



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALBÉRICO SÁVIO PEIXOTO DE QUEIROZ

**A PENA DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, ATRIBUÍDA
À CONDUTA DE TRAFICÂNCIA, ANALISADA SOB O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE EM FACE DO ADVENTO DA LEI 11.343/06**

**BRASÍLIA,
AGOSTO/2014**



ALBÉRICO SÁVIO PEIXOTO DE QUEIROZ

**A PENA DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, ATRIBUÍDA
À CONDUTA DE TRAFICÂNCIA, ANALISADA SOB O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE EM FACE DO ADVENTO DA LEI 11.343/06**

Trabalho Monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Orientadora: Cristina Alves Tubino

**BRASÍLIA,
AGOSTO/2014**

Albérico Sávio Peixoto de Queiroz

A Pena do Artigo 290 do Código Penal Militar, Atribuída à Conduta de Traficância, Analisada Sob o Princípio da Proporcionalidade em Face do Advento da Lei 11.343/06

Trabalho Monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Brasília-DF, 29 de agosto de 2014.

Dra. Cristina Alves Tubino
Professora Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Dedico o presente trabalho aos meus filhos, para que estes se sintam motivados pela busca do conhecimento e aos meus pais, que me deram o alicerce necessário para que esta meta fosse alcançada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa pelo tempo dispensado em meu auxílio e à Doutora Cristina Tubino que nos apoiou e, de forma concisa, conduziu este trabalho apontando o caminho a ser seguido.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Bandeira de Melo

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre as penas privativas de liberdades atribuídas à conduta de tráfico ilícito de drogas e entorpecentes cominadas no Código Penal Militar (CPM) e na Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas. Almeja verificar se as penas impostas pelo CPM estariam em conformidade com o Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista que, diante da norma especial, o preceito secundário do CPM, por ser menos gravoso, não proporciona a segurança adequada para a sociedade. Possui o escopo de evidenciar a desproporção entre as penas aplicadas nos referidos diplomas legais. Apresenta as especificidades contidas nas referidas normas, bem como a relevância que deve ser observada à luz do Princípio da Proporcionalidade. O estudo foi realizado por meio de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais, da legislação aplicada à questão, assim como demais contribuições científicas acerca do tema. Em última análise, conclui-se que a pena privativa de liberdade cominada pelo CPM ao crime de tráfico de drogas e entorpecentes não demonstra proteção adequada, revelando assim, que a norma penal militar está em dissonância com o Princípio da Proporcionalidade.

Palavras-chave: Crime Militar. Tráfico. Pena. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This research deals about the analysis of deprivation of liberty penalty assigned to trafficking at the Brazilian Military Criminal Code and at the 11.343 Drug Law. The purpose of this essay is verifying if the Military Criminal Code is in accordance with the proportionality principle, whereas, there is a disparity between the 11.343 Drug Law, that could apply heavier penalty, and the Military Criminal Code, that could not provide adequate security of society because it applies less severe punishment. This work presents the particularities in those rules even as the relevance of the proportionality principle. Laws, jurisprudence, doctrines and academic works contributed to the development of the proposed issue. For last, after explanation and implications, the deprivation of liberty penalty assigned to trafficking at the Brazilian Military Criminal Code is not appropriate to protect the community, thus it is not according with the proportionality principle.

Keywords: Military Crime. Trafficking. Penalty. Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I.....	12
1. DA JUSTIÇA E DO CRIME MILITAR.....	12
1.1. DA JUSTIÇA MILITAR.....	12
1.2. DO CRIME MILITAR	14
1.2.1. <i>Critérios de Identificação</i>	15
1.2.2. <i>Classificações: Crime Propriamente Militar e Impropriamente Militar</i>	16
1.2.2.1. Crime Propriamente Militar	17
1.2.2.2. Crime Impropriamente Militar	18
1.3. DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA	20
CAPÍTULO II.....	23
2. DAS ESPECIFICIDADES DO ARTIGO 290 DO CPM E DA LEI 11.343/06	23
2.1. DO ARTIGO 290 DO CPM	23
2.2. DA LEI 11.343/06	29
CAPÍTULO III.....	34
3. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	34
CAPÍTULO IV	39
4. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO ART. 290 DO CPM AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	39
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz em sua abordagem um tema que, ao nosso assentir, não tem a merecida atenção por parte dos legisladores, da sociedade e da maioria dos operadores do direito. Trata-se da pena atribuída pelo Código Penal Militar ao delito de traficância, pena que, em um primeiro momento, se revela desproporcional em relação à pena prevista para a mesma conduta, na Lei 11.343/06, mais conhecida como a Nova Lei de Drogas ou Nova Lei Antidrogas.

