segurança pública, a Constituição Federal versa no seu artigo 144 que é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, conforme descrito a seguir:

art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39 (BRASIL, CF, 2017).

Conforme descrito no artigo 144 da Constituição, cabe às Polícias Militares estaduais e ao Corpo de Bombeiros Militares, respectivamente o policiamento ostensivo e preservação da ordem pública; e a execução de atividade de defesa civil, além das prevista em lei exclusiva. Isso se dá em virtude do poder de polícia atribuída a essas instituições no sentido de zelar pelo cumprimento as funções.

Sendo assim, Poder de Polícia é “[...] a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2016, p. 157). Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o interesse público deve prevalecer sobre o particular, haja vista que o coletivo se encontra numa posição de supremacia, sendo que a Administração pública é quem deve desempenhar o papel principal.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional considera poder de polícia como:

a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1966)

Há, portanto, uma distinção clara entre polícia administrativa e polícia

judiciária. Esta última possui natureza de polícia repressiva, de cunho investigativo, devendo ser empregada após a incidência do fato ilícito e exercida por Delegados e investigadores de carreira. Já a atividade de polícia administrativa cabe à Polícia Militar, que atua de forma ostensiva e preventiva, realizando rondas a fim de evitar a ocorrência de ilícito penal.

Por ser força auxiliar e reserva do Exército, a Polícia Militar é regida por normas especiais. A condição de militar atribuída a esta instituição a diferencia das demais categorias de polícia, justamente pelo fundamento do militarismo que recai sobre ela. Este fundamento se apresenta sobretudo em dois aspectos: pelo fato de estarem submetidos ao CPM e ao CPPM; e pela formação dada aos policiais militares- baseada no que é conhecido no jargão militar como “caserna”, ou seja, local onde são ministradas as instruções durante o período de formação, independentemente do posto ou graduação, se praças ou oficiais.

Por força do artigo 42, caput, c/c com o artigo 144 § 6º da CF, os Bombeiros Militares e os Policiais Militares seguem a mesma regra que os integrantes das Forças Armadas. O fato de estarem sujeitos às regras do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar já demonstra características especiais destes agentes de segurança. Sendo assim, o cumprimento às missões e o respeito aos fundamentos legais devem ser seguidos por todos os militares, a fim de proporcionar uma maior sensação de segurança e proteção da defesa da pátria (BRASIL, 1988).

2.2. DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR

Todas as instituições da Administração Pública são, de modo geral, regidas pela hierarquia e disciplina. Entretanto, as instituições militares receberam um tratamento especial pelo legislador constitucional. Esse grau de diferenciação se expressa pela tipificação dos princípios da hierarquia e disciplina em diversos artigos da Constituição Federal, com destaque para os artigos 42 e 142.

O artigo 42 se refere à hierarquia e disciplina especificamente no caso das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, enfatizando sua vinculação às estruturas dos estados federativos, do Distrito Federal e dos Territórios. Apesar desta característica, estas instituições policiais estão submetidas aos mesmos princípios de hierarquia e disciplina estabelecidos para as Forças Armadas, devido

ao seu caráter de força reserva e auxiliar do Exército. Pelos mesmos motivos, são regidas também pelo CPM e pelo CPPM. Já o artigo 142 se dedica às Forças Armadas, ressaltando seu caráter de instituições permanentes e regulares destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

A Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, dedica o seu capítulo III somente para tratar sobre a hierarquia e a disciplina, ao trazer a seguinte redação em seu artigo 14:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º 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 antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 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.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados (BRASIL, Estatuto dos Militares, 2017).

Sendo assim, pode-se observar que este artigo não apresenta somente o conceito, mas também a definição legal das bases das instituições militares, sendo de fundamental importância para os agentes inseridos em suas estruturas. Tais bases institucionais são referências para a doutrina constitucionalista, conforme assevera José Afonso da Silva (2016) ao ressaltar a importância dos princípios militares e da distinção entre estes conceitos:

Hierarquia é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. Ao dizer-se que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, quer-se afirmar que elas, além da relação hierárquica interna a cada uma das armas, subordinam-se em conjunto ao Chefe do Poder Executivo federal, que delas é o comandante supremo. Já a disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de observância dos inferiores em relação aos superiores. Declara-se que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina vale dizer que são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus

superiores hierárquicos, como dizia o art. 14 da Constituição de 1891. (SILVA 2016, p. 787).

Assim como ocorre em outras áreas profissionais, na atividade militar a autoridade e a responsabilidade são proporcionais ao grau hierárquico, isto é, quanto mais elevada a patente do militar, maior grau de responsabilidade e autoridade lhe será atribuído. O diferencial em relação a todas as outras profissões está no peso que hierarquia e disciplina assumem na estrutura das instituições militares. A ascendência de posto e graduação ocorre a partir dos critérios da antiguidade ou do merecimento, que se dá através dos bons serviços prestados dentro da instituição. Isto impõe aos militares uma lógica de cadeia hierárquica orientada por expressa obediência aos superiores e por respeito aos símbolos.

Cunha Júnior sustenta que:

em face da hierarquia, as Forças Armadas são organizadas a partir de vínculos de subordinação, de modo que, entre os seus membros, há militares inferiores e militares superiores, ordenados funcionalmente de forma escalonada e graduada. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.1080).

A subordinação escalonada e graduada de acordo com os níveis de autoridade é destacada também por Bulos (2014). Já a disciplina, segundo o autor, trata-se do poder legal conferido aos superiores hierárquicos para impor comportamentos e ordens aos seus inferiores, num vínculo de obediência, acatamento e respeito. Esse vínculo deve ser respeitado sob pena de restrições disciplinares para o militar infrator, haja vista a compreensão de que o exemplo deve prevalecer dentro da tropa.

Além das normas que organizam as classificações hierárquicas militares em torno de patentes, com suas respectivas atribuições e poderes, a lógica de hierarquia e disciplina é cultivada nas Forças Armadas e nas Polícias Militares pelo caráter das missões ao longo da carreira e das trajetórias construídas individualmente. O oficial, por exemplo, para chegar ao último posto¹, seja nas Forças Armadas ou na Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar, precisa desempenhar diversas atividades a fim de desenvolver uma postura de comando diante dos militares hierarquicamente inferiores. Os subordinados, por sua vez, relacionam-se com os superiores a partir de um conjunto de códigos estabelecidos

¹ Na hierarquia militar a função de último posto assume nomenclaturas distintas em cada instituição das Forças Armadas: Almirante, na Marinha; Marechal, no Exército; e Marechal do Ar, na Aeronáutica. Na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros o último posto é o de Coronel.

pela legislação especial e normas internas (regulamentos), que vão desde a continência como ação de cumprimento e saudação do subordinado perante ao superior hierárquico, até o desempenho das diversas missões que lhe são atribuídas no serviço. Mas o respeito à hierarquia advém, também, de uma postura de comando que sirva de exemplo para os subordinados no sentido de atos compatíveis com as regras impostas a cada cargo, a partir do que determina a legislação especial.

Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 35) afirmam que disciplina militar é o conjunto de regras estabelecidas nas normas jurídicas regulamentares que definem os deveres e as obrigações, assim como os direitos do pessoal militar, normas devem ser observadas dentro destas instituições. Os autores sustentam que a disciplina e a hierarquia são princípios básicos que regem a vida militar, traduzindo valores dignos de serem preservados em nome da eficiência das Forças Armadas, até porque são premissas basilares de uma Instituição militar.

O Regulamento disciplinar da Marinha, por exemplo, contido no Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, exige de seus militares o previsto no seu artigo 2º:

A 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 de por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo (BRASIL, Regulamento Disciplinar da Marinha, 2017).

Tal como está descrito no Regulamento disciplinar da Marinha, conforme citação acima, todas as instituições militares possuem regulamentos disciplinares a fim de regular a conduta do seu efetivo e são regidas também pelo Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980). Esses diplomas legais têm o objetivo de uniformizar as condutas e ações dos militares, disciplinando-os e punindo disciplinarmente em caso de descumprimento.

Hierarquia e disciplina representam a observância às ordens dos superiores hierárquicos, respeitando os símbolos e buscando desenvolver o serviço com maior efetividade. O fiel cumprimento às determinações, assim como o cultivo às virtudes militares diferenciam o militar dos servidores públicos em geral.

O Decreto nº 2.243, de 03 de junho de 1997, dispõe sobre o Regulamento de Continência, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas, e assevera no seu artigo 2º que todo militar, em decorrência de sua condição,

obrigações, deveres, direitos e prerrogativas, deve tratar sempre com respeito e consideração seus superiores hierárquicos. O art. 3º do supracitado diploma legal ressalta que o militar deve manifestar respeito e apreço aos seus superiores, pares e subordinados, observando a precedência hierárquica (BRASIL, Regulamento de Continência, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas, 1997).

Neves e Streifinger (2014) concebem a existência de vários bens jurídicos para o Direito Penal Militar, destacando-se a hierarquia e a disciplina. Estes são considerados os alicerces do militarismo, razão pela qual cabem aos militares cultivar o respeito e o fiel cumprimento das ordens emanadas pelos superiores, assim como a preservação da integridade física e do patrimônio público e privado.

Hierarquia e disciplinas são tão importantes para as instituições militares, que é inadmissível conceber o militarismo sem esses princípios. Diante disso, é fundamental destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu no *Habeas Corpus* nº 108.811 em, de 08 de novembro de 2011, através do Relator Ministro Carlos Ayres Britto, que “a hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou mero predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas” (BRASIL, STF, 2012).

Tão grande a valoração desses pilares, que o desrespeito à hierarquia e/ou a disciplina podem levar a uma violação ao Código Penal Militar, conforme preceitua o artigo 301 do supracitado instituto legal. Desobedecer à ordem legal de um superior hierárquico pode ensejar a privação da liberdade, medida esta que demonstra o quanto é importante para os militares a observância desses princípios.

Sendo assim, resta constatado que ao militar é exigido o acatamento rigoroso às ordens que emanam de seus superiores, sob pena de fragilizar os preceitos da disciplina e da hierarquia, sustentáculos das Forças Armadas e Polícia Militar, constituindo-se em situação de perigo público, na medida em que uma vez atingidos, o espírito de corpo e o senso coletivo estariam a pautar as atribuições constitucionais das Forças Armadas (ABREU, 2010, p, 318).

