

DOGMÁTICA PENAL: INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS?

CRIMINAL DOGMATIC: INSTRUMENT SUITABLE FOR THE EFFECTIVENESS OF INDIVIDUAL RIGHTS?

Cláudio Macedo de Souza

RESUMO: Este artigo afirma a existência de contradições na dogmática penal materializadas em *Habeas Corpus* no qual o STF rejeitou a aplicação do princípio da insignificância por considerar que a qualidade da relação jurídica entre o militar e as Forças Armadas não tornaria atípica a conduta. Apesar da promessa declarada de limitação do *jus puniendi* estatal por meio do respeito aos direitos individuais, o modelo ideal garantista foi desqualificado pelo STF, com resultados antigarantistas. Concluiu-se, assim, que a dogmática penal garantista não tem sido capaz de impedir a violação dos direitos individuais no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada. Na verdade, tem concorrido para instrumentalizar e racionalizar decisões judiciais seletivas ao invés de fundamentar a gestação de decisões igualitárias, seguras e justas.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática Penal; Princípio da Insignificância; Direitos Individuais.

ABSTRACT: This Article affirms the existence of contradictions at criminal dogmatic ideal embodied in the *Habeas Corpus*, in which the Supreme Court rejected the application of the principle of insignificance by considering that the quality of the legal relationship between the military and the Armed Forces would not become atypical behaviour. Despite the declared promise of limitation of the *jus puniendi* of the State by means of respect for individual rights, this ideal model was disqualified by Supreme Court, with no guarantees at the results. It was concluded, therefore, that the guarantee criminal dogmatic has not been able to prevent the violation of individual rights in the area of intervention of punitive institutionalized violence. Actually, it has contributed to instrumentalize and rationalize selective judgments instead of creating the egalitarian, safe and fair decisions.

KEYWORDS: Criminal Dogmatic; Principle of Insignificance; Individual Rights.

1. Introdução

Este artigo objetiva identificar e apontar no instrumental dogmático-penal contradições materializadas em decisão prolatada pelo STF – Supremo Tribunal Federal a qual está ideologicamente condicionada e pautada pelo discurso garantista de limitação do *jus puniendi* estatal. Assim, pretende-se, afirmar empiricamente que apesar de ser utilizada para fundamentar juridicamente e justificar as decisões judiciais, a dogmática penal não tem sido capaz de impedir a violação dos direitos individuais no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada. Com isso, resta ainda a hipótese de que tem concorrido para instrumentalizar e racionalizar decisões judiciais seletivas ao invés de fundamentar a gestação de decisões igualitárias, seguras e justas.

O texto encontra-se dividido em duas partes. Na primeira, empreende-se uma abordagem que problematiza o ideário garantista de limitação do poder-dever punitivo do estado enquanto discurso prometido da dogmática penal. Ademais, questiona-se a sua eficácia invertida com base nas possíveis contradições existentes entre seu discurso prometido e aquele cumprido por meio de decisões judiciais.

Na segunda parte busca-se, por meio da análise de um *habeas corpus* denegado pelo STF - Supremo Tribunal Federal, apontar empiricamente contradições na decisão prolatada em relação ao ideário garantista. Procura-se desenhar um horizonte em que a operacionalização do Poder Judiciário é marcada por um *déficit* garantista, ambigualmente cindido por exigências de intervenção punitiva e de emancipação humana.

2. A Promessa Declarada da Limitação do *Jus Puniendi*

O respeito aos direitos individuais por meio do ideário da limitação do *jus puniendi* estatal encontra lastro na dogmática penal. Na verdade, os direitos individuais aparecem como das principais promessas declaradas do projeto emancipatório da Ciência Penal. Ela se afirma desde a sua gênese alemã e italiana como uma ciência direcionada à racionalização da aplicação judicial do Direito Penal. Neste sentido, é possível identificar em seu discurso um saber encarregado de explicar e justificar a aplicação das normas penais.

Dessa forma, está respaldada entre as normas penais em abstrato e a sua aplicação, ou seja, na ideia garantidora de converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz. Ocupa, portanto, uma posição relevante, pois é responsável pela garantia do tráfego jurídico entre a programação legislativa (dever-ser) e a própria operacionalização do sistema penal (ser).

