

# JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO  
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ISSN 1807-729X  
9782807790001  
0 1 0 0 >  
Edição 100 - Dezembro de 2008  
R\$ 16,90



## BARACK OBAMA A ESPERANÇA DO MUNDO

**Editorial:** TORTURA É CRIME INSUSCETÍVEL DE ANISTIA

# ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E A LEI Nº 11.343/06

Carlos Alberto Marques Soares

Ministro do STM



Inicialmente, trarei à colação análise da natureza da Justiça Militar como Justiça Especial e a afinidade do Direito Penal e Processual Militar com os demais ramos do Direito, para, mais adiante, justificar a incidência do artigo 290 do Código Penal Militar e a inaplicabilidade da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, na Justiça Militar da União.

No dizer de José Frederico Marques, *in* “Competência em Matéria Penal”, fls. 135 e seguintes:

“A Justiça Militar é das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas, mas de organização decorrente, como lembra Astolpho Rezende, das ‘condições especiais que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar, como também pela natureza das infrações disciplinares, aptas a comprometer a ordem jurídica e a coesão dos corpos militares. Como diz um notável escritor italiano, tratam-se de juízes especiais, técnicos, juízes naturais do soldado, que sabem pesar os danos que à disciplina e ao serviço, ao bom estado militar podem custar as infrações e que a este dano proporcionam a adequada sanção’. Não se trata, como diz Crispi, ‘de uma justiça particular, no Estado, nem de privilégios pessoais, ou de prerrogativas de corporação, ou de classe de pessoas, mas de uma jurisdição especial,

exigida e adequadamente justificada pela necessidade da disciplina’.

Como notou Silgueira, não seria possível, ‘sem confundir noções essencialmente distintas, e sem afetar profundamente a organização do Estado, entregar aos princípios e disposições da lei comum, as relações jurídicas que os exércitos produzem. A instituição da Força Armada exige fórmulas legislativas expressas, inteiramente próprias e diversas das que correspondem à sociedade em geral. Os exércitos têm uma missão especial que não pode ser cumprida senão por eles’. Daí a exatidão do que disse M. de Broglie, ‘de que a legitimidade de uma Justiça Militar não poderia seriamente pôr-se em dúvida: ela é legítima porque é necessária’.

Iguais considerações encontram-se em Castro Nunes, o qual, citando João Vieira, lembra que a jurisdição militar ‘não é um privilégio pessoal, nem uma prerrogativa de corporação ou seita, mas é ordenada sobre a essência do serviço militar, a qual não admite que a disciplina fique perturbada ou enfraquecida, que sejam subtraídas aos chefes militares a vigilância sobre as ordens, a subordinação e o juízo das violações delas’.”

A disciplina é a força e a vida das instituições militares que, juntamente com a preservação dos princípios hierárquicos,

necessitam de uma legislação própria e de uma jurisdição especializada que possa dar garantia de sua manutenção. Esse foro especial se constitui na condição da boa administração da Justiça que, em razão das peculiaridades da carreira militar, exige um resultado penal célere.

Ao palestrar no XIX Seminário Roma-Brasília, no Painel “Acesso à Justiça e Jurisdições Especiais”, com presença da insigne professora Ada Pellegrini Grinover, ficou consignado que uma Justiça Especial, como a Militar, só se justificaria à luz de uma legislação própria que atendesse às particularidades da sua existência.

Em face dos ensinamentos dos mestres, é que tenho repellido interpretações açodadas, mais comprometidas com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão amadurecida de todo o sistema normativo Penal ou Processual Militar.

O mestre chileno, professor Renato Astrosa Herrera em seu “*Derecho Penal Militar*”, 2ª Edición, ministra conceitos sobre a especialidade do Direito Penal e Disciplinar Militar nos seguintes termos:

“Dessas normas jurídico-militares, as disciplinares e penais são as mais essenciais para o ordenamento jurídico militar, já que nelas repousa a disciplina militar, pressuposto para a existência de qualquer corpo armado.

[...]

Entre os bens jurídicos protegidos pela Lei Penal Militar se encontram a segurança externa e interna do Estado, a segurança das instituições armadas, os deveres e honras militares, a subordinação e a hierarquia, os interesses materiais das instituições armadas, a propriedade militar e a fé militar.”