A pena aplicada na norma militar não se apresenta, como já mencionamos, em um primeiro momento, desproporcional porque é mais severa do que aquela prevista na Nova Legislação, e sim o oposto, visto que é menos severa. A nossa inquietação surgiu devido ao fato de que, no ordenamento militar, a pena a ser aplicada será de 1 a 5 anos de reclusão, ao passo que na Lei 11.343/06, que será aplicada ao cidadão comum, a pena será de 5 a 15 anos de reclusão.

Nosso objetivo é delinear o entendimento sobre o tema passando pela competência jurisdicional militar; pelas definições de crime militar, com suas classificações e características; pelas especificidades contidas no artigo 290 do CPM e na lei 11.343/06, em especial, os bens jurídicos neles tutelados, dando enfoque ao *quantum* de pena aplicada por cada diploma legal. Abordaremos também o princípio da proporcionalidade, submetendo a nossa hipótese, visando comprová-la ou rechaçá-la; e, por último, buscaremos o posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca da questão.

Como metodologia utilizaremos a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que as controvérsias apresentadas estão na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Dividimos o trabalho em quatro capítulos, apresentados na forma que se segue.

No primeiro capítulo, tendo em vista que o Direito Penal Militar não possui cadeira na maioria das instituições de ensino, torna-se salutar descrever as especificidades doutrinárias sobre a matéria, dessa forma, traremos as competências da Justiça Militar objetivando definir qual será o órgão será competente para julgar um crime militar. Abordaremos, na sequência, o conceito de

crime militar, seus critérios de identificação e sua classificação. Por último e não menos importante, faremos uma breve explanação sobre a Hierarquia e Disciplina Militar, pois, como veremos, está intrinsecamente ligada a cada tipo penal militar previsto no Código Penal Militar (CPM).

No segundo capítulo trataremos das características do artigo 290 do CPM e do crime de traficância da lei 11.343/06, apontando os bens jurídicos tutelados, as controvérsias na doutrina, as penas aplicadas às condutas, principalmente à de traficância.

No terceiro capítulo serão apresentadas as especificidades do Princípio da Proporcionalidade, seus sinônimos, suas origens, os subprincípios existentes, dando enfoque à conduta do Legislador, que ao instituir uma norma terá que subsumir-se aos ditames deste princípio, e assim, faremos um paralelo entre as duas normas em estudo.

No último capítulo, mencionaremos os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, visando estabelecer o entendimento sobre a hipótese levantada neste trabalho monográfico.

Capítulo I

1. Da Justiça e do Crime militar

1.1. Da Justiça Militar

O crime militar, especificadamente abordado no próximo tópico, é julgado em foro especial, com exceção daqueles praticados dolosamente contra a vida de um civil, em virtude de lei que delimita a competência para que a função jurisdicional do Estado seja aplicada. Tal previsão está assentada no art. 124 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que traz: “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

De acordo com Giuliani (2009- p.87), a Justiça Militar divide-se em:

(...) Justiça Militar da União, com competência para processar e julgar os integrantes das Forças Armadas e os civis que venham a praticar crimes militares, e Justiça Militar Estadual, com competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares que venham a cometer crimes militares.

Ressalta-se que a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgar e processar o civil, mesmo que este venha, em tese, cometer um crime militar contra as instituições militares estaduais ou contra militar estadual. Este ensinamento tem previsão no art. 125 § 4º da CF/88:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição
(....)
§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

No mesmo sentido, Lobão (2006, p.74) acrescenta:

Como consequência, se o civil realiza determinada ação tipificada no Código Penal Militar, contra as instituições militares estaduais, responde na Justiça comum, desde que sua conduta se ajuste a algum tipo da lei penal comum.

O mesmo autor cita um exemplo no qual um militar e um civil praticam em conjunto violência contra policial militar em serviço, situação em que o militar autor do fato responderá perante a Justiça Militar pelo crime previsto no art. 158 do CPM

(violência contra militar de serviço). Quanto ao civil, este responderá perante a Justiça Comum, pelo crime de lesão corporal previsto no art. 129 do Código Penal Brasileiro.

Giuliani (2009) acrescenta que a competência atribuída à Justiça Militar pode ser territorial ou constitucional. A primeira admite prorrogação de competência entre os juízos militares se não for arguida em momento oportuno, pois é relativa, ocorrendo a preclusão. Em se tratando da competência constitucional, esta é absoluta, não havendo possibilidade de modificá-la, sendo assim, as partes podem alegá-la a qualquer tempo, bem como ser declarada a nulidade de ofício pelo juiz.

