



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

VLADIMIR GOMES CHAGAS

**A ESPECIFICIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR FRENTE À
DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE
DROGAS PARA USO PRÓPRIO**

Brasília

2017

VLADIMIR GOMES CHAGAS

**A ESPECIFICIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR FRENTE À
DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE
DROGAS PARA USO PRÓPRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Alessandra Miranda

Brasília

2017

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo compreender a especificidade do Direito Penal Militar diante da questão da despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Será realizada uma abordagem sobre a atual política de combate às drogas no Brasil, com advindo da lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006, mais conhecida como lei de drogas e em paralelo também será feita uma abordagem do Código Penal Militar, em especial sobre o artigo 290, que trata dos crimes relacionados às drogas em área sujeita à administração militar ou quando praticados por militar no exercício da função. Far-se-á uma investigação do contexto histórico de construção das Forças Armadas e da formação da Justiça Militar, bem como das principais legislações castrenses, apontando-se os reflexos dos costumes militares na área jurídica. Por fim, realizar-se-á uma interpretação das normas jurídicas, levando-se em consideração as principais doutrinas, legislações, princípios, jurisprudências e costumes na busca de justificativas que permitam a aplicação da Lei Penal Militar mesmo com a despenalização e descriminalização do uso de drogas.

Palavras-chave: Drogas. Despenalização e descriminalização. Direito Penal Militar.

ABSTRACT

This work aims to understand the specificity of the Military Criminal Law on the issue of non penalty and of the decriminalization of drug possession for own use. Will be realized on the current policy approach to combating drugs in Brazil, with the enactment of the law 11,343, of August 23, 2006, known as drugs law, in parallel will also be made an approach of the Military Criminal Law Code, in particular article 290, which deals with drug-related crimes in the military area or when practiced by military in the exercise of the function. Will make an investigation of the historical context of the construction of the Armed Forces and the creation of the Military Justice, as well as of the main military legislation, pointing the reflexes of the military legal customs. Finally, there will be an interpretation of legal provisions, taking into consideration the main doctrines, laws, principles, case law and customs in search of justifications for the application of Military Criminal Law even with non penalty and decriminalization of drug use.

Keywords: Drugs. Non penalty and Decriminalization. Military Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A ESPECIFICIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR: CONTEXTO HISTÓRICO DAS FORÇAS ARMADAS E DA JUSTIÇA MILITAR.....	9
1.1 A construção das Forças Armadas brasileiras.....	10
1.2 Primeira Republica e o alicerce da estrutura jurídica militar	21
1.3 Era Vargas e a estrutura jurídica militar	23
1.4 Segunda Guerra Mundial: um marco na aplicação em casos concretos do Direito Penal Militar	25
1.5 Governo Militar de 1964 e o contexto da elaboração do atual Código Penal Militar	28
1.6 Da história, cultura e Direito próprios para as decisões nos Tribunais Militares	31
2 ABORDAGEM DO DIREITO PENAL APLICADO AOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS	35
2.1 Definições teóricas.....	35
2.2 Do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas	39
2.3 Lei de drogas interpretada segundo os princípios	41
3 ABORDAGEM DO DIREITO PENAL MILITAR APLICADO AOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS	45
3.1 Definições teóricas do Direito Penal Militar.....	45
3.2 Direito Penal Militar aplicado aos crimes relacionados às drogas.....	49
3.3 O artigo 290 do CPM interpretado segundo os princípios.....	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo compreender a especificidade do Direito Penal Militar diante da questão da despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Será feita uma breve contextualização sobre a questão do uso de drogas no Brasil e ainda uma análise histórica e jurídica para compreensão da legislação especial a qual os militares estão submetidos. Identifica-se também neste trabalho como referencial teórico as principais, doutrinas, legislações e jurisprudências do Direito Penal no âmbito comum e militar, relacionadas ao crime em questão.

Usando do método dedutivo, será feita uma abordagem das normas jurídicas utilizando como premissa mais abrangente o estudo do Direito Penal, abordando como premissas mais específicas, o estudo das legislações aplicadas à questão das drogas e ainda o estudo do Direito Penal Militar, identificando ainda os principais princípios e bens tutelados em cada caso.

Este trabalho não visa um debate sobre a legalização do uso de drogas, mas compreender as diferenças da aplicação penal quanto a este crime na esfera civil e militar, abrindo uma discussão sobre as causas que fundamentam uma legislação especial para os militares. O Código Penal Militar (CPM) ¹ adveio antes da Constituição Federal de 88², tornando-se desatualizado com relação aos fatos sociais e jurídicos atuais. Os crimes relacionados às drogas tem sido um problema social tratado de diversas formas em nossa sociedade. A própria legislação tem se atualizado, adequando à matéria como questão de segurança e saúde pública, no intuito de amenizar a problemática, trazendo a Lei nº 11.343/06 ³, legislação específica e mais recente, versando sobre as condutas ilícitas envolvendo as drogas, separando a conduta do simples usuário daquele que trafica, tomando como justificativa os danos sociais que cada um pode causar, contrapondo-se em alguns aspectos com o art. 290 do CMP:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar,

¹ BRASIL. **Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11001/Compilado.htm>. acesso em 23 abr. 2016.

² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 abr. 16.

³ BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Insitui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 29 set. 2016.

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 anos⁴.

Repara-se que o artigo acima não distingue o usuário do traficante de drogas, apenas elenca várias condutas que estão relacionadas com as substâncias entorpecentes, culminando numa única pena restritiva de liberdade para cada uma delas. Podemos notar que a lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, já separava a conduta do usuário e do traficante e ainda aplicava a pena de detenção, de forma um pouco mais branda que o art. 290 do CPM, conforme o dispositivo legal:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.⁵

Já a legislação atual minimizou as sanções penais aplicáveis para os crimes de porte de drogas para uso próprio, com a nova lei de drogas, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Podemos verificar que a pena de detenção não mais é aplicada para a conduta descrita anteriormente, aplicando-se somente penas restritivas de direito e medidas educativas. Nem mesmo há previsão de multa, esta somente será aplicada para garantia das medidas educativas, conforme § 6º do art. 28 desta mesma lei.

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.⁶

Essa minimização quanto ao uso de drogas foi reafirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em 2007, quando a sua 1ª Turma entendeu pela despenalização da conduta de porte de drogas para uso próprio, quanto à aplicação das penas privativas de liberdade, aplicando ainda o rito processual semelhante aos crimes de menor potencial

⁴ BRASIL. Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11001Compilado.htm>. acesso em 23 abr. 2016.

⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes o que determinem dependências física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm acesso em 29 set. 2016.

⁶ BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Insitui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 29 set. 2016.

ofensivo, como ocorre nos juizados especiais criminais⁷, mas deixou claro que ainda não ocorreu a sua descriminalização.

No entanto, em 2015, no julgamento de Recurso Extraordinário (RE) 635659⁸ no STF, foi discutida a descriminalização do uso de drogas, quando os ministros Gilmar Mendes, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso votaram a favor da descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal⁹. De acordo com o relator Gilmar Mendes, criminalizar a posse de drogas para uso pessoal fere à privacidade e à intimidade do usuário, cabendo a ele mesmo a decisão de colocar em risco a própria saúde. Atualmente o recurso ainda aguarda pela votação dos demais ministros¹⁰.

Deste modo, analisando nosso cenário jurídico, pode ser verificada uma tendência mais permissiva com relação ao uso de drogas, existindo a possibilidade da descriminalização do uso recreativo de algumas drogas, como a maconha, tal como já ocorreu em vários países como na Holanda, Portugal, Espanha, inclusive alguns países da América do Sul como Uruguai, Chile e Argentina¹¹.

No entanto, as instituições militares, talvez não sigam esta tendência mais permissiva com relação ao porte de drogas para uso próprio, pois a aplicação de legislação específica não permite a minimização das sanções penais nesse crime. A pena prevista no Código Penal Militar, não foi revogada pela nova lei de drogas, mesmo que sua previsão seja menos benéfica ao réu. Quando o assunto é o uso de drogas nos quartéis, o entendimento jurisprudencial já é pacificado nos tribunais militares¹², permanecendo assim a aplicação das penas privativas de liberdade, conforme previsão no Código Penal Militar combinado com a súmula nº 14 do STM que em seu texto discorre: "Tendo em vista a especialidade da

⁷ BRASIL. **Lei Ordinária nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> acesso em 29 out. 2016.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 635659. 1ª Turma. Posse de Drogas para Consumo Pessoal. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU, Brasília, 22 fev 2011.

⁹ RAMALHO, Renan. Política. G1, 10 setembro 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/doi-ministros-do-stf-votam-para-descriminalizar-porte-de-maconha.html>>. Acesso em: 29 setembro 2016.

¹⁰ FALCÃO, Marcio. Cotidiano. UOL, 02 de agosto 2016. Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1798045-ministro-do-stf-quer-julgar-liberacao-do-porte-de-droga-neste-semester.shtml>> . Acesso em: 29 setembro 2016.

¹¹ SANCHEZ, Leonardo. Cotidiano. UOL, 09 setembro 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 29 set 2016.

¹² BRASIL. Superior Tribunal Militar. Acórdão. Apelação 968120147050005 PR. Direito Penal Militar. Posse de entorpecentes em área sujeita à administração militar. Relator. Artur Vidgal de Oliveira, DJE, Brasília, 24 fev 2016.

legislação militar, a Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União".

Mesmo para uma possível legalização do uso de drogas, o consumo nos quartéis pode não ser admitido conforme o exemplo do art. 202 do CPM que não permite o consumo de bebidas alcoólicas quando em serviço: "Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo: Pena - detenção, de seis meses a dois anos", ou ainda o inciso 109 do anexo "A" do Regulamento Disciplinar do Exército: "Fazer uso, ter em seu poder ou introduzir, em área militar ou sob jurisdição militar, bebida alcoólica ou com efeitos entorpecentes, salvo quando devidamente autorizado"¹³.

Ainda assim, o número de casos envolvendo tráfico e uso de drogas nos quartéis aumentaram, nos últimos 12 anos, em até 337,5 %, conforme matéria publicada em novembro de 2015 no G1¹⁴, sendo que na maioria dos casos, os réus poderão ser condenados com penas privativas de liberdade e ainda ser excluídos das forças armadas. Contrapondo-se a vida castrense, estes delitos praticados por cidadãos comuns e ainda definidos como crime comum, seriam tratados de forma diferente. Aqueles condenados por tráfico de drogas pegariam penas maiores que os militares enquanto os usuários de drogas não poderiam ser condenados com penas restritivas de liberdade.

Para entender a diferença entre a legislação comum e a militar, quanto à aplicabilidade da sanção penal, ao lidar com esta mesma conduta criminosa, é importante a análise do processo de formação e transformação da sociedade brasileira paralelamente a formação e transformação da instituição militar, o que será verificado no primeiro capítulo. No segundo capítulo será realizada uma abordagem teórica com enfoque no direito penal aplicado aos crimes relacionados às drogas, será feita também uma breve análise da nova lei de drogas bem como serão abordadas as questões principiológicas sobre o assunto. Finalmente no terceiro capítulo o enfoque será o Direito Penal Militar, sendo também realizada uma abordagem teórica e posteriormente será analisada a questão das drogas no meio militar, bem como a aplicação dos princípios relacionados ao tema.

¹³ BRASIL. **Decreto do Executivo nº 4.346/2002, de 26 de agosto de 2002.** Aprova o regulamento disciplinar do exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm> acesso em 03 out. 2016.

¹⁴STOCHERO, Tahiane. Política. G1, 03 novembro 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/trafico-e-uso-de-drogas-em-quarteis-atingem-augue-nos-ultimos-12-anos.html>>. Acesso em: 24 abril 2016.

1 A ESPECIFICIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR: CONTEXTO HISTÓRICO DAS FORÇAS ARMADAS E DA JUSTIÇA MILITAR

A Formação das Forças Armadas brasileiras foi uma construção histórica em paralelo com a formação de um Estado Nacional soberano, cujos objetivos e definições foram ganhando espaço, função e certa autonomia na sociedade brasileira até serem institucionalizadas pela lei. A própria Constituição Federal de 88 situou o plano de atuação das Forças Armadas, destinando à elas previsão legal dos seus objetivos e funcionalidades, conforme art. 142:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem¹⁵.

Em nossa história ocorreram várias articulações políticas e inclusive militares para manter as unidades territoriais as quais possuímos atualmente, bem como manter ou mudar os sistemas políticos vigentes em cada época. Cabe ressaltar que, em grande parte dessas articulações, as forças armadas regulares tiveram uma constante participação e desempenharam um importante papel, seja apoiando os governos das capitânias ou a coroa portuguesa no contexto colonial, o imperador na época do Brasil Império, os chefes do executivo durante e após a proclamação da República, ou ainda no apoio de determinados grupos políticos ou sociais bem como para defender os interesses dos próprios militares. Já as manifestações populares eram na maioria das vezes desarticuladas, diminuindo as participações das massas da sociedade em grande parte do processo de formação nacional.

Podemos perceber no cenário atual os conflitos políticos e as divergências ideológicas que a nação enfrenta¹⁶, não sendo difícil perceber também as dificuldades que a sociedade brasileira possui no processo de formação de uma identidade nacional. Temos um vasto território habitado por diferentes etnias, cuja própria linguagem apresenta variações,

¹⁵BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 out. 16.

¹⁶DUARTE, Fernando. Notícias. BBC, 22 março 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160321_brasil_republica_manca_entrevista_fd>. Acesso em: 23 outubro 2016.

onde a desigualdade social é presente e mais intensa em determinadas regiões¹⁷. Estes pluralismos sociais, culturais e econômicos acabam refletindo no mundo político e jurídico, tornando difícil um entendimento uniforme sobre um único assunto, assim como questões relacionadas à despenalização e descriminalização do uso de drogas.

Apesar de ser composta pelas mais diversas camadas sociais, as Forças Armadas, no entanto, possuem bases doutrinárias mais uniformes e tradicionais, fundamentadas na hierarquia e disciplina. As escolas de formação de seus principais quadros de pessoal, são em regra centralizadas, como exemplo do Exército Brasileiro que possui a Escola Preparatória de Cadetes Do Exército (EsPCEEx) sediada em Campinas-SP, onde ingressam os seus futuros oficiais combatentes que seguirão de acordo com a especificação de cada arma para a Academia Militar Das Agulhas Negras – AMAN, sediada em Resende-RJ. Estes futuros oficiais serão responsáveis, posteriormente, pela difusão das doutrinas, dos conhecimentos e tradições militares aprendidos, passando a instruir e doutrinar os novos militares que ingressarem no exército, seja nas escolas de formações ou nas unidades militares de recrutamento que irão servir, reforçando a base doutrinária e intelectual em todo o território nacional.

Estes mesmos oficiais serão ainda responsáveis pelas tomadas de decisões dentro das instituições militares, conforme a promoção para patentes mais elevadas, contudo os cargos de alto comando só poderão ser conquistados após um novo processo de aperfeiçoamento na formação, novamente centralizado em uma nova escola, tais como a Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO) e Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Por conseguinte, os Oficiais das Forças Armadas poderão compor Conselhos de Justiça, decidindo também sobre os crimes cometidos no meio militar, dentre eles à questão do uso de drogas, desde a primeira instância até o Superior Tribunal Militar (STM), como veremos ao longo de todo o capítulo.

1.1 A construção das Forças Armadas brasileiras

Podemos observar que em regra qualquer organização militar ou força armada surge com objetivos muitas das vezes bem definidos, com o intuito de assegurar ou garantir outros objetivos, sendo muitas das vezes uma base para instalação e manutenção de

¹⁷ SÍNTESE DE INDICADORES SOCIAIS: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>> . Acesso em: 30 out. 2016.

outras organizações. Exemplo em nossa história que, na chegada dos portugueses, até então à terra de Santa Cruz, tiveram que enfrentar em determinados momentos os indígenas que aqui habitavam e possíveis invasores como os franceses, para garantir a sua permanência no novo território e a exploração exclusiva¹⁸. Provavelmente as bases históricas das nossas instituições militares, como genuinamente brasileiras, têm relação com a mesclagem dos povos que aqui se instalaram, principalmente com a aliança entre os índios e portugueses, que se uniram para enfrentar seus inimigos em comum, seja contra as tribos rivais resistentes a colonização e contra os próprios invasores europeus.

Evidentemente as alianças visavam atender em grande parte aos interesses portugueses, quando estes não dispunham de uma força armada eficiente, para garantia da permanência e domínio do território, ou quando não possuíam mão de obra para exploração de recursos. Apesar de algumas alianças terem sido realizadas, a colonização e o contato com os portugueses não foram aspectos positivos para os indígenas. Sendo os verdadeiros habitantes desta terra, os indígenas foram submetidos às vontades dos portugueses, muitos foram dizimados pelas epidemias e novas doenças trazidas da Europa e outra grande parte eram submetidas há um processo de aculturação. Poderia se estimar que os indígenas na época da chegada dos portugueses eram milhões e hoje representam cerca de 250 mil tendo ainda uma discreta presença miscigenada à sociedade brasileira¹⁹.

