



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LORENN PERES SANTOS

**O CÓDIGO PENAL MILITAR E A (IM)POSSIBILIDADE DA
APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)**

BRASÍLIA

2019

LORENNNA PERES SANTOS

**O CÓDIGO PENAL MILITAR E A (IM)POSSIBILIDADE DA
APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Professor Marlon Eduardo Barreto

BRASÍLIA

2019

LORENN PERES SANTOS

**O CÓDIGO PENAL MILITAR E A (IM)POSSIBILIDADE DA
APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Professor Marlon Eduardo Barreto

BRASÍLIA, 25 DE ABRIL DE 2019

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

O CÓDIGO PENAL MILITAR E A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)

LORENN PERES SANTOS

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Direito Penal Militar e a questão das drogas – suas peculiaridades e os princípios jurídicos relevantes. 1.1 O Direito Penal Militar. 1.1.1 Histórico. 1.1.2 A questão das drogas no âmbito Militar. 1.2 Princípios Jurídicos relevantes ao presente estudo. 1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 1.2.2 Princípio da insignificância. 2 O Conflito aparente de normas. 2.1 O artigo 290 do CPM. 2.1.1 Local sujeito à Administração Militar. 2.1.2 Hierarquia e disciplina. 2.2 A Lei nº 11.343/2006. 2.2.1 Histórico. 2.2.2 As hipóteses de aplicação da lei de drogas. 3 A Solução do conflito de normas referente ao delito de porte para consumo pessoal de entorpecente ou substância de efeito similar. 3.1 A tese favorável à aplicação do artigo 290, CPM. 3.2 A tese favorável à aplicação da Lei de Drogas. 3.3 Critérios de solução do conflito. 3.4 A solução do conflito a partir das premissas teóricas estabelecidas. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, na forma de artigo científico pretende demonstrar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do crime de porte ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar praticado por militar das Forças Armadas. Que seja praticado em local sujeito à administração militar e conseqüentemente demande uma análise cuidadosa frente ao quadro constitucional e à finalidade da Justiça Militar. Busca-se a análise do artigo 290 do Código Penal Militar, que tipifica o crime de porte, uso e tráfico de substância entorpecente, em lugar castrense, em face do princípio da insignificância, dos demais princípios basilares e da Lei nº 11.343/06. A Lei de Drogas estabelece um tratamento jurídico mais benéfico que o previsto no artigo 290 do CPM aos usuários e dependentes de substância entorpecente. Surge, a partir daí, um conflito quanto à aplicabilidade do princípio da bagatela e da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União, em face do artigo 290 do CPM. Mas aos militares das Forças Armadas que cometem o crime de porte ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar em local sujeito à administração militar, dados os princípios do Direito Penal Militar, o entendimento é pacificado no sentido de tal inaplicabilidade e também do não reconhecimento do princípio da insignificância para esse

mesmo crime, em face em da especialidade da lei militar e do bem jurídico-penal militar por ela tutelado.

Palavras-chave: Justiça Militar. Código Penal Militar. Entorpecente. Administração militar. Princípios. Artigo 290 do CPM. Forças Armadas. Lei nº 11.343/06. Crime. Inaplicabilidade.

INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar é datado anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que, conforme veremos, demanda uma cautela em sua interpretação frente à recepção de seus institutos no contexto do atual quadro constitucional. Isto se dá pelo fato da atual conjuntura, se basear nos princípios fundamentais, como o princípio da dignidade humana, os princípios de hierarquia, disciplina e o princípio da insignificância, sobre os quais discutiremos. Analisa-se então a questão da aplicabilidade do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06 lei de drogas, em face do artigo 290 do Código Penal Militar, que define o crime militar de uso, porte e tráfico de substância entorpecente, em local sujeito à administração militar, independentemente da quantidade de droga apreendida.

Nota-se que as condutas elencadas no rol do artigo 290, caput, do Código Penal Militar são independentes, bastando por si só, não se fazendo necessário que se cumulem entre si para que haja sua tipificação. O assunto debatido é atual e de maior relevância para o Estado Democrático de Direito, especialmente por envolver a segurança e a regularidade das Forças Armadas, que se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. A Lei nº 11.343/06, também chamada nova Lei de Drogas, impõe sanções não privativas de liberdade aos usuários e dependentes de drogas, reconhecendo-os como objeto de proteção social, com direito a cuidados especiais.

A lei penal militar é aplicada por órgão constitucionalmente previsto e nos casos em que o objeto jurídico tutelado inclui os bens e os interesses das instituições militares, cujos pilares são a hierarquia e a disciplina militares, advindo daí a sua especialidade. Sobre o principal foco, destaca-se a inaplicabilidade da Lei de Drogas frente ao artigo 290 do Código Penal Militar, limitando as condutas de porte ou uso de substância entorpecente ou de efeito similar em local sujeito à administração militar.

A Jurisprudência do Superior Tribunal Militar com o tempo vem firmando o entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime tipificado no artigo 290 do CPM, sob o argumento de que para a configuração do tal tipo penal, é de irrelevância a quantidade de substância entorpecente apreendida, pois em face dos bens jurídicos que a ordem penal militar busca proteger. Há ainda a tese no sentido da não incidência da Lei nº 11.343/06 lei de Drogas, no âmbito da Justiça Militar da União, em face da especialidade da lei penal militar. Esse ponto de vista vinha em consonância com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, porém a Suprema Corte, em decisões mais atuais, também tem admitido a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 290 do CPM, invocando como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o critério da retroatividade da lei mais benéfica.

1 O DIREITO PENAL MILITAR E A QUESTÃO DAS DROGAS – SUAS PECULIARIDADES E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELEVANTES

1.1 O Direito Penal Militar

Não serão todos os crimes militares que irão atingir a regularidade dos serviços militares, mas somente aqueles previamente determinados pelo legislador e praticados por esse grupo específico, temos o delito de porte de entorpecente, por exemplo, previsto no Código Penal Militar. A definição vista pelo renomado estudioso do tema, Jorge Cesar de Assis, diz que “Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar”.

Sobre os principais bens jurídicos que visam o Direito Penal Militar, temos a definição de hierarquia e disciplina, conforme o artigo 14 da lei 6.880 de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, este direito envolve e estará vinculado à estrutura organizacional das instituições militares, com base nesses bens¹.