O militar deve acatar as ordens emanadas pelos superiores hierárquicos, entretanto, é importante ressaltar que, para os casos de ordem manifestamente criminosa, conforme preceitua o artigo 38, § 1º do Código Penal Militar, nesses

casos, imputa responsabilização pelo eventual cometimento de crime ou transgressão disciplinar ao autor da ordem criminosa.

Disciplina significa respeito aos costumes e às pessoas em qualquer lugar em que estiver o praça ou o oficial. Não constitui somente um dever do subordinado, mas a obrigação do superior, como dever militar em honrar a instituição que faz parte. A hierarquia e a disciplina devem ser respeitadas por todos, principalmente pelos militares que têm a função de zelar pela defesa da Pátria e pela preservação da ordem pública, representando o Estado no uso de suas atribuições.

O militar, ao utilizar uma farda, ou mesmo quando atua durante o serviço, deve observar todos os preceitos constitucionais bem como agir conforme os princípios basilares que norteiam o estado democrático de direito. Neste sentido, aduz Eliezer Martins que:

Além do estrito cumprimento de seus deveres há que o servidor público militar refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense, e tal diferenciação impõe-se já na legislação aplicável aos militares. (MARTINS, 1996, p 24)

A referência à vocação como um fator relevante para o exercício da atividade militar evidencia que o indivíduo que se propõe a seguir esta carreira deve estar disposto a acatar às atribuições que lhe são devidas e que são transmitidas através das práticas de rotina ao longo de toda a trajetória profissional. Os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico especial, estatutos e regulamentos são incorporados gradativamente à conduta dos servidores militares por meio de práticas como o culto aos símbolos e de atividades castrenses a exemplo de uma instrução de ordem unida ou um simples gesto de retribuição de uma continência. Portanto, a incorporação dos princípios de hierarquia e disciplina passa pela disposição do servidor em exercer as atividades previstas e que compõem os pilares do militarismo.

3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, O DIREITO PENAL COMUM E O DIREITO PENAL MILITAR

A origem do princípio da insignificância é discutida pelos doutrinadores nacionais e internacionais. Alguns autores defendem que seu surgimento se deu no Direito Romano (WILLEMANN, 2005; VICO MAÑAS, 1994; ACKEL FILHO, 1988) e outros apontam que derivou do princípio da legalidade (LOPES, 1997). Willemann (2005) afirma que o princípio da insignificância teve sua origem no Direito Romano, já que o pretor não cuidava das causas ou delitos de bagatela, ou seja, infrações que não tinham repercussão jurídica frente aos delitos de grande lesão ao bem jurídico tutelado.

Claus Roxin foi um dos principais expoentes na análise do princípio da insignificância, sobretudo com a publicação da sua obra *Política criminal y sistema del derecho penal* (ROXIN, 1972). A partir do século XX, o supracitado princípio começou a ganhar contornos de política criminal, baseando-se sua teoria nas crises sociais surgidas após a Segunda Guerra mundial.

Foi Roxin quem apresentou a primeira sistematização principiológica da insignificância em matéria penal. O autor afirma tratar-se de verdadeiro princípio do Direito Penal, que permite a exclusão dos danos de ínfima importância, sendo instituto de interpretação restritiva do tipo penal (ROXIN, 2000 apud SILVA, 2008).

Para Bitencourt (2016, p. 61) “a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade”. Ou seja, não basta apenas considerar a lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, deve-se examinar a extensão da lesão produzida.

Sob o enfoque político-criminal derivado de Claus Roxin, Carlos Vico Mañas (1994) conceitua o princípio da insignificância como

instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (VICO MANÃS, 1994, p. 58).

Vico Manãs (1994) deixa claro que o princípio da insignificância visa auxiliar na redução do campo de atuação do Direito Penal, restringindo-se somente para a

tutela jurídica de valores relevantes. Na visão do autor, condutas que não impliquem em repercussão jurídica não devem ser abarcadas pelo Direito Penal, haja vista não produzirem um resultado que afete os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Lopes (1997, p.114) assevera que o princípio da insignificância se assemelha a “um limite tático da norma penal”, ou seja, é perceptível a agressão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Se houver uma agressão que cause repercussão ao bem jurídico, não há de se falar em insignificância, já que uma vez violado o bem jurídico, afasta-se de fato a insignificância.

Toledo (1994) reforça essa compreensão, ao afirmar que o princípio da insignificância tem uma relação com a gradação quantitativa e qualitativa do injusto, sendo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal, norteando assim a comparação entre o desvalor do tipo penal e o desvalor social das condutas dos agentes.

No ordenamento jurídico comum brasileiro não existe nenhuma previsão legal acerca do instituto em tela, somente construções doutrinárias e jurisprudenciais. O reconhecimento do princípio da insignificância depende de requisitos objetivos relacionados ao fato analisado, bem como a requisitos subjetivos relacionados à vítima ou ao agente. É o caso concreto que vai determinar a aplicabilidade ou não por parte do intérprete do direito.

Cleber Masson (2016, p. 29) enumera os requisitos objetivos: “mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica”. O autor aponta ainda os requisitos subjetivos, que se relacionam ao agente e à vítima do fato descrito em lei como crime ou contravenção penal, tais como “condições pessoais do agente e condições da vítima.” (MASSON, 2016, p. 33)

Com relação à jurisprudência, o marco da aplicação do princípio da insignificância foi a decisão do STF no *Habeas Corpus* 66.869-1, de relatoria do ministro Aldir Passarinho. Referia-se a um caso de lesão levíssima em acidente de trânsito que acabou abrindo precedente sobre o tema. Outro caso que merece destaque foi o *Habeas Corpus* nº 84.412, de 29 de junho de 2004, apreciado no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Celso de Mello, a partir do qual foram estabelecidos critérios objetivos aferíveis à aplicação do princípio da insignificância. O caso versava sobre um furto de uma fita de videogame no valor de R\$ 25,00 (vinte

e cinco reais), sendo recuperado posteriormente e aplicada uma pena de oito meses de prisão para o autor do fato ilícito. Os critérios objetivos defendidos a partir do voto do ministro relator são: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (BRASIL, STF, 2004).

A partir disso, outras decisões foram se baseando em critérios objetivos a fim de analisar a aplicação do princípio da insignificância. Outro exemplo de adoção desses critérios foi o Recurso em *Habeas Corpus* nº 88.880, de 09 de junho de 2006, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versava sobre crime ambiental em que o paciente havia supostamente cortado duas árvores (BRASIL, STF, 2006).

O princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, baseada em conclusões de política criminal a fim de solucionar lacunas presentes em situações de injustiça. Isso se dá pela falta de relação entre a conduta reprovada pelo ordenamento jurídico e a pena que é aplicada. Vale ressaltar que no Código Penal Castrense, o princípio em tela possui uma conotação diferente do ordenamento jurídico comum, já que existem outros bens protegidos pela legislação militar.

O Código Penal Militar no seu artigo 209 §6º diz que “no caso de lesão levíssima, o juiz pode considerar a infração como disciplinar” (BRASIL, 1969). Sendo assim, pode-se compreender que no ordenamento jurídico castrense o legislador evidencia a aplicação do princípio da insignificância, mesmo de forma propedêutica, devendo o juiz fazer a valoração da aplicabilidade de acordo com o caso concreto. O artigo 240, § 1º do CPM também evidencia a aplicação do princípio da insignificância nos casos de furto de coisas de pequeno valor, podendo o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la, ou mesmo considerar a infração como disciplinar.

Neves e Streifinger (2014) defendem que o princípio da insignificância seja aplicável somente ao Direito Penal, excluindo-se o Direito Penal Militar. Os autores consideram que, a depender do caso concreto, pode-se levar em consideração a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade na análise dos fatos. É citado, como exemplo, pelos doutrinadores, um atraso de cinco minutos para o serviço, sendo inicialmente irrelevante se aplicado o princípio da insignificância. Entretanto, se todo atraso for insignificante, independente de quem seja, dificilmente será

considerada uma conduta lesiva, sendo importante também considerar as condições do agente, se é reincidente na referida prática ou se foi um fato isolado.

A reprovabilidade da conduta, a hierarquia, a disciplina e os valores do militarismo devem ser ponderados face à aplicabilidade do princípio em tela, visto que são institutos que merecem ser respeitados face à análise de cada caso. O operador do direito deve ter cautela durante a apreciação dos fatos jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, por se tratarem de bens jurídicos diversos do Direito Penal comum.

Cleber Masson (2016) também defende a não aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares, haja vista ir de encontro às bases das instituições militares. O autor aponta que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal também é majoritário na inaplicabilidade do supracitado postulado, conforme decisões dos HC 114.194 AgR/SP (2ª Turma, j. 06.08.2013), cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. No mesmo sentido, os HC 118.255/PR, (2ª Turma, j. 19.11.2013), cujo relator foi o ministro Ricardo Lewandowski, e o HC 114.097/PA (2ª Turma, j. 01.04.2014), sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, certificam a não aplicação do princípio da insignificância face às instituições militares.

Observa-se que, por não haver critérios positivados no ordenamento jurídico sobre o princípio da insignificância, de forma objetiva, os tribunais levam em consideração nas suas fundamentações argumentos diversos. A política criminal muitas vezes é a diretriz das decisões e das absolvições sobre o tema.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Alguns doutrinadores, como Cezar Roberto Bitencourt (2016) e Carlos Vico Mañas (1994) consideram que o princípio da insignificância é um conceito já conhecido pelo Direito Romano, expresso no axioma *mínima non curat praetor*, em que o pretor poderia deixar de observar as questões menos relevantes para o direito.

Por outro lado, Maurício Ribeiro Lopes (1097, p.38) defende que o brocardo “[...] servia para justificar menos a ausência de providências estatais na esfera penal do que no direito civil”, já que os romanos não possuíam tanto domínio no direito penal quanto possuíam no direito civil. Para o autor, a origem do princípio da

insignificância está vinculado ao princípio da legalidade, criando o brocardo *nullum crimen nulla poena sine iuria*.