O saudoso Professor chama a atenção para o estudo do Direito Penal e Processual Penal Militar ante as demais ciências jurídicas, posto que o Direito Militar se constitui numa derivação do Direito Penal comum. Assim, pode-se afirmar que as ciências jurídicas ou auxiliares que se relacionam com o Direito Penal comum, também informam ou complementam o Direito Penal Militar. Em consequência, o Direito Constitucional, o Direito Internacional, o Direito Administrativo e o Direito Privado têm íntima conexão com o Direito Penal Militar. O mesmo ocorre, e por idêntica razão, com as ciências auxiliares, como são a Filosofia, a Antropologia, a Sociologia, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, a Política Criminal, etc.

O ministro Jorge Alberto Romeiro acrescenta também o Direito Comparado e os Tratados Internacionais.

Destaco, entretanto, o Direito Constitucional cuja relevância dispensa maiores considerações, em face da sua natureza hierárquica ante as demais leis ordinárias ou especiais.

Na definição dos mestres, o Direito Processual

“AO CONTRÁRIO,  
QUANDO SE IMPÕE A  
EXCEÇÃO, A CARTA MAGNA  
O FAZ, COMO NO CASO  
DO FLAGRANTE DELITO,  
EM QUE RESSALVOU AS  
PUNIÇÕES DISCIPLINARES E  
OS CRIMES PROPRIAMENTE  
MILITARES.”

Constitucional tem em si a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo (*in* “Teoria Geral do Processo”, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco).

Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual e muito menos do Direito Constitucional, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição (*in* mesmos autores).

Ademais, como o processo legislativo em nosso país é extremamente moroso, com a edição da Constituição de 1988, criando e mantendo inúmeros princípios com características de normas pétreas em nosso ordenamento jurídico Penal e Processual Penal, culminou por impor aos operadores do Direito a aplicação dessas normas jurídicas que passamos a denominar de Direito Penal e Processual Constitucional.

A meu sentir, nenhuma norma constitucional descaracteriza a natureza especial do Direito Penal e do Processo Penal Militar. Ao contrário, quando se impõe a exceção, a Carta Magna o faz, como no caso do flagrante delito, em que ressalvou as punições disciplinares e os crimes propriamente militares (art. 5º, inciso LXI, da CF/88).

A nossa Legislação Penal e Processual Penal Militar tem sua vigência desde 1969 e a Constituição Federal é de 1988, daí deparamos com preceitos constitucionais que representam alterações substanciais do sistema Penal e Processual Penal, impondo mudanças significativas na interpretação de regras vigentes e produziram novos textos

legais ou motivaram projetos e anteprojetos (*in* “Processo Penal Constitucional”, Antonio Scarance Fernandes).

Desse modo podemos concluir que alguns institutos da nossa lei substantiva e adjetiva passaram a exigir nova interpretação, sem que se desnaturalize a sua essência.

Com essas considerações, ficou evidenciada a natureza especial da Justiça Militar e o contido em sua legislação só poderá ser revogado ou alterado quando a lei nova o disser expressamente e não conflitar com os princípios que justificam a sua existência.

Com relação à “nova lei antidrogas”, ou seja, a lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) e a sua aplicabilidade na Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem, por unanimidade, se manifestado contrariamente à sua recepção, colocando-se em posição doutrinária antagônica à da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Na 2ª Turma do STF, em recente posição, os ilustres ministros têm se manifestado no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana e a incidência do princípio da insignificância afastariam o critério da especialidade, determinando que a lei posterior mais benéfica, no caso, a Lei nº 11.343/06, seja aplicada ao caso, preterindo a norma esculpida no art. 290 do Código Penal Militar (HC 93.822 – SP e HC 94.085 – SP – Rel. Min. Celso de Mello; HC 92.961-3 – SP – Rel. Min. Eros Grau).

Por outro lado, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal tem sustentado posição diversa, no sentido de que é inaplicável a Lei nº 11.343/06 e que também não deve ser admitida, nos casos de porte de pequena quantidade de drogas, a incidência do princípio da insignificância (HC 92.462-0 – RS e HC 91.767 – SP – Rel. Min. Carmem Lúcia; HC 94.583 – MS – Rel. Min. Ellen Gracie; HC 91.759 – MG – Rel. Menezes Direito).

O meu entendimento é que as decisões da 2ª Turma buscam aplicar a Lei nº 11.343/06 em razão do que dispõe o artigo 28, que estabelece as penas de “advertência”; “prestação de serviço à comunidade” e “medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo”, enquanto o CPM prevê penas de reclusão de 1 a 5 anos.