Para que se delimite a competência militar e se tenha, por fim, o juízo competente para declinar o direito ao caso concreto alguns caminhos deverão ser seguidos.

Buscando a determinação da competência militar, Giuliani (2009) conduz a questão de forma pragmática.

Afirma o autor que, primeiramente, é necessário saber se o fato é crime militar. Em caso afirmativo, deve-se definir se é crime militar federal (crime militar praticado por militares das Forças Armadas ou por civil) ou crime militar estadual (crime militar praticado por Policiais Militares ou Bombeiros Militares). Caso seja crime militar estadual, o autor especifica que se faz importante saber se será competência do juiz de direito, do conselho de justiça permanente ou do conselho de justiça especial (competência interna). Em se tratando de crime militar federal deve-se saber se será o conselho permanente de justiça ou o conselho especial que julgará (competência interna) ou a qual órgão jurisdicional hierarquicamente competirá.

Ultrapassado essas fases, segundo o autor, deve-se saber qual o lugar da infração, ou residência ou domicílio do autor dos fatos. Não sendo possível utilizar a regra da prevenção para determinar qual a circunscrição judiciária competente, deverá saber qual auditoria militar que irá julgar (*competência racione loci*). Por fim, deve-se definir o Juiz competente dessa auditoria militar através da distribuição do processo ou por prevenção.

1.2. Do Crime Militar

Antes de adentrarmos na conceituação de crime militar é salutar destacar a definição de pessoa considerada militar contida no art. 22 do Código Penal Militar (CPM):

Pessoa considerada militar

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Infelizmente, o legislador manteve na sua parte final a figura extinta do “assemelhado”, definido no art. 21 do CPM, referindo-se aos servidores civis sujeitos à “disciplina militar”, embora, à época, já não mais estivessem sujeitos à legislação penal militar, sendo que, na atualidade, estes são regidos pela lei 8.112/90.

Atendo-se ainda à leitura do art. 22 do CPM vemos que os integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal não estariam incluídos nas “pessoas consideradas militares”.

Em contrapartida, o art. 42 da CF/88, com a nova redação dada pela emenda constitucional nº 18 de 1998 afirma que:

Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Desta forma, estão sujeitos à legislação Penal Militar os Policiais e os Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal, podendo estes praticarem crime militar.

Existem muitas controvérsias quanto ao conceito de crime militar. Segundo Orosimbo Nonato, citado por Costa (2005, p.4), este crime “foi sempre considerado, nos domínios da doutrina, como dos mais tormentosos”, o que se deve aos vários critérios utilizados para a sua conceituação.

Assim, Costa (2005), nos remete ao delito essencialmente militar, que constituía uma infração do dever funcional do soldado e ao delito acidentalmente militar, sendo este o delito praticado pelo militar em razão do lugar, do tempo ou em

razão da Lei, embora ensine que, atualmente, não há esta distinção, afirmando que “Perante o Direito positivo, delito militar é aquele definido nas leis militares”.

Tendo por base a linha de pensamento de Carlos Colombo, professor de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires, citado por Lobão (2006), o conceito de crime militar deve ser entendido dentro do conjunto teórico do direito penal militar e em atenção à tutela dos bens e interesses jurídicos da ordem e da hierarquia militar. Seguindo este raciocínio, Lobão (2006, p.56) entende que:

...crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

Oportuno dizer que os bens jurídicos lesionados e elencados acima pelo autor podem ter como ofensores o militar e o civil, com exceção da infração cometida contra a hierarquia e disciplina militar, que só pode ter como infrator o próprio militar.

1.2.1. Critérios de Identificação

A Constituição Federal, em seu artigo 124, determina como critério definidor dos crimes militares o critério *ratione legis*, ao afirmar que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes definidos em lei”.

Determinação assemelhada é encontrada no inciso I do artigo 9º do Código Penal Militar. Ressalta-se, entretanto, que o dispositivo mencionado utiliza outros critérios no rol taxativo de crimes militares descritos, quais sejam: os critérios *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci*, veja-se:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
 - d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
 - e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
- III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
 - b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
 - c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
 - d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.
- Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Nesse sentido, Costa (2005) afirma que o legislador penal militar fez combinação entre todos os critérios mencionados e que a combinação de tais critérios é uma opção legislativa, ainda que acredite que o único critério legítimo e científico para definir o crime militar seja o critério *ratione materiae*.

De modo diverso, Lobão (2006) afirma que com a promulgação da Constituição da República, em 1988, restou consagrado o critério *ratione legis* para a determinação de crime militar. Desta forma, a Carta magna transferiu a função de definir outros critérios para o legislador ordinário.