Na Europa, após a primeira e segunda guerras mundiais, houve um aumento significativo nos crimes contra o patrimônio, principalmente pela situação socioeconômica vivenciada após a queda do regime nazifacista. Foi a partir desse período que surgiu a nomenclatura “criminalidade de bagatela” citada por Lopes (1997, p.38) em virtude dos diversos furtos cometidos nos estabelecimentos a fim de se buscar a subsistência devido ao momento de crise estabelecido no pós segunda guerra mundial.

A concepção da insignificância, como princípio de validade geral para a determinação do injusto, é atribuída a Claus Roxin, em 1964. Segundo ele, fazia-se necessário avaliar, no caso concreto, a relevância material de uma conduta, excluindo-se a tipicidade nos crimes de pouca relevância.

Galvão (2013, p.305) ressalta a importância que Claus Roxin teve para a implementação do princípio da insignificância e afirma que “o Direito Penal somente só deve intervir na vida de relações sociais quando tal interferência apresentar-se estritamente necessária”, sendo que a teoria da insignificância combate a ideia de que o Direito ocupa-se dos denominados crimes de bagatela.

Sendo assim,

o Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja, somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do Direito Civil ou do Direito Público, o Direito Penal deve retirar-se. (ROXIN, 1986, p. 28)

No Brasil, desde o Código Criminal do Império, pode ser constatada uma tendência de se punir com menos severidade, os crimes com pouca relevância, conforme assevera o Carlos Vico Mañas (1994) no seu livro *Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade do Direito Penal*. O Código Imperial previa que, se tratando de crime de furto e a depender da lesividade, poder-se-ia graduar a pena conforme o valor da coisa subtraída.

Vico Mañas (1994) afirma que no Código Republicano, havia disposição no sentido de que não deveriam ser punidas as tentativas de contravenção cuja a pena cominada fosse inferior a um mês de prisão, justamente por não ter relevância para o Direito Penal.

Na atualidade, o princípio da insignificância não tem previsão expressa no

ordenamento jurídico comum brasileiro, o que levanta uma discussão entre os doutrinadores pátrios, já que existem posições diversas acerca da sua aplicabilidade. Apesar de Claus Roxin ter abordado a noção de crime de bagatela na década de 1960, o Supremo Tribunal Federal, só tratou da matéria de fato em 1989, no julgamento do Recurso de Habeas Corpus nº 66.869-1. O caso apresentado à Suprema Corte brasileira, tratava-se de lesões corporais leves decorrente de um acidente de trânsito, que no período do julgamento já não existiam mais, devido ao seu baixo grau de lesividade.

Após a formulação da questão da insignificância trazida por Claus Roxin, vários autores abordaram essa questão, trazendo inúmeros conceitos acerca do tema. Cezar Roberto Bitencourt entende que a “insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica”. (BITENCOURT, 2016 p. 61).

Paulo Queiroz defende que

o princípio da insignificância constitui, portanto um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre o crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora, formalmente típicas, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente ao bem jurídico tutelado. (QUEIROZ, 2015, p. 88)

O autor ressalta a importância de observar os elementos objetivos tais como; gravidade concreta da conduta, ausência de violência ou grave ameaça, a não consumação do tipo, a eventual reparação do dano ou a restituição da coisa, a possível perda da coisa ou produtos do crime em favor da União, a aplicação de sanções extrapenais, dentre outras de caráter subjetivos tais como a existência ou não de maus antecedentes ou a reincidência.

Greco (2016) assevera que nem todos os tipos penais permitem a aplicação do princípio da insignificância. O autor cita o exemplo do crime de homicídio, em que não há possibilidade de aplicação de tal princípio, entretanto, existem infrações penais que sua aplicação afastará a injustiça do caso concreto, principalmente, nos crimes patrimoniais sem emprego de violência ou grave ameaça.

Nos crimes patrimoniais violentos, praticados com violência ou grave ameaça, no entanto, existe uma resistência com relação à aplicação de tal princípio pelo Tribunais Superiores, por se tratar de delitos complexos que ofendem o direito ao patrimônio e a integridade física das vítimas. Os Tribunais deixam claro que existem alguns crimes que é impossível a aplicabilidade de tal princípio visto que a lesão

pode comprometer o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Para Masson (2016, p.28) princípio da insignificância se fundamenta:

Em valores de política criminal, aplicação do Direito Penal em sintonia com os anseios da sociedade, destina-se a realizar uma interpretação restritiva da lei penal. em outras palavras, o tipo penal é amplo e abrangente, e o postulado da criminalidade de bagatela serve para limitar sua incidência prática. (MASSON, 2016, p. 28).

Já para o Supremo Tribunal Federal,

O princípio da insignificância é o vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele albergado. tal forma de interpretação insere-se num quadro de validade medida de política criminal, visando, para além da descaracterização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que a aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. (STF, 2010 apud MASSON, 2016, p.28)

Sendo assim, o princípio da insignificância destina-se a diminuir a intervenção do Direito Penal, adotando alguns requisitos para a sua aplicação, não podendo ser ampliada. Vale lembrar que o Direito Penal deve ser um dos últimos recursos utilizados nos ordenamento jurídico, face a sua severidade na aplicação das sanções.

Conforme leciona Silva (2008), há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange à localização da incidência do princípio da insignificância na teoria do delito e sua natureza jurídico-penal. O autor traz a distinção de três correntes doutrinárias acerca do pensamento.

A primeira corrente, esclarece que, por força do princípio da insignificância, são atípicas aquelas condutas que importam numa afetação insignificante ao bem jurídico tutelado, tendo assim natureza jurídica de excludente de tipicidade penal. Sendo assim, é importante ressaltar que esta corrente é a dominante no pensamento jurídico brasileiro, defendida por vários doutrinadores, dentre eles, Francisco de Assis Toledo (2000), Diomar Ackel (1988) e Odone Sanguiné (1990).

Vico Manãs (1994) concorda com os autores acima citados e defende que só será típicas condutas que “materialmente lesionar o bem jurídico” (VICO MANÃS, 1994, p.53). O autor ainda assevera que o Direito Penal só deve ir até onde seja

necessário para a proteção do bem jurídico, não se preocupando de condutas que apresentam um grau de lesividade mínima.

A segunda corrente refere-se à excludente de antijuridicidade no que se refere ao princípio da insignificância. Pereira (1991, p. 51) ensina que “a insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra da antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão e acima de tudo, que seja significativa”.

A terceira corrente defende a insignificância como excludente de culpabilidade. Abel Cornejo (1997) observa que este critério de aplicação é plausível haja vista que “erigi-se como um limite à ingerência do Estado e uma justificação ética à aplicação de pena, sendo sua aplicação atribuída ao juiz” (CORNEJO, Abel, 1997, p. 70). Para o autor cabe ao juiz realizar uma série de análises para ponderar as circunstâncias e estabelecer se há perigo ou lesão relevante ao bem jurídico, ou se é ínfima a afetação ao bem.

Silva (2008) arremata o pensamento demonstrando no que tange ao princípio da insignificância na teoria geral do delito, que o mesmo incide sobre a estrutura interna do delito, apenas na seara dos juízos de tipicidade e antijuridicidade, não sendo aceita a tese da excludente de culpabilidade.

Contudo, existem tipos penais que não podem ser abraçados por tal princípio visto o grau de lesividade. Nos crimes militares, por exemplo, em sua maioria, não pode incidir o princípio da insignificância, haja vista a reprovabilidade das condutas, a posição de autoridade e em virtude da hierarquia e disciplina. O militar deve agir em observância aos aspectos legais, principalmente, quando está de serviço por representar o Estado no uso de suas atribuições, seja na defesa da pátria, seja na promoção da segurança pública.

3.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A JUSTIÇA CASTRENSE

O princípio da insignificância, defendido por Claus Roxin e por diversos doutrinadores brasileiros tem, como finalidade, auxiliar o intérprete do direito na análise dos tipos penais. A depender da interpretação e do grau de lesividade, haverá situações que não aplicará tal princípio e outras que serão consideradas como de bagatela, afastando assim a incidência da norma jurídica.

Rogério Greco (2016) considera também que o princípio da insignificância

serve como instrumento de interpretação e afirma que:

O exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato (GRECO, 2006, p. 100).

Devido a algumas particularidades da justiça castrense, faz-se necessário cautela quanto à aplicação do princípio em tela, haja vista a existência de bens jurídicos diferentes do Direito Penal comum. A hierarquia e a disciplina, são a base do militarismo e devem ser levados em consideração ao analisar determinada infração penal militar, sendo resguardados os bens tutelados pelo direito castrense.

Henrique Marini e Souza (2008) trazem um exemplo de fundamental importância que traduz a aplicabilidade do princípio da insignificância. A ilustração dado pelos autores é com relação aos militares de diferentes círculos, que se envolvem em um fato típico, lesões corporais (art. 209 § 6º do CPM) não incidindo a insignificância visto que há incidência aos bens maiores do militarismo, hierarquia e disciplina. Entretanto, quando os envolvidos são do mesmo círculo, e em se tratando de lesão corporal levíssima, os autores afirmam que tem sido aplicado o referido postulado.

É importante perceber que o militarismo possui características próprias, que devem ser levadas em consideração quanto à sua apreciação. A atividade militar exige o cumprimento de premissas básicas pelos seus agentes, devendo, portanto, receber tratamento diferenciado do Direito Penal comum.

Na justiça castrense, a aplicação do princípio da insignificância deve ser observada com cautela, conforme preleciona Masson (2016). O autor defende que é vedada a utilização de tal princípio nos crimes cometidos por militares em face “da elevada reprovabilidade da conduta, da autoridade e da hierarquia que regulam a atuação castrense” (MASSON, 2016, p.32). Outro ponto importante é o desprestígio ao Estado face ao cometimento de um ilícito pelo militar de serviço. Por mais simples que seja o ilícito, é importante perceber que o militar, durante o serviço, representa o braço armado do Estado e encontra-se na condição de garantidor da preservação dos direitos e garantias fundamentais da sociedade.