Nos crimes propriamente militares a autoridade militar poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar em relação ao crime comum, portanto, crimes de ordem militar por serem

¹ CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositório.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

específicos de um determinado grupo, não possuem previsão legal no Código Penal comum. O Direito penal militar compreende todo um sistema jurídico que, de alguma forma, envolva as Forças Armadas Brasileiras e suas forças auxiliares, quais sejam as polícias militares e corpo de bombeiros militares vinculados aos Estados e ao Distrito Federal.² As forças auxiliares citadas, encontram fundamento legal quanto a sua existência e organização, no artigo 42 da Magna Carta.

O código castrense entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1970 e suas disposições se apresentaram coerentes com as disposições vigentes do Decreto-lei de número 2.848/40 - Código Penal comum, relativas à teoria do crime. Nosso código militar não é um livro de doutrina, e por isso, não contém dispositivo que esclareça de maneira expressa qual modelo teórico foi adotado para identificar a conduta criminosa³.

Contudo, no estatuto repressivo militar, há dispositivos que indicam a acolhida teoria causalista da ação para identificar a conduta que caracteriza o crime militar. As referências legais que mais evidenciam o modelo adotado dizem respeito à culpabilidade. A parte especial do Código Penal Militar estabelece tipos incriminadores dolosos e culposos de modo a firmar a questão também no plano da tipicidade.⁴ Ora, se a própria descrição da conduta criminosa faz a distinção entre a sua realização dolosa e culposa, fica evidente que o elemento subjetivo que orienta a realização da conduta importa à identificação do tipo incriminador.

Cabe salientar que um tratamento penal diferenciado entre cidadãos militares e civis, somente é admitido por pequena parte da doutrina, em casos que se apresente necessário eliminar o perigo e para esta situação excepcional se concebeu o denominado Direito Penal do Inimigo⁵, assim o militar brasileiro não pode ser considerado um inimigo da sociedade, pois também é cidadão.

A compreensão procedimentalista da intervenção penal, os pressupostos comunicativos e as condições do processo democrático que estabelecem as punições, constituem uma única fonte de legitimidade.

² ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar (Parte Geral). *Revista, Atualizada e Ampliada*. 8 ed. Curitiba: Juruá, p. 103-106, 2014.

³ PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Crime propriamente e impropriamente militar*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 127-149.

⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ GALVÃO, Fernando. Teoria do crime militar. *Revista direito militar*, v. 19, n. 118, p. 26-30, mar./abr. 2016.

1.1.1 Histórico

A história do Direito Penal Militar, como é evidente, se aproxima em sua origem do Direito Penal comum, ainda que não se possa definir com exatidão o momento em que surgiu um direito voltado à atividade bélica, em linhas gerais se afirma ter sido em tempos remotos, acompanhando o aparecimento dos primeiros exércitos. A estes, segue a criação de um órgão julgador especializado para apreciar os crimes praticados em tempo de guerra, no sítio das operações bélicas, o que se originou hoje na Justiça Militar.

A profissão militar, pela sua natureza se destoa 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.⁶ Conforme disposto no estatuto dos militares, o dever do militar estará sempre vinculado à pátria e ao seu serviço, com dedicação, fidelidade, mesmo com sacrifício da própria vida. Dessa forma, tal profissão exige exclusividade e permanência, sempre a disposição da instituição, a qualquer tempo.

Essas exigências trazem riscos aos praticantes da área castrense, paralelamente ligados aos preparos físico, técnico e psicológico. São submetidos diversas vezes a vários tipos de exames, cujos resultados são condicionantes para permanência no serviço ativo ou designação para específicas atividades. Diante de tais condições, 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, isso reflete evidentemente no ordenamento jurídico militar, que atua de forma severa. A própria Constituição Federal faz ressalvas possibilitando a Justiça Militar precedência frente a determinadas garantias individuais, diferente do que ocorreria na Justiça Comum.

Houve períodos da evolução humana que marcaram o Direito Penal Militar, iniciando pela Antiguidade, no surgimento das Cidades-Estados e com elas os exércitos permanentes. O Direito Romano defende fielmente a ideia de haver evidências históricas de que outras civilizações da Antiguidade (Índia, Pérsia, Atenas, Macedônia e Cartago) que conheciam a existência de infrações, crimes militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares que ali conviviam⁷.

⁶ CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositório.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Mas somente em Roma o Direito Penal Militar adquiriu autonomia naquele tempo, caracterizando evoluções históricas em várias fases. Tem-se também de forma evolutiva, a Revolução Francesa que sacramentou os princípios da jurisdição militar moderna, ao regulamentar as relações entre os poderes militar e civil. A primeira legislação penal militar no Brasil refere-se aos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763, no Império, a legislação que era abundante se caracterizava como confusa, não sendo nítida quanto aos diversos tipos penais⁸.

Relembrando historicamente que nosso Direito Castrense tem sua origem em Portugal ou ao menos, na legislação penal portuguesa, tínhamos o Código Penal da Armada, que pôs termo aos Artigos de Guerra, sendo aplicado de forma gradativa às várias esferas públicas militares. Esse diploma citado vigorou até 1944, quando um decreto trouxe ao cenário o Código Penal Militar aplicado às forças armadas, que vigeu até 1969 com a entrada do atual CPM em 1970. Pelo bom senso então, temos que o Código em apreço contém marcas do período em que foi produzido, razão pela quais muitos institutos foram abandonados, não aplicados, perdendo sua eficácia pela dessuetude⁹.

1.1.2 A questão das drogas no âmbito Militar

O ilustre teórico Célio Lobão informa que crime propriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar, sem correspondência no Código Penal comum, sendo então específica e funcional do ocupante do cargo militar que lesiona bens ou interesses das instituições militares, visando sempre os aspectos da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. O site do Ministério Público Militar constatou variados dados atinentes ao uso e comercialização de drogas por militares federais e outras substâncias em várias cidades do Brasil.

No capítulo III tanto do Código Penal quanto do Código Penal Militar, estão abordados os crimes contra a saúde pública. Iniciando tal capítulo, temos no código castrense o artigo 290 que trata de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar: “Art.290 – Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine

⁸ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2010.

⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão, até 5 (cinco) anos.”¹⁰

O consumo de drogas no interior dos quartéis das Forças Armadas, principalmente por militares de serviço que portam armas de alto potencial lesivo, é extremamente preocupante, na medida em que além de colocar a segurança da caserna em risco, facilita ações de organizações criminosas que vez ou outra invadem organizações militares com o objetivo de subtrair armamentos. Tem-se então como uma das conclusões da pesquisa feita pelo Ministério Público Militar, que é necessário com urgência o implemento de uma política efetiva de combate às drogas, com ações preventivas e repressivas.

Atentando-se ainda ao fato de que no campo legislativo, o Código Penal Militar, possui falhas técnicas, inclusive no que tange o artigo 290, quanto ao uso de entorpecentes, bem como as omissões procedimentais do Processo Penal Militar, que deveriam ambos se formularem e se moldar aos dias atuais.