No marco dessa ideia garantidora, a dogmática fornece aos juízes os limites das interpretações legitimadoras possíveis por meio do princípio da legalidade. O Direito Penal se torna, assim, uma linguagem normativa com sentido decodificado pela dogmática cuja cientificidade está voltada para uma prática punitiva racional e segura, isto é, garantista. Ou seja, a construção e o desenvolvimento, por exemplo, da teoria do crime e da ideia do *nullum crimen sine lege* revela a conexão existente entre discurso científico e discurso garantidor, baseados na promessa declarada de limitação do exercício do poder punitivo estatal por meio da legalidade.

Deve-se salientar que a relação entre a prática punitiva e o princípio da legalidade não é meramente retórica. Ao contrário, é uma relação de essência, pois sem ele, a prática

punitiva carece de sentido. Deste modo, a aplicação do Direito Penal não tem um sentido pleno sem a dogmática que, partindo da construção científica dos conceitos de crime, de pena e da interpretação das normas, desenvolve um discurso de cunho garantista a fim de vincular o horizonte decisório dos juízes à legalidade das condutas proibidas descritas nos tipos legais.

Essa construção conceitual serve para pautar as decisões à lei e à conduta do autor de um fato-crime, objetivamente considerada e, assim, exorcizar a arbitrariedade judicial. A legalidade volta-se para a pessoa, pois rompe com o arbítrio sobre a liberdade do ser humano. A legalidade vai traçar os limites entre a pena (poder-dever de punir estatal) e o direito de liberdade do agente do crime. A sanção penal é restrição da liberdade; mas, a legalidade vai limitar a restrição dessa liberdade.

Percebe-se, pois, que ao fornecer, por meio da legalidade, o instrumental conceitual adequado para vincular as decisões judiciais e as punições que delas derivam, centralizou o discurso garantista do Direito Penal do fato na promessa declarada de segurança jurídica e de justiça. Essa racionalização baseada na segurança jurídica e na justiça é promessa garantidora da dogmática penal cujo discurso objetiva justificar o *ius puniendi* estatal e ao mesmo tempo o seu ideal de Ciência.

A legalidade, propriedade do Estado Democrático de Direito, torna-se o mais alto ideário de limitação do *ius puniendi* estatal. No conflito entre o poder-dever de punir do Estado e os direitos individuais do sujeito, o princípio da legalidade surge como solução à tensão entre esses dois direitos contrapostos na relação penal. De acordo com Brandão (2005), como freio ao *ius puniendi*, a legalidade deve sempre ser utilizada *pro libertatis* e nunca *pro punitiois*. Ou seja, representa o rompimento com o período do terror e, por isso, a legalidade tem a função de

garantia dos direitos individuais porquanto o Direito Penal coloca no centro a pessoa humana.

Pois bem, no projeto da modernidade, o poder penal estatal aparece limitado pelas garantias, consubstanciado tanto nos princípios constitucionais do Estado de Direito quanto no Direito Penal liberal. Consolidada historicamente na Europa Continental, e em seguida exportada para a América Latina, a dogmática penal é ainda hoje compartilhada como Ciência do Direito Penal porque assume, como paradigma científico, o espaço de solução de conflitos relativos aos direitos individuais.

Entretanto, toda ciência é ideológica; e, segundo Pierangeli e Zaffaroni (1997) por maior que seja a aparência de seriedade de um saber, será sempre uma ideologia. Com muito mais razão isto se torna evidente quando se trata do conhecimento que versa sobre a aplicação do Direito Penal, como é o caso da dogmática. Trata-se, portanto, de um paradigma desenvolvido e difundido pela comunidade acadêmica no âmbito da teoria da lei penal, da teoria do crime e da teoria da pena como forma de garantir a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões.

Portanto, constata-se que o único discurso capaz de ser assumido pela dogmática penal é aquele relacionado à promessa de impedir a violação dos direitos individuais na esfera do controle social formal, isto é, no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada. Mas, essa constatação implica indagar: “Em que medida o discurso de promessa declarada da dogmática penal no marco das decisões judiciais tem sido cumprido”? “A dogmática penal tem conseguido garantir os direitos individuais contra a violência punitiva estatal”? “Encontra congruência nas decisões judiciais o discurso garantidor em nome do qual a dogmática penal pretende legitimar o ideal de Ciência”?