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a aplicabilidade do princípio da insignificância em casos como estes, Greco (2006), Neves; Streifinger (2014)), é importante garantir também ao militar a incidência de tal postulado, desde que este não vá de encontro aos preceitos da hierarquia e da disciplina. Por mais que seja

ínfima a lesão, uma vez que ela comprometa os pilares do militarismo, os bens jurídicos salvaguardados também serão lesados, visto que existem outros bens protegidos pelo Direito Penal Militar.

Sendo assim, é importante ressaltar que o Código Penal Militar prevê a aplicação do princípio da insignificância nos artigos 209, § 6º, que versa sobre lesão corporal levíssima sendo que o juiz pode considerar a infração descrita no tipo penal como disciplinar. Assim como o artigo 240, § 1º, que elenca a hipótese de furto simples, devendo o agente que praticou o ato ser primário e de pequeno valor a coisa furtada, podendo o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la, ou considerar a infração como disciplinar.

4. O CRIME DE USO E PORTE DE DROGAS

Um dos grandes problemas que a sociedade moderna enfrenta diz respeito ao consumo de drogas. As consequências disso são notórias em diversos contextos, seja no ambiente de trabalho, nas residências ou no interior dos estabelecimentos de ensino, provocando um aumento significativo da criminalidade. O fácil acesso às drogas contribui para o crescimento do número de usuários, que, com o passar do tempo, adquirem diversos problemas de saúde bem como têm suas relações interpessoais comprometidas.

Fazendo menção à reflexão levantada por Maria Silva C6 Freitas, Damásio de Jesus, define droga como:

Qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com o organismo vivo, pode modificar um ou várias de suas funções; é uma substância química que tem a ação biológica sobre as estruturas celulares dos organismo, com fins terapêuticos ou não (JESUS, 2002, p. 52).

É importante ressaltar que o uso de drogas, independentemente do tipo, compromete a estrutura física e psíquica dos usuários e, além da dependência, pode levar à morte. O conceito de drogas é trazido pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, em seu artigo 1º, parágrafo único, referindo-se a “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em lista atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, 2017).

Por se tratar de uma norma penal em branco, ou seja, depende da complementação de outra norma para a compreensão de tal assunto, faz-se necessário ressaltar que, para uma substância ser classificada como droga, ela deve estar descrita na Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) de nº SVS/MS 344, de 12 de maio de 1988, que é atualizada periodicamente.

Caso uma substância não esteja cadastrada na lista da Anvisa, mesmo sendo capaz de causar dependência, Luiz Flávio Gomes (2011, p.34) afirma que “não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações prevista nos artigos 22 a 39 da Lei 11.343/06”. O autor afirma que o mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente, descritas no artigo 28 da supracitada Lei.

O uso de drogas é crime, conforme assevera nosso ordenamento jurídico, embora em alguns países algumas espécies de drogas (a maconha, por exemplo) podem ser usada para fins de tratamento médico, ou mesmo consumida de forma lícita. No Brasil, a observância aos preceitos legais deve ser encarado com seriedade, pois o seu não cumprimento gera consequência penais aos indivíduos que são flagrados em posse e/ou fazendo uso de drogas.

4.1 A LEI 11.343/2006: ALGUNS ASPECTOS

Promulgada em 23 de agosto de 2006, a Lei 11.343 foi criada com o objetivo de estabelecer novas medidas de prevenção ao uso indevido de substâncias entorpecentes, prescrever mecanismos para a reintegração social dos usuários e dependentes químicos, constituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e inserir no ordenamento jurídico os crimes relativos às drogas e seus procedimentos.

Antes da aplicação da Lei 11.343/06 em âmbito jurídico nacional, algumas legislações versaram sobre o uso e tráfico de entorpecentes ao longo do tempo em território brasileiro. Carlos Roberto Bacila (2007) assevera que o Brasil já teve proibição penal do tráfico de drogas no texto do Código Penal de 1940, cuja parte especial vigora até hoje. O artigo 281 do supracitado Código Penal foi revogado e tal disciplina foi regulamentada em lei separadamente.

O autor menciona que a Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964, modificou o artigo 281 do Código Penal, sendo que a matéria foi novamente alterada pelo Decreto-Lei nº 385, de 26 de novembro de 1968. A Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, substituiu o Decreto-Lei e regulamentou as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substância entorpecentes.

A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto nº 78.992, de 21 de dezembro de 1976, tratou da matéria até a edição da Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que tinha, como objetivo, regulamentar todo o tema. Entretanto, é importante ressaltar que a Lei 10.409/02 foi muito criticada pela doutrina, na época, em virtude de vários erros grosseiros presentes no citado diploma legal. Luiz Flávio Gomes (2011), Paulo Rangel (2006), Carlos Roberto Bacila (2007), por exemplo, criticaram o fato de a Lei 10.409/02 não abordar, de forma clara, os institutos contidos em seu texto, sendo que a Lei 6.368/76 esteve

vigente até a sua revogação pela nova Lei de Drogas em 2006.

Diante disso, a Lei 11.343/06 rompe com as Leis 6.368/76 e 10.409/02, conforme preceitua o seu artigo 75, deixando claro que o problema das drogas é grave e requer a cooperação de todos, seja dos órgãos governamentais, seja da população. Greco Filho (2009) ressalta que “o bem jurídico tutelado é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social” (GRECO FILHO, 2009, p. 148).

O art. 3º da Lei 11.343/06 aponta as finalidades do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que são de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, à reinserção social do usuário e dependente de drogas bem como à repressão não autorizada e do tráfico ilícito.

Gomes (2011) afirma serem duas as finalidades do SISNAD, sendo uma vinculada à “prevenção e que se dirige diretamente ao consumidor de drogas e outra ligada à repressão e que envolve os que produzem drogas sem autorização ou as trafiquem ilicitamente” (GOMES, 2011, p. 42). Não há distinção de importância entre o aspecto preventivo e repressivo trazido na Lei de drogas, haja vista que ambos são importantes e devem estar em equilíbrio, conforme preceitua o inciso X do art. 4º da supracitada Lei.

Vários aspectos relevantes são trazidos pela Lei 11.343/06, seja os princípios e diretrizes acerca da implementação de políticas de combate ao uso e tráfico (art. 19), seja a reinserção social do usuário ou dependente químico (arts. 21 e 21). Todavia, a questão do usuário sofreu várias inovações com relação à lei anterior, já que esta previa pena privativa de liberdade com pena de detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multas.

A Lei 11.343/06, no seu artigo 28, disciplina as condutas típicas atribuída aos usuários de drogas, conforme se vê:

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 (BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006).

A conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06 estava antes contemplada no art. 16 da Lei 6.268/76, entretanto, trouxe como inovação, as condutas “ter em depósito” e “transportar”, além de não cominar pena de prisão, e sim, a advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Mendonça (2008), afirma que o “intuito da Lei foi o de evitar, a qualquer custo, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas” (MENDONÇA, 2008, p. 46). O autor sustenta que a reclusão do usuário ou dependente não traria nenhum benefício à saúde pública ou individual, sendo mais uma forma de separar o usuário do traficante. Entretanto, ratifica que o usuário deve ser punido conforme tipifica o diploma legal, já que “há um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública.” (MENDONÇA, 2008, p. 52)

As sanções penais, apesar de não serem privativas de liberdade, vão de advertência sobre os diversos efeitos das drogas até medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos e/ou prestação de serviço à comunidade por um período de até cinco meses. Caso o usuário seja reincidente, tais medidas podem chegar até dez meses, conforme preceitua o § 4º do artigo 28.

Guilherme de Souza Nucci (2009) sistematiza todo art. 28 da Lei 11.343/06 da

seguinte forma:

Análise do núcleo do tipo: adquirir (comprar, obter mediante certo preço), guardar (tomar conta de algo, proteger), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar para outro) ou trazer consigo (transportar junto ao corpo) são condutas, cujo objeto é a droga (substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Difere este crime do previsto no art. 33, justamente em face da finalidade específica do agente que é o consumo pessoal. (NUCCI, 2009, p. 554)

Sendo assim, o autor deixa claro a diferença entre o usuário e o traficante, além de esgotar as modalidades de condutas delitivas trazidas no artigo em baila. Vale ressaltar que a pena aplicada ao traficante, prevista no art. 33, é extremamente diferente das penas aplicadas aos usuários, tendo como principal diferença a dosimetria da pena, variando de cinco a quinze anos de reclusão e o pagamento de dias-multas.

O sujeito ativo do crime previsto no artigo 28 é qualquer pessoa, tendo em vista tal conduta se tratar de crime comum. Já o sujeito passivo é a coletividade, visto que o objetivo da Lei não é punir o porte da droga para uso pessoal, e sim o mal potencial que as substâncias entorpecentes e ilícitas podem provocar na coletividade, conforme defende Mendonça (2008).

Bacila (2007) afirma que “o tipo subjetivo é constituído do dolo, constituindo este na vontade de ter a posse da droga nas formas dos verbos descrito no tipo” (BACILA, 2007, p. 46). O autor ressalta que além do dolo, deve existir o elemento subjetivo do tipo diverso do dolo, ou seja, consistente na vontade de ter a droga para o consumo pessoal, pois sem ele o agente incidiria na figura gravíssima do tráfico, conduta prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06. O dolo nada mais é do que a vontade de realizar o tipo objetivo previsto no citado dispositivo. A própria Lei procurou demonstrar como se faz prova do elemento subjetivo para o consumo pessoal, no § 2º do artigo 28, justamente para evitar erro no enquadramento da conduta típica. Sendo que, cabe ao juiz, observar nos autos a natureza e a quantidade da substância apreendida, bem como as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e o local para o enquadramento do fato à norma.

4.2 O ARTIGO 290 DO CPM: ALGUNS ASPECTOS

Cruz e Miguel (2013) conceituam Direito Penal Militar como um ramo especial do Direito Penal, criado com a finalidade de estabelecer regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais. O bem jurídico objeto da tutela penal do Direito Penal Militar é diferente do Direito Penal comum, haja vista as instituições militares terem como pilares a hierarquia e a disciplina.