A verdadeira base de formação das forças armadas é predominantemente portuguesa. Mesmo antes de se falar em uma nação ou até mesmo quando Portugal não tinha objetivos certos quanto aos destinos da colônia recém “descoberta”, Dom João III, na época rei de Portugal, em 1548, vendo os centros administrativos incorporados no território, denominados de capitânicas hereditárias não prosperarem, decide criar um governo-geral, incluindo fortalezas e milícias de defesa para garantir aquele território, sendo, portanto as primeiras forças armadas regulares destinadas a proteção deste território, culminando com a expulsão dos franceses da baía da Guanabara e de São Luís²⁰, respectivamente em 1566 e 1615 entre outras grandes invasões, garantindo ainda a ocupação quase exclusiva dos portugueses no território²¹.

¹⁸ WEHLING, A.; WEHLING, M. J. C. D. M. **Formação do Brasil colonial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p. 66.

¹⁹ FAUSTO, B. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000. p. 38-41.

²⁰ FAUSTO, op. cit. p. 90-91.

²¹ WEHLING, WEHLING, op. cit. p.69-73.

Outro momento histórico marcante para a formação das Forças Armadas brasileiras ocorreu durante as invasões holandesas, entre 1630 e 1654. As invasões holandesas contribuíram para modernização da região nordeste, na época, com as políticas mais urbanas bem diferentes da forma de organização rural trazidas por Portugal. No auge das invasões, sob a administração de Maurício de Nassau, podemos destacar as políticas de higiene e sanitário público, combate a oligarquia local dos senhores de engenho, incentivando o crescimento da classe burguesa e ainda a diminuição da monocultura para combater a fome. O governo holandês ainda dava incentivos fiscais e empréstimos para a reconstrução dos engenhos arrasados pela guerra, ocasionada pelas invasões, de modo a trazer os colonos para defender seus interesses. Tais políticas contribuíram para a formação de grandes centros urbanos diferenciando da forma como Portugal inicialmente colonizou o Brasil, com formação de grandes latifúndios para produção de cana de açúcar²².

Contudo, os grandes produtores de açúcar que ali habitavam, grande parte composta por colonos portugueses, não apoiavam as posições política holandesas, tendo os seus interesses contrariados, como produtores latifundiários, situação que se agravou com a cobrança dos empréstimos financiados pelos holandeses. Dessa forma a elite agrária de origem portuguesa iniciou e sustentou várias rebeliões contra os holandeses²³. No trabalho de reconquista por Portugal, houveram importantes batalhas, dentre elas uma com maior importância é a batalha de Guararapes que ocorreu em 19 de abril de 1648 num primeiro momento e em seguida em 19 de fevereiro de 1649²⁴.

O dia do Exército, 19 de abril, foi uma data escolhida pelos militares usando como base a batalha de Guararapes, que segundo doutrina concebida na década de 60 e 70²⁵, foi o primeiro momento histórico o qual colonos, brancos, índios, negros se reuniram para defender os seus interesses na região nordeste, especificamente na região do atual estado de Pernambuco.

[...] o discurso do surgimento da pátria brasileira, o orgulho oriundo das batalhas dos Guararapes não se dá apenas pelos seus feitos, mas principalmente pelos “objetos” criados em seu entorno. Afirma-se que pela primeira vez na história do nosso país as três “raças” formadoras do nosso povo uniram-se voluntariamente com um objetivo em comum, a expulsão do invasor holandês. Isto quer dizer que, “civilizadamente”,

²² WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 126-135.

²³ WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 121.

²⁴ WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 132-133.

²⁵ GONDIN, Amanda. As batalhas dos Guararapes: o discurso da civilização brasileira na educação. **XII Simpósio internacional processo civilizador**. Recife, Nov. 2009. Disponível em: < http://www.uel.br/grupo-estudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais12/artigos/pdfs/workshop/W_Gondim.pdf>. Acesso em: 04 de nov. 2016.

povos de origens diversas e por vezes conflitantes organizaram-se com o ideal de defender a “pátria” brasileira. A partir do controle de suas próprias emoções e sentimentos, brancos, negros e índios viram a necessidade e importância de sua união. [...]É importante ressaltar que esta união foi meramente momentânea. Após a insurreição, as perseguições aos negros e índios permaneceram; temos como principal exemplo a destruição do quilombo dos Palmares, cuja localidade abrigava vários negros e índios²⁶.

Este fato histórico, contudo, foi um recorte utópico, que serviu para conceber os interesses da elite agrária portuguesa, recrutando o máximo de homens para fazer frente às forças armadas que defendiam os interesses holandeses²⁷. Durante os confrontos pelo domínio holandês contra o português, muitas fazendas, engenhos, cidades foram destruídas, culminando na fuga dos negros e índios escravos que formaram diversos quilombos, dentre o que mais se destacava era o Quilombo dos Palmares. Após a reconquista portuguesa, a vida nos engenhos voltou ao normal, os negros e índios foram novamente escravizados e tempos depois o Quilombo dos Palmares foi destruído²⁸. Interessante lembrar que o Brasil foi um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão²⁹.

Outros movimentos históricos relevantes para o entendimento do processo de formação brasileiro são as guerras dos Mascates e dos Emboabas, os quais mostram que os movimentos nessa época eram restritos e regionais, motivados por interesses pontuais, tais como controle de poder político de Pernambuco entre as cidades de Olinda e Recife na guerra dos Mascates e pelos lucros na exploração do ouro no caso da guerra dos Emboabas. Apesar destes conflitos despertarem um sentimento antilusitano, não demonstravam um caráter mais complexo de cunho nacionalista, o que somente ocorreu com a inconfidência mineira. Já este último movimento, os ideais de independência dos Estados Unidos e a intensificação do sentimento antilusitano devido a grande imposição de tributos de uma já colapsada exploração aurífera, contribuíram para o primeiro grande momento em que a colônia brasileira apresentou um movimento fundamentado em ideais de liberdade, já com o intuito de constituir uma república desvinculada de Portugal, ilustrado no trecho a seguir:

Mas a cronologia e a ideologia da conjuntura mineira, além disto, tinha projetado o movimento em um contexto muito mais amplo. O êxito da revolução americana e o

²⁶ GONDIN, Amanda, op. cit.

²⁷ FAUSTO, op. cit. p. 89. WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 134.

²⁸ MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 74, p. 107-123, Mar. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

²⁹ LONSO, Angela. O abolicionismo como movimento social. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 100, p. 115-127, Nov. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000300115&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

impacto das idéias de Raynal e de outros sobre o Brasil significavam que os magnatas mineiros haviam articulado sua oposição ao domínio português em termos desafiadores do sistema colonial, no sentido mais fundamental. Já tinham ocorrido, anteriormente, levantes muito mais custosos em vidas e em propriedades, mas nenhum revestido de motivação fundamentalmente anticolonial e tão conscientemente nacionalista. A revolta planejada não se materializara, mas isto não escondia o fato de que um importante segmento do grupo social em que o governo metropolitano devia confiar para exercer seu poder em nível local, em uma das mais importantes, populosas, ricas, e estrategicamente bem-situadas capitanias brasileiras, tinha tido o atrevimento de pensar que podia viver sem Portugal: amparados no exemplo dos norte-americanos e nas teorias políticas correntes, os colonos haviam questionado o que devia ser inquestionável. Por mais materiais que tivessem sido os seus motivos, os homens de Minas Gerais de 1789 tinham pensado em fazer uma república livre e independente e, devido a isto, os relacionamentos e crenças do passado tornavam-se totalmente transformados³⁰.

Ainda sobre a Inconfidência Mineira, o movimento se deu principalmente pela elite brasileira, composta por grandes fazendeiros, intelectuais, donos de minas e também militares de alta patente. Estes últimos, devido ao aumento na porcentagem de oficiais “brasileiros”, no corpo do Regimento Regular de Cavalaria, unidade do Exército Português no Brasil mais conhecida como Dragões Reais de Minas³¹. Não havia uma posição definida sobre a questão abolicionista da escravidão por parte dos líderes do movimento e o apoio popular era esperado no momento da derrama, a qual cada região exploradora de ouro pagava 100 arrobas do minério para o governo português e aqueles que não pagassem teriam seus bens confiscados pelo exército da coroa.

Como a exploração estava em declínio, muitos não conseguiriam pagar, logo a derrama seria o estopim pra o início da revolta, o que não ocorreu, pois Joaquim Silvério dos Reis, um dos inconfidentes, informou a coroa portuguesa sobre a conspiração, com o intuito de ter todas as suas dívidas perdoadas, frustrando desta forma a revolução. Uma figura que ficou conhecida na inconfidência mineira foi José Joaquim da Silva Xavier, militar no posto inicial de oficial denominado de alferes, também trabalhava como dentista, sendo popularmente conhecido como Tiradentes. Dentre os principais participantes, era o que possuía menos privilégios, sendo o único condenado à força³².

A Conjuração dos Alfaiates foi um dos primeiros movimentos com cunho mais social, envolvia em grande parte mulatos e negros que em sua maioria eram alfaiates escravos, soldados ou artesãos. Revoltados com a falta de alimentos e as péssimas condições

³⁰ MAXWELL, Kenneth. Conjuração mineira: novos aspectos. **Estud. av.**, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 04-24, Aug. 1989. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200002&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

³¹FAUSTO, op. cit. p. 115.

³² FAUSTO, op. cit. p. 115-117.

de vida nas cidades, tinham como interesses a proclamação da República, abolição da escravidão, aumento de salários dos militares, livre comércio. Sem o apoio das elites o movimento não se sustentou, sendo alguns dos acusados presos, enforcados e posteriormente esquartejados³³. Repara-se na participação de militares nos movimentos e a necessidade do uso da força por intermédio de contingentes para manter a unidade territorial e o regime político existente na época. Estes enforcamentos e esquartejamentos em público, que ocorreram na inconfidência mineira e também na conjuração dos alfaiates, eram realizadas como uma manifestação de força com a leitura da sentença na presença de tropas e discursos de saudação a coroa, de forma a frustrar futuras revoltas³⁴.

Outro grande momento histórico que definiu os destinos do país foi a chegada da família real portuguesa para o Brasil, momento em que a colônia se tornou sede da monarquia e com uma série de medidas, dentre as principais, a abertura dos portos às nações amigas, resultou no fim do sistema colonial, sendo necessário o desenvolvimento do comércio, de instalações de manufaturas e da indústria. Ocorreu desta forma uma grande reestruturação no país, com a instalação no Rio de Janeiro de centros culturais e administrativos³⁵.

Salienta-se para o tema do trabalho a criação, neste período, da Academia Militar, a criação do Ministério da Guerra no Brasil, dos Tribunais da Consciência e Ordens, a criação das Chancelarias e do Conselho Supremo Militar e de Justiça. Destaca, em resumo, Andréa Slemian sobre as funções a seguir: o Conselho Supremo Militar era encarregado das matérias pertinentes às questões militares e de guerra nos domínios portugueses, o Tribunal de Consciência e Ordens tratava sobre os privilégios eclesiásticos e das ordens militares, sendo consideradas essas questões de consciência do monarca, fato que sem esses privilégios a corte não funcionaria. As Chancelarias tratavam da justiça quando a alta nobreza estivesse envolvida, dentre os quais representavam em sua maioria os cavaleiros das ordens militares³⁶. Nota-se neste momento o surgimento da Justiça militar no Brasil, com a transferência dos sistemas jurídicos portugueses. Na época não existia um código penal militar, vigorava os Artigos de Guerra constituídos pelo Regulamento de Infantaria e Artilharia de 1763,

³³ FAUSTO, op. cit. p. 119

³⁴ FAUSTO, op. cit. p. 117.

³⁵ FAUSTO, op. cit. p. 122-127.

³⁶ SLEMIAN, A. **A corte e o mundo**: uma história do ano em que a família real portuguesa chegou ao Brasil. São Paulo: Alameda, 2008.

regulamento marcante na constituição da Justiça Militar em Portugal, conforme trecho a seguir:

[...] o conde de Lippe, marechal e comandante em chefe do Exército português, tendo sido alçado à condição de Alteza, tratamento reservado aos membros da família real portuguesa, adotou várias medidas para adequar a justiça militar do Reino ao padrão em vigor na Europa, principalmente na França e na Prússia. A primeira delas foi a formalização da primeira instância dessa justiça em um tribunal: os conselhos de guerra. Eles são instituídos pelo Regulamento de Infantaria e Artilharia, de 19 de fevereiro de 1763. A partir de então, caberia a esses conselhos julgar os delitos militares a partir dos Artigos de Guerra, sistematizados pelo conde de Lippe no parágrafo XXVI do mesmo regulamento. Esse é um ponto importante. Para além da criação desses pequenos tribunais, reconhecidos como tais, o regulamento rompia com uma prática antiga, que dava aos magistrados o direito de livre interpretação das leis. Tratava-se, de fato, de outro modelo penal, marcado pelo sistemático não cumprimento das leis, substituídas por interpretações moderadoras, mais interessadas na manutenção do equilíbrio e do "governo da paz", que na punição como meio de dirigir comportamentos. O que se pretendia, portanto, com o "novo regulamento" (como ficaria conhecido o regulamento de 1763), era proceder à eliminação desse modelo antigo e, junto com ele, à eliminação da hegemonia dos juristas sobre as matérias do governo³⁷.

De acordo com Assis e Freitas, a principal característica dos Artigos de Guerra eram as punições severas aplicáveis aos seus infratores, punindo a traição e covardia em combate com a pena de morte, sendo a sua forma mais comum pelo enforcamento e fuzilamento, a mesma pena em que foram submetidos os revoltosos no período colonial, dentre eles o Alferes José Joaquim da Silva Xavier na Inconfidência Mineira e alguns dos integrantes da revolta dos alfaiates. Existiam também penas corporais, pelo deferimento de golpes com espada de prancha e realização de trabalhos forçados³⁸.

Com a criação da Academia Militar, o oficialato no Brasil deixa de ser mercenário e aristocrático e passa a ter um viés profissional com um maior acesso à outras classes sociais. Como ressaltam Assis e Freitas “o espírito aristocrático foi, assim, substituído pelo espírito profissional entre os militares”. Deste modo aqueles formados na Academia militar integraram um novo segmento social familiarizado com a instituição militar, dando-lhes uma identidade própria. Sobre esta identidade, destaca em nota de rodapé Assis e Freitas:

“Cf. Celso; Os militares e a República; p.18-19[...] Teoricamente, e pensando em bases internacionais, pode-se dizer que a identidade individual e os sentimentos de

³⁷ SOUZA, Adriana Barreto de. A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820). *Almanack*, Guarulhos, n. 10, p. 368-408, Aug. 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-46332015000200368&lng=en&nrm=iso>. acesso em 06 Nov. 2016.

³⁸ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R. **Memória Histórica do Ministério Público Militar: o Ministério Público Militar e a primeira República**. Brasília: MPM, 2012. p. 38.

auto-estima e satisfação de um soldado estão vinculados a seu senso de participação e integração em uma identidade coletiva maior. Um senso de honra compartilhado serve de ligação entre soldado individual e a identidade coletiva ou corporativa. A formação da identidade pessoal ocorre por meio da socialização, que envolve uma contínua revisão da auto-imagem do indivíduo. O treinamento disciplinado do Exército visa a transformar um civil de mentalidade independente em um soldado disciplinado cuja auto-estima provém da fusão de sua individualidade com os objetivos coletivos e as exigências de sua unidade. Frank McCann. Soldados da pátria: p.35” (ASSIS e FREITAS, 2012, p. 20-21)

A proclamação da Independência do Brasil em 1822, como comenta Fausto em seu livro, foi compreendida por muitos autores como uma transição sem abalos, no entanto tivera os seus momentos de luta. Os principais conflitos foram de expulsão das tropas portuguesas que resistiram à independência do Brasil na Bahia e o conflito de independência da Cisplatina que começou contra os portugueses e acabou sendo contra os brasileiros. O Lorde inglês Cochrane, comandou uma frota que auxiliou as forças brasileiras apoiadas pelos senhores de engenho do Recôncavo Baiano, resultando na expulsão dos portugueses definitivamente em 2 julho de 1823. De fato o novo governo não alterou significativamente a ordem social e econômica. No plano internacional o Brasil tivera que indenizar Portugal no valor de 2 milhões de libras, pagos com empréstimo realizado com a Inglaterra³⁹.