A dogmática penal, apesar do seu discurso científico e garantista, não tem sido capaz de impedir a violação dos direitos individuais no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada porque há contradições materializadas particularmente nas decisões judiciais tendo em vista o *déficit* garantista provocado pelo não cumprimento da promessa declarada. Segundo Andrade (2012), a falta de adequação da operacionalidade do sistema penal à programação dogmática e o caráter irreversível desta lógica podem ser explicados como sendo a marca estrutural do exercício do seu poder.

Ou seja, o exercício do poder punitivo é marcado, para além de suas intervenções contingentes, por uma lógica estrutural de operacionalização que implica na violação dos direitos individuais no próprio espaço do controle social formal. Essa lógica traduz um *déficit* de garantismo porque ofende a programação normativa (princípios de direito penal previstos na constituição) e a programação teleológica focada na missão de proteção de bens jurídicos relevantes.

Com base no exposto, este artigo procura responder as questões formuladas mediante uma análise interpretativa da promessa declarada da dogmática penal sob o fio condutor do *déficit* garantista da decisão judicial prolatada pelo STF. Esta análise pode apontar contradições, a partir das quais se desnuda o cumprimento de funções latentes e simbólicas, distintas das oficialmente declaradas para o sistema penal. O cumprimento das funções latentes por meio de decisões judiciais radica-se na criminalização seletiva e estigmatizante de pessoas, e não na incriminação igualitária de condutas, objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime.

3. Déficit de Garantismo nas Decisões Judiciais.

Em face da promessa garantidora de limitação da violência punitiva estatal e da sua efetividade no âmbito do sistema penal, a análise do *Habeas Corpus* denegado pelo STF aparece como referencial básico para a captação das contradições que se materializam particularmente no seu conteúdo. Impõe-se, neste sentido, a necessidade de comparar a promessa dogmática de respeito aos direitos individuais mediante o ideário da limitação da intervenção punitiva estatal com a operacionalidade do sistema penal enquanto conjunto de ações e decisões judiciais.

Em outras palavras, a análise de conteúdo do referido julgado penal permite emitir juízos de incongruência entre aquilo que se decide nos Tribunais e a programação do Poder Judiciário pela dogmática garantista. Ou ainda, pretende-se verificar se o Poder Judiciário opera ou não no marco da programação dogmática e especialmente se a decisão judicial pautada dogmaticamente é de fato igualitária, segura e justa.

Aponta Andrade (2012) que ao mesmo tempo em que o discurso da segurança jurídica aparece fortemente enraizado e consolidado, considera-se, por outro lado, que a ausência de uma dogmática penal implicaria o império da insegurança jurídica. Todavia, supõe-se neste artigo que mesmo quando o discurso dogmático é desenvolvido, é possível encontrar decisões judiciais não fundamentadas no ideal de segurança jurídica e de justiça.

Portanto, o respeito aos direitos individuais que deve haver na relação entre a promessa declarada de limitação da intervenção punitiva estatal e a operacionalidade do sistema penal nem sempre está garantido como se observa do julgado abaixo, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal afastou a

aplicabilidade do *Princípio da Insignificância* em relação ao porte de droga para consumo pessoal, por militar, em local sujeito à administração castrense.

HC 103.684, Relator (a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 21-10-2010, DJe-070, Divulgação 12-4-2011, Publicação 13-4-2011, Ementário n.º 02502-01. EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição

pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica

e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143).

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

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

hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. 7. Ordem denegada.

Argumenta, inicialmente, o Tribunal que o problema é de qualidade da relação jurídica entre o militar que portava 0,1 gramas de substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que foi flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob a administração militar.

De acordo com a decisão do STF, a condição de militar do agente do crime e sua relação jurídica em ambiente castrense são incompatíveis com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. O STF decidiu, portanto, pré-excluir do juízo de tipicidade penal a consideração a respeito da conduta do militar para não adequá-la à garantia da insignificância. A pré-exclusão se sustentou na alegação de que o “uso de drogas” e o “dever militar” não se mistura.