Acontece que a douta Suprema Corte tem se baseado na “não prisão do usuário” prevista pela Lei nº 11.343/06 e, aplicando o princípio da insignificância ou da proporcionalidade, reforma a decisão do Superior Tribunal Militar e absolve o réu.

Como podemos observar no *Habeas Corpus* nº 92.961-3 – São Paulo, cujo relator foi o insigne ministro Eros Grau, no corpo da ementa registra-se o fundamento maior da decisão em tela, que em parte concordo, quando diz: “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”.

Diante de tais posicionamentos e divergências, tenho aplicado somente aos militares conscritos, menores de 21 anos, em cujos pertences (carteira, mochila, etc.) tenha

“EM MEU POSICIONAMENTO, SOMENTE ACOLHO O  
‘PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA’, NO DIREITO PENAL MILITAR,  
NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, TENDO EM VISTA  
QUE A LEGISLAÇÃO ESPECIAL É SEMPRE VOLTADA PARA A  
PRESERVAÇÃO DOS CONCEITOS QUE SUSTENTAM AS FORÇAS  
ARMADAS, QUAIS SEJAM: A ‘HIERARQUIA’, A ‘DISCIPLINA’, O  
‘PUNDONOR MILITAR’ E O ‘DECORO DA CLASSE’.”

sido encontrada ínfima quantidade de “maconha”, jamais cocaína, crack ou outras drogas de potencial elevado, e que nos dê a inquestionável conclusão de tratar-se de usuário que não tenha feito ou pretenda fazer uso no interior do Quartel, ou passá-la para outro militar ou civil.

Daí, sem generalizar, como foi feito no mencionado aresto, trago como suporte da evidente desproporcionalidade, outro trecho da ementa, quando registra: “Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar”.

Então, situo-me no vértice dos dois entendimentos, entre a posição da Primeira Turma e a da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo que essa última fixou exegese seguida pela maioria do Superior Tribunal Militar.

Não tenho acolhido o princípio da insignificância com relação a qualquer tipo de droga ou substância entorpecente, em face da natureza da atividade do militar engajado e profissional das Forças Armadas.

Como acolher o princípio da insignificância, para um Oficial da Aeronáutica ou da Marinha, piloto de um jato de combate? De um graduado ou oficial da Marinha encarregados da condução de um navio de guerra? De um militar, graduado ou oficial do Exército incumbido de operar um tanque, canhão de guerra ou um helicóptero de combate? Os exemplos são inúmeros que repelem “de pronto” a banalização do uso de droga, de qualquer gênero no interior dos quartéis nas Forças Armadas.

Socorrendo-me do princípio da proporcionalidade é que tenho me fixado na despenalização do jovem soldado,

prestador do serviço militar obrigatório, que esteja somente portando pequena quantidade de “maconha”, no interior do Quartel, tendo em vista a deficiência das instituições militares, especialmente o Exército, em levantar a vida social do conscrito, em face até mesmo do estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente que impede o fornecimento de qualquer dado do menor infrator.

Desse modo, a pena de um ano de reclusão, prevista no artigo 290, do Código Penal Militar, vem macular a ficha funcional e criminal desse jovem usuário que esteja prestando o serviço militar obrigatório, mesclando-o com o traficante ou até com o viciado, circunstância que nos leva à conclusão de que os efeitos extrapenais são infinitamente mais elevados do que o mal causado com a sua conduta de “trazer consigo ou portar” substância entorpecente para uso próprio.

Poderíamos até questionar o elemento subjetivo do tipo, ao concluir que o jovem soldado que “esqueceu” em sua carteira ou mochila um cigarro ou até um pedaço do mesmo, não teria a intenção de introduzi-lo em local sujeito à administração militar. Tal questionamento não sucumbe mesmo diante do dolo eventual, de difícil tipificação em condutas do gênero.

Outro ponto de inquestionável relevância, é que teríamos de aplicar o Código Penal Militar ao agente que fosse traficante, posto que a lei nova (Lei nº 11.343/06) é mais gravosa do que a legislação especial, e no mesmo processo em que um jovem soldado estivesse recebendo ínfima quantidade de substância entorpecente, aplicaríamos a Lei nº 11.343/06.