As transições nas Forças Armadas mantiveram a estrutura existente do exército português e muitos oficiais portugueses puderam continuar nas Forças Armadas até 1830. O ingresso ao oficialato permanecia ainda a nobreza, requisito ainda exigido pela marinha e um pouco mais “flexível” no exército, o qual filhos de oficiais das forças de primeira linha, das milícias, das ordenanças poderiam ser aceitos como cadetes, ainda na época da chegada da família real ao Brasil. De certo modo, como colocado por Assis e Freitas, o acesso à elite das forças armadas era um privilégio quase exclusivo de uma casta militar, excluindo as massas sociais de uma oportunidade de seguir a carreira militar dentro do quadro de oficiais, desta forma destaca-se o trecho a seguir:

A denominada “sociedade militar” constituía, portanto, um segmento social que gozava de certo grau de autonomia diante do conjunto da sociedade brasileira. Tratava-se portanto, de uma casta, na medida em que tal conceito exprime a existência de um “grupo social fechado que se reproduz de forma endogâmica e cujos membros levam vida social diversa e, enquanto possível, separada do resto da sociedade”. A despeito dos problemas enfrentados pelas Forças Armadas na vigência do regime imperial, a existência de uma casta, de uma “sociedade militar” relativamente apartada da civil, provavelmente proporcionou, com o passar do tempo, o surgimento de uma consciência da existência de interesses específicos da corporação militar que se encontravam, muitas vezes, em rota de colisão com aqueles defendidos por outros segmentos sociais⁴⁰.

³⁹ FAUSTO, op. cit. p. 143-147.

⁴⁰ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 23.

Com a independência do Brasil é outorgada a sua primeira Constituição, a Constituição de 1824. Nela, era designado ao Poder Executivo a competência de nomear os Comandantes da Força de Terra e Mar, e removê-los, quando assim o pedir o Serviço da Nação bem como era competência do executivo declarar guerra ou fazer a paz. A Constituição de 1824 ainda tratava da Força Militar em um capítulo exclusivo, em seus artigos 145 à 150, os quais tratavam em linhas gerais sobre a obrigação referente à todos os brasileiros de pegar em armas para sustentar a independência e a integridade do império defendendo-o dos inimigos externos ou internos, que a Força Militar não poderia se reunir sem que lhe fosse ordenado pela autoridade competente, cuja autoridade seria a do Poder Executivo, que os Oficiais do Exército e Armada não poderiam ser privados das suas patentes, senão por uma sentença proferida em Juízo competente e ainda que sua organização seria definida por lei especial.⁴¹

Tal previsão constitucional foi de grande valia para o Império, pois como seu processo de formação se deu por uma outorga, sem a participação popular, o país passou por diversas revoltas, sendo necessária a presença de forças militares em quase todo país para a pacificação dos movimentos de modo a manter a unidade territorial. Dentre as revoltas podemos destacar a da Balaiada no Maranhão, Cabanagem na cidade de Belém no atual Estado do Pará, Sabinada na Bahia, Revolta dos Malês em Salvador também no atual Estado da Bahia e a Revolução Farroupilha no Rio Grande do Sul. Grande parte destas revoluções se deram por insatisfação popular com os governos à época. Muitas destas revoltas visavam condições melhores de vida, algumas a abolição da escravidão, liberdade religiosa, ou simplesmente mais autonomia política⁴². As revoltas foram uma constante durante o império, trazendo constantemente instabilidade política em várias províncias, tendo como principais participes o povo e tropas de tal forma que foram instituídos decretos adaptando a legislação convencional de forma a agravar as penas dos participantes tal como relata Assis e Freitas:

Em decorrência das revoltas ocorridas no período regencial, o decreto nº 61 de 24 de outubro de 1838 determinou a aplicação das leis penais militares em tempo de guerra às tropas que se rebelassem nas Províncias, às tropas que se encontrassem estacionadas em Províncias invadidas por forças rebeldes e às que tivessem de marchar aos locais das revoltas para reprimi-las. Seguiram-se o Regulamento de 23 de outubro de 1838, a lei de 03 de dezembro de 1841 e o Aviso de 03 de agosto de 1845, disciplinando, respectivamente, as hipóteses de aplicação da legislação penal em tempo de guerra; a aplicação da legislação penal militar e do foro militar a

⁴¹ BRASIL. **Constituição do Império**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 30 out. 16.

⁴² FAUSTO, op. cit. p. 164-185.

revolucionários, mesmo sendo estes civis; e a submissão, à conselho de Guerra, de militar que resiste a ordem de prisão e fere um colega de farda⁴³.

Nesta época ainda não existia um Código Penal Militar tampouco um Ministério Público Militar, mas esboços já começavam a ser realizados diante os problemas típicos militares que ocorriam em tempos hostis, tais como o projeto de lei de Nabuco de Araújo, de 1850, que criava uma Promotoria Pública junto aos Conselhos de Justiça e um anteprojeto de Código Penal Militar, de 1861, com penas mais severas que não seguiu adiante.

No processo de pacificação, surge uma grande figura militar, o coronel Luís Alves Lima e Silva, mais conhecido como Duque de Caxias, um dos principais líderes militar responsável pela “pacificação” de vários movimentos. Duque de Caxias também participou da liderança na Guerra contra o Paraguai, uma das maiores guerras vivenciadas pela América do Sul, sendo considerado atualmente como Patrono do Exército. Seus feitos são lembrados e sua imagem é cultuada nas forças armadas. Caxias se tornou um símbolo para formação de novos cadetes do exército, que carregam consigo espadins que são réplicas proporcionais a de sua espada.

Contudo, durante o Império, principalmente no período de Regência, o Exército era uma instituição mal organizada e não possuía a confiança do governo. Os militares recebiam mal e possuíam pouco prestígio com a sociedade. O recrutamento na época não era obrigatório, tornando os efetivos reduzidos. Serviam como soldados em grande parte os pobres ou aqueles elementos incorrigíveis, dando a ideia que o serviço militar era um castigo para quem não se comportava na vida social⁴⁴.

A criação das Guardas Nacionais desfalcou ainda mais os quadros do Exército, já que a lei de 18 de agosto de 1831⁴⁵ tornava obrigatório o recrutamento para composição da nova Guarda que tinha como objetivos a ordem nos municípios e atuavam em regra contra possíveis inimigos internos apoiando como forças auxiliares o Exército na atuação contra inimigos externos, logo como as rebeliões eram mais constantes que possíveis ameaças externas, as Guardas Nacionais acabaram por ganharem uma importância maior⁴⁶.

⁴³ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 38.

⁴⁴ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 24.

⁴⁵ BRASIL. **Lei de 18 de agosto de 1831**. Crêa as Guardas Nacionaes e extingue os corpos de milicias, guardas municipaes e ordenanças.. Disponível em < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37497-18-agosto-1831-564307-publicacaooriginal-88297-pl.html>. Acesso em 30 out. 16.

⁴⁶ FAUSTO, op. cit. p. 163.

A Guerra contra o Paraguai, no entanto, acaba por mudar este quadro, fazendo com que o Exército aumentasse significativamente seu efetivo com a ascensão da classe média na composição nos seus quadros de oficiais. Negros, mulatos e índios compuseram em massa as fileiras militares, não sendo mais uma restrição a cor da pele para seguir a carreira militar. Pregava-se nas Forças Armadas que a ideia da escravidão já não se sustentaria mais. Os principais líderes militares ganharam renome, dentre eles Tamandaré, Osório e Caxias enquanto as forças armadas ganharam prestígio. Como retrata Assis e Freitas, a guerra do Paraguai proporcionou aos militares uma identidade institucional que não voltarão a perder⁴⁷.

Com a formação de uma identidade e objetivos próprios, desenvolve-se na Academia e nas escolas militares um pensamento positivista com um ideário patriótico, formando a concepção nos militares de que eles seriam soldados cidadãos cujo principal objetivo era conduzir os destinos do país, trazendo a ordem e o progresso dentro de uma nova estrutura política⁴⁸. Ressalte que as principais instituições de ensino na época eram vinculadas as instituições militares. Estimava-se, em 1872, que oito mil pessoas possuíam educação superior numa população de cerca de dez milhões⁴⁹. Logo, surge a concepção de que os militares seriam os mais aptos para governar o país⁵⁰. Este pensamento contribuiu para outro passo importante na história do Brasil, resultando na Proclamação da República.

Nota-se ao longo de todo este subtópico a construção histórica das Forças Armadas, manifestando uma identidade e valores próprios, com participação intensa na formação e desenvolvimento da sociedade brasileira. Esta “cultura” militar com a valorização do sentimento patriótico e nacionalista começa a se desenvolver ainda antes de se falar em um país unificado e independente. Essa “cultura militar” poderá denotar que algumas condutas podem não ser toleráveis ou ainda ser mais toleráveis se compararmos com outros grupos da sociedade. Assim, esta manifestação histórica e cultural cria bases também para a formação de uma estrutura jurídica e um Direito próprio. No desenvolver da atuação dos militares na história do país, é possível notar na Primeira República o fortalecimento das Forças Armadas e a sua qualificação de instituição permanente na sociedade brasileira, como grande protagonista na Proclamação da República, conforme será verificado no próximo subtópico.

⁴⁷ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 27.

⁴⁸ FAUSTO, op. cit. p. 246.

⁴⁹ FAUSTO, op. cit. p. 236-237.

⁵⁰ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 29.

1.2 Primeira Republica e o alicerce da estrutura jurídica militar

Grandes figuras civis e militares, dentre elas Rui Barbosa, Aristides Lobo, Benjamim Constant e Quitino Bocaiúva, reuniram-se com o Marechal Deodoro da Fonseca, com o intuito de convencê-lo a liderar um movimento contra o Império. Deodoro, então assumiu o comando das tropas, em 15 de novembro de 1889, e apenas marchou para o Ministério da Guerra, onde se deparou com os principais líderes monarquistas e sem nenhum conflito, naquele momento, deu fim ao império e inicio a República. Uma vez promulgada a República, houve a necessidade de convocar uma Assembleia Constituinte a qual envolveu Rui Barbosa como um dos principais membros. A nova Constituição consagrou a República Federativa liberal, dando autonomia aos Estados e a eles autorização para adquirir empréstimos no exterior, organizar forças militares e uma justiça própria, conforme os interesses das oligarquias agrárias. A nova Constituição também deu grande poder e autonomia às Forças Armadas. Os constituintes deram às instituições militares um caráter permanente e nacional, tendo uma autonomia frente ao poder civil de forma a se compararem a figura do próprio Estado⁵¹. Conforme o art. 14 da Carta de 1891:

Art 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior.
A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais.⁵²

A primeira República proporcionou aos militares grandes benefícios, sendo concedidos acréscimos consideráveis aos seus soldos, vários militares puderam ser promovidos, criou-se um montepio para familiares de militares e ainda puderam ocupar funções que eram destinadas apenas aos bacharéis em direito durante o período imperial. Como resume Assis e Freitas que nos primeiros anos da República ocorreu “um misto de nepotismo e compadrio”. Contudo, algumas revoltas ocorreram quando os militares estavam no poder, protagonizadas em sua maioria por militares, em destaque a Marinha. Como na época não existiam legislações militares específicas bem definidas, tais como legislação penal e processual penal, bem como as legislações destinadas a organizar a Justiça Militar, o

⁵¹ MATHIAS, Suzeley Kalil; GUZZI, André Cavaller. Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 25, n. 73, p. 41-57, Junho 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Nov. 2016.

⁵² BRASIL. COF 1891. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL DE 1891... Disponível em <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/4ed91893cbdd0e10032569fa0074213f?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed>>. Acesso em 30 out. 16.

governo de Floriano Peixoto criou uma Comissão Militar de Sindicâncias e julgamentos para resolver a questão dos rebeldes.

A especificidade do Direito Penal Militar começa a se estruturar formalmente quando o Superior Tribunal Militar emerge com a promulgação da constituição republicana, substituindo o Conselho Supremo Militar trazido pela família real. O Decreto nº 949, de 05 de novembro de 1890 promulgou o Código Penal da Armada o qual incluiu o Exército somente em 1899 pela lei nº 612 de 29 de setembro deste mesmo ano, mudando a nomenclatura para Código Penal Militar. Por iniciativa do STM, em 1895, foi editado o Regulamento Processual Criminal Militar enquanto não era regulada lei que versasse sobre a forma processual militar⁵³.

Em linhas gerais, a Primeira República passou por outras sérias de revoltas antes mesmo de Floriano Peixoto ter deixado o poder. As oligarquias estaduais e agrárias dominaram a política após a saída dos militares do poder, em destaque as de Minas Gerais e São Paulo que deram o nome da República do “café-com-leite”. Os militares por sua vez perderam força política restringindo suas atividades nos aquartelamentos. Marca-se na República a figura dos Coronéis, grandes latifundiários ou produtores rurais com relevante influência no campo e em pequenas cidades. Tal influência estava relacionada a capacidade financeira e de organização de uma força privada, sendo dispensado o auxílio do Exército. Esta influência dificultava, na maioria das vezes, a atuação da justiça e influenciavam diretamente as eleições. No que lhe diz respeito, as massas sociais eram marginalizadas do ponto de vista político e social, apesar das várias garantias e liberdades reconhecidas na constituição o direito ao voto não abrangia a todos. Esta marginalização era ainda mais constante nos grandes centros urbanos, o que ocasionou em uma série de movimentos operários⁵⁴.

Ainda na primeira república ocorreram os movimentos tenentistas. A formação dos oficiais havia mudado naquele momento, as matérias estudadas limitavam-se ao conhecimento militar, tendo as forças armadas se profissionalizado na época, quando algumas turmas foram treinar na Alemanha na presidência de Hermes da Fonseca e em outro momento, após a 1ª Guerra Mundial, com o apoio da missão francesa que veio ao Brasil. Não caberia mais as instituições de ensino militar a função de educar soldados-cidadãos. Apesar de a profissionalização ter tornado o ensino dos militares mais específico, diminuindo a

⁵³ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 39-41.

⁵⁴ FAUSTO, op. cit. p. 259-263.

influência positivista que deu início a República, os oficiais, em especial os de nível intermediário do exército, descontentes com a estrutura da própria instituição e com o sistema de oligarquias ao qual era submetida a República, somado ainda as desigualdades sociais, aderem a vários movimentos, com objetivos de educar o povo e seguir uma política mais nacionalista sobre um poder centralizado. No entanto, até 1930, o movimento não ganhou força e nem apoio das elites, o próprio comando do exército se posicionava contra o movimento⁵⁵.

No início da Primeira República pode-se observar a intensa presença dos militares, destacando o esboço de uma estrutura jurídica militar que surgia, com a criação do STM. No próximo subtópico, na era Vargas, é possível notar o aperfeiçoamento desta estrutura jurídica militar.

1.3 Era Vargas e a estrutura jurídica militar

Destacando-se os eventos históricos de relevância para o país, dentre eles a crise econômica mundial de 1929 que abalou as oligarquias agrárias que sustentavam o modelo econômico da Primeira República, Getúlio Vargas tomou a frente de um movimento que ficou conhecido como revolução de 1930 no Brasil. O movimento contava com o apoio da classe média urbana, da iniciativa privada industrial e mais uma vez contava com o apoio dos militares, cuja importância no seu papel estava relacionada ao cunho autoritário do governo Vargas. Apesar de o movimento ter beneficiado principalmente a burguesia nacional e não ter contado com a participação popular, o intuito político era dar incentivo à industrialização, o que culminou na implantação de indústrias de base, modificação das leis trabalhistas e na transformação da vida educacional e cultural brasileira, beneficiando em alguns momentos a população mais pobre⁵⁶.

A estrutura política no governo de Vargas, de cunho centralizado, enfraqueceu o federalismo e conseqüentemente as forças policiais estaduais, mas beneficiou as Forças Armadas federais, em especial o Exército, oportunidade em que aumentaram seus efetivos, qualidade de equipamentos e prestígio político⁵⁷.

⁵⁵ FAUSTO, op. cit. p. 307-315.

⁵⁶ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 79-80.

⁵⁷ ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R., op. cit. p. 80.

A Constituição de 1934 adequou a estrutura legal criada na era Vargas, com tendências socialdemocratas e intervencionista⁵⁸. Ressalte que a nova Carta Magna também criou a Justiça Militar. Os juízes e os tribunais militares começaram a integrar o poder judiciário⁵⁹ e o Ministério Público Militar recebe assentamento constitucional, conforme concebe o art. 84 de seu texto: “Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares”⁶⁰.

Como consequência de um levante comunista em 1935, foi criado um ano depois o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), cujo principal objetivo era processar e julgar civis e militares por crimes contra as instituições militares e a segurança da República, no entanto, os crimes tipicamente militares eram da competência da Justiça Militar. O TSN durou até o ano de 1945, sendo também utilizado na participação do Brasil durante a Segunda Guerra Mundial⁶¹.