Verifica-se que os bens tutelados na esfera militar são aqueles que buscam interesses das próprias instituições militares e do Estado, podendo ocorrer à prática de crimes que venham atingir aqueles bens elencados tanto pelo Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum. Para o legislador, o militar que esteja em serviço ou missão, cujo objetivo principal seja garantir a segurança das pessoas, instalações ou materiais e que possa empregar equipamento bélico, conduzir veículos ou aeronaves, deverá desse modo, estar imune de qualquer substância entorpecente que possa alterar sua percepção de realidade.

Além disso, a legislação penal militar não acompanhou as mudanças políticas e sociais, principalmente com advindo da lei 11.343 de 2006 – Lei de drogas, que diferente do CPM, diferencia os crimes de tráfico dos crimes hediondos.¹¹ Observa-se na pesquisa feita na Justiça Militar pelo Centro de Estudos Judiciário, do Superior Tribunal Militar, que a população é alvo das ações penais militares, pois há um crescente aumento da ocorrência de crimes relacionados ao porte, uso ou tráfico de drogas.

¹⁰ CÓDIGO PENAL MILITAR. *Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 22 abril 2019.

¹¹ CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

A maconha no estudo, foi apontada como a mais comum substância, encontrada em 81,6% dos casos, seguida da cocaína e do crack.¹² Além dessa, obtiveram outras conclusões através de dados, como o fato de mais da metade dos acusados com base no artigo 290 do Código Penal Militar concluíram somente até o ensino fundamental. Tais descrições são fundamentais para traçar o perfil dos militares e possivelmente civis que são portadores de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar.

1.2 Princípios Jurídicos relevantes ao presente estudo

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e II, CF/88); sem prejuízo à prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II, CF/88).¹³

O sistema para a justiça penal brasileira adotado pela Constituição Federal de 1988 é “acusatório democrático”, em que imperam alguns princípios, como o da legalidade, taxatividade, imparcialidade judicial para o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, sendo dessa forma tanto para a área penal comum, quanto para a Justiça Militar.

O Código de Processo Penal comum e o Código de Processo Penal Militar, como normas infraconstitucionais de mesma categoria, devem se integralizar de forma inteira aos ditames da Carta Magna, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, garantias judiciais de todas as pessoas, inclusive aos princípios constitucionais, independentemente de instância ou da competência de julgamento.¹⁴

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana se impulsiona a partir da ideia de respeito mútuo entre os seres humanos, em que todos devem ser vistos como sujeitos de direitos, como fim em si mesmo e fim último da ação do Estado. O princípio da dignidade humana

¹² BITENCOURT, Nivaldo Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e perseguição criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

¹³ MAIA NETO, Cândido Furtado. Justiça Militar democrática e de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39, n. 24, p. 95-130, nov. 2014.

¹⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. Justiça Militar democrática e de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39, n. 24, p. 95-130, nov. 2014.

representa o epicentro da ordem jurídica, pois a figura estatal e o direito são apenas meios para a realização da dignidade do homem. Pode-se dizer que esse princípio norteia os demais e as normas constitucionais, pois deve ser compreendido como norma de hierarquia, destinada a orientar todo o sistema na criação legislativa, bem como aferindo validade das normas que lhe são inferiores o que constitui a finalidade do Estado e um limite ao seu poder de atuação.

De acordo com os dados anteriores e com os nítidos grupos vulneráveis em questão, há a análise de que a noção de vulnerabilidade está unida intimamente à proteção dos direitos humanos. Portanto, são vulneráveis pessoas que tem diminuídas, por diferentes motivos, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos fundamentais, conseqüentemente de direitos humanos, isso faz com que o indivíduo seja membro de algum grupo.

A pesquisa feita pelo Superior Tribunal Militar, além de diversos outros dados, apontou que pelo menos três das vulnerabilidades sobrepostas sejam: a etária, a econômica e a baixa escolaridade.¹⁵ O Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, tem como objetivo proteger as minorias, que sejam hipossuficientes ou grupos vulneráveis contra excessos cometidos pela dita maioria da sociedade. Assim, o dito controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, que este órgão possui, tornam-se importantes ferramentas de promoção de direitos fundamentais e dos direitos humanos também no âmbito internacional dos grupos vulneráveis.

Tendo isso em vista, observa-se que o artigo 290 do Código Penal Militar tem como público-alvo um grupo vulnerável que designa especial atenção por parte do Poder Público, são em sua maioria, militares de baixo estamento hierárquico, majoritariamente jovens, de baixa renda e de baixa escolaridade.¹⁶ Baseado nisso, o Código de Processo Penal Militar impera os instrumentos inclusive internacionais de Direitos Humanos, em base ao princípio de boa-fé, pois não se pode utilizar disposição de legislação nacional para diminuir ou afetar o contido nos tratados. O princípio da dignidade humana não se trata de princípio constitucional exclusivamente penal, pois vincula todo o ordenamento jurídico e fundamenta o Estado Democrático.

O princípio em comento possui caráter proibitivo da adoção de penas, que por sua natureza ou modo de execução, atenta contra o postulado, inviabilizando de forma definitiva a

¹⁵ BITENCOURT, Nival Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconventionalidade do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

¹⁶ PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Crime propriamente e impropriamente militar*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 127-149.

reinserção social do cidadão infrator, ou ainda submetendo-o a um sofrimento excessivo, de penas desumanas ou degradantes.

Tanto a Justiça Estadual, como a Federal são incompetentes para julgar crimes contra os Direitos Humanos, não há jurisdição no sistema brasileiro para essa matéria, em regra são apreciados pelas Cortes Internacionais. A proteção então desses direito se intercala e se subdivide entre a jurisdição internacional e a nacional, porém as duas se baseiam no princípio *nom bis in idem*, quanto à proibição de duplo processamento pelo mesmo fato contra a pessoa.

¹⁷O direito penal internamente, é instrumento de proteção dos Direitos Humanos, através da definição de crimes e sanções, é o compromisso do Estado com a comunidade, na tutela da vida, integridade física, saúde, moral e patrimônio, tudo em respeito à dignidade humana.

1.2.2 Princípio da insignificância

O conceito do princípio da insignificância é uma manifestação em contrário ao uso excessivo da sanção criminal, deve-se considerar como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico penal.¹⁸ Atenta-se às irrelevantes lesões aos bem jurídicos tutelados, por não justificar imposição de sanções penais, excluindo assim a tipicidade material em casos de pouca importância, como diz Guilherme Calmon em seu livro de Processo Penal “se não houver proporção entre o fato delituoso e a mínima lesão ao bem jurídico, a conduta deve ser considerada atípica por se tratar de dano mínimo”.