Para Lobão (2006), o “Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe de indivíduos, como também pela natureza do bem jurídico tutelado” (LOBÃO, 2006, p. 48). O autor afirma que classificar o Direito Penal em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito subjetivo demonstra evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial.

A especialidade do Direito Penal Militar advém justamente do serviço militar, no que tange à hierarquia e disciplina que são cultivados ao longo da atividade da caserna como valores fundamentais atribuído ao militar. Sendo assim, é por esse motivo que o militar, com relação aos crimes de uso e porte de entorpecente, deve ser julgado no âmbito da Justiça Militar e não pela Lei 11.343/06, quando cometidos em unidade militar e estando de serviço. A inobservância no cumprimento das missões pelo militar, seja na condução de uma viatura ou no treinamento com armamentos, pode comprometer não só a vida do militar que faz uso de entorpecente, como também colocar em risco a sociedade.

O artigo 124 da Constituição versa que “a Justiça Militar compete processar e julgar crimes militares definidos em lei” (BRASIL, Constituição Federal, 2017). Sendo que o conceito de crime militares, seja em tempo de paz ou de guerra, estão previsto nos artigos 9º e 10º do Código Penal Militar. A doutrina, representada por Célio Lobão (2006) conceitua como crime militar “aquele definido em lei, portanto o previsto no Código Penal Militar, com atendimento aos requisitos expressos neste diploma legal, compreendendo os crimes propriamente militares e os impropriamente militares” (LOBÃO, 2006, p. 63).

Os crimes propriamente militares são aqueles nos quais somente o militar é o sujeito ativo, ou seja, só ele pode cometer tal ilícito. Os exemplos mais claros são os casos de deserção, motim, violência contra superior ou inferior. Lobão (2006) ratifica que quando se trata de “crimes propriamente militar, a lei protege a disciplina, a

hierarquia, o dever militar, que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma, pelo civil” (LOBÃO, 2006, p.89). Já os crimes impropriamente militar podem ter como sujeitos ativos tanto o civil quanto o militar, tendo como exemplo o crime previsto no artigo 290 do CPM.

Vale ressaltar que nos crimes impropriamente militares o civil responde perante a Justiça da União e normalmente o tipo penal apresenta a mesma definição do Código Penal comum. O tipo homicídio, por exemplo, está previsto tanto no Código Penal comum, como no Código Penal Militar.

O conceito de militar pode ser visto no artigo 22 do CPM que define o mesmo como “qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, nelas servir em posto, graduação ou sujeição à disciplina militar” (BRASIL, CPM, 2017). Sendo assim, o artigo 290 do CPM inserido no título VI que versa sobre os crimes contra a incolumidade pública e no capítulo III (dos crimes contra a saúde), dispõe:

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. (BRASIL, Código Penal Militar, 2017).

Diante disso, o crime previsto no artigo 290 CPM se caracteriza por ser impropriamente militar, podendo ter como sujeitos ativos, tanto o militar como o civil. Entretanto é importante salientar que tal fato deve ser praticado em local sujeito à administração militar. Outro ponto importante a ser observado é que o artigo acima não faz distinção entre a figura do usuário e do traficante, ou seja, qualquer militar ou policial militar que for flagrado em uma das condutas penais do artigo 290, terá pena de reclusão em até cinco anos. A diferença repercutirá na dosimetria da pena.

Em organizações militares, seja das Forças Armadas ou Polícias Militares, o uso de drogas compromete a observância da disciplina e da hierarquia, bem como a efetividade do serviço. O militar sob o efeito de drogas pode comprometer não só a sua segurança pessoal, como também de toda a tropa ao manusear um armamento que faz parte da sua rotina de caserna. É importante deixar claro que, por não ter diferenciação entre a figura do usuário e do traficante, o legislador acertou em dar um tratamento mais rigoroso, já que o militar se encontra numa posição de

garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, devendo sempre dar exemplo no cumprimento das missões atribuídas constitucionalmente, até mesmo pela especificidade do serviço desenvolvido.

Apesar da Lei 11.343/06 diferenciar o usuário (art. 28) do traficante (art. 33), o Código Penal Militar não faz tal distinção em seu artigo 290, visto que observa a figura do militar como exemplo a ser seguido, e por colocar em risco a coletividade numa eventual diligência.

5. DECISÕES SOBRE A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DO ARTIGO 290 DO CPM

A aplicabilidade do princípio da insignificância, no âmbito da jurisprudência, é objeto de divergência entre os tribunais superiores. Existem decisões em que o Supremo Tribunal Federal acolhe a aplicabilidade do supracitado princípio, mas há também negativas em alguns casos, não sendo unânime em seus posicionamentos. Já o Superior Tribunal Militar, adota o princípio da insignificância com relativa aplicabilidade, devendo-se considerar a hierarquia e a disciplina frente a outros princípios, não aplicando, assim, o princípio nos crimes do artigo 290 do CPM.

A doutrina também tem divergido sobre o tema, haja vista haver várias perspectivas de abordagens doutrinárias. Neves e Streifinger (2014, p. 52), ao se referirem ao crime previsto no artigo 290 do CPM, deixam claro que “o foco no bem jurídico mediato não admite valoração no sentido da insignificância, em razão da potencial alta lesividade da conduta”. Os autores ressaltam que a quantidade de entorpecente não é o foco da discussão, mas a “capitulação do delito o coloca entre os crimes contra a incolumidade pública, afetando em especial a saúde pública, o que por si só, já afastaria a construção pela insignificância” (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 52).

Jorge César de Assis assevera que:

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 (ASSIS, JORGE CÉSAR DE, 2007, p. 632).

Uma vez que a conduta descrita no artigo 290 do CPM pode incorrer em risco à sociedade, não há como pensar que tal conduta seja insignificante frente ao possível grau de lesividade decorrente de um militar sob efeito de substância entorpecente. Independentemente da quantidade, o uso de droga pode comprometer a proteção dos direitos fundamentais da sociedade brasileira ou mesmo causar um incidente no interior de uma repartição militar.

Um exemplo que merece destaque, é a situação do militar sob efeito drogas, conduzindo uma viatura de emergência, no sentido de realizar o patrulhamento das fronteiras contra uma ameaça externa (Forças Armadas), ou mesmo em um bairro

com índice de violência elevado (Polícia Militar). Fica evidente que não há como aceitar tal situação, pois, qualquer desatenção por parte do militar pode comprometer não só a sua vida, como também, de todos que dependem do serviço de segurança da Pátria e de segurança pública e até de seus companheiros.

Almeida também apoia a não aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de uso e porte de droga, afirmando que:

o militar infrator deve, de fato, ser tratado com singularidade em relação ao cidadão comum, vez que aquele trai o juramento feio à bandeira, à sociedade e à farda, escondendo-se dentro da corporação visando a impunidade. Por tal ensejo, merece tratamento diferenciado, pois ele não feriu apenas o seu dever de ofício, traiu ainda, o seu dever de lealdade para com a nação, seus compatriotas, e a Força a que pertence (ALMEIDA, 2008, p. 30).

É importante ressaltar que o pensamento do autor acima citado orienta a prática da atividade militar. O compromisso profissional e o cultivo aos símbolos, bem como a vida na caserna, tornam o militar diferenciado em vários aspectos, se comparado ao cidadão da sociedade civil.

Masson (2016, p. 32) também, defende que “é vedada a utilização do princípio da insignificância nos crimes cometidos por militares, justamente pela reprovabilidade da conduta, da autoridade e da hierarquia que regulam a atuação castrense”.

Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 1304) seguem a mesma linha, complementando que “qualquer quantidade encontrada nas condições do crime militar oferece o perigo exigido pelo crime de perigo abstrato”. Os autores ratificam que o porte ou uso de substância entorpecente pode causar efeitos maiores ou menores a depender da pessoa e das condições de uso, visto que a individualidade biológica interfere no grau de absorção da substância química pelo organismo e seus respectivos reflexos no comportamento do usuário. Tal conduta deve ser reprovada, visto que afeta diretamente a saúde pública e pode trazer consequências desastrosas na atuação de um militar entorpecido.

5.1 JURISPRUDÊNCIA DO STM

No que tange à aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes previsto no artigo 290 do CPM, o Superior Tribunal Militar vem considerando em

suas decisões que a legislação castrense deve incidir em detrimento da Lei 11.343/06. O entendimento desta Corte é majoritária no sentido de que, no âmbito da Justiça Militar da União, a circunstância de ser pequena quantidade de droga apreendida com o militar, não configura insignificância visto que tal fato, além de ser incompatível com a vida na caserna, afeta diretamente a saúde pública de toda a coletividade.

Antes da vigência da Lei 11.343/06, o STM já adotava um posicionamento de aplicação da legislação castrense, conforme se vê no julgamento da Apelação nº 47.634-2/RJ, cujo Relator foi o Ministro Antonio Carlos de Seixas Telles, julgada em 20 de junho de 1996:

EMENTA: TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA SIMILAR. O ato de militar ingressar em sua Organização Militar e é preso portando saca plástico, contendo substância conhecida como maconha e cloridrato de cocaína tipifica o delito previsto no art. 290, do CPM, na modalidade de “trazer consigo”. O fato da substância tóxica ser para uso próprio do agente não o exime de culpa. Impossibilidade do acolhimento da tese da irrelevância penal da auto-lesão por uso de drogas proibidas em lugar sujeito à administração militar, pelos reflexos imediatos contrários à hierarquia e à disciplina militares. Decisão unânime (ASSIS, JORGE CÉSAR DE, 2007, p. 634).

Além desse julgamento, Assis (2007, p. 635) aponta outros julgados com decisão unânimes e majoritárias tais como: Apelação de nº 32.812-2-RS, Apelação nº 47.151-0-DF, Apelação nº 47.056-5-RS, Apelação nº 47.297-5-RJ, Apelação nº 48.434-5-PE, Apelação nº 2005.01.049834-6-RJ e Apelação nº 2004.01.049662-9-RS.