Em 1938, foi publicado o Código de Justiça Militar, que estruturou a justiça militar, cuja constituição se dava por intermédio do Supremo Tribunal Militar, com abarcamento nacional, e pelos Conselhos de Justiça e auditores com abrangência em cada região. Os conselhos de justiça ainda eram divididos em três categorias: Especial de Justiça, responsável por julgar oficiais com a exceção dos oficiais gerais; o Conselho Permanente de Justiça, responsável por julgar as praças e o Conselho de Justiça, responsável por julgar os desertores e insubmissos⁶².

O governo de Vargas consolidou, praticamente, a estrutura jurídica militar que existe atualmente, com a criação de uma Justiça Militar e seus respectivos Conselhos, juntamente com um Ministério Público próprio, responsável por atuar somente nas questões militares. Contudo, a especificidade do Direito Penal Militar torna-se manifesta no subtópico

⁵⁸ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo. **Memória Histórica do Ministério Público Militar**: o Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial. Brasília: MPM, 2012. p. 99.

⁵⁹ SOUZA, Adriana Barreto; SILVA, Angela Moreira Domingues da. A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL: IMPÉRIO E REPÚBLICA. *Estud. hist. (Rio J.)*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 361-380, Aug. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862016000200361&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Mar. 2017

⁶⁰ BRASIL. **COF 1934**. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 09 mar. 17.

⁶¹ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo., op. cit. p. 101.

⁶² SOUZA, Adriana Barreto; SILVA, Angela Moreira Domingues da., op. cit.

a seguir, sobre a Segunda Guerra Mundial, quando a atuação das Forças Armadas, com participação da Força Expedicionária Brasileira (FEB), está amplamente voltada para o desenvolvimento das atividades bélicas, e não mais para atividades políticas, como de outros momentos no país.

1.4 Segunda Guerra Mundial: um marco na aplicação em casos concretos do Direito Penal Militar

Durante a Segunda Guerra Mundial, foi montada no Brasil uma grande estrutura judiciária militar que pôde atuar fora dos limites territoriais brasileiros, julgando civis e militares em território estrangeiro, pelos crimes de competência da Justiça Militar ou do Tribunal de Segurança Nacional.

Foi no contexto da Segunda Guerra Mundial que foi criado o Código Penal Militar de 1944, pelo Decreto- Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, com o finalidade de regular o funcionamento da Justiça Militar durante a campanha da Força Expedicionária na Itália. O código em questão foi à base para constituição do código atual, tendo grandes semelhanças com atual, dividindo os crimes cometidos em tempo de paz e em tempo de guerra⁶³. Identifica-se que à época ainda não existia previsão legal para os crimes relacionados às drogas, sendo um problema pouco comum à época, quando havia apenas alusão à embriaguez em serviço.

Os crimes mais praticados na segunda guerra durante a campanha brasileira na Itália eram de deserção, lesões corporais e homicídios, grande parte dos destes dois últimos crimes em sua forma culposa por imprudência ou negligência na condução de veículos e manuseio de armamentos⁶⁴. Assim, por este ponto de vista histórico, seria prudente um arcabouço jurídico que visasse implementar regras e até mesmo políticas internas nas Forças Armadas para melhorar as condições de segurança para seus membros.

O caso jurídico brasileiro de maior repercussão na Segunda Guerra Mundial foi o que culminou na pena de morte para dois soldados. O acontecimento se deu quando os dois soldados brasileiros, armados, se deslocaram para a residência de uma família italiana expulsando a todos sob ameaça e disparos de arma de fogo, obrigando que uma garota de 15 anos de idade permanecesse no interior da casa, quando foi estuprada pelos dois militares. A

⁶³ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo.,op. cit. p. 94-95.

⁶⁴ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo.,op. cit. p. 111.

empreitada criminosa ainda se intensificou, pois quando um dos militares violentava sexualmente a garota, um deles vigiava a entrada, ao passo que um dos familiares da vítima se aproximou da residência sendo imediatamente alvejado e morto pelo vigia⁶⁵.

Como a maioria dos processos na campanha brasileira durante a grande guerra, o caso foi julgado com celeridade pela Justiça Militar. O fato havia ocorrido no dia 09 de janeiro de 1945 e todo o desenrolar do caso se deu no mesmo ano. O inquérito foi instaurado em 18 de janeiro, saindo sua solução do procedimento no dia 21 de janeiro. A denúncia foi oferecida em 25 de janeiro e recebida um dia após. Os acusados foram citados em 29 de janeiro e foram condenados na 1ª instância no dia 01 de fevereiro, ao recorrerem, tiveram a sentença condenatória mantida, ainda em 07 de fevereiro⁶⁶.

No entanto, por interferência do poder civil a sentença nunca foi executada, pois conforme previsão legal do código penal vigente à época era necessária a comunicação ao Presidente da República, que por ato de graça, substituiu a pena de morte em pena máxima de reclusão, correspondente a 30 anos na época. Assim, respondeu Getúlio Vargas nas seguintes palavras⁶⁷:

“Se o Comandante em Chefe da FEB não considerou necessário mandar executar desde logo a pena, como lhe permitia o parágrafo único do artigo 41 do Código Penal Militar, se o exigisse o interessado da ordem e da disciplina militar, é de se concluir que esse interesse e essa ordem não serão afetados com a comutação da pena. Esta, entretanto, só se justifica como ato de graça”.

Quando tomou conhecimento da substituição das penas, o Comandante da FEB, Marechal Mascarenhas de Moraes externou suas lamentações em radiograma, com as seguintes palavras⁶⁸:

“Lamento que por má interpretação das leis não tenha sabido, eu, usar das atribuições que me competiam, mandando executar, por interesse da ordem e da disciplina, logo após julgamento do Auditor, os dois condenados, assassinos confessos, nocivos [ao] prestígio, disciplina, honra e dignidade [da] tropa brasileira perante Exércitos Aliados e população italiana. Interpretação acima devida [do] artigo 31 do Decreto-Lei nº 6.396, de 01.04.1944, posterior ao CPM, o qual obrigando apelação [na hipótese de] todas [as] sentenças condenatórias, parece impedir aplicação parágrafo único do artigo 41 do CPM.”

Convém mencionar que decidir pela condenação à morte de qualquer indivíduo não seria uma tarefa banal. Tratando-se de crimes graves, cometidos por homens

⁶⁵ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo., op. cit. p. 111

⁶⁶ Ibidem, p. 112

⁶⁷ Ibidem, p. 112.

⁶⁸ Ibidem, p. 113.

que vivem o horror da guerra os quais fazem da tarefa de matar um mero expediente e ainda convivam com a possibilidade da morte a qualquer momento, é de se imaginar a necessidade de uma resposta rápida e severa para manter a disciplina, a hierarquia e acima de tudo o pouco que resta da ordem no ambiente caótico da guerra.

A Justiça Militar brasileira, após a guerra, ainda concedeu indultos à grande parte dos condenados, quando por vários outros crimes teve a oportunidade de condenar os réus com a pena em seu grau máximo, seja ela a pena de morte. Comparada à Justiça americana, cuja Força Armada já bem mais amadurecida, tendo vivenciado outra grande guerra e situando-se em combate a mais tempo que o Brasil na Segunda Guerra Mundial, a Justiça brasileira foi benevolente para com seus criminosos de guerra. Como verificou o General Francisco de Paula Cidade, integrante do Conselho Supremo de Justiça Militar, que em uma única prisão americana havia 16 militares americanos aguardando execução da pena de morte, alguns por crimes que a legislação brasileira puniria sem muito rigor. Em suas palavras ainda concluiu: “São as contingências da guerra e não as más entranhas dos juízes que ditam as sentenças mais severas, o que parece que no Brasil não se compreende bem”⁶⁹.

No final de todo o processo, os dois réus do famigerado caso já mencionado, tiveram nova substituição de pena, sendo condenados à somente seis anos de reclusão, quando poderiam ter sido executados com pena de morte quando ainda estavam em campo de batalha. Este episódio, de certo modo, pôde deixar em evidência o despreparo das autoridades militares em tomar decisões do gênero, mesmo que embasadas nas legislações as quais estão sujeitos. Contudo, o próprio desconhecimento da lei pode ser justificável, tendo em vista que o aperfeiçoamento técnico e profissional dos militares está normalmente direcionado para as atividades bélicas, sendo inclusive prudente deixar que homens menos contaminados pelos horrores da guerra tomassem a árdua decisão.

Seria difícil concluir se a interferência do Presidente da República, impedindo a execução da pena de morte, traria consequências melhores ou piores se o comandante da FEB tivesse deliberado pelo fuzilamento dos criminosos, de modo que a permanência da tropa brasileira na Itália havia chegado ao fim pouco tempo depois, em maio de 1945, quando os alemães se renderam naquela região. Isto posto, ainda paira a dúvida de quem seria os mais habilitados a julgar os crimes militares em tempos de guerra, aqueles que se encontram isentos, imparciais e distantes dos bastidores dos sangrentos conflitos ou

⁶⁹ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo., op. cit. p. 116.

justamente aqueles que conhecem de perto e vivenciaram a adversidade da guerra, podendo medir com propriedade os limites da razoabilidade humana.

Por fim, a Segunda Guerra marcou a história do Direito Penal Militar brasileiro, quando ainda neste momento as Forças Armadas brasileiras estavam no seu batismo de fogo em uma guerra de proporções mundial, oportunidade em que teve o Brasil para inaugurar a recém-criada estrutura jurídica e ainda colocar em execução os seus instrumentos. Ao mesmo tempo, pôde ser verificada a complexidade nos objetos de atuação dos institutos jurídicos militar, os quais tratam da natureza humana nas mais adversas situações, buscando, com brevidade e eficiência, decisões que refletem entre a ordem e a justiça no campo de batalha e posteriormente nas sociedades pós-guerra. Devido a esta complexidade, não é por acaso que a Justiça Militar compõe atualmente uma Justiça Especializada e existe uma vertente própria do Direito Penal com designação militar.

No próximo subtópico será possível verificar o contexto em que foi elaborado o Código de Processo Penal Militar e o atual Código Penal Militar, o qual consta o art. 290 que será objeto de análise na compreensão da aplicação penal nos casos de uso de drogas no meio militar.

1.5 Governo Militar de 1964 e o contexto da elaboração do atual Código Penal Militar

As Forças Armadas brasileiras, ainda em 1948 receberam uma assistência de conselheiros franceses e americanos, contribuindo para a fundação da Escola Superior de Guerra (ESG), com o objetivo de capacitar e treinar pessoal para exercer funções de direção e planejamento de segurança nacional. Este trabalho ainda contribuiu para a criação de um “método de análise e interpretação dos fatores políticos, econômicos e militares que condicionam o conceito estratégico”⁷⁰.

Após a reestruturação doutrinária das Forças Armadas e com a revolução de Fidel Castro em Cuba, foi possível que alguns setores militares pudessem notar possíveis desenvolvimentos de guerras revolucionárias, relacionadas ao contexto da guerra fria, com o objetivo final de implantar o comunismo no Brasil, cujos instrumentos da revolução seriam por meio da doutrinação, guerra psicológica e a luta armada. Assim, as Forças Armadas assumiram uma função mais intervencionista, seja por pressão ou apoio dos Estados Unidos e

⁷⁰ FAUSTO, op. cit. p. 452-453.

com o objetivo de garantir a segurança, o desenvolvimento da nação e ainda refutar qualquer tentativa da instauração de um governo comunista no país ⁷¹.

Destaca-se após a Segunda Guerra Mundial a divisão do globo em dois grandes blocos de ordem econômica, ideológica, política e militar entre os Estados Unidos e a União Soviética, polarizando o mundo num contexto histórico conhecido como Guerra Fria. No Brasil, ainda na presidência de João Goulart era possível verificar que as reformas de base não tendiam para o socialismo, apenas visavam modernizar o capitalismo e diminuir as desigualdades, sendo necessária a colaboração da burguesia nacional com o governo, o que não ocorreu. Ainda no começo da década de 60, o país passava por uma grande instabilidade devido às diversas mobilizações sociais, com destaque às greves e os movimentos sindicalistas, incentivados pelo governo populista de João Goulart⁷².

As Forças Armadas sob a égide da segurança nacional, visando à manutenção da ordem social, o respeito à hierarquia, o controle do comunismo, assumem o governo. Ressalta-se que existia grande temor com as instabilidades políticas e sociais agravadas pelos movimentos políticos de João Goulart que acabaram por contribuir com a indisciplina nas Forças Armadas. Ocorreu ainda o movimento da Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que contou com a participação de cerca de 500 mil pessoas, em São Paulo, numa demonstração de descontentamento com a conjuntura política do país. Todos estes fatores contribuíram para que as Forças Armadas fundamentassem o que seria o golpe de 64 ou como preferem alguns historiadores, a revolução de 64, o que resultou num governo militar por vinte e um anos⁷³.

Analisando os reflexos para a área jurídica em específico, o governo militar utilizando da Lei de Segurança Nacional, mudou a competência para processar e julgar os crimes contra a segurança nacional, atribuindo à Justiça Militar tal feito, condição que era possível submeter os civis ao foro militar. Ainda com o objetivo de consolidar-se no poder e visando o combate contra a corrupção e a subversão das leis, foram editados dezessete Atos Institucionais, dentre os mais significantes, foram aqueles que permitiram a suspensão das garantias constitucionais, da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade de servidores, magistrados e militares, ainda foi possível atribuir ao Superior Tribunal Militar a competência

⁷¹ FAUSTO, op. cit. p. 452.

⁷² FAUSTO, op. cit. p. 447-450.

⁷³ FAUSTO, op. cit. p. 457-462.

originária para processar e julgar governadores e secretários de Estado, o que permitiu ao governo neutralizar grande parte da oposição.

Em 1969, foram promulgados pela Junta Governativa os Códigos de Processo Penal Militar e Código Penal Militar que vigoram até os dias atuais, além da Lei de Organização Judiciária Militar. Todo este aparato jurídico serviu de base para o governo militar aplicar suas políticas de segurança nacional e ainda estruturar a Justiça Militar para processar e julgar os militares, os criminosos políticos e qualquer cidadão que pudesse atentar contra a segurança nacional ou ainda contra a segurança das instituições militares.

Tal estrutura jurídica montada no contexto da guerra fria, sob a justificativa de manter afastada a ameaça comunista no país bem como qualquer ameaça a segurança nacional, permanece até hoje no ordenamento jurídico militar, não tendo se atualizada as mudanças nos cenários internacionais e principalmente as problemáticas sociais atuais. Assim define Marcelo Weitzel Rabello de Souza, Procurador-Geral de Justiça Militar, sobre a atual condição de atuação das forças armadas:

“A atuação das FFAA assume hoje um elástico de atividades completamente distinto do que foi algumas décadas atrás. A formação de seus agentes não pode descurar da clássica situação de defesa territorial contra um Estado, como também, atuar no combate à criminalidade, na minimização de problemas sociais, no campo humanitário, na defesa do meio ambiente, na proteção de novas formas de submissão social, como o tráfico de drogas, a imposição de uma nova ordem junto à comunidade por grupos criminosos ou insurretos, sem esquecermos, ainda, de possíveis movimentos separatistas, terroristas, etc.”⁷⁴

Fazendo uma abordagem sobre a questão das drogas no Brasil, até o ano de 1940 a legislação penal brasileira não adotou uma posição sobre a criminalização do consumo, fato que contribuiu sobre a inexistência do assunto no Código Penal Militar de 44, o qual penalizava apenas embriaguez no serviço. Até então a política adotada no país, conforme entendimento de Roberta Duboc Pedrinha, era “concepção sanitária do controle das drogas”, considerando a dependência uma doença e não um ato a ser criminalizado, mas que deveria ser tratado com rigor por meio da internação. Com o governo militar de 1964, esta política mudou para um modelo bélico, embasado pela Lei de Segurança Nacional, em que os traficantes eram considerados inimigos internos do país, destacando que a maior preocupação do governo era com os revolucionários comunistas, pois na época o crime de tráfico não era organizado como está atualmente.

⁷⁴ RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacuna no direito brasileiro. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília-DF. p. 22. Nov. 2014.

Importante ressaltar, que na década de 60, as drogas eram comumente associadas aos movimentos sociais, não só no Brasil como no restante do mundo. Estes movimentos em sua maioria reivindicavam a liberdade, mudanças políticas e contra cultura⁷⁵. Destaca-se o movimento “Hippie”, movimento de contracultura de grande mobilização social que tinha por características um novo estilo de vida, com a aversão ao autoritarismo e ao militarismo, com vários adeptos ao uso de drogas. Tal movimento se desenvolveu com maior presença nos Estados Unidos e Europa atingindo posteriormente o restante do mundo, tendo influenciado vários movimentos no Brasil ainda no governo militar.