Deste modo, o STF deixou de fazer juízo de valor sobre a conduta relevante, não aplicando a insignificância, princípio relativo ao conteúdo da incriminação. Trata-se de instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem violar a segurança jurídica, a garantia de limitação da intervenção punitiva. Ou seja, a decisão examinada não alcançou a proposição político-criminal da necessidade da descriminalização da conduta do militar que, embora formalmente típica, não ofendeu de forma relevante o direito protegido pela norma penal.

Além de afirmar que “uso de drogas” e “dever militar” não se misturam, argumentou ainda que a hierarquia implica

superposição de autoridades e que a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Todavia o STF ignorou que, por força do princípio da ofensividade, o crime deve consubstanciar-se na lesão ou perigo concreto de lesão ao direito alheio, não podendo consistir na mera desobediência ao “dever militar”.

Arguiu o Tribunal que o vício do militar implica pecha de reprovabilidade cívico-funcional. O vício em drogas ilícitas possui efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática por meio da ordem hierárquico-disciplinar interna. Além disso, argumentou o STF que a conduta do militar feriu os princípios da hierarquia e da disciplina militar os quais não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas, mas como elementos conceituais e suas vigas basilares.

Percebe-se, pois, com a decisão prolatada, a violação do princípio relativo ao conteúdo da incriminação. Neste caso concreto, mais uma vez a decisão conflita com a garantia da ofensividade a qual funciona como limite da intervenção punitiva estatal mediante interpretação dos tipos legais. Caberia ao Tribunal observar a concreta ofensividade do bem jurídico relevante para excluir do enquadramento típico a conduta do militar que não lesionou e que não colocou em perigo de lesão a “saúde pública”. Nota-se que o tribunal afirmou que o vício possui efeito danoso no moral da corporação e no conceito social das Forças Armadas. Todavia, não é esse o direito protegido pela norma. A norma proíbe o porte ilegal de drogas

que ofendem a saúde pública e não o moral da corporação e nem o conceito social das Forças Armadas.

Diante das questões expostas acima, inexistente *a priori* a melhor solução. Todavia, a solução deve decorrer de uma postura simplesmente prática. O STF deveria ter tomado a norma penal, que proíbe o porte ilegal de substância entorpecente para consumo próprio, como instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual. Isto significa que a decisão do STF não deveria estar condicionada por um sentido de utilidade, visando à manutenção do moral da corporação e da reputação das Forças Armadas no meio social ou qualquer outro fim que o próprio Estado assenta. Implica dizer que a decisão deveria visar às garantias oferecidas pela norma de modo a assegurar ao militar os mesmos direitos.

As normas penais, tanto do artigo 28 da Lei 11.343/2006 quanto do artigo 290 do CPM, são proibitivas e sua validade, segundo Tavares (2000), não depende do fim a que se destinam. A validade está condicionada à necessidade da sua promulgação e das garantias que as normas penais oferecem. Se, por exemplo, no CPM há a necessidade da proibição do porte de drogas para consumo próprio, esta norma é em princípio válida. Entretanto, se ela, apesar dessa necessidade, não indicar com nitidez os casos em que o porte de drogas para consumo poderá trazer prejuízos à disciplina e à hierarquia nas Forças Armadas, a norma prevista no artigo 290 deixa de ser válida, porque incompatível com os direitos individuais. E mesmo que a norma tivesse a nitidez desejada, a proteção da disciplina e da hierarquia deveriam ser *a priori* direitos indispensáveis à coexistência humana.

Enfatizou, ainda, o STF que o maior rigor penal da lei castrense se harmonizava com a maneira pela qual a Constituição dispusera sobre as Forças Armadas. Ou seja,

ênfatiçou a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao país. Na verdade, o STF quis que o CPM tutelasse o direito à “operacionalidade” das Forças Armadas por meio da disciplina e da hierarquia. Entretanto, é uma proposta abstrata de tutela penal, porquanto o suposto direito não é indispensável à coexistência humana.