Com a publicação da Lei 11.343/06, e sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, o Superior Tribunal Militar continuou adotando o posicionamento de aplicação do artigo 290 do CPM. No julgamento da Apelação (FO) nº 2007.01.050504-0/DF, em 14 de fevereiro de 2008, o Plenário do STM decidiu da seguinte forma:

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

Embalagem contendo 0,29 g 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 o 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 11.343/06 não alterou o dispositivo no art. 290 do

CPM, por não ser adotado, na espécie, o critério da etroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim o da especialidade (STF, Habeas Corpus, n°s 92462 e 91767) Apelo defensivo improvido, Maioria (BRASIL, STM, 2008).

Vale ressaltar que por menor que seja a quantidade de substância entorpecente encontrada em posse do militar, a decisão do STM no caso acima citado, considera que deve ser aplicado o critério da especialidade, bem como deve o militar responder em consonância com o dispositivo do artigo 290, do Código Penal Militar.

O Ministro relator do caso acima, Alte Esq Rayder Alencar da Silveira justificou o seu voto da seguinte forma:

“[...] Ficou sobejamente demonstrado nos autos que o Apelante, sem autorização, portava substância entorpecente (maconha) no interior da OM, tipificando o delito do art. 290 do CPM.

[...]

A tese defensiva de ausência de tipicidade por insignificância penal não encontra amparo na jurisprudência dominante dos Tribunais, em especial quanto à Justiça Militar, em virtude das peculiaridades da vida na caserna, dos valores e princípios da vida militar, e das repercussões negativas e perigosas que a inserção de substância entorpecente provoca no seio da tropa.

E nem poderia ser diferente, eis que o cunpimento do dever militar, a participação em operações militares e, sobretudo, o emprego de armamento ficariam sob grave risco se fosse permitido, nas Organizações Militares, o livre trânsito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

É inconteste que a presença de militares sob efeito de drogas afeta a eficiência das Forças e compromete a segurança pessoal e tem efeitos lesivos também na hierarquia e na disciplina militares. [...]

A própria Lei n° 11.343/06 não deixou de tipificar tal conduta como criminosa. Nesse particular, cabe observar que o Supremo tribunal Federal, acolhendo decisões desta Corte Castrense, já firmou entendimento quanto à não aplicação do princípio da insignificância no caso de posse de substância entorpecente em local sob Administração Militar (Habeas COrpus n°s 81735 e 81734); bem como quanto à não alteração do Código Penal Militar pela superveniência da Lei 11.343/06, por não ser o critério adotado o da reatoratividade da lei mais benéfica mas, sim, o da especialidade (Habeas Corpus n°s 92462 e 91767).[...] (BRASIL, STM, 2008).

Sendo assim, o Superior Tribunal Militar, no dia 04 de janeiro de 2013, publicou a Súmula 14 que diz “tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei 11.343, 23 de agosto de 2006, não se aplica à Justiça Militar da União” (BRASIL, STM, 2017).

Com a vigência da Súmula n° 14, o STM consolidou o entendimento de que

nos casos de incidência do crime previsto no artigo 290 CPM, deve-se prevalecer a legislação castrense, conforme mencionado anteriormente.

Observa-se que na Apelação nº 133-41.2013.7.01.0301/RJ, julgada em 19 de dezembro de 2014 e tendo como Relator o Ministro Cleonilson Nicácio Silva, foi negado provimento por unanimidade pelos Ministros do STM:

EMENTA: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. POSSE E GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 290 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM ARGUIDA PELA DEFESA. OFENSA ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE NOVA YORK (1961). TEORIA RECEPÇÃO. NÃO CONHECIMENTO COMO MATÉRIA PRELIMINAR. UNANIMIDADE, MÉRITO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MERA IRREGULARIDADE. RECEPÇÃO DO TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 290 DO CPM PELO ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RESULTADO LESIVO. ÍNFIMA QUANTIDADE DO MATERIAL APREENDIDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS. AFERIÇÃO À LUZ DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA, NÃO APLICAÇÃO. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO PRESSUPOSTO RECURSAL. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade exige que o diploma legislativo hostilizado tenha sido editado em momento ulterior ao da promulgação da Constituição Federal vigente.

As Convenções de Viena e de Nova York, embora incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, não detêm, segundo a jurisprudência prevalente do Supremo Tribunal Federal, envergadura constitucional.

Tratando-se de alegação de inconstitucionalidade de dispositivos do Código Penal Militar, as supostas violações dos postulados constitucionais devem ser apreciadas na análise do mérito, sob a ótica da compatibilidade. Preliminar de inconstitucionalidade não conhecida. Unanimidade. A ausência do termo de Apreensão da Substância Entorpecente não afasta a comprovação da autoria e da materialidade delitivas, quando os demais elementos probatórios carreados aos autos demonstram que o Réu efetivamente introduziu entorpecente em local sujeito à Administração Militar.

Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 290 do CPM foi recepcionado pela Constituição Federal. Para a configuração do tipo penal de posse e guarda de substância entorpecente, não se faz necessária a comprovação do resultado lesivo. No ambiente militar, a potencial lesividade da substância entorpecente é bastante para incriminar o seu possuidor. A condenação do agente, usuário de substância entorpecente, não viola o Princípio da Proporcionalidade. A aplicação do Princípio da Insignificância, no âmbito da Justiça Militar da união, não é admitida nos delitos tipificados no art. 290 do CPM, consoante firme e reiterada jurisprudência, haja vista a importância de se tutelar os valores intrínsecos às Forças Armadas. A mínima ofensividade, a inexistência de periculosidade da lesão provocada devem ser valorados no âmbito da caserna, tendo por base a preservação da ordem, da hierarquia e da disciplina. Sob essa perspectiva, afasta-se a aplicação do Princípio da Bagatela.

O princípio da Especialidade a aplicação da Lei nº 11.343/06, no âmbito da

Justiça Militar da União, uma vez que o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico da conduta de posse, uso ou guarda de substância entorpecente por militares em áreas sujeita à Administração Militar. O licenciamento do Acusado do serviço ativo não constitui ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade do Recurso, razão pela qual não enseja a perda do seu objeto. O delito foi perpetrado enquanto o Acusado ostentava a condição de militar em serviço ativo e em local sujeito à Administração Militar. Tratando-se de crime militar, nos termos do art. 9º do CPM, esta Justiça Especializada é competente para o processamento e julgamento do feito, a teor do que dispõe o art. 124 da Constituição Federal. Negado provimento ao Apelo defensivo. Unanimidade (BRASIL, STM, 2014).

Destaca-se que no julgamento acima a tese da defesa é desqualificar a incidência do artigo 290, do CPM e aplicar a Lei nº 11.343/06, ou mesmo enfatizar que o artigo da legislação castrense foi revogado pelas Convenções de Nova York e de Viena. Entretanto, é importante ressaltar que o próprio STM já deixou claro nos exemplos citados, que o artigo 290 do CPM foi recepcionado pela Constituição Federal e, portanto, não há de se falar em inaplicabilidade de tal postulado.

A Apelação nº 131-25.2014.7.02.0102/SP, cuja decisão foi positivada em 22 de junho de 2017, pelo Ministro Relator Lúcio Mário de Barros Góes, teve provimento negado por unanimidade, pelo mesmos motivos da Apelação nº 133-41.2013.7.01.0301/RJ, conforme se vê:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ENTORPECENTE (ART. 290). REVOGAÇÃO DO ART. 290 CPM PELAS CONVENÇÕES DE NOVA IORQUE E DE VIENA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPLEMENTO VÁLIDO PARA O ART. 290 DO CPM. ALEGAÇÃO AFASTADA. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE DANO E DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. IMPROCEDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DEFICIÊNCIA DO LAUDO PERICIAL. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.

Trata-se de apelação interposta por ex-militar que foi acusado e condenado após sr flagrado portando o entorpecente maconha no interior da área sob administração militar.

As teses defensivas, de revogação tácita do art. 290 do CPM pelas Convenções Internacionais de Nova Iorque e de Viena, de ausência de complemento válido para o art. 290 do CPM, de aplicação dos Princípio da Insignificância e da Subsidiariedade, de ausência de dano e violação ao bem jurídico tutelado e de aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são amplamente conhecidas, sendo todas afastadas. Precedente desta Corte e do STF. De igual forma, foi rechaçada a alegação de deficiência do Laudo Pericial, eis que, diferentemente do alegado, não foi verificada nenhuma falha que pudesse gerar nulidade. As teses defensivas de suposta inutilidade da condenação e de descaso das Forças Armadas no recrutamento dos militares incorporados não constituem fundamentos idôneos para afastar a responsabilidade penal do Apelante.

Autoria e Materialidade demonstradas pela confissão e pelas provas

testemunhal e pericial, não se vislumbrando nenhuma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade. As questões inovadoras, sobre suposto vício do ato de incorporação e dupla punição (administrativa e penal), trazidas pela DPU em manifestação nesta instância Superior, por se tratarem de arguições extemporâneas em face do fenômeno processual da preclusão consumativa, não foram conhecidas pelo Tribunal. Negado provimento ao Apelado Defensivo. Decisão Unânime (BRASIL, STM, 2017).

Sendo assim, não resta dúvida de que pela posição do Superior Tribunal Militar, com relação aos crimes cometidos de uso, posse e/ou tráfico de substância entorpecente, deve incidir o artigo 290 do CPM. O fundamento do princípio da especialidade, nos princípios da hierarquia e da disciplina, bem como a edição da súmula 14 do STM, fazem com que esta Corte se posicione de forma majoritária no sentido de inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes previsto no artigo 290 do CPM.

5.2 JURISPRUDÊNCIA DO STF

Conforme preceitua o artigo 101 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, devendo apresentar notável saber jurídico e com reputação ilibada. Uma das competências do STF, prevista no artigo 102, I, alínea 'i' da Constituição, é justamente o julgamento de *habeas corpus* oriundo do Superior Tribunal Militar, de onde advêm os casos que são objetos de estudo deste trabalho de conclusão de curso.

Os julgamentos no STF são realizados pelas turmas (primeira e segunda turma), sendo que, cada uma é composta por cinco Ministros, cabendo ao Presidente da Suprema Corte participar dos julgamentos em plenário. Com relação aos crimes previsto no artigo 290 do CPM, cometido em administração militar, as turmas atualmente têm divergido em suas opiniões, apesar de já ter havido unanimidade sobre a matéria. Há um posicionamento majoritário sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância frente aos crimes de uso e porte de drogas em administração militar.