O movimento “hippie” repercutiu também na guerra dos Estados Unidos com o Vietnã. Muitos soldados Americanos faziam o uso de substâncias entorpecentes para espalhar durante e após os combates. Ainda é difícil concluir se a grande maioria dos soldados americanos que foram para a Guerra do Vietnã já eram usuários de drogas ou se criaram o hábito de consumi-las durante ou após o tempo que serviram em combate. Com estes indícios históricos relacionados aos movimentos sociais e ainda à cultura do uso de drogas intensificadas na década de 60, pode-se observar o contexto no qual o atual Código Penal Militar, de 1969, foi criado.

Acerca disto, nota-se a atuação das Forças Armadas, principalmente no período do governo militar, na coibição de vários movimentos sociais, dentre eles os relacionados ao uso de drogas, bem como na criação de legislação própria a fim de evitar a circulação de entorpecentes nas atividades castrenses e ainda a instituição da Lei 6.368/76 como política para redução da comercialização das drogas,

1.6 Da história, cultura e Direito próprios para as decisões nos Tribunais Militares

Diante o contexto histórico, percebe-se que as Forças Armadas desenvolveram, ao longo de um processo de formação, certa autonomia jurídica e até mesmo ideológica, nutrindo até os tempos atuais o sentimento nacionalista e patriótico tão característico dessas instituições. Este ideário coloca a nação acima dos próprios indivíduos, de tal modo que se exige o sacrifício do militar na defesa da Pátria, como preconiza o estatuto dos militares. Este ideário se contradiz, de certo modo, ao contexto dos cidadãos comuns, pois

⁷⁵ REVISTA EM DISCUSSÃO. Brasília: Senado Federal, ano. 2, n. 8, ago. 2011. Tema do fascículo: Dependência química crack assusta e revela um Brasil despreparado.

o valor do indivíduo é uma prerrogativa frente ao próprio Estado, conforme lhes destinam as garantias e liberdades individuais, previstas na nossa atual constituição.

Nota-se também, em grande parte da história brasileira, as intervenções militares na condução da política e dos destinos do país. Estas intervenções, bem como os movimentos armados, mostram a constante necessidade de limitar a atuação das Forças Armadas e dos seus integrantes, no sentido de evitar novas imposições ideológicas e políticas, alheias aos interesses sociais, mesmo que de algumas minorias, ou diversas aos princípios e direitos garantidos por um Estado Democrático de Direito. Deste modo a hierarquia e a disciplina são as bases que permitem às instituições militares atuarem estritamente conforme os seus objetivos, no intuito de suprimir de seus agentes as condutas diversas as leis, aos regulamentos e aos comandos das autoridades as quais são subordinados, sem comprometer a missão a qual lhes é atribuída.

Os militares não dispõem apenas de uma “cultura” própria e legislação exclusiva, mas dispõem também de uma estrutura judiciária específica, para julgar os crimes da seara militar, tendo como julgadores os próprios militares, como um tribunal do Júri, em que o voto da maioria terá o maior peso se comparado com a convicção do Juiz auditor. Assim, a experiência militar sobre as bases que compõem a instituição, sejam elas a hierarquia e disciplina poderá prevalecer sobre o elemento técnico-jurídico.

A composição dos Tribunais Militares diferencia-se dos demais. A Constituição Federal de 88 define como órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais e Juízes Militares. O STM é composto por quinze Ministros vitalícios indicados pelo Presidente da República, devendo ser aprovados pelo Senado Federal. Destes, dez Ministros são militares, sendo três Oficiais-Generais da Marinha, três são Oficiais-Generais da Aeronáutica e quatro são Oficiais-Generais do Exército, e todos devem estar na ativa e possuir os postos mais elevados da carreira. Os cinco Ministros remanescentes serão civis dentre brasileiros cuja idade é superior a 35 anos, cumprindo ainda os demais requisitos do artigo 123 da CF, devendo possuir notório saber jurídico.

Nota-se ainda na composição do STM que a quantidade de Ministros Militares é o dobro da quantidade de Ministros Civis. Comparando com outros tribunais superiores tais como o Superior Tribunal de Justiça, conforme § único do art. 104 da CF 88, ou o Superior Tribunal do Trabalho, conforme art. 111-A da CF 88, exige-se para a indicação de seus respectivos ministros o notório saber jurídico e reputação ilibada, requisitos os quais

não são necessários para a indicação dos Ministros Militares no STM, exigindo destes apenas estar na ativa e possuir o mais alto posto, independente de qualquer qualificação técnica jurídica.

O STM é o órgão de segunda instância da Justiça Militar, enquanto os conselhos de justiça e os juízes auditores constituem a primeira instância, exercendo as atividades jurisdicionais nas auditorias, o que correspondem às Varas da justiça comum. As auditorias possuem um juiz auditor, responsável pela condução e regularidade dos atos processuais, e um conselho de sentença integrado por quatro oficiais. Os conselhos de sentença por sua vez, dividem-se em Conselho Especial de Justiça e Conselho Permanente de Justiça, os quais somente poderão funcionar com a presença do auditor⁷⁶.

O Conselho Especial de Justiça, composto por quatro juízes militares de posto igual ou superior ao do acusado, sendo estes necessariamente de maior antiguidade, é responsável por processar e julgar oficiais, exceto os oficiais-generais cuja competência originária é do STM, e funcionará exclusivamente enquanto durar o processo que o originou. O Conselho Permanente de Justiça é composto por um oficial superior, que será o presidente, e ainda por três oficiais até o posto de capitão. Este conselho será responsável por julgar as praças (graduação militar com hierarquia de menor grau comparado aos oficiais), funcionando por um período de três meses, sendo responsável pelas audiências neste período⁷⁷.

Assim, no encerramento deste capítulo, ao tratarmos sobre a especificidade do Direito Penal Militar, se ao considerarmos o contexto o qual foi criado o Código Penal Militar e ainda isolarmos qualquer interpretação jurídico-legal relacionadas as mudanças sociais atuais, verifica-se que com a aplicação do art. 290 do CPM, quanto à conduta envolvendo o porte de drogas, mesmo que para uso próprio, em área sujeita a administração militar ou em atividade militar, seria plenamente possível a condenação do acusado sem nenhum estudo técnico-jurídico aprofundado, condição ao qual está sujeita a composição dos tribunais militares, desde que os indícios de autoria e materialidade fossem vislumbrados pelo juiz auditor e ainda o ato fosse repudiado dentro das Forças Armadas.

No entanto, a sociedade é dinâmica, bem como o Direito que a acompanha. O governo militar deu lugar ao Estado Democrático de Direito por meio da atual Constituição

⁷⁶ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**: São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522467204/first!/4/4@0.00:25.7/>> acesso em 11 mar.17.

⁷⁷ LOUREIRO NETO, op. cit., p. 99.

Federal e com ela uma gama de Direitos e Garantias, bem como uma série de mudanças jurídicas e sociais ocorreram antes e após sua promulgação. Novas políticas foram adotadas no país, condutas intoleráveis passaram a ser toleráveis, o que não era crime passou a ser criminalizado, e vice-versa. O Direito passou a ter uma ampla interpretação, de modo que faz-se necessário uma abordagem teórica, no próximo capítulo, sobre o Direito Penal, com destaque as diversas interpretações sobre a questão das drogas na sociedade brasileira.

2 ABORDAGEM DO DIREITO PENAL APLICADO AOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS

Desde 1969, a política de combate às drogas mudou no cenário mundial e também no Brasil. Distinguem-se os crimes de uso dos crimes de tráfico, tratando este com maior rigor pelo dano social que oferece enquanto o usuário é tratado com menor rigor. Ainda é possível considerar que a conduta de porte para uso próprio foi despenalizada no atual ordenamento jurídico. As mudanças na legislação ainda exigem comprovação técnica da substância considerada ilícita, levando-se em consideração para aplicação penal a quantidade da droga. Existe ainda regulamentação para definir quais as substâncias são consideradas ilícitas, num rol crescente a cada dia, devido à modernização de laboratórios que produzem novas drogas sintéticas. Assim, nota-se a complexidade técnica-jurídica para apreciação dos crimes relacionados às drogas.

Portanto, neste capítulo iremos fazer uma breve verificação do objeto de estudo do Direito Penal, além de buscar uma determinada compreensão sobre as definições o crime para melhor abordarmos a questão do uso das drogas no atual contexto social. Iremos ainda discorrer sobre as principais legislações relacionadas ao assunto, princípios bem como os atuais entendimentos jurisprudências.

2.1 Definições teóricas

Ao buscarmos compreensões sobre o trata o Direito Penal, podemos utilizar as definições de vários doutrinadores penais, dentre eles temos a definição de Nucci: “É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, com regra atinentes à sua aplicação”⁷⁸. De modo semelhante define Direito Penal o doutrinador Bitencourt (2016) “como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança”⁷⁹. Ainda sobre a definição de Direito Penal, buscamos outro doutrinador, Rocha:

⁷⁸ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. **Manual de Direito Penal Militar**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6259-3/cfi/6/24\[;vnd.vst.idref=chapter03\]!/4/70/2/2\[box4\]>](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6259-3/cfi/6/24[;vnd.vst.idref=chapter03]!/4/70/2/2[box4]>) acesso em 24 de abr. 2016.

⁷⁹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.36.

Ao Estado (e somente a ele) cabe a tarefa de definir quais, entre todas as condutas humanas, devem ser tidas como *criminosas* ou *contravencionais*, descrevendo-as e imputando sanções penais aos seus respectivos autores, mediante *normas de direito*.⁸⁰

Logo, a compreensão sobre o Direito Penal relaciona-se pela análise das próprias normas jurídicas, adotando doutrinas que melhor expliquem sobre sua composição e que ajudem no melhor entendimento sobre a sua aplicabilidade no caso concreto. As normas jurídicas, compostas por regras jurídicas e princípios, limitam a atuação do Estado para aplicação da lei penal, momento em que priva o indivíduo de determinados direitos e garantias pela prática delituosa⁸¹.

Deste modo, além de definir qual norma será aplicada, cabe verificar aquilo que a própria norma irá tutelar e quais são os interesses a serem defendidos, devendo esta análise incidir sobre fatores culturais, históricos, sociais ou aqueles que vão além do texto jurídico⁸². Diante de várias possibilidades de aplicações penais, os princípios vão ser de fundamental importância para definir qual norma deverá ser aplicada. Exemplo claro, temos a questão da irretroatividade da lei penal, como definido pelo art. 2º do Código Penal⁸³ e questão abordada por Capez, como princípio que não permite a lei retroagir, a menos que seja para beneficiar o réu, sendo apenas para às normas de matéria penal⁸⁴. Assim, sobre a incidência de mais de uma lei penal, valerá aquela em que os princípios poderão melhor se aplicar.

Em determinados momentos os princípios podem revelar normas que não estão expressas na lei tornando ampla e diversa sua aplicabilidade. Logo, quando ocorra a colisão entre normas é necessário verificar aquela que terá precedência, utilizando como critério aquele princípio ou regra que tutele os bens jurídicos de maior peso ou importância, sem necessariamente descartar o que possuir menor peso⁸⁵.

⁸⁰ ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. **Direito Penal Militar: teoria crítica & prática**. São Paulo: Metodo, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 24 abr.16.

⁸¹ SILVA, Ivan Luiz. Princípios como normas jurídicas. In: SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 15-76.

⁸² SILVA, op. cit., p. 15-76.

⁸³ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 24 abr. 2016.

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 24 abr.2016.

⁸⁵ SILVA, Ivan Luiz. Princípios como normas jurídicas. In: SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 15-76.

Com a Constituição Federal de 88, muitas garantias individuais, direitos fundamentais foram assegurados aos cidadãos brasileiros, mesmo que não fossem expressamente previstos na constituição. Dentre os princípios mais relevantes relacionados ao Direito Penal podemos destacar o princípio da legalidade ou da reserva legal, com previsão expressa na Constituição, conforme art. 5º, inciso XXXIX e inserido também no Art. 1º do Código Penal, estabelecendo que não existe crime sem lei anterior que o defina, sendo portanto a base para aplicação do Direito Penal.

Acerca dos princípios, destacam-se o Princípio da Fragmentariedade, o qual o Estado só deverá intervir nos casos de maior gravidade contra os bens jurídicos tutelados; o Princípio da Intervenção Mínima, o qual o Estado, por intermédio do Direito Penal, atuará somente em último caso (*ratio regis*); o Princípio da Ofensividade, devendo a conduta ofender gravosamente o bem jurídico ou apresentar à ele um perigo concreto; o Princípio da Insignificância, não podendo o Direito Penal, com o *ius puniendi* do Estado intervir em situações em que não há danos suficiente ou considerável ao bem jurídico; Princípio da Proporcionalidade da pena, não podendo o indivíduo ser penalizado em um grau superior as consequências do fato que cometeu. Todos estes princípios funcionam como limitadores do poder punitivo do Estado, garantidos pela atual conjuntura do Direito Penal que se encontra inserido em um Estado Democrático de Direito⁸⁶. Assim, destacou Bitencourt:

O Estado não pode — a não ser que se trate de um Estado totalitário — invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc⁸⁷.

No Direito Penal, sobre a ótica de Busato (2015, p. 15), ao tratar-se dos bens jurídicos, “é possível afirmar que a missão do Direito Penal é a realização do controle social do intolerável. Ademais, que a identificação do que é intolerável passa pela existência de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade”⁸⁸.

Neste controle social do intolerável, ao indicar o que seria o ataque grave ao bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade, o Direito Penal identifica o que não é permitido e atribuí a aquela ação/omissão desautorizada uma penalidade, cujo propósito em regra, é evitar a repetição desta conduta. No entanto, esta

⁸⁶ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42-71

⁸⁷ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

⁸⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 15.

legitimidade dada ao Estado para punir os indivíduos infratores, deverá estar pautada numa série de princípios e regras para que a pena cumpra a sua finalidade de forma precisa e razoável.

O problema em questão é identificar qual bem jurídico tem maior importância ou relevância. Sendo que, de um lado, temos todos os direitos e garantias do indivíduo, mesmo que cometa algum delito e do outro lado todo o aparato jurídico que permita privar, ao menos em parte, esses mesmos direitos e garantias, com a aplicação das sanções penais previstas. Assim, temos o importante papel dos princípios, atuando junto com as normas jurídicas. Carece, no entanto, compreender o que se define por crime, situação esta que permite ao Estado sancionar o indivíduo.

Sendo o Direito Penal o instituto jurídico responsável por definir as infrações penais e as suas respectivas penas, seria imprescindível tecermos algumas ponderações sobre o que seria o seu principal objeto de análise, o crime. Dentre os vários conceitos de crime elencados por Bitencourt (2016, p. 273), o crime, no seu conceito material, representa um dano ou perigo para um determinado bem jurídico enquanto no seu conceito formal é a ação ou omissão proibida por lei, cujo descumprimento sujeita o autor desta ação/omissão à determinada pena.

Podemos ainda identificar na doutrina, que o crime deve possuir alguns requisitos para se configurar, logo será crime aquilo que abranger o fato típico, antijurídico e culpável. Fato típico, conforme conceituação de Capez, é o fato material que se amolda aos elementos constantes no modelo previsto na lei penal⁸⁹. Antijurídico ou como preferem vários autores, a ilicitude, é a ação contrária ao ordenamento jurídico. Por culpabilidade entende-se pela possibilidade de responsabilizar o autor, atribuindo à ele uma censura e um juízo de reprovação pela conduta ilícita praticada. Alinhados todos estes fatores, ocorrerá a punibilidade, isto é, a possibilidade jurídica de o Estado impor as condições penais estabelecidas na lei.

Frente ao que foi exposto, demonstra-se que a aplicabilidade do Direito Penal ao caso concreto não está condicionada apenas a lei, aplica-se também uma gama de princípios, bem como, para que ocorra o crime deverá ser preenchida uma série de requisitos que nem sempre estão detalhados de forma clara e evidente na própria lei. Ademais, o Direito

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 27 fev.2017

Penal visa garantir a tutela de certos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento da vida em sociedade, tornando punível pelo Estado as condutas que trazem risco ou um juízo de reprovação na vida social. Sobre todos estes aspectos, será feita uma abordagem dos crimes relacionados às drogas no novo contexto do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas.

2.2 Do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas

Implantada ainda no governo militar, a lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, durou até o ano de 2006, dispondo de uma política de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, que diferente do Código Penal Militar, já havia tipificado o crime de porte para uso próprio separado do crime de tráfico. Ainda sobre a antiga lei de drogas, havia previsão de pena restritiva de liberdade para o “usuário” de drogas, podendo pegar de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e ainda ser obrigado ao pagamento de multa, conforme o seu art. 16, enquanto o crime de tráfico já recebia uma pena mais rígida, podendo o autor pegar de 3 (três) a 15 (quinze) anos, conforme seu art. 12, evidenciando o seu caráter repressivo para ambos os casos, em um contexto que buscava a segurança pública.