O princípio da insignificância é constituído de instrumento importante na solução, interpretação e aplicação do Direito Penal no nosso ordenamento jurídico brasileiro, por ser vinculado aos princípios constitucionais. Alguns doutrinadores e teóricos no tema em análise, como Neves e Streifinger demonstram que sua aplicabilidade é relativa, quando se trata de crimes fora dos elencados expressamente em lei, conforme entendimento: “ficando ao jugo do operador, mormente o juiz, aplicar tal princípio quando a lei, atendendo ao critério da subsidiariedade, deixar ao discricionarismo do magistrado invocar a bagatela”.

Entretanto, quando se trata de crime militar, deve-se atentar, pois a norma incriminadora do artigo 290 do CPM carrega consigo o traço da especialidade, tutela então

¹⁷ MAIA NETO, Cândido Furtado. Justiça Militar democrática e de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39, n. 24, p. 95-130, nov. 2014.

¹⁸ CAMELO, Francisco Joseli Parente. O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 25, n. 1, p. 55-62, jul./dez.2015.

valores intrínsecos à atividade militar e à finalidade constitucional das Forças Armadas, do que cabe concluir que o tratamento dado ao infrator militar será distinto do cidadão comum. Vale ressaltar que o STF estabeleceu que os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância são: a) o mínimo de ofensividade da conduta; b) a carência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a escassa expressividade da lesão jurídica.¹⁹

O ingresso clandestino de entorpecente no quartel revela acentuado grau de nocividade ao grupamento militar, não só porque instala a difusão do consumo entre os demais militares, mas também porque representa grave perigo àqueles que lidam com armas de elevado potencial bélico. Ao debater-se o princípio da insignificância, a tendência atual busca relegar a segundo plano a tutela específica do Direito Penal Castrense, mostrando-se frequentes discussões sobre o artigo 290 do Código Penal Militar, conflitando com a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. A ideia desse princípio (da bagatela ou insignificância) surge da divergência entre o conceito material e o conceito formal de crime, o primeiro apenas as condutas efetivamente lesivas ao bem jurídico tutelado, enquanto o segundo abstratamente engloba todas as condutas que se subsumem ao tipo penal.

2 O CONFLITO APARENTE DE NORMAS

2.1 O artigo 290 do CPM

Ao contrário de adotar medidas sociais e de saúde, o Brasil segue levando para o cárcere usuários de drogas com base no art. 290 CPM por até cinco anos. Tal dispositivo então impede o cumprimento do compromisso feito internacionalmente e assumido pelo Brasil, o qual vulnera as referidas Convenções da ONU.²⁰ A criminalização da posse de drogas para consumo individual em área sob administração militar é objeto de tal artigo, há diante disso discussões sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, quanto à inconstitucionalidade ou constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que traz sobre o posse de drogas para consumo pessoal.

¹⁹ CAMELO, Francisco Joseli Parente. O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 25, n. 1, p. 55-62, jul./dez.2015.

²⁰ ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar (Parte Geral). *Revista, Atualizada e Ampliada*. 8 ed. Curitiba: Juruá, p. 103-106, 2014.

Tal questão é matéria em vários debates sobre a polarização entre proibição e legalização, ignorando ainda outras políticas que regulam de forma intermediárias adotadas por diversos países, nota-se a despenalização e a descriminalização. Enquanto na lei de Drogas adotou-se uma política regulatória de despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, o art. 290 do CPM adotou a mais rígida das políticas regulatórias que existem, a proibição, mera posse para consumo pessoal é criminalizada, dando ainda tratamento igualitário entre usuário e traficante.²¹ Embora o artigo 290 sirva à inibição do tráfico e da posse para consumo pessoal, os empíricos dados são conclusivos no sentido de que o dispositivo a que se refere serve eminentemente à criminalização não dos traficantes, mas de usuários e pequenos usuários de maconha, que é a substância mais comum. Tal artigo faz parte do capítulo III, tanto do Código Penal, quanto do Código Penal Militar, onde em ambos trata-se de crimes contra a saúde pública.

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 CPM 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.²²

Iniciando este capítulo temos logo no código penal militar o artigo 290 que trata de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar: “Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até 5 (cinco) anos.” Como casos assimilados, temos o primeiro parágrafo : “§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar: I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar; II - o militar

²¹ BITENCOURT, Nivaldo Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

²² CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo; III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.” Forma qualificada : “§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”²³ Não havendo então previsão legal no Código Penal .

Em que pese o referido artigo tratar de mais condutas, o foco do presente trabalho direciona-se apenas às condutas de porte ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar em pequena quantidade praticado por militar integrante das Forças Armadas, como visto, elencado no artigo 290, caput, do Código Penal Militar. O núcleo do artigo 290 do Código Penal Militar, possui 11 (onze) verbos, todos independentes, sendo bastante que o agente pratique apenas um deles, não sendo necessário que se cumulem entre si para que haja sua tipificação. Desse modo, o delito criminoso alvo a ser abordado poderá se desdobrar entre duas condutas principais, porte ou uso. Imprescindível evidenciar que, nos termos do parágrafo único do artigo 33 do Código Penal Militar, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente, isto é, somente ocorrerá crime culposo desde que haja previsão legal expressa, o que não ocorre no artigo 290 do mesmo Código, logo o crime será sempre doloso.

2.1.1 Local sujeito à Administração Militar

A determinação do conceito da expressão “local sujeito à administração militar” não é delimitada ainda, existindo apenas conceitos doutrinários a seu respeito. Por isso, há certa divergência doutrinária quanto ao tema, Jorge Alberto Romeiro afirma que é o espaço físico no qual a Força Militar realiza sua atividade, e exemplifica citando os quartéis, as aeronaves, as embarcações, os estabelecimentos de ensino militar e os campos de treinamento. De outro lado, Célio Lobão elenca como local sob administração militar os que são pertencentes ao patrimônio das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, ou que se encontra sob administração de tais Instituições por determinação legal ou ordem de autoridade competente. Local este que pode ser móvel ou imóvel, como veículos, embarcações e aeronaves.

²³ SUPERIOR Tribunal Militar. *Código penal militar comparado ao Código penal: artigo por artigo: Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

Defendem os autores ainda, que o lugar sujeito à administração militar deve ser guarnecido com efetivo de segurança, ou com defesas que o caracterizem como um ambiente ocupado e administrado por uma Força Militar.²⁴ Por fim, propõem que, na ausência de definições legal, sejam considerados locais sob administração militar aqueles ambientes, senão fixos, ao menos amplos, sobre os quais a administração militar exerça domínio total ou preponderante e devidamente guarnecidos com efetivo de segurança. Excluindo-se desse aspecto a residência fornecida a oficial ou Praça das Forças Armadas como moradia – por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –, clubes, e bancos ou cantinas no interior de quartéis.