Acrescente-se que, em um Estado de Direito que seja também democrático, a exclusão da legitimidade do Direito Penal decorre da tutela de valores puramente morais ou ideológicos, se estes não forem considerados condições básicas para a coexistência humana. Deste modo, a disciplina e a hierarquia não fundamentam a proibição normativa do artigo 290 do CPM, isto é, não são bens jurídicos protegidos. Portanto, o porte ilegal de drogas para consumo pelo militar prescinde da intervenção judicial, tendo em vista que não ficou comprovada que sua conduta, concretamente analisada, tenha interferido na capacidade da convivência social.

A decisão confronta com a garantia da exclusiva proteção de bens jurídicos. E, ainda que a objetividade jurídica fosse a “disciplina” e a “hierarquia militar”, a conduta de portar 0,1 gramas de substância entorpecente não representou concreta ofensa àqueles valores. O que o princípio da insignificância convalida é o juízo de controle que o juiz deve exercer perante as circunstâncias do caso concreto, para averiguar se, de fato, o crime se tipificou pela realização da ofensa prevista no tipo legal.

Aplicado ao caso em análise, o reconhecimento do princípio da insignificância na matéria de Direito Penal Militar, de modo algum colocaria em risco valores e princípios da hierarquia e da disciplina, inclusive de índole constitucional,

como o respeito à organização, à eficiência e à sobrevivência das Forças Armadas.

O STF invocou também o critério da especialidade para afastar a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/2006, dispositivo legal mais benéfico que o CPM. Com isso, o militar que portava entorpecente foi condenado, pois lhe foi aplicado o artigo 290 CPM, a despeito dos seus termos mais severos em relação à sanção penal cominada. A aplicação da sanção penal prevista na lei militar, na explicação do STF, está respaldada pela especialidade normativo-penal prevista no CPM para os militares. Ao agente que realiza a conduta criminosa prevista no artigo 28, a Lei 11.343/2006 comina penas restritivas de direitos, incompatíveis com o regime especial castrense. Todavia, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é lei menos severa tendo em vista a cominação de penas alternativas à prisão.

Depreende-se que a decisão do STF conflita com a garantia da proporcionalidade uma vez que só se pode intervir duramente na liberdade do militar quando não houver outros meios. No caso concreto, o artigo 290 do CPM não é o único meio do qual se dispõe para a proteção da saúde pública quando o assunto é o porte de drogas ilícitas para consumo próprio. O artigo 28 da Lei 11.343/2006 seria meio suficiente para a reprovação do crime e para a proteção da saúde pública. Para Prado (2007), o uso excessivo da sanção criminal não garante maior proteção de bens jurídicos; ao contrário, condena o Sistema Penal a uma função meramente simbólica.

A subsidiariedade deveria ter sido considerada porque é princípio de política criminal derivado da proporcionalidade, o qual parte da premissa de que teria sido possível proteger a “saúde pública” por intermédio do artigo 28 da Lei 11.343/2006, meio menos gravoso que o CPM. Portanto, a especialidade invocada pelo STF não se aplica neste caso concreto, porquanto

o artigo 290 deixou de ser necessário e especial para proteger a saúde pública quando se observa que isso teria sido possível por meio da Lei 11.343/2006, menos lesiva aos direitos individuais. Enfim, os direitos individuais do militar foram violados em dois momentos: quando o STF negou a exclusão de sua responsabilidade e também quando decidiram sobre a aplicação de sua pena com base no CPM.

4. Conclusões

Em breve conclusão pode-se afirmar que a aplicação de princípios na solução de crimes cometidos em diferentes situações sociais, por mais que pertençam ao mesmo gênero jurídico, tende a produzir resultados imprevisíveis com decisões igualitárias, mais justas e mais seguras. Segundo Ferrajoli (2006), os diversos princípios garantistas estão orientados a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do Juízo, e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

No plano axiológico, o modelo penal garantista ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado, não é incompatível com os momentos valorativos quando dirigidos para excluir a responsabilidade do militar ou para atenuar a sua pena. O juiz deve discernir as conotações que convertem cada caso diverso dos demais com base na equidade. Deve incluir uma atividade valorativa segundo as específicas e particularidades das circunstâncias, nas quais os fatos comprovados tenham se verificado.