Instituída nova lei de drogas, a lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, logo na parte introdutória é possível verificar a mudança na política nacional de combate às drogas, constando o texto a seguir: “prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências”⁹⁰. Logo, quanto ao uso indevido são estabelecidas medidas preventivas, de atenção e reinserção dos usuários e dependentes, cabendo a repressão apenas ao tráfico e a produção ilícita de drogas. Ainda no artigo 4º da nova lei de drogas é possível notar no seu rol de princípios a atenção e o respeito aos direitos fundamentais, a autonomia e à liberdade da pessoa humana. Deste modo o tratamento dado ao usuário de drogas se adequou, de certo modo, às garantias constitucionais e aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

⁹⁰ BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Insitui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 22 mar. 2016.

Sobre o que dispõe o crime de porte de drogas para uso próprio, nota-se a inexistência de penas restritivas de liberdade. Ainda seria difícil classificar todas as penas do referido crime como restritivas de direito. Mesmo a multa é aplicada apenas quando não forem cumpridas as medidas educativas. Assim, verifica-se que as penalidades não possuem um teor repressivo por serem extremamente brandas, mas apresentam um teor meramente educativo, sendo a questão encarada como um problema de saúde pública e não mais de segurança pública. Entende-se atualmente que o crime de porte de drogas para uso próprio foi despenalizado, como podemos verificar no julgado abaixo:

1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão ‘reincidência’, também não se pode emprestar um sentido ‘popular’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 5. **Ocorrência, pois, de “despenalização”**, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não **implicou abolitio criminis** (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado⁹¹. (Grifo nosso)

Sendo então a conduta despenalizada seria incabível pensar em prisão em flagrante, no entanto caberia a adoção de procedimento penal específico, tal como o autor do fato seria encaminhado imediatamente ao juízo competente ou na falta deste assinar o termo circunstanciado, assumindo o compromisso de comparecer posteriormente em juízo. A conduta seria apreciada nos Juizados Especiais Criminais, na forma do artigo 76 da lei nº 9.099/95. Assim estabelece o artigo 48, § 2º e § 5º da lei de drogas:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.
(...)

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário-430.105/RJ. 1ª Turma. Despenalização crime de uso de drogas. Relator. Min. Sepúlveda Pertence, DF, Brasília, 27 abr 2007.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

(...)

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Ressalta-se que todo material apreendido deverá ser periciado para constar em laudo técnico a natureza da droga bem como quantidade, sendo esta última um dado importante para determinar se a conduta tinha por finalidade o tráfico ou uso próprio da droga. Quanto à natureza da droga, a própria lei 11.343/2006, vinculou a portaria da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde de nº 344, de 12 de maio de 1988, para classificar quais são as drogas psicotrópicas ilícitas, conforme o artigo abaixo:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Esta previsão legal relaciona-se não só as substâncias base para preparação das drogas já conhecidas, como também abrange possíveis substâncias precursoras, levando em consideração a modernização dos laboratórios e nos métodos cada vez mais eficientes para criação de novas substâncias entorpecentes e psicotrópicas por intermédio de substâncias sintéticas ou com efeitos semelhantes. Além da abordagem sobre a lei de drogas, faz-se indispensável uma abordagem de sua interpretação por intermédio dos princípios do Direito Penal.

2.3 Lei de drogas interpretada segundo os princípios

A lei tipificou o porte de drogas para uso próprio, com o intuito de tutelar como bem jurídico a saúde do indivíduo. Formalmente o ato de portar a droga para este fim seria crime. No entanto se a quantidade for ínfima, de modo que não fica evidente o perigo à saúde do agente, pode-se considerar a questão como atípica do ponto de vista material, já que pela ínfima quantidade o ato não traria dano ao bem tutelado, assim a lei de drogas poderia ser interpretada segundo o princípio da insignificância. Alinhando ainda ao princípio da proporcionalidade da pena, quando tonar-se nítida a falta de proporção da conduta realizada

bem como o resultado que dela adveio comparado com as suas consequências penais⁹². Deste modo, ilustra-se o entendimento com HC 110475/SC, caso em que se aplicou o princípio da insignificância:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.⁹³

Na aplicação do princípio da insignificância deverão ser seguidos alguns critérios, definindo primeiramente quais são os bens jurídicos tutelados relevantes para o caso da conduta em questão. Em seguida, será aplicado o princípio se ocorrer à atipicidade da conduta, quando não possui relevância material. Poderá ainda ser aplicado o princípio da ofensividade, se na análise das consequências da conduta, não gerar dano suficiente ao bem jurídico tutelado. Assim, resumiu no entendimento jurisprudencial o relator Dias Toffoli do STF sobre os quatro requisitos para aplicação do princípio da insignificância “i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica”.

Os critérios para adoção do princípio da insignificância deverão analisar cada caso, suas especificações e consequências, não se limitando apenas as questões genéricas trazidas pela lei, devendo ser colocadas em análise questões culturais, econômicas, históricas e sociais que poderão dar relevância a conduta analisada. Deve haver o cuidado para aplicação do princípio da insignificância, para que não ocorra a insegurança jurídica. Podendo haver casos em que o dano causado em determinado bem jurídico possa ser variável para cada

⁹² SILVA, op. cit., p. 157-163.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110475/SC**. Relator: Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 fevereiro 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110475%2ENOME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfzoney>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

situação⁹⁴. Ao tratarmos de drogas, a natureza de cada uma delas pode determinar efeitos variados bem como dependência e efeitos colaterais de diferentes graus, independente da quantidade. Apesar de no caso anterior o fato narrado não ter constituído crime pela aplicabilidade do princípio da insignificância, os tribunais têm mantido opinião contrária a este entendimento, conforme caso abaixo:

PENAL. ARTIGO 28, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA QUE INADMITIU O PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO MINISTERIAL – REFORMA DA DECISÃO ATACADA – CONDUTA MATERIALMENTE TÍPICA – REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.

A pequena quantidade de substância entorpecente é característica do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006). A tipicidade penal não está afastada. O STF e o STJ têm entendimento firmado pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos usuários de drogas. O escopo da norma é o tratamento do dependente químico enquanto ele não representa uma ameaça social. (Precedentes).

Recurso provido para reformar a sentença atacada, determinando-se o regular prosseguimento do feito⁹⁵.

Neste acórdão, entendeu a turma criminal que a pequena quantidade é característica típica do artigo 28 da lei de drogas, se fosse diferente o crime a ser enquadrado seria o de tráfico, conforme artigo 33 da mesma lei. A referida turma ainda argumenta que a finalidade do artigo 28 é o tratamento do dependente quando ele não representa ameaça social, desta feita não houve falta ou interesse de agir do Estado na possibilidade de aplicar a sanção penal prevista. Em outro caso no STF podemos observar:

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS. MACONHA. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E AUTOLESÃO. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. VALIDADE DO DEPOIMENTO DO POLICIAL MILITAR. 1. A posse de entorpecentes para uso próprio configura a conduta ilícita prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, independentemente da quantidade apreendida, por afetar o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública, não configurando hipótese de autolesão ou de aplicação do princípio da insignificância. 2. Não havendo elementos que desabonem o depoimento do policial, mostra-se apto para embasar o édito condenatório. RECURSO IMPROVIDO. No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, alega-se violação ao art. 5º, X, da Constituição. Busca-se, em suma, a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes, pendente, ainda, a análise de mérito, concluiu pela existência de repercussão geral da matéria versada nestes autos (Tema 506), em entendimento assim sintetizado: Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Ante o exposto, determino a remessa dos autos ao

⁹⁴ SILVA, op. cit., p. 93

⁹⁵ BRASIL. 1ª Turma Criminal. **Acórdão n. 932131/DF**. Relator: Romão C. Oliveira. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 abril 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 328 do RISTF. Publique-se. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente⁹⁶

No caso em questão, verifica-se o entendimento que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e não a saúde do indivíduo que alega autolesão, condição esta última que não poderia configurar-se como crime, por não haver previsão legal, no entanto abre-se a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, uma vez que pune o direito do indivíduo de tomar suas próprias decisões com relação ao seu corpo, interferindo no seu direito à intimidade, à liberdade e à privacidade. O próprio Ministro Gilmar Mendes, no Supremo Tribunal Federal votou pela inconstitucionalidade do referido artigo, entendendo que a criminalização estigmatiza o usuário de drogas dificultando as medidas de prevenção e redução de danos, além de infringir o direito constitucional à personalidade, cabendo a cada indivíduo a decisão de colocar em risco a própria saúde.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal - **ARE: 998869 RS** - RIO GRANDE DO SUL 0265180-13.2016.8.21.7000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-032 17/02/2017.

3 ABORDAGEM DO DIREITO PENAL MILITAR APLICADO AOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS

A profissão militar, pela sua natureza, destoa-se das demais. Nela exigem-se valores e deveres característicos, como o patriotismo, culto aos símbolos nacionais, a disciplina, o respeito à hierarquia e o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens. Conforme traduz o estatuto dos militares, o dever do militar está vinculado à pátria e ao seu serviço, compreendendo essencialmente e principalmente “a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida⁹⁷.” Além disso, a profissão militar exige uma dedicação exclusiva e permanente, devendo os profissionais estarem disponíveis vinte e quatro horas por dia, sem receber horas extras ou qualquer outra compensação financeira pelo trabalho excedente, diferente do que prevê a legislação trabalhista. O risco também é outro fator que acompanha o serviço militar, paralelamente a uma constante preocupação com o preparo técnico, físico e psicológico. Não são poucos os momentos em que os militares são submetidos a uma série de exames médicos, de aptidões técnicas e de vigor físico, cujos resultados são condicionantes para permanência no serviço ativo ou designação para atividades específicas.

Talvez nenhuma outra condição possa ser tão peculiar quanto à sujeição a preceitos rígidos da hierarquia e disciplina, que limitam a forma de agir dos militares, que mesmo estando em condições extremas e desejando fazer o diverso, devem acima de tudo cumprir as suas ordens e com seu dever. Diante destas condições específicas, a forma como os militares podem ser responsabilizados pelas suas ações ou condutas se diferenciam e muito da forma em que possam ser responsabilizados os cidadãos civis. Logo, do ponto de vista jurídico, prima-se por uma abordagem conceitual do Direito Penal, diferenciando em alguns aspectos o Direito Penal comum.

3.1 Definições teóricas do Direito Penal Militar

Os bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal Militar são diferentes, ao compararmos com o Direito Penal Comum. Como analisa Alves-Marrero os bens jurídicos penais militares são os “direitos do Estado e de seus órgãos especiais: as

⁹⁷ BRASIL. **Lei Ordinária 6.880/1980, de 09 de outubro de 1980.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm> acesso em 03 out. 2016. Art. 27 e 31.

instituições armadas”, os bens jurídicos particulares se desvalorizam em relação ao interesse estatal ou institucional que protege a lei penal militar⁹⁸. Ainda sobre a definição de Direito Penal Militar, podemos verificar uma citação na obra de Freitas, também um doutrinador na área penal militar:

Segundo eminente estudioso do Direito Penal Militar nacional, Direito Penal Militar é a “parte do Direito Penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade, normas essas jurídicas positivas, cujo estudo ordenado e sistemático constitui a ciência do Direito Penal Militar”⁹⁹.

A legislação castrense visa manter a estrutura militar e sua gestão disciplinadora, evitando prejuízos pelo afrouxamento da autoridade e da disciplina em tempos de guerra ou em períodos de extremas dificuldades. Desta forma os recursos humanos das Forças Armadas organizam-se com objetivos de resguardar interesses acima da individualidade, buscando primeiramente o interesse de um coletivo, seja do próprio grupo militar ou da sociedade como um todo. Assim posicionam Bortolli, Duarte e Freitas:

Quando um militar deixa de cumprir a ordem legal de seu superior, não atinge apenas a dignidade funcional de quem lhe comanda, mas faz estremecer todo o edifício castrense, permeado visceralmente, pelos princípios da disciplina, hierarquia, ética e pundonor militares, dentre outros, que gravitam na administração militar¹⁰⁰.

Destarte, não é por acaso que o ordenamento jurídico militar atua de forma severa. A própria Constituição Federal faz várias ressalvas, possibilitando a Justiça Militar precedência frente a determinadas garantias individuais, diferente do que ocorreria na Justiça Comum. Deste modo, possui previsão legal na Carta Constitucional a hipótese que autoriza a aplicação da pena de morte, conforme seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, salvaguardando tal medida em caso de guerra declarada, nos termos do Código Penal Militar que trata dos crimes no tempo de guerra.

Outra importante exceção dada à Justiça Militar está relacionada aos casos legais que autorizam a prisão do cidadão, com previsão na própria Constituição no art. 5º,

⁹⁸ ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, Guilher.; FREITAS, R. **Direito Penal Militar: Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Metodo, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/cfi/6/18>> acesso em 24 abr. 2016.

⁹⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto apud ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, Guilher.; FREITAS, R. **Direito Penal Militar: teoria crítica & prática**. São Paulo: Metodo, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 24 abr.16.

¹⁰⁰ BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo. **Memória Histórica do Ministério Público Militar: o Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial**. Brasília: MPM, 2012. p. 99.

inciso LXI, conforme o texto a seguir: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Novamente outra exceção, agora ao cabimento do *habeas corpus*, conforme § 2º do art. 142 da CF/88: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Tais exemplos conotam a importância da Hierarquia e Disciplina frente aos direitos individuais. Em alguns casos a organização da instituição militar prevê dispositivos legais e administrativos que permitem sancionar o ato atentatório à ordem ou à disciplina de forma imediata, conforme prevê o parágrafo único do artigo 57 do Código penal Militar:

Art. 57. A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação.

Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares.

Sobre os principais bens jurídicos que visam o Direito Penal Militar, temos a definição da hierarquia e disciplina, conforme o artigo 14 da lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, o Estatuto dos Militares:

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.

O Direito Penal Militar estará vinculado à estrutura organizacional das instituições militares, com base na hierarquia e disciplina. Se ao Estado cabe uma série de deveres para com os cidadãos, a execução destes deveres se dará por intermédio de suas instituições e os seus respectivos agentes. As instituições militares por sua vez, cuja missão constitucional, à luz do art. 142 da CF/88, “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” deverá atuar quando, na ineficiência de outras instituições, estiverem em risco a ordem pública e a

segurança nacional, conferindo aos agentes militares poderes limitados às ordens que lhes são dadas pelas autoridades competentes, conforme a sua estrutura hierárquica, bem como pelas leis e regulamentos que, segundo a disciplina, lhes são tão caros, evitando assim excessos e ainda mais desordens no frágil contexto ao qual devem atuar os militares.

Assim, algumas das garantias individuais dos militares são precedidas pelo dever legal, bem como pela hierarquia e disciplina para que o Estado possa atuar mesmo em condições caóticas. Se ao militar couber, por imposição do dever, garantir a segurança de determinada instalação, se por qualquer motivo ele colocar em risco aquela instalação deverá responder pelos possíveis danos causados e ainda pela falha no cumprimento do seu dever. Outro exemplo quando o militar que tem por dever proteger, salvar ou resgatar vidas humanas, que se depara com um prédio em chamas, e no exercício de sua função não executa nenhuma medida razoável para salvar alguém, deverá responder por suas omissões. Do mesmo modo deverá ser responsabilizado o militar que deva zelar pelo seu preparo, para melhor atuar em situações críticas, quando deixar de realizar seus treinamentos ou de comparecer às suas instruções de rotina, por mera comodidade. Deste modo, a severidade das punições bem como o rigor ao qual se submetem os militares tornam-se necessários para garantir o cumprimento dos deveres ao qual lhes são impostos.

Verifica-se que os bens tutelados na esfera militar são aqueles que buscam os interesses das instituições militares e do próprio Estado, podendo ainda ocorrer à prática de crimes que venham atingir aqueles bens elencados tanto pelo Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum¹⁰¹. Logo, os critérios para definir o crime próprio militar podem ser aquelas condutas vinculadas à própria lei específica em que o militar na sua condição inerente a comete. Quanto à aplicação dos seus crimes impróprios, que quaisquer pessoas podem cometer, deve-se ainda verificar as condições de espaço e tempo, como no caso de uso, posse e tráfico de drogas no meio militar, só se configuraria como crime militar se assim ocorresse em área sobre jurisdição ou administração militar, bem como em missão, serviço ou situação peculiar à atividade militar.¹⁰²No próximo tópico, tomando como base que o foco do Direito Penal Militar incide sobre bens jurídicos próprios da instituição militar, será feita uma abordagem sobre os crimes relacionados às drogas em local sujeito a administração militar ou ainda em exercício da atividade militar.