2.1.2 Hierarquia e disciplina

Os princípios atinentes à organização militar, dentre eles a disciplina e a hierarquia, são antigos, claros e diretos, que visam à defesa dos valores atinentes às instituições militares e permeiam a relação do profissional desta área com esses dois princípios, manifestados pelo dever de obediência e pela subordinação entre os cargos, estes não encontram alguma semelhança nas relações civis. Diante do artigo 290 do CPM, as condutas criminosas abordadas, a conceituação de substância entorpecente ou de efeito similar, local sujeito à administração militar e os princípios da hierarquia e da disciplina, alicerces das Forças Armadas, a Justiça militar se apresenta desde tempos primordiais.²⁵ Sendo que o CPM é datado anteriormente à CF de 1988, permite-nos constatar a necessidade de cautela quando de sua interpretação, dada a existência de princípios da proporcionalidade e o princípio da insignificância como dito anteriormente.

O delito de porte de entorpecente (art. 290 do CPM), cujos bens jurídicos protegidos são a saúde e a incolumidade pública, não se pode negar a incidência do princípio da insignificância quanto à quantidade de entorpecente por ser esta ínfima, nem quanto da alegação de que em segundo plano tal conduta atinge também os princípios da hierarquia e disciplina militares, sob pena de desvirtuar o bem jurídico tutelado pelo *Código Penal* Castrense. Se o fato é insignificante pelo aspecto penal, mas ainda assim arranha os princípios

²⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ CAMELO, Francisco Joseli Parente. O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 25, n. 1, p. 55-62, jul./dez.2015.

gerais de hierarquia e disciplina, deve merecer outro tratamento, ou seja, aquele que a lei prescreve para infrações disciplinares.²⁶

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. A sociedade militar é peculiar, pois possui *modus vivendi* próprio. Contudo, submete-se aos princípios gerais que regem o Direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional e submetida ao controle judicial, tem como peculiaridade o fato de exigir sacrifícios extremos como a própria vida, que é mais do que simples risco de serviço das atividades consideradas penosas ou insalubres.²⁷

Portanto, a sociedade militar, a vida na caserna, própria das Instituições Militares, são permanentes e estruturadas com base na e hierarquia e na disciplina, tais princípios constitucionais constituem os alicerces das Organizações Militares, conforme se depreende do artigo 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e objetivam dar máxima eficácia às Instituições Militares. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas com a supressão de seus direitos.

2.2 A Lei nº 11.343/2006

Nota-se que a legislação penal militar não acompanhou as mudanças políticas e sociais, principalmente com advindo da lei 11.343 de 2006 – Lei de drogas, que diferente do CPM diferencia os crimes de tráfico dos crimes hediondos conforme lei 8072 de 1990, possui pena desproporcional na legislação militar, que no mesmo texto penaliza o usuário e traficante com reclusão de até cinco anos.²⁸

A problemática das drogas sempre foi palco para insuperáveis discussões e controvérsias, trata-se de que nas últimas décadas, vem recebendo cada vez mais a atenção não só dos especialistas, mas também da população em geral e isso ocorre porque o problema deixou de ser difuso e passou a afetar diretamente a todos.

²⁶ ROTH, João Ronaldo. *O princípio da insignificância e o Direito Penal Militar*. Disponível em: [http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia\(1\).pdf](http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia(1).pdf). Acesso em: 22 maio 2018.

²⁷ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁸ CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

2.2.1 Histórico

A questão das drogas pode ser tida, no mundo todo, como um dos principais conflitos das sociedades contemporâneas, as discussões, na seara do Direito, vão desde a ausência de eficácia da punição estatal ao usuário à necessidade de repressão mais efetiva ao tráfico, passando pelos estudos de criação e adoção de microsistemas jurídico-penais voltados especificamente à questão das drogas.²⁹ Desde 1976, estava em vigor a Lei 6.368, que não mais servia plenamente para frear as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas. Era necessária, portanto, a atualização da legislação, para que se permitisse a repressão à criminalidade complexa do século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio das novas tecnologias postas à disposição dos autores de crimes.

De uma maneira geral, a Lei foi mais afinada com uma política contemporânea de trato com as pessoas que lidam com drogas, pois aumentou penas para crimes equiparados ao tráfico e diminuiu as consequências penais para os usuários de drogas. Nada disso, por si só possui capacidade de solucionar a violência em torno das drogas, mas se inicia então novo ciclo de tentativas. O Brasil já teve a proibição penal do tráfico de drogas no texto do Código Penal de 1940, cuja parte especial vige até hoje. O tipo estava previsto no então revogado artigo 281 e regulamentava a matéria toda, tornando fácil o acesso à informação sobre a lei.³⁰

A Lei no 4.451, de 4 de novembro de 1964, modificou o artigo 281 do Código Penal, então a matéria foi novamente alterada pelo Decreto-lei no 385, de 26 de novembro de 1968. A Lei no 5.726, de 29 de outubro de 1971, substituiu o Decreto-lei que na época tinha força de lei e regulamentou as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica etc. A Lei no 6.368, de 21 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto no 78.992, de 21 de dezembro de 1976, tratou da matéria até mesmo depois da edição da Lei no 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que pretendeu regulamentar todo o tema, mas foi vetada em seu Capítulo III, deixando intacta a matéria dos tipos e das penas previstas no Capítulo III da Lei no 6.368/1976, esta última teve vigência até a sua revogação pela Lei 11.343/2006.³¹

O intuito era elaborar novo substitutivo ao projeto de lei que estava em tramitação, de modo que a matéria fosse contemplada de forma multidisciplinar, para abarcar as variadas

²⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de drogas comentada*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

³⁰ RANGEL, Paulo. *Lei de drogas: comentários penais e processuais*. São Paulo: Atlas, 2015.