Entretanto, esse modelo ideal foi desqualificado pela cultura jurídica do STF, com resultados antigarantistas. O STF desde 2010 uniformizou sua Jurisprudência no que tange à inaplicabilidade do princípio da insignificância para todos os casos que envolvem o porte de droga para consumo pessoal, por

militar, em local sujeito à administração castrense. A norma penal contida no artigo 290 do CPM foi tomada como dogma definitivo. Conseqüentemente, o trabalho de interpretação da Corte Suprema consistiu unicamente em subsumir os fatos àquelas fórmulas gerais, colocando em movimento inexorável a mecânica da lógica dedutivista. Mas, a ideologia mecanicista da aplicação da lei é incompatível com a epistemologia garantista.

Ademais, O Tribunal tomou a ideia de “disciplina” e de “hierarquia” como dogma, não só no sentido de algo que deve ser obedecido sem discussão, senão também no sentido de algo que é verdade definitiva e intangível para sempre. A decisão do STF considerou que havia uma verdade pura no Direito Penal Militar. Ou seja, uma verdade contida no Código Penal Militar e que o contexto histórico-social não poderia emergir como argumento contra a lógica dedutivista.

Essa decisão do STF segue uma lógica que parte do conteúdo abstrato da dogmática penal, sem se preocupar com as conseqüências extraídas dessa interpretação para a vida do militar. Trata-se de decisão contraditória porque a interpretação baseou-se na ideia pura do Direito Penal Militar. Deste modo, a referida decisão judicial conflitou com direitos individuais e, por isso, cumpriu a função latente, simbólica e seletiva da dogmática. Por isso, foi incapaz de cumprir o ideário (promessa declarada) da limitação da intervenção punitiva estatal, prometido pelo garantismo dogmático.

Pois bem, as funções latentes e simbólicas foram desenvolvidas com êxito na decisão do STF à custa do fracasso das promessas oficialmente declaradas e constitutivas do seu paradigma. Trata-se de decisão judicial seletiva explicada por valores ideológicos dos quais muitos juízes são portadores. Houve também a consideração do *status* social do agente do crime, militar em jurisdição castrense, em prejuízo do

instrumental dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal fundada na sua conduta. Ao contrário, o Direito Penal do fato foi esvaziado e o que apareceu na motivação formal e na justificação da legalidade da decisão do STF foram preconceitos operados com o Direito Penal do autor.

Ademais, a decisão analisada foi *a priori* programada dogmaticamente; mas, não se submeteu à obrigação da motivação fática e jurídica da sentença. O julgador poderia ter feito a devida avaliação da conduta do militar para poder distinguir e identificar situações relevantes em que a eventual prática ou contumácia pudesse sugerir ou não o crime. Mas, não o fez.

É sabido que a dogmática penal se inseriu oficialmente no Direito Penal moderno como um saber instrumental para a realização da promessa da limitação da intervenção estatal punitiva, por meio do respeito aos direitos individuais. Portanto, o único discurso capaz de ser assumido pela dogmática penal é aquele relacionado à ideia de impedir a violação dos direitos individuais na esfera do controle social formal, isto é, no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada.

Contudo, do exame do conteúdo da decisão do STF, observa-se que a dogmática penal se inseriu igualmente nas suas contradições identificadas e materializadas nas violações dos direitos individuais presentes na decisão do STF. Assim sendo, a dogmática, apesar de garantista, é uma instância interna das decisões judiciais e íntegra, por isso, o seu real funcionamento e desenvolvimento contraditório.

Conclui-se, pois, que a dogmática penal é instrumento inadequado para a efetividade dos direitos individuais, porquanto não é seguro. Na verdade, apesar de ter sido utilizada para fundamentar juridicamente e justificar a decisão do STF, a

dogmática penal garantista foi incapaz de impedir a violação dos direitos individuais no espaço de intervenção da violência punitiva institucionalizada. Com isso, restou ainda comprovada a hipótese de que concorreu para instrumentalizar e racionalizar uma decisão seletiva, insegura e injusta.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. **Pelas mãos da criminologia – o controle penal para além da (dês) ilusão**. Rio de Janeiro: ICC; Revan, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal – análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**. V. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de interpretación del derecho**. México: Porrúa. 1956.

SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal no Mercosul: uma metodologia de harmonização**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte:
Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique.
Manual de direito penal brasileiro – parte geral. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 1997.