Assis traz em seu livro *Comentários ao Código Penal Militar* algumas decisões do STF referente à não aplicação do princípio da insignificância, ainda na vigência

da antiga Lei de Drogas nº 6.368/76. O *Habeas Corpus* nº 81.523-PR, tendo como Relator o Ministro Nelson Jobim foi indeferido conforme se vê abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. ATIPICIDADE. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO

1. O porte de substância entorpecente, independentemente da quantidade de tóxico apreendida com o paciente, caracteriza crime de tráfico de entorpecentes. Não importa que o paciente seja usuário de droga.

2. Não se tranca ação penal, salvo se o fato for evidentemente atípico. No caso, a descrição da denúncia se ajusta ao tipo previsto no Código Penal Militar(art. 290). Além disso, atende aos requisitos legais e indispensáveis a sua validade (ASSIS, Jorge César de, 2007, p. 637).

Outro *habeas corpus*, citado pelo autor, em que não há incidência do supracitado princípio é o HC 81.734-PR, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado em 26 de março de 2002:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME MILITAR DE POSSE E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (CPM, ART 290). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIME DE BAGATELA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela).

2. Não é desprezível a circunstância de o militar ter sido preso em flagrante, quando fumava um cigarro de maconha em área sujeita à administração militar (ASSIS, Jorge César de, 2007, p. 637).

Com a publicação da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, continuou predominando, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o entendimento da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de porte e uso de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense, principalmente com relação à primeira turma, em virtude dos bens jurídicos tutelados pela legislação militar, bem como em consonância com o posicionamento do Superior Tribunal Militar. Sendo assim, o HC nº 91.759/MG, do Relator, o Ministro Menezes Direito, Dj de 30 de novembro de 2007, foi decidido da seguinte forma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSO PENAL MILITAR. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290). NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES RELACIONADOS A ENTORPECENTES. PRECEDENTES. INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes

relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.

2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte.

3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei mais benéfica.

4. Habeas Corpus denegado e liminar cassada. DECISÃO: A turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falaram: pelo paciente, o Dr. Antônio de Mia e Pádua, Defensor Público da União, e pelo Ministério Público Federal, a Dr^a Cláudia Sampaio MARques, Subprocuradora-Geral da República. 1ª Turma, 09.10.2007 (BRASIL, STM, 2007).

Acompanhando a mesma fundamentação, a Ministra Carmen Lúcia, na condição de Relatora do HC nº 91.767-4/SP decidiu:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSO PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI Nº 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA. NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração em razão da superveniência da Lei nº 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas sim o da especialidade. O cuidado constitucional do crime militar- inclusive do crime militar impróprio de que aqui trata- foi previsto no art. 124, parágrafo único, da Constituição da República. COM base nesse dispositivo legitima-se, o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. A Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da Justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado.

3. Habeas Corpus denegado.

DECISÃO: A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, STF, 2015).

A Ministra Ellen Gracie, na condição de relatora, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 91.356/SP, Dj em 24 de junho de 2008, entendeu também que não se aplica o princípio da insignificância no crime previsto no artigo 290 do CPM, face aos bens jurídicos tutelados pelas instituições militares:

EMENTA: DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290, CPM. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA. ART. 2, § 1º, LICC. NORMA ESPECIAL E NORMA GERAL. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Habeas corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal Militar que,

no julgamento de embargos infringentes, manteve a condenação do paciente pela prática do 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 nº 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76.

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

4. 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 a tutela da regularidade das instituições militares.

5. Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM.

6. Art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06.

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

8. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício, sob a modalidade retroativa.

9. Habeas corpus concedido de ofício; prejudicado o pedido (BRASIL, STF, 2008).

Observa-se que não há divergência entre os julgamentos supracitados, seguindo uma uniformidade no sentido de não se aplicar o princípio da insignificância aos crimes pelo artigo 290 do CPM. A primeira Turma do STF fundamenta suas decisões no princípio da especialidade, quando em confronto com argumentos no sentido de afastar a aplicação do Código Penal Militar no que diz respeito ao crime em tela. O *Habeas Corpus* nº 107.689/RS, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, julgado em 14 de fevereiro de 2012, deixa claro:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. BEM JURÍDICO. PROTEÇÃO. HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITAR. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 10.4403/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, Dj de 01/02/2011; HC 10.4117/MT, rel. Min Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dj de 26/10/2010; HC 96.757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Dj de 04/12/2009; RHC 96.813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, Dj de 24/04/2009).

2. O plenário desta Corte firmou precedentes referentes aos militares incurso no delito do art. 290, do CPM, entendendo ausentes as condições necessárias à aplicação do princípio da insignificância, porquanto os bens jurídicos resguardados pela norma penal referida são a hierarquia e disciplina militar. Precedentes: HC 94.685/CE, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgamento em 11/11/2010; HC 107.688/DF, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 07/06/2011).

3. *In casu*, os pacientes foram presos portando um papelote de cocaína nas dependências do 3º regimento de Cavalaria de Guarda, unidade sujeita à Administração Militar. 4. É que, *in casu*, “na ocasião da revista, o tenente [...], um papelote de plástico branco, com um pó dentro, sobre o qual o ora denunciado veio a confessar tratar-se de uma bucinha de cocaína, entorpecente que tinha adquirido o 2º denunciado Soldado [...]”.

4. Ordem denegada.
DECISÃO: A Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 14.02.2012 (BRASIL, STF, 2012).

A fundamentação dos julgados tem, como finalidade, a aplicação da legislação castrense para os militares flagrados fazendo uso e/ou portando substância entorpecente em área sujeita à Administração militar. É importante ressaltar que a aplicação de tal instituto deve ser levada em consideração pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, o artigo 290 do CPM, não se encontra revogado pela Lei nº 11.343/06. Prevalece, portanto, a especialidade, bem como a prevalência dos princípios da hierarquia e disciplina. Sendo assim, nem mesmo a nova Lei de Drogas, que institui o “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas” foi capaz de superar o entendimento da primeira turma do STF e a aplicação dos crimes previsto na legislação castrense referente ao uso de drogas.

A segunda turma do STF, entretanto, possui posicionamento claudicante, ora concedendo a aplicação da insignificância, ora não admitindo, conforme se vê no HC 81.735/PR, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 26 de março de 2002;

EMENTA: Habeas corpus. 2. Posse de substância entorpecente em local sob a Administração militar. Art. 290, do CPM. 3. Inovação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade. A pequena quantidade de entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse de substância entorpecente. 4. Não há como trancar a ação penal por falta de justa causa. 5. Habeas Corpus indeferido (BRASIL, STF, 2002).

Todavía, a segunda Turma, no *Habeas Corpus* 92.961, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, julgou no dia 22 de fevereiro de 2008, a favor da aplicação do princípio da insignificância, conforme descrito:

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, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.
2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.

2. A mínima ofensividade 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.

3. A Lei nº 11.343/06, nova Lei de Drogas, veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas, a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação do Estado em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.

4. 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.

5. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe da nova Lei de drogas, com o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova lei de drogas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado na CONstituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).

6. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, vez de apenar- Lei nº 11.343/2006- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.

7. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar.

8. Aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade humana. Ordem concedida.

DECISÃO: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do relator. Falor, pelo paciente, o Dr Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim BARbosa. 2ª Turma, 11.12.2007 (BRASIL, STF, 2008).

Os membros da segunda Turma costumam adotar critérios objetivos de julgamento, tais como; a) mínima lesividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Apesar disso, há divergências nas decisões, a exemplo do *Habeas Corpus* nº 90.125/RS, resultando num empate:

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 PESSOA HUMANA.

1. Paciente militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.

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 social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores do princípio da insignificância.

4. A Lei nº 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 mudar a visão que se tem em relação ao

usuário 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 nº 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, como princípio fundamental (art. 1º, III).

7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar- Lei nº 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. DECISÃO: A Turma, por empate na votação, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Eros Grau, no que foi acompanhado pelo Ministro Cezar Peluzo, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Falou pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Redigira o acordão o Senhor Ministro Eros Grau. ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma. 24.06.2008 (BRASIL, STF, 2008).

A matéria acima citada foi levada ao plenário em virtude da divergência entre as Turmas, bem como entre os componentes da segunda Turma que não tiveram uma unicidade na votação. Sendo assim, o HC nº 103.684/DF pacificou o entendimento sobre a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao artigo 290 do CPM, conforme o julgamento:

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 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 da 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 posse de 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 a 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 se estruturam no âmbito da união. Saltando à evidência que 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 peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

3. A hierarquia e a disciplina 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 compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, sde modo a legitimar o Juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e às menos graduadas a obedecer) a disciplina importa permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrense. 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 mecanismo 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 imperativos de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximir de atividade 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 o 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 das ideias 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 no delito de uso de entorpecentes, pena restritiva de direitos). Princípio segundo o qual somente a existência de um regramento específico e, 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

Ordem denegada (BRASIL, STF, 2011).

Diante dos julgados descritos, é importante ressaltar que em um conflito de princípios relacionados aos crimes descritos no artigo 290 do CPM, devem prevalecer os princípios da hierarquia e disciplina. Priorizar a aplicabilidade da insignificância frente aos institutos basilares do militarismo, é atentar contra as instituições militares, ainda mais, considerando que o princípio da insignificância não tem previsão constitucional. Isto fica evidente mais uma vez no *Habeas Corpus* n° 123.190/DF, julgado em 15 de julho de 2015, cuja Relatora foi a Ministra Rosa Weber, em que foi negado provimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DO AUTO DE APREENSÃO E DO LAUDO PRELIMINAR. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A ausência de auto de apreensão e do laudo inicial de constatação configura mera irregularidade, inábil a invalidar a condenação penal, desde que lastreada está em outras provas idôneas. Precedentes
2. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 13.4.2001, ao afastar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse, por militar, de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (art. 290 do CPM), distinguiu a qualidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar da qual faz parte.
3. Inobstante mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma.
4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção da norma castrense pelo texto constitucional, é no sentido de que po 'o art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006' (HC 119.458/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 03.4.2014).
5. Ordem denegada (BRASIL, STF, 2015).