¹⁰¹ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Militar**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p. 07.

¹⁰² LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Militar**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p. 15.

3.2 Direito Penal Militar aplicado aos crimes relacionados às drogas

No contexto de criação do Código Penal Militar, vislumbrava-se a segurança nacional, com a política de combate as drogas definindo o uso de substâncias entorpecentes como um problema de segurança pública e não como saúde pública, conforme estabelece a nova lei de drogas. O que se pretendia era evitar, com o texto normativo do artigo 290 do CPM, a livre circulação dessas substâncias, em local sob administração militar ou durante as atividades de natureza militar, sendo incompatíveis à hierarquia e a disciplina.

Analisando o título ao qual o artigo 290 do Código Penal Militar (CPM) ¹⁰³ está abarcado, identifica-se que seu texto normativo está relacionado aos crimes contra a incolumidade pública, especificamente contra a saúde, dando o entendimento que o legislador buscava a isenção de perigo ou dano, seja contra as pessoas e contra ao patrimônio, ao tipificar a conduta. Assim, para o legislador, o militar de serviço ou missão, cujo principal objetivo é garantir a segurança das pessoas, instalações e/ou materiais, o qual possa empregar equipamento bélico, conduzir veículos ou aeronave, deverá estar imune de qualquer substância entorpecente que possa alterar sua percepção de realidade ou lhe causar qualquer alteração psicossensorial. Logo, o bem tutelado não é apenas a saúde pública, como podemos ver no entendimento jurisprudencial abaixo:

APELAÇÃO. DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE. INAPLICABILIDADE. SÚMULA Nº 14 DO STM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO APLICAÇÃO. CONCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTE E AGRAVANTE. PREVALÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. Esta Corte Castrense tem entendimento pacífico no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos perpetrados em local sujeito à Administração Militar. **A inadequação da bagatela justifica-se porque os efeitos do uso das drogas comprometem, além da saúde pública, a integridade física do indivíduo. Esses efeitos no organismo de um soldado, mesmo em quantidade pequena, podem acarretar danos incomensuráveis às Forças Armadas.** Por igual, impossível o reconhecimento do princípio da alteridade, porquanto a **conduta do ex-soldado efetivamente atinge bens consistentes na regularidade das Forças Armadas e na saúde pública.** A especialidade da norma processual castrense se sobrepõe às regras de procedimentos previstas na legislação ordinária, ainda que mais favoráveis ao agente, consoante o enunciado nº 14 do STM. Concernente à aplicabilidade da atenuante da confissão espontânea, o CPM, diferenciando-se do comum, exige que a autoria delitiva seja ignorada ou imputada a outrem, o que não ocorreu na hipótese. O art. 75 do CPM estabelece que, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, entende-se como preponderantes as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. A menoridade do réu é circunstância relativa à personalidade do agente, enquanto o

¹⁰³BRASIL. Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. acesso em 23 abr. 2016.

fato de estar em serviço não se relaciona a nenhuma das circunstâncias preexistentes, de sorte a aquela prevalecer sobre esta. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.¹⁰⁴(grifo nosso)

Importante ressaltar o entendimento da súmula nº 14 do STM que afasta a aplicação da nova lei de drogas, apensar de mais benéfica que o artigo 290 do CPM, conforme texto a seguir: "Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União".

Ainda no texto do artigo 290 do Código Penal Militar, nota-se a preocupação do legislador em abranger uma série de ações correlacionadas às substâncias que possam determinar a dependência física ou psíquica em lugar sujeito à administração militar. Além de evitar um possível dano à saúde de qualquer cidadão, principalmente à dos militares, o legislador se preocupou em evitar a circulação de substâncias que de certa forma pudessem incapacitar os militares, ou reduzir suas capacidades, seja pelo efeito da própria droga ou da abstinência quando o militar encontrar-se isolado em atividades, serviço ou missões.

A existência dessas infinitas variações de condutas envolvendo a matéria a ser criminalizada nos crimes contra saúde, como estar de posse, usar, transportar, ter em depósito, entre vários outros verbos que possam acompanhar o substantivo entorpecente, o texto penal trás como consequências a mesma sanção penal para todas as condutas elencadas neste artigo. Contudo, há interpretação na justiça comum que determinada conduta poderá ser mais grave que outra tal como vender ou fornecer, que está tipificado como crime de tráfico de drogas, conforme art. 33 da lei nº 11.343/06 - Lei de Drogas¹⁰⁵.

Nota-se que a legislação penal militar não acompanhou as mudanças políticas e sociais, principalmente com o advindo da Lei nº 11.343/06 - Lei de Drogas¹⁰⁶, que diferente do Código Penal Militar diferencia os crimes de tráfico dos crimes de uso de entorpecentes. Assim, o tráfico de entorpecentes, crime equiparado aos crimes hediondos

¹⁰⁴ BRASIL. 5ª CJM. **Apelação nº 102-65.2014.7.09.0009/MS**. Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 abril 2016. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=tr%EFfco+de+drogas&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=2&f=G§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Insitui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 23 abr. 2016.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> **acesso em 03 abr. 2016.**

conforme Lei nº 8072/90¹⁰⁷, possui pena desproporcional na legislação militar, que no mesmo texto penaliza o usuário e traficante com reclusão de até 5 (cinco) anos.

Paralelamente as penas elencadas no artigo 290 do Código Penal Militar, o oficial ou às praças que forem condenadas à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois anos) poderão perder o posto ou serem excluídos a bem da disciplina, conforme estabelecem os artigos 120, inciso I e artigo 125, inciso I, todos do Estatuto dos Militares, nos termos abaixo:

Art. 120. Ficarà sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o mesmo, o oficial que:

I - for condenado, por tribunal civil ou militar, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos;

(...)

Art. 125. A exclusão a bem da disciplina será aplicada *ex officio* ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial ou às praças com estabilidade assegurada:

I - quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, ou Tribunal Civil após terem sido essas praças condenadas, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos ou, nos crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado, a pena de qualquer duração¹⁰⁸;

Além da condenação da pena restritiva de liberdade, os militares não estabilizados poderão ser excluídos a bem da disciplina, muitos deles os quais poderão estar cumprindo o alistamento obrigatório, conforme estabelece o artigo 143 da CF/88, não irão receber o seu certificado de alistamento militar e sim o certificado de dispensa de incorporação com o motivo da dispensa¹⁰⁹. Tais documentos comprobatórios são exigências para os homens realizarem matrículas em instituições de ensino, tomar posse em cargos públicos e bem como assinar a carteira de trabalho por determinados empregadores. Assim, ao contrário da política da nova lei de drogas, a condenação pelo artigo 290 do CPM dificultaria a reinserção social do usuário e do dependente.

Na legislação comum o porte para uso de drogas já foi despenalizado, mas para a legislação castrense a referida conduta é punida com rigor, podendo o autor do delito ser condenado à pena de 1 a 5 anos de reclusão, mesma pena para aquele que cometa o crime de lesão corporal, no ordenamento jurídico comum, conforme artigo 129, § 1º do Código

¹⁰⁷ BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em 10 jan. 2015.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei Ordinária 6.880/1980, de 09 de outubro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm> acesso em 03 out. 2016.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm> acesso em 28 mar 2017.

Penal¹¹⁰. Observa-se que no caso abarcado pela legislação castrense, sobre o crime contra a incolumidade pública, o que é punido é o risco abstrato, ou seja, apenas a possibilidade de colocar alguém ou algo em risco, já no segundo caso pune-se aquele que causou um dano concreto à integridade física de alguém. Analisado o texto normativo, será feito no próximo tópico uma abordagem principiológica sobre o assunto em questão.

3.3 O artigo 290 do CPM interpretado segundo os princípios

O Código Penal Militar surgiu bem antes da Constituição Federal de 88, apesar de ter sido recepcionado pela Carta Magna, é possível notar que a maior parte dos princípios constitucionais não precedem a especialidade do Direito Penal Militar, prevalecendo o texto normativo, em especial quando se tratar do artigo 290 do CPM.

Segundo o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, com previsão na Constituição Federal e ainda no § 1º do artigo 2º do CPM, a lei 11.343/06 por ser mais benéfica ao usuário de drogas que o artigo 290 do CPM, deveria incidir nos casos de porte de drogas para uso próprio em local sujeito à administração militar ou ainda quando em atividade de natureza militar. No entanto, podemos ver que o princípio da especialidade da lei militar prevalece, conforme ilustrado em jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO. DEFESA. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. DOLO COMPROVADO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. 1. Configura-se o dolo em violar um dos núcleos do art. 290 do CPM quando o Réu, em Juízo, declara, livre e conscientemente, trazer a droga consigo, no interior do quartel, sabendo tratar-se de Cannabis Sativa Linneu (maconha). 2. A Lei nº 11.343/06 é incompatível com a matéria disciplinada no artigo 290 do Código Penal Militar, plenamente recepcionado pela Constituição de 1988, sendo que o critério adotado, neste caso, é o da especialidade e não o da retroatividade da lei penal mais benéfica. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime¹¹¹.

Elencada várias condutas no artigo 290 do Código Penal Militar, ao ser analisada no caso concreto a sua aplicação, podemos notar a desproporção nas penas para aqueles que portam substâncias entorpecentes para uso próprio com aqueles que vendem ou fornecem. Esta desproporção, que permite a mesma aplicação de penas para o “usuário” e

¹¹⁰ BRASIL. Decreto lei nº 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 11 mar. 2017.

¹¹¹ BRASIL. STM - AP: 00001842720147110111 DF, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 02/02/2016, Data de Publicação: Data da Publicação: 24/02/2016 Vol: Veículo: DJE

“traficante” também ocorre ao tratarmos de quantidades ou até mesmo do tipo de substâncias entorpecentes envolvidas no caso concreto.

Em síntese, o legislador tenta garantir a tutela dos bens jurídicos, descrevendo a conduta criminosa de forma abstrata e genérica, de modo a abranger um leque de variações de condutas que podem prejudicar os bens jurídicos à serem tutelados, tornando uma série de condutas materialmente insignificantes em condutas relevantes sobre ponto de vista formal, apenas por estarem mencionadas no texto penal.¹¹²

Novamente o exemplo da temática abordada, sobre o uso de drogas, que a depender da quantidade e qualidade da mesma, poderia ser possível à aplicação do princípio da insignificância. Entende-se que o fato em questão, traria danos mínimos ou ainda não poderia causar, em tese, qualquer dano ao bem jurídico tutelado, o qual seria à saúde pública ou do próprio indivíduo. Logo se esse mesmo agente utiliza esta mesma droga em área militar, os bens tutelados podem ser outros além da própria saúde do indivíduo, podendo ser questionada a aplicação do princípio da insignificância, como se pode notar na jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO. TRÁFICO. ART. 290 DO CPM. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. 1. Inaplicável o princípio da Insignificância aos delitos de posse de entorpecente em local sujeito à Administração Militar, uma vez que a posse de qualquer quantidade dessas substâncias pelo militar atenta contra os princípios constitucionais basilares da Hierarquia e da Disciplina militares. 2. O art. 290 do CPM está em conformidade com os princípios constitucionais da Hierarquia e da Disciplina, tendo sido recepcionado pela Carta Magna de 1988. 3. A Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) não derogou o Código Penal Militar, em especial o artigo 290, por ser esta legislação especial. Recurso não provido. Decisão unânime¹¹³.

Um dos aspectos levantados em que podemos fazer um paralelo com 11.343/06 - Lei de Drogas¹¹⁴ é a não aplicação da Lei nº 9.099/95¹¹⁵ que trata sobre os juizados especiais, conforme entendimento sumulado no nº 9 STM "A Lei nº 9.099, de

¹¹² SILVA, op. cit., p. 77.

¹¹³ BRASIL. STM - AP: 00001005520137050005 PR, Relator: Odilson Sampaio Benzi, Data de Julgamento: 03/12/2014, Data de Publicação: Data da Publicação: 12/12/2014 Vol: Veículo: DJE

¹¹⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 23 abr. 2016.

¹¹⁵ BRASIL. Lei ordinária nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> acesso em 24 de abr. 16,

26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União." Em tese a decisão afasta dos cidadãos militares que cometerem conduta de pequena lesividade o benefício desta lei, reafirma-se novamente a especificidade do Direito Penal Militar, com o possível prejuízo dos princípios da proporcionalidade e da isonomia¹¹⁶. O julgado abaixo confirma o entendimento sobre a especialidade da lei penal, indicando que qualquer lesão aos princípios basilares da hierarquia e da disciplina não se enquadram como conduta de pequena lesividade:

APELAÇÃO. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INAPLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, DA PROPORCIONALIDADE E DOS PRECEITOS DAS LEIS Nº 9.099/95 E 11.343/2006. AVENTADA INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. PROVA ILÍCITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. Descabe falar, com fundamento no princípio da proporcionalidade, da não aplicação do art. 290 do CPM aos jovens soldados prestadores de serviço militar obrigatório, pois notória é a repercussão negativa do uso de drogas na Caserna, no que diz respeito à própria operacionalidade da tropa e à preservação dos princípios basilares da hierarquia e da disciplina. A aplicação do princípio da insignificância deve observar, em cada caso concreto, quatro vetores, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Hipótese em que a conduta do Apelante nem de longe responde às exigências desses prefalados vetores, não cabendo a aplicação do princípio da insignificância com o mote de desfigurá-la em sua tipicidade material. Ainda que se deva admitir que as Convenções de Nova Iorque de 1961 e de Viena de 1988 buscam conferir tratamento diferenciado ao usuário e ao traficante de drogas, imperioso é reconhecer também que não deixam de criminalizar as condutas de um e de outro, não se podendo, pois, no ponto, sustentar qualquer "inconvencionalidade" da parte do artigo 290 do CPM por também assim o fazer. Embora se deva reconhecer também que o artigo 290 do CPM confere tratamento mais rigoroso ao usuário de drogas do que aquele previsto na Lei nº 11.343/06, tanto não significa qualquer "inconvencionalidade" com as referidas Convenções, em face de tratar-se de norma especial direcionada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna, os quais são obviamente distintos daqueles previstos na órbita civil da sociedade. A Lei nº 11.343/2006 possui caráter geral, não tendo, pois, o condão de revogar um preceito contido em lei especial, vale dizer, o artigo 290 do Código Penal Militar (princípio da especialidade). **O Superior Tribunal Militar já assentou o entendimento de que não é cabível a sua aplicação no âmbito da Justiça Militar da União, editando, inclusive, a Súmula nº 9, in verbis: "A Lei nº 9.099, de 26/9/95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União" (DJ 1 nº 249, de 24/12/1996).** O tipo penal do artigo 290 do CPM pode ser complementado pela Portaria SVS/MS nº 343/98, por ser esta norma de natureza técnica que trata das substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, situação que ocorria, inclusive, muito antes da edição da Lei nº 11.343/06. Delito recortado no artigo 290 do CPM que se encontra delineado e provado em todas as suas elementares, sem que existam, por outro lado, causas excludentes de qualquer natureza. Desprovimento do Apelo. Unânime¹¹⁷

¹¹⁶ LOUREIRO NETO, op. cit., p. 41.

¹¹⁷ BRASIL. STM - AP: 00000454720147090009 MS, Relator: Luis Carlos Gomes Mattos, Data de Julgamento: 06/10/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 28/10/2015 Vol: Veículo: DJE

Lembra-se que alguns crimes militares muito se assemelham com os crimes comuns, devendo, portanto receber, ao menos em tese, as mesmas consequência, à não ser que a condição militar seja justificativa suficiente para tornar mais rígida as sanções penais garantidas pela lei. Então, verifica-se quão lesivo representa o ato para as instituições militares e ao próprio Estado, ao considerar as consequências que um agente responsável pela manutenção da lei possa causar ao incidir na prática de conduta criminosa.

Os exemplos jurisprudenciais mostraram que na análise principiológica, prevalece o princípio da especialidade da lei penal, garantindo a aplicação do art. 290 do CPM quando o assunto é porte de drogas em área sob administração militar ou quando em exercício de natureza militar, mesmo que para uso próprio, ainda é incabível o princípio da insignificância ou qualquer outro que torne flexível a aplicação penal. Assim, os tribunais militares, bem como o STF, têm apresentado entendimento uníssono, precedendo as instituições militares com o entendimento que os bens jurídicos relacionados à hierarquia e disciplina prevalecem acima daqueles bem jurídicos relacionados ao indivíduo.

No próximo capítulo será feita uma conclusão de todo o trabalho, abordando todos os capítulos anteriores, tal como o contexto histórico, tratando da forma de atuação da Justiça Militar, sendo ainda realizadas diversas observações sobre a parte teórica, tanto sobre o Direito Penal Comum como o Direito Penal Militar, dando enfoque nos crimes relacionados às drogas.