³¹ RANGEL, Paulo. *Lei de drogas: comentários penais e processuais*. São Paulo: Atlas, 2015.

gamas de conhecimento sobre a questão das drogas. Nesse e em outros quesitos, a urgência foi inteiramente desnecessária, pois Senado Federal levou mais dois anos e meio para aprovar o projeto, sofreu algumas alterações, por haver divergências com a Câmara dos Deputados. Assim, a nova legislação sobre drogas veio ao ordenamento jurídico com diversos pontos falhos, aos quais, por certo, a doutrina especializada não poupará críticas. De qualquer sorte, o resultado do esforço legislativo, ao final, é de qualidade superior à das normas que vigiam desde as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002. Com o aprofundamento das discussões nas lides forenses e na comunidade acadêmica, os pontos controversos da Lei acabarão por ser pacificados ou, ao menos, será viável optar-se por um dos entendimentos propostos.³²

2.2.2 As hipóteses de aplicação da lei de drogas

O conteúdo repressivo começa a partir do art. 28 e termina no art. 47 do mesmo diploma legal. Em sua parte final, o legislador estabeleceu disposições processuais penais próprias para esses delitos, dentre as principais inovações, a Lei dispensa um tratamento especial ao usuário, considerando-o também “vítima” da realidade em torno das drogas ilícitas, deixa então, de tratá-lo apenas como criminoso, enxergando-o no seu aspecto vitimário. Em síntese, o Estado passou a direcionar as medidas repressivas mais rigorosas para o traficante; em relação aos usuários, tratando a questão como problema de saúde pública, fixou uma série de medidas de caráter protetivo.³³

A Lei de Drogas divide-se entre duas linhas políticas fundamentais: a repressão e a prevenção. Destaca-se por tratar de forma particular situações distintas. Primeiramente, procura na política de prevenção uma forma de diminuir a disseminação do uso de drogas. Segundo, busca reprimir de forma mais rigorosa o crime de tráfico, procurando reforçar o caráter intimidador do Direito Penal.³⁴ Nota-se que a Lei procurou adotar no seu texto um conteúdo que evitasse a estigmatização do usuário ou dependente de drogas.

Nesse contexto, é de relevância aqui considerar que a lei foi muito transigente com o traficante e de extremo rigor com o usuário, pois a lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, no art. 33, estabelece pena para o tráfico de drogas, de reclusão de cinco a quinze anos. Ressalte-se que a pena máxima do art. 290 equivale à mínima da nova lei de drogas. A Lei de Drogas revogou de forma expressa as Leis 10.409, de 11 de janeiro de 2002, e 6.368, de 21 de

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de drogas comentada*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

³³ BRANCO, Emerson Castelo. *Legislação penal especial*. 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

³⁴ BRANCO, Emerson Castelo. *Legislação penal especial*. 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

outubro de 1976, razão pela qual o dispositivo penal referente ao artigo 290 do Código Penal Militar permanece íntegro. Nota-se que a legislação penal militar não acompanhou as mudanças políticas e sociais, principalmente com advindo da lei 11.343 de 2006 – Lei de drogas, que diferente do CPM diferencia os crimes de tráfico dos crimes hediondos conforme lei 8072 de 1990, possui pena desproporcional na legislação militar.³⁵

3 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE NORMAS REFERENTE AO DELITO DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR

3.1 A tese favorável à aplicação do artigo 290, CPM

O referido dispositivo do Código Penal Militar, artigo 290, como dito anteriormente obsta o cumprimento do compromisso internacional assumido pelo Brasil de proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos grupos vulneráveis da sociedade, bem como de aplicar medidas práticas apropriadas para cada faixa etária, que sejam adaptadas às necessidades específicas dos jovens, no caso dos militares jovens de baixa renda e de baixa escolaridade que cumprem o serviço militar obrigatório e suas prorrogações.³⁶ Quando se trata de crime militar, a quantidade de droga apreendida não se presta para descaracterizar a tipicidade material do delito previsto no art.290 do CPM, não havendo espaço para aplicação do princípio da insignificância.

Portanto, o mero porte de psicotrópicos constitui conduta temerária, pelo que se possui de alto grau de reprovabilidade, principalmente para esse grupo específico que visa proteção à Pátria. Assim, o princípio da insignificância não se aplica aos crimes relacionados a entorpecentes, tendo em vista que reflete nos pilares do direito penal castrense, a saber, hierarquia e disciplina, e a incidência do referido princípio da bagatela fica afastada quando cometido em área sujeira à administração militar, uma vez que se analisa também o interesse da organização militar. Ademais, o alto potencial ofensivo do armamento militar não tolera

³⁵ CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositório.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

³⁶ BITENCOURT, Nivaldo Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

erros no manuseamento, atribuídos ao consumo de drogas, por menos que seja a quantidade de entorpecente consumida.

O Plenário do STF, por maioria, no julgamento do HC 103684, posicionou-se pela não aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de substância entorpecente, por militar, em unidade sob administração castrense, tipificado no art. 290, caput, do CPM e, ante o critério da especialidade da legislação penal militar, rejeitou a aplicação da Lei nº 11.343/2006.³⁷ Rejeição esta, que ocorre devido ao bem jurídico tutelado por cada norma positivada, no caso da lei de drogas, não há que se falar em militares quanto a sua aplicação.

O art. 290 do CPM não contraria o princípio da proporcionalidade, em razão do critério da especialidade e assim sendo não se aplica a lei 11.343/2006. Exclui-se então a aplicação do princípio da bagatela no âmbito penal castrense, uma vez que o uso de droga e a atividade militar não se misturam. Dessa forma, é totalmente incompatível com os valores éticos das Forças Armadas, pela sua potencialidade em causar lesão a um número indeterminado de pessoas, em razão do efeito danoso das substâncias entorpecentes ou de efeitos similares, por causar ofensa a disciplina militar, às Instituições Militares, na hierarquia e na disciplina militar. O uso de drogas compromete, além da saúde pública, a integridade física do indivíduo.³⁸

3.2 A tese favorável à aplicação da Lei de Drogas

O artigo 290 do CPM determina o recolhimento ao cárcere dessa parcela vulnerável que o artigo define, pelo prazo de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, ao invés de proporcionar intervenções sociais e de saúde apropriadas à faixa etária dos jovens cabos e soldados, violando brutalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e de certa forma contribuindo para estigmatizar esses jovens militares usuários de drogas, dificultando o seu acesso aos tratamentos quando necessários e a sua inclusão social.

O uso de drogas não é crime, mas tão somente as condutas que as precedem como ter em depósito, transportar e trazer consigo para uso próprio substâncias entorpecentes (art.290

³⁷ SUPERIOR Tribunal Militar. *Código penal militar comparado ao Código penal: artigo por artigo: Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

³⁸ BITENCOURT, Nival Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

CPM). De fato, esse raciocínio é válido e correto, porém, se restringe ao tipo penal referido, basta breve análise das elementares do tipo do art. 290 do CPM para se perceber, com facilidade, que o legislador da época abordou de forma igualitária aquele que porta porção pequena de entorpecente para uso próprio (usuário) com aquele que comercializa grandes quantidades do mesmo produto (características do tráfico).³⁹

Dessa forma, torna-se fato o caso de um agente que seja condenado pela prática de tráfico de drogas no interior de alguma Organização Militar, pelo referido artigo do CPM, venha a ser beneficiado pelo Sursis, suspensão condicional da pena. Por incrível que possa parecer, tal punição, a mesma, poderá recair sobre um simples usuário, reincidente, em flagrante, preso portando drogas, pelo fato da pena em abstrato do crime do art. 290 ser de um a cinco anos de reclusão.