Contudo, não resta mais dúvida para o Supremo Tribunal Federal acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância frente ao artigo 290 do CPM. O *Habeas Corpus* n° 128.894/RS, julgado em 23 de agosto de 2016, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, denegou a ordem do supracitado *habeas corpus*, reafirmando que a legislação castrense prevalece junto aos tipo penais contidos no artigo 290, do CPM, quando se tratar de tráfico, uso e/ou posse de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar. Sendo assim, segue a decisão, conforme julgamento abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL MILITAR. POSSE DE ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290, CPM). NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PROCESSO JÁ SENTENCIADO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (ART. 5º, XXXVI, CF). PRECEDENTES. LAUDO PERICIAL. SUBSCRIÇÃO POR UM ÚNICO PERITO. ADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONSTITUCIONALIDADE. NORMAL PENAL EM BRANCO. INCIDÊNCIA DA PORTARIA Nº 34/98 DA SECRETARIA DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA/ MINISTÉRIO DA SAÚDE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.900/AM, de minha relatoria, DJe de 3/8/16, fixou orientação no sentido de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/08, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar.

2. A Corte, após deliberar, em atenção ao princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI), que aquela orientação se aplica, a partir da publicação da ata de julgamento do HC nº 127.900/AM, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, determinou a sua incidência apenas nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

3. Na espécie, como a sentença condenatória, foi proferida em 22/7/14, não há que se cogitar de anulação da ação penal para que o paciente seja submetido a novo interrogatório.

4. Nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal Militar, “as perícias serão, sempre que possível, feitas por dois peritos, especializados no assunto ou com habilitação técnica, observado o disposto no art. 48”.

5. A exigência que a perícia seja subscrita por dois peritos admite exceções, não se tratando de imposição absoluta, razão porque é irrelevante que o laudo definitivo tenha sido subscrito por apenas um perito oficial. Precedentes.

6. O art. 290 do Código Penal Militar, assim como o art. 33 da Lei 11.343/06, é uma norma penal em branco, cujo preceito primário necessita de complementação por outra disposição legal ou regulamentar.

7. Essa disposição regulamentar é a Portaria nº 344/98 da Secretaria de vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, que contém a lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, dentre elas o THC (tetrahydrocannabinol), aplicável tanto ao Código penal Militar quanto à Lei 11.343/06.

8. A Portaria SVS/MS nº 344/98 se aplica diretamente ao Código Penal Militar, por se tratar de ato normativo geral que dispõe sobre substâncias entorpecentes, sem necessidade de intermediação da Lei 11.343/06

9. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 103.684/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 13/4/11, assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à posse de quantidade reduzida de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do Código de Penal Militar), bem como suplantou, ante o princípio da especialidade, a aplicação da Lei 11.343/06

10. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar.

11. Ordem denegada.
Decisão: A Turm, por votação unânime, denegou a ordem e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor, Ministro Gilmar MEndes. 2ª Turma, 23.8.2016 (BRASIL, STF, 2016).

Observa-se que, após esse julgamento em Plenário pelo STF, não resta dúvida que a jurisprudência continua aplicando o artigo 290 do CPM, mesmo em casos em que a quantidade de substância entorpecente é mínima. O que é levado em consideração por esta Corte, diante dos julgados, são os bens jurídicos tutelados pela Organização Militar, bem como a especialidade da legislação castrense frente a Lei 11.343/06.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho de conclusão de curso foi analisar como o princípio da insignificância incide nos crimes militares de uso e porte de substâncias entorpecentes em locais sujeito à Administração Militar, previsto no artigo 290 do Código Penal Militar. A investigação se desenvolveu por meio da análise das decisões do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal referentes à matéria, com base na legislação sobre o tema e em revisão de literatura.

Conforme discorrido ao longo da monografia, a Constituição Federal prevê que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, composta pela Marinha, Exército e Aeronáutica, organizações militares baseadas na hierarquia e disciplina. A missão das Força Armadas é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, funcionando como sustentáculos de subsistência do Estado.

As Polícias Militares e Bombeiros Militares são forças auxiliares e reservas dos Exército, e possuem suas atribuições definidas no artigo 144 da Constituição Federal, cabendo a estas instituições o policiamento ostensivo e preservação da ordem pública, bem como a execução de atividade de defesa civil e as prevista em lei exclusiva, respectivamente.

O corpo normativo constitucional elenca diversos artigos que versam sobre a atividade das Forças Armadas, assim como da Polícia Militar e Corpos de Bombeiros Militares. A manutenção da paz social e defesa da Pátria depende diretamente de que estas instituições cumpram as competências que lhe são atribuídas. A preservação dos fundamentos constitucionais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito devem ser basilares nesta construção.

O Direito Penal Militar é um ramo especial do Direito Penal, cuja finalidade é criar normas e regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais. A hierarquia e a disciplina, são princípios fundamentais presentes nas instituições militares, previstos nos artigos 42 c/c 142 da Constituição Federal, e devem ser preservados frente a outros princípios. Assim, condutas consideradas irrelevantes para a sociedade, não o devem ser para as instituições militares, haja vista que são imprescindíveis o respeito aos bens

jurídicos tutelados pelo militarismo.

Sendo assim, não há como aplicar o princípio da insignificância aos crimes de uso e porte de substâncias entorpecente por parte de agentes militares, tal como previstos no artigo 290 do Código Penal Militar. O uso e porte de drogas em local sujeito à administração militar, independente da quantidade, pode comprometer não só a segurança do agente flagrado cometendo o ilícito penal, como também pode colocar em risco toda a coletividade, em razão das peculiaridades das atividades ali desenvolvidas, tais como o manuseio de materiais bélicos e seus colegas.

O Superior Tribunal Militar adota um posicionamento que reconhece a não aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes previstos no artigo 290 do CPM, em locais sujeito à Administração Militar, bem como admite que permitir a aplicação da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União significa desconsiderar a especialidade da legislação castrense. O Supremo Tribunal Federal, apesar de divergir sobre o assunto, em decisões recentes, vêm adotando uma postura de não reconhecer também a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de uso, porte e/ou tráfico de substância entorpecente em locais sujeito à administração militar.

Ao estabelecer a competência da Justiça Militar para processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei, a Constituição Federal legitima o tratamento diferenciado para os crimes previsto no artigo 290 do Código Penal Militar. Sendo assim, não deve incidir a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de uso e porte de drogas previsto na legislação castrense.

A análise das jurisprudências do STF e STM à luz da revisão de literatura apresentada neste trabalho, conduz ao entendimento de que as Instituições militares, regidas pela hierarquia e disciplina, devem adotar uma postura severa no sentido de coibir a prática de ilícitos penais dessa natureza, haja vista que o militar está submetido ao cumprimento de deveres éticos profissionais, bem como ao compromisso de respeito as símbolos, armas e brasões, pertencentes à Pátria e à corporação a qual pertence.

REFERÊNCIAS

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

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar**; Teoria Crítica & Prática. São Paulo: Método, 2015.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**: Lei 11.343/2006. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Decreto n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código Processo Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Decreto n. 2.243, de 03 de junho de 1997. **Regulamento de Continência, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2243.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Decreto n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 26 de agosto de 2006. **Lei de Drogas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm> Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 66.869-1**, 2ª Turma, 28 abril 1989. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 84.412-0**, 2ª Turma, 29 junho 2004. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 88.880**. 2ª Turma, 05 junho 2006. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14780238/medida-cautelar-no-recurso-em-habeas-corpus-rhc-88880-sc-stf>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 103.684**. Plenário, 21 outubro 2010. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164473&caixaBusca=N>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 90125**. 2ª Turma, 24 junho 2008. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92059&caixaBusca=N>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 92961**. 2ª Turma, 11 dezembro 2007. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79705&caixaBusca=N>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 81735**. 2ª Turma, 26 março 2002. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81735%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+81735%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/au9ej3z>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 107689**. 1ª Turma, 14 fevereiro 2012. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+107689%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+107689%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ar3oo9e>> Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 91759**. 1ª Turma, 09 de outubro de 2007. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+91759%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+91759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8chsag>> Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 81523**. 2ª Turma, 19 de fevereiro de 2002. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81523%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+>>

[81523%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cdtjs3v](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81734%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+81734%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cdtjs3v)>
Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas-Corpus nº 81523**. 1ª Turma, 26 de março de 2002. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81734%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+81734%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kcr8emy>>
Acesso em 29 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal Militar. **Recurso em Apelação nº 133-41.2013.7.01.0301/RJ, 19 de dezembro de 2014**. Relator: Ministro Cleonilson Nicácio Silva. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=11343/06&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>> Acesso em 02 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal Militar. **Recurso em Apelação nº 131-25.2014.7.02.0102/SP, 22 de junho de 2017**. Relator: Ministro Lúcio Mário de Barros Goés. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=hc%20drogas&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>>
Acesso em 02 ago. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, v.1.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificancia**. Buenos Aires: Ad Hoc Editora, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª. ed. rev. Ampl. e atual- Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI PIETRO, Maria Syllvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª. ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5ª. ed. rev., atual e ampl- São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio (coordenador). **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Ímpetus, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. **Direito penal; parte especial**, vol. I. 25. ed. São Paulo: Saraiva,

2002.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARCÃO, Renato: **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: anotada e interpretada**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.961/2014- São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. vol. 1. 10ª. ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006- Comentada artigo por artigo/ Andrey Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalho**. São Paulo: Método, 2008.

MIGUEL, Cláudio Amin. CRUZ, Ione de Souza. **Elementos de direito penal militar: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Carlos Frederico de O. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano X, nº 13, pp. 45-50, 1991.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciência Penal**, Porto Alegre: Fabris editor, ano 3, v. 3, nº 1, pp. 36-50, janmar., 1990.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed., rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VICO NAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

WILLEMANN, Zeli José. **O Princípio da insignificância no direito ambiental.** Teresina-PI, 22 maio 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6753/o-principio-da-insignificancia-no-direito-ambiental>>. Acesso em: 15 jul. 2017