CONCLUSÃO

Na sociedade brasileira a despenalização do porte de drogas para uso próprio já é realidade, conforme as novas políticas públicas da lei 11.343/06. Ressalte que já tramita no Supremo Tribunal Federal a discussão sobre possível legalização do uso de drogas. Desenvolvendo o trabalho frente a este assunto, foi possível compreender a questão da especificidade do Direito Penal Militar por intermédio da abordagem histórica, auxiliando na interpretação da norma jurídica no que tange aos costumes, sendo possível identificar como foi a estruturação das Forças Armadas bem como da Justiça Militar. Adotando a metodologia dedutiva, buscando compreender primeiramente o Direito Penal como premissa genérica e posteriormente o Direito Penal Militar, como premissa mais específica, ao abordar os institutos jurídicos aplicados aos crimes relacionados às drogas, foi possível identificar as principais leis, costumes, bens jurídicos tutelados, bem como os princípios penais mais adequados para melhor interpretação das normas jurídicas.

Como pode ser verificado, as Forças Armadas possuem um histórico próprio, desenvolvendo uma “cultura” peculiar, cujos objetivos, valores, princípios e tradições, em regra relacionados ao patriotismo, nacionalismo e ao próprio pundonor militar, diferem-se, muitas das vezes, daquilo que é cultuado pelos demais integrantes da sociedade. Por consequência, esta “cultura” própria permitiu as Forças Armadas a criação de um Direito específico e por sua vez uma Justiça própria.

Esta justiça específica permite que os próprios militares venham a compor os conselhos de sentença que serão responsáveis pelos julgamentos dos crimes militares juntamente com um juiz auditor. Salienta-se que na composição dos conselhos não é exigido de seus integrantes, até mesmo de seus Ministros militares que compõem a maioria no STM, o conhecimento técnico-jurídico, sendo necessários apenas alguns requisitos com relação ao posto e antiguidade, prevalecendo a experiência e os conhecimentos na área militar para o convencimento da maioria no conselho, para que seja proferida a sentença.

O Direito Militar e a Justiça Militar foram sendo organizados e construídos, ao longo de um processo histórico, sendo adaptados a cada contexto no Brasil. Este processo perdurou da chegada dos portugueses ao continente, abrangendo o processo de independência do país, o período Imperial com as inúmeras revoltas com participação de militares, a Proclamação da República, a era Vargas, a Segunda Guerra Mundial e o Governo Militar de 64. Ressalte que após este último momento histórico, pouco mudou na Justiça Militar e no

próprio Direito Militar, tendo em vista que as mudanças significativas no cenário jurídico vieram com a Constituição Federal de 88, a qual recepcionou grande parte do ordenamento jurídico militar, sendo a legislação castrense pouco atualizada posteriormente.

O atual ordenamento jurídico militar adveio num contexto histórico cuja principal preocupação do governo, bem como das Forças Armadas, era a segurança nacional, quando ainda surgia nos Estados Unidos à política repressiva de combate contra as drogas e o mundo se preparava para adotar políticas de controle dessas substâncias. O Brasil inicialmente adotou um tipo de política repressiva, penalizando inicialmente tanto o usuário quanto o traficante de drogas, como é possível perceber no texto do artigo 290 do CPM, quando o problema das drogas era tratado como uma questão de segurança pública.

Somente em 2006, com o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas que o problema foi tratado como uma questão de saúde pública. Assim, com a nova lei de drogas, o principal bem tutelado no crime de uso era a saúde pública ou a saúde do indivíduo, devendo o Estado agir de forma a prevenir o uso e de modo a ajudar na reinserção social do usuário ou dependente. Logo, não caberiam mais ações repressivas ao usuário, entendendo o ministro do STF Sepúlveda Pertence que sobre o porte para uso próprio de drogas ocorreu a despenalização.

Com o advindo da Constituição Federal houve a reafirmação das liberdades e garantias individuais. Com a aplicação do Direito Penal, no que tange principalmente aos crimes relacionados ao porte de drogas para uso próprio, sob a abordagem principiológica, nota-se que a justiça tem tratado a questão com certa flexibilidade, ao passo que tramita no STF votação para a descriminalização do uso de drogas. Três Ministros do STF já votaram à favor da *abolito criminis* do porte para o uso próprio de drogas, destacando o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, que pautou seu voto com base no direito à privacidade, à intimidade do indivíduo, inclusive, no seu direito de colocar em risco a própria saúde se assim for a sua decisão.

Nota-se que quando o crime relacionado às drogas é cometido em área sobre administração militar ou por militar durante a execução de qualquer atividade natureza militar, será aplicado o artigo 290 do CPM, sendo o crime julgado na justiça especializada. Verifica-se também a pouca flexibilidade no sentido de aplicar os vários princípios e garantias individuais, já que o artigo 290 do CPM visa tutelar como bens jurídicos a hierarquia e disciplina militar bem como aqueles bens jurídicos que vislumbram os interesses das

instituições militares. Neste sentido os tribunais apresentam entendimento uníssono de que o princípio da especialidade da lei militar prevalece sobre os demais, sendo incabível ainda o princípio da insignificância e da retroatividade da lei mais benéfica. Deste modo, a forma como é aplicada a lei nos crimes relacionados às drogas, coloca ainda mais em evidência a especificidade do Direito Penal Militar frente às mudanças sociais atinentes ao assunto.

Em síntese, na busca pelas justificativas que condicionam o Direito Penal Militar à aplicação da lei nos crimes relacionados às drogas, ainda que prevaleça na Justiça Comum a despenalização quanto ao porte de drogas para uso próprio, num possível contexto de descriminalização, nota-se a importância da interpretação das normas jurídicas, abrangendo os costumes próprios militares, desenvolvidos historicamente, com base na hierarquia e disciplina. Estes costumes militares ainda proporcionaram a criação de um direito específico, cujo estudo contempla princípios e bens jurídicos peculiares à vida militar. Ressalta-se a organização da Justiça castrense, com presença majoritária de militares na composição dos conselhos de justiça e STM, o que influencia diretamente nas decisões, quando a conduta criminosa é interpretada no tribunal segundo os costumes militares, sendo o conhecimento técnico-jurídico uma formalidade na condução dos julgamentos exigida apenas à figura minoritária do Juiz e dos Ministros Cíveis.

Diante tudo isso, a especificidade do Direito Penal Militar terá maior peso na interpretação da norma jurídica aplicada ao crime de porte de drogas para uso próprio quando for cometida sob jurisdição militar, priorizando os bens jurídicos caros às instituições militares e a coletividade, deixando em segundo plano as garantias e os direitos individuais, bem como o aparato principiológico que flexibilizam as sanções penais.

Na conclusão do presente trabalho é possível ainda realizar algumas inferências quanto aos problemas de natureza jurídica envolvendo o tema. Levando em consideração que o artigo 290 do Código Penal Militar tem como objetivo à incolumidade pública, ou seja, garantir a segurança de pessoas e patrimônio, de supostas consequências que possam advir das ações/omissões de um agente sob efeito de substâncias entorpecentes, que além de ser o responsável por esta segurança, porta consigo, manuseia ou ainda controla instrumentos bélicos e maquinários pesados, o texto normativo apenas impede a livre circulação da substância no meio militar.

Entende-se que fora do quartelamento, o militar quando não está exercendo atividade compatível com a profissão, está sujeito à lei de drogas, a qual despenalizou o crime

em questão. Verifica-se a ineficiência do art. 290 do CPM, pois sua norma apenas proíbe a circulação de quem porta, vende ou trafica em área sob administração militar, contudo não existe tipificação para as ações/omissões do agente que utiliza substância entorpecente fora de área sujeita a administração militar e que ao mesmo tempo não esteja envolvido na atividade castrense (salvo crime no art. 28 da lei de drogas) e posteriormente ou imediatamente desloca-se para área militar, exercendo atividade compatível com o serviço militar, ainda sob o efeito da droga. Se ao considerar que na atual discussão, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão do porte de drogas para uso próprio, fosse decidido pela descriminalização da referida conduta, os militares também poderiam ter livre acesso às drogas legalizadas, quando fora da competência militar, e com o atual ordenamento jurídico militar seria dificultoso impedir que estes agentes desempenhassem o seu trabalho livre dos efeitos dessas substâncias, colocando em risco a incolumidade pública, bem como os preceitos da hierarquia e disciplina.

Outro problema abordado refere-se ao pouco dinamismo do Direito Penal Militar, afinal grande parte de sua legislação é da década de 60, ocorrendo diversas transformações na sociedade brasileira até a atualidade. Apesar de o ordenamento específico tratar de questões referentes ao meio militar, muitos dos problemas que a sociedade enfrenta passam a ser também das Forças Armadas, devido ao alistamento militar obrigatório que proporciona uma constante incorporação de recursos humanos, ocorrendo assim uma representatividade social dentro dos quartéis. Logo, a legislação castrense não esteja preparada para lidar com os problemas sociais atuais. Podemos verificar um claro exemplo com relação ao tráfico de drogas, que ainda não é tratado com rigor na legislação militar, sendo atualmente considerado um crime hediondo na sociedade brasileira.

Conclui-se então que a especificidade do Direito Penal Militar possibilita que as Forças Armadas gerenciem seus recursos humanos em condições diferenciadas, as quais estão sujeitos os seus agentes, de modo a tutelar quase que prioritariamente a hierarquia e a disciplina, direcionando esses recursos conforme os objetivos das instituições militares. Contudo, esta especificidade de certo modo dificulta o Direito Penal Militar de se adaptar aos fenômenos da sociedade brasileira, exigindo-se uma ciência jurídica mais dinâmica e adequada, para que os problemas atuais possam ser lidados de forma mais eficiente e os infratores da lei possam ser sancionados de forma razoável.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. **Direito Penal Militar: teoria crítica & prática**. São Paulo: Metodo, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 24 abr.16.

ASSIS, J. C. D.; FREITAS, R. **Memória Histórica do Ministério Público Militar: o Ministério Público Militar e a primeira República**. Brasília: MPM, 2012.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTOLLI, Clauro Roberto de.; DUARTE, Antônio Pereira; FREITAS, Ricardo. **Memória Histórica do Ministério Público Militar: o Ministério Público Militar e as Forças Armadas na Segunda Guerra Mundial**. Brasília: MPM, 2012. p. 99.

BRASIL. 1ª Turma Criminal. **Acórdão n. 932131/DF**. Relator: Romão C. Oliveira. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 abril 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. 5ª CJM. **Apelação nº 102-65.2014.7.09.0009/MS**. Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 abril 2016. Disponível em:<<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=tr%EFflico+de+drogas&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=2&f=G§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição do Império**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 30 out. 16.

BRASIL. **COF 1891. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL DE 1891...** Disponível em < [https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/4ed91893cbdd0e10032569fa0074213f?OpenD](https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/4ed91893cbdd0e10032569fa0074213f?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed) > odocument&Highlight=1,&AutoFramed>. Acesso em 30 out. 16.

BRASIL. **COF 1934. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL DE 1934.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 09 mar. 17.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 abr. 16.

BRASIL. **Decreto do Executivo nº 4.346/2002, de 26 de agosto de 2002**. Aprova o regulamento disciplinar do exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm> acesso em 03 out. 2016.

BRASIL. **Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. acesso em 23 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto lei nº 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 11 mar. 2017.

BRASIL. **Lei de 18 de agosto de 1831**. Crêa as Guardas Nacionaes e extingue os corpos de milicias, guardas municipaes e ordenanças.. Disponível em < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37497-18-agosto-1831-564307-publicacaooriginal-88297-pl.html>. Acesso em 30 out. 16.

BRASIL. **Lei Nº 4.375, de 17 de agosto de 1964**. Lei do Serviço Militar. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm> acesso em 28 mar 2017.

BRASIL, **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em 10 jan. 2015.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes o que determinem dependências física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm acesso em 29 set. 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> acesso em 29 out. 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Insitui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> acesso em 29 set. 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária 6.880/1980, de 09 de outubro de 1980.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm> acesso em 03 out. 2016. Art. 27 e 31.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão. **ARE: 635659.** 1ª Turma. Posse de Drogas para Consumo Pessoal. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU, Brasília, 22 fev 2011.

BRASIL. Superior Tribunal Federal - **ARE: 998869 RS** - RIO GRANDE DO SUL 0265180-13.2016.8.21.7000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-032 17/02/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 110475/SC.** Relator: Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 fevereiro 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110475%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfzoney>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **AP: 00000454720147090009 MS,** Relator: Luis Carlos Gomes Mattos, Data de Julgamento: 06/10/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 28/10/2015 Vol: Veículo: DJE

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **AP: 00001005520137050005 PR,** Relator: Odilson Sampaio Benzi, Data de Julgamento: 03/12/2014, Data de Publicação: Data da Publicação: 12/12/2014 Vol: Veículo: DJE

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **AP: 00001842720147110111 DF,** Relator: Artur Vidgal de Oliveira, Data de Julgamento: 02/02/2016, Data de Publicação: Data da Publicação: 24/02/2016 Vol: Veículo: DJE

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **AP: 968120147050005 PR.** Direito Penal Militar. Posse de entorpecentes em área sujeita à administração militar. Relator. Artur Vidgal de Oliveira, DJE, Brasília, 24 fev 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 27 fev.2017

DUARTE, Fernando. Notícias. BBC, 22 março 2016. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160321_brasil_republica_manca_entrevista_fd>. Acesso em: 23 outubro 2016.

FALCÃO, Marcio. Cotidiano. **UOL,** 02 de agosto 2016. Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1798045-ministro-do-stf-quer-julgar-liberacao-do-porte-de-droga-neste-semester.shtml>> . Acesso em: 29 setembro 2016.

FAUSTO, B. **História do Brasil.** 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

GONDIN, Amanda. As batalhas dos Guararapes: o discurso da civilização brasileira na educação. **XII Simpósio internacional processo civilizador**. Recife, Nov. 2009. Disponível em: < http://www.uel.br/grupo-estudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais12/artigos/pdfs/workshop/W_Gondim.pdf>. Acesso em: 04 de nov. 2016.

LONSO, Angela. O abolicionismo como movimento social. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 100, p. 115-127, Nov. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000300115&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**: São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522467204/first!/4/4@0.00:25.7/>> acesso em 11 mar.17.

MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 74, p. 107-123, Mar. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

MATHIAS, Suzeley Kalil; GUZZI, André Cavaller. Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 25, n. 73, p. 41-57, Junho 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Nov. 2016.

MAXWELL, Kenneth. Conjuração mineira: novos aspectos. *Estud. av.*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 04-24, Aug. 1989. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200002&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2016.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. **Manual de Direito Penal Militar**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6259-3/cfi/6/24\[vnd.vst.idref=chapter03\]!/4/70/2/2\[box4\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6259-3/cfi/6/24[vnd.vst.idref=chapter03]!/4/70/2/2[box4])> acesso em 24 de abr. 2016.

RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacuna no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília-DF. p. 22. Nov. 2014.

RAMALHO, Renan. Política. G1, 10 setembro 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/10/dois-ministros-do-stf-votam-para-descriminalizar-porte-de-maconha.html>>. Acesso em: 29 setembro 2016.

REVISTA EM DISCUSSÃO. Brasília: Senado Federal, ano. 2, n. 8, ago. 2011. Tema do fascículo: Dependência química crack assusta e revela um Brasil despreparado.

ROMEIRO, Jorge Alberto apud ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, Guilher.; FREITAS, R. **Direito Penal Militar**: teoria crítica & prática. São Paulo: Método, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6492-4/>> acesso em 24 abr.16.

SANCHEZ, Leonardo. Cotidiano. **UOL**, 09 setembro 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 29 set 2016.

SILVA, Ivan Luiz. Princípios como normas jurídicas. In: SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SÍNTESE DE INDICADORES SOCIAIS: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em: < <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SOUZA, Adriana Barreto de. A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820). *Almanack*, Guarulhos, n. 10, p. 368-408, Aug. 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-46332015000200368&lng=en&nrm=iso>. acesso em 06 Nov. 2016.

SOUZA, Adriana Barreto; SILVA, Angela Moreira Domingues da. A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL: IMPÉRIO E REPÚBLICA. **Estud. hist. (Rio J.)**, Rio de Janeiro , v. 29, n. 58, p. 361-380, Aug. 2016 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862016000200361&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Mar. 2017

STOCHERO, Tahiane. Política. G1, 03 novembro 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/trafico-e-uso-de-drogas-em-quarteis-atingem-auge-nos-ultimos-12-anos.html>>. Acesso em: 24 abril 2016.

WEHLING, A.; WEHLING, M. J. C. D. M. **Formação do Brasil colonial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fonteira, 2005.