O rol discricionário das substâncias dadas como entorpecentes ou de efeito similar de acordo com a Secretaria de Vigilância Sanitária e o Ministério da Saúde, são de uso proscrito no Brasil e constam numa lista constante dos anexos da Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, não é então qualquer substância que será considerada na tipicidade.

Com o advento da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a jurisprudência da Suprema Corte Federal passou a demonstrar duas situações distintas em relação aos crimes militares de porte de pequenas quantidades de substâncias entorpecentes. Na primeira, permaneceu sendo negada a aplicação do princípio da insignificância nesses casos, e pela segunda, a aplicação foi aceita, passando a ser relativizado o princípio da especialidade do Direito Militar, uma vez que poderia ser considerado o artigo 28 da Lei de Drogas norma penal mais benéfica.⁴⁰

O Superior Tribunal Militar, em sua Súmula de número 14, sustentou a inaplicabilidade da Lei de Drogas frente aos crimes elencados no artigo 290 do Código Penal Militar, enunciando que, em vista da especialidade da legislação militar, a Lei 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.

Muito embora há doutrinas especializadas militares e pessoas que sustentem a possibilidade do tratamento de forma diferenciada para o crime militar, não é possível admitir que o ordenamento jurídico brasileiro mantenha este modelo teórico diferente para a

³⁹ GORRILHAS, Moreira Luciano. *A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas*. Disponível em: file:///D:/Users/santoslp/Downloads/3-5-1-SM%20(2).pdf. Acesso em: 25 maio 2018.

⁴⁰ CAMELO, Francisco Joseli Parente. O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 25, n. 1, p. 55-62, jul./dez.2015.

verificação e identificação do crime militar, sob penalidade de manifestar violação ao princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da CR/88.⁴¹

3.3 Critérios de solução do conflito

Para que se visualize de forma ampla soluções diversas para o conflito existe de normas, deve-se analisar e ter como base as Cortes Superiores e seus precedentes, tais jurisprudências que estão sempre em processo de aperfeiçoamento e melhor adaptação ao tempo atual, no qual a sociedade se baseia.

Desse modo, contrariando alguns posicionamentos que surgiram desde a vigência da nova lei, o STF decidiu pela aplicação do princípio da insignificância, bem como das penalidades previstas 41 na Lei nº 11.343/06, aos casos de uso e porte de droga, mesmo que em local sujeito à administração militar, como veremos nos julgados a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha). 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação 42 da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro

⁴¹ GALVÃO, Fernando. Teoria do crime militar. *Revista direito militar*, v. 19, n. 118, p. 26-30, mar./abr. 2016.

comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar – Lei n. 11.343/2006 – possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida. (HC 90.125, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Julgamento em 24/06/2008).

A Ministra Relatora Ellen Gracie, deste caso acima, votou pela denegação da ordem ao fundamento de que, diante dos valores e bens jurídicos tutelados pelo art. 290 do CPM, revela-se inadmissível a consideração de alteração normativa pelo advento da Lei nº 11.343/06. Defendeu a ideia de que a conduta prevista no referido dispositivo ofende as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal.

De um outro ponto de vista, em outro caso mais recente que o anterior analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, também nomeado como Tribunal da cidadania, possui em seu acervo de jurisprudências algumas decisões relacionadas ao tema supracitado, como o Habeas Corpus a seguir:

EMENTA PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, C/C ART. 29 DO CP, E 35, CAPUT, DA LEI 11.343/06, AMBOS C/C ART. 40, II, DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. INOCORRÊNCIA. I - Não há que se falar em competência da Justiça Militar para apreciação do feito se a denúncia imputa ao paciente crimes que não encontram correspondência no Código Penal Militar. II - O tipo penal referente ao tráfico de drogas, previsto na legislação militar, só se consuma quando a conduta é praticada em lugar sujeito à administração militar, o que não ocorreu no presente caso. No caso, a conduta narrada na denúncia encontra correspondência nos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 e no Código Penal, sendo competente a Justiça Estadual para sua apuração. Habeas Corpus denegado. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente writ, os impetrantes alegam que é incompetente a Justiça Comum para apuração dos crimes atribuídos ao paciente, já que foram praticados por policial militar em serviço, o que atrairia a competência da Justiça Militar. Verifico que a irresignação não merece acolhida. Com efeito, a questão ora trazida à baila já foi, inclusive, objeto de análise por esta Corte, no *mandamus* nº 91.115/RJ, de minha relatoria, DJU de 04/08/2008, impetrado por dois corréus no mesmo feito, cujas razões de decidir ora adoto, *verbis*: "Os impetrantes alegam que é incompetente a Justiça Comum para apuração dos crimes, já que foram praticados por policiais militares em serviço, o que atrairia a competência da Justiça Militar. Contudo, a denúncia imputou aos pacientes crimes que não encontram

correspondência no Código Penal Militar. Confira-se o teor do artigo 290 DO CPM: Contudo, a denúncia imputou aos pacientes crimes que não encontram Documento: 4420161 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça correspondência no Código Penal Militar. Confira-se o teor do artigo 290 DO CPM: "Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar: Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" Como se observa, o tipo penal referente ao tráfico de drogas, previsto na legislação militar, só se consuma quando a conduta é praticada em lugar sujeito à administração militar, o que não ocorreu no presente caso. Portanto, a conduta narrada na denúncia encontra correspondência nos crimes previstos na Lei 11.343/06 e no CP, sendo competente a Justiça Estadual para sua apuração." Diante do exposto, denego a ordem. É o voto. (HC 92.882 - RJ (2007/0247861-8))

Ademais, conclui-se que a cada surgimento de novo caso, com novas minúcias, cabe ao relator que receber julgar como bem entender mais adequado para determinada situação. É evidente que novas teorias e pontos de vista surgiram do advento da lei para os dias atuais, com relação ao conflito gerado entre esta e o CPM já imposto e específico a esse grupos específico da sociedade. Surgem a partir daí, diferentes decisões, baseadas em diferentes aspectos, sejam eles pessoais, princípios, costumes e afins.