A meu sentir estamos longe de uma conclusão que possa atender aos objetivos do melhor Direito ou da efetiva “Justiça”, em face das contundentes divergências acerca do tema nas nossas Cortes Superiores, nos Tribunais de Justiça, entre os Juízes de primeiro grau, sem falarmos na frontal oposição entre a 1ª e a 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Procuo conduzir o meu entendimento para o “princípio de política criminal”, acolhendo um dos mais elevados princípios constitucionais que é o da proporcionalidade, pois a apenação culmina como sendo inadequada.

Num país em que a dificuldade de emprego ainda é incontestável, levaria esse jovem a ser excluído das Forças Armadas, a bem da disciplina, condenado por um crime que na Legislação Militar culmina pena de um a cinco anos, cujo artigo 290, mescla o simples usuário com o traficante, impedindo-o, ou dificultando-o em conseguir um emprego honesto, conduzindo-o, muitas vezes, às mãos ávidas do crime organizado ou traficantes.

Já na tese de eminente colega da Corte, que também constitui a divergência em nosso Plenário, e da 2ª Turma do Pretório Excelso, apontando para o princípio da insignificância, interfere-se diretamente na tipicidade. Surgiu, o princípio em tela, com Claus Roxin, em 1964 que visava restringir a aplicação do Direito Penal, ou seja, dar uma interpretação restritiva aos tipos penais com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais.

Afasta-se, assim, a tipicidade da conduta apontada, pois não teria havido lesão ao bem jurídico tutelado, sendo ela penalmente irrelevante.

Eugenio Raúl Zaffaroni e Jose Henrique Pierangli, assim lecionam acerca da matéria:

“Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – e muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade.” (“Manual de Direito Penal Brasileiro”, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001. p. 462).

Na mesma linha, incorre o pensamento de Damásio de Jesus:

“De acordo com o princípio da ofensividade, o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta efetivamente ofende um bem jurídico, não sendo

suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da CF, que disciplina as infrações de menor potencial ofensivo. Nos termos do princípio da insignificância, ligado aos chamados crimes de bagatela (ou delitos de lesão mínima), recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância). (...) O fundamento se encontra no princípio constitucional da ofensividade, segundo o qual não há crime quando a ofensa ao bem jurídico é tão ínfima que o fato merece permanecer fora do campo do Direito Penal. Isso ocorre nas hipóteses em que o dano ao objeto material é insignificante, ensejando a aplicação da teoria da insignificância do resultado jurídico e da pequena lesividade causada ao objeto material (resultado naturalístico).” (*Código Penal Anotado*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 2001. P. 988).

Em meu posicionamento, somente acolho o “princípio da insignificância” no Direito Penal Militar nos crimes contra o patrimônio, tendo em vista que a legislação especial é sempre voltada para a preservação dos conceitos que sustentam as Forças Armadas, quais sejam: a “hierarquia”, a “disciplina”, o “pundonor militar” e o “decoro da classe”.

Os bens jurídicos tutelados, elencados nos títulos da parte especial do Código Penal Militar, são diversos da legislação penal ordinária.

Se acolhesse o “princípio da insignificância” em vez do da “proporcionalidade”, teria que fazê-lo mesmo que o agente fosse uma praça estável, graduado, até um sargento ou suboficial, e até mesmo para o oficial, eis que a “bagatela” não é voltada ao agente e sim ao ato lesivo ao direito.

Tenho, pois, extrema dificuldade em analisar o princípio em tela, tendo como ponto principal as condições pessoais do agente ativo.

Destarte, conluo em não acolher a aplicação da Lei nº. 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União, sem com isso reconhecer a extrema necessidade de alterarmos a legislação substantiva e adjetiva castrense, no sentido de possibilitar ao Juiz a aplicação de uma “sanção” que não macule a folha penal do jovem militar, quando for encontrada consigo pequena quantidade de “maconha” que dê ao julgador a idéia de ser o mesmo apenas um eventual usuário.



## BIBLIOGRAFIA

- MARQUES, José Frederico. Da competência em Matéria Penal. 1ª ed., Millennium, Campinas: 2000  
HERRERA, Renato Astrosa Herrera. *Derecho Penal Militar*, 2ª ed. Ed. Jurídica de Chile, Chile: 1974  
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 18ª ed., Malheiros, São Paulo: 2002  
ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGLI, José Henrique. Código Penal Anotado. 11ª ed., Saraiva, São Paulo: 2001