3.4 A solução do conflito a partir das premissas teóricas estabelecidas

Se admitirmos o cabimento de sanção penal privativa de liberdade tal qual como previsto na Lei nº 11.343/06, lei de drogas, ao crime tipificado no artigo 290 do CPM, estaremos atentando contra os princípios da hierarquia e da disciplina militares. O artigo 290 do CPM é norma especial e não foi revogado pelo advento da Lei nº 11.343/06.

Novos critérios legais que passaram a reger com menor ou maior rigor o crime comum de porte ilegal de substância entorpecente ou substância similar, não afastam a incidência integral da norma penal castrense. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, isso geraria 'hibridismo' que é incompatível com o princípio da especialidade das leis.

Para tanto, é necessário além de uma análise profunda caso a caso, que se implemente políticas de efetivo combate às drogas como ações preventivas, por programas de

instrução, palestras sobre drogas e visitas a centros de drogados, como ações repressivas, as quais deverão incluir desde minuciosas revistas diárias nos matérias e armários de militares em serviço, emprego de cães farejadores, ensejo em advertências militares, disciplinadoras, até mesmo prisões em flagrante de infratores.

O Direito Penal, instrumento do Estado Democrático de Direito, deve buscar respostas racionais ao problema, o que pode alcançar-se de outro ponto de vista, através da criminalização ou descriminalização, abrandamento, alteração ou incremento de rigor das punições, conforme a estratégia a se desenvolver. A tomada de providências simbólicas ou simplesmente tradicionais, em um problema de tamanha magnitude, tem grande propensão a causar incremento de violência, em vez de objetivos legítimos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foi possível evidenciar que o Direito Penal Militar é um ramo especial do Direito Penal, criado com a finalidade de criar regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais advindo daí a especialidade da lei penal militar. Com isso, no caso do artigo 290 do CPM, observa-se que além de outros bens sejam tutelados pela norma, a hierarquia e disciplina se destacam como bens jurídicos consequentes inclusive nos crimes impropriamente militares, como é o caso, pois extrapola da saúde do militar flagrado.

Desde o início se alerta a restrição à órbita dos militares da União, pois o artigo em questão do CPM, abrange condutas igualmente de militares Estaduais, mas a maior incidência do crime aqui como objeto se apresenta no âmbito do serviço militar obrigatório, aos mais jovens, com baixa renda e baixa escolaridade.

Após tratar de forma geral o Direito Penal Militar, seu histórico, o Código Penal Militar, seus princípios, aplicações, suas fontes, definição de local sujeito à administração militar, bem jurídico tutelado, o presente artigo tratou sobre a lei 11.343, de agosto de 2006, com evolução histórica, bem jurídico tutelado, suas generalidades, conceituação de substância entorpecente e tratamento ao usuário.

O enfoque principal do presente artigo, é acerca dos entendimentos jurisprudenciais acerca do não reconhecimento da aplicação da Lei de Drogas e dos princípios pertinentes, como o da insignificância, frente aos delitos militares envolvendo entorpecente, face ao artigo 290 do CPM, que limite condutas de porte ou uso de substância entorpecente em local sujeito

à administração militar. Inicialmente o debate se justificava pelo princípio da especialidade do Direito Militar, que rege o CPM, o fazendo prevalecer sobre a legislação comum.

O conflito de normas foi levado às Cortes Superiores, STF e STJ para melhor apreciação do tema, pois haviam comportamentos difusos entre as Turmas. Decidiu-se a inaplicabilidade da lei de drogas e do princípio da insignificância ao artigo 290 do CPM, entendendo-se que o dispositivo não contraria o princípio da proporcionalidade e deve respeitar o critério da especialidade das leis. Se admitirmos o cabimento de sanção penal privativa de liberdade tal qual como previsto na Lei nº 11.343/06 ao crime tipificado no artigo 290 do CPM, estaremos atentando contra a hierarquia e a disciplina militares.

O posicionamento que o Supremo Tribunal Federal adote, privilegiando a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 290 do CPM, revela um desconhecimento da rotina na caserna e traz insegurança às Forças Armadas. Pois como defendeu o relator no HC 92882, Ministro Felix Fischer, na quinta turma, o tipo penal referente ao tráfico de drogas, previsto na legislação militar, só se consuma quando a conduta é praticada em lugar sujeito à administração militar, como previsto no artigo 290 do código castrense, sendo assim não havendo esta característica responderá pela Lei de Drogas 11.343 de 2006 e pelo Código Penal, sendo competência da Justiça Estadual a apuração.

Por fim, cumpre salientar que a Constituição Federal ao estabelecer a competência da Justiça Militar para processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei, inclusive do crime militar impróprio de que aqui se trata, legitima o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse e uso de substância entorpecente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar (Parte Geral). *Revista, Atualizada e Ampliada*. 8 ed. Curitiba: Juruá, p. 103-106, 2014.

BETTIOL, Murilo Salvador. A justiça militar e o seu alcance. *Revista direito militar*, v. 20, n. 127, p. 23-26, jan./fev. 2018.

BITENCOURT, Nivaldo Frota. Drogas nas Forças Armadas, perfil do usuário e persecução criminal: a questão da inconveniência do artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n.10, p. 341-366, jan./dez. 2017.

BRANCO, Emerson Castelo. *Legislação penal especial*. 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

CAMELO, Francisco Joseli Parente. O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 25, n. 1, p. 55-62, jul./dez.2015.

CHAGAS, Gomes Vladimir. *A especificidade do direito penal militar frente à despenalização e descriminalização do porte de drogas para uso próprio*. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11252/1/21128579.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

CÓDIGO PENAL MILITAR. *Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 22 abril 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GALVÃO, Fernando. Teoria do crime militar. *Revista direito militar*, v. 19, n. 118, p. 26-30, mar./abr. 2016.

GORRILHAS, Moreira Luciano. *A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas*. Disponível em: [file:///D:/Users/santoslp/Downloads/3-5-1-SM%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/santoslp/Downloads/3-5-1-SM%20(2).pdf). Acesso em: 25 maio 2018.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Justiça Militar democrática e de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39, n. 24, p. 95-130, nov. 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de drogas comentada*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Crime propriamente e impropriamente militar*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 127-149.

RANGEL, Paulo. *Lei de drogas: comentários penais e processuais*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROTH, João Ronaldo. *O princípio da insignificância e o Direito Penal Militar*. Disponível em: [http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia\(1\).pdf](http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia(1).pdf). Acesso em: 22 maio 2018.

SUPERIOR Tribunal Militar. *Código penal militar comparado ao Código penal: artigo por artigo: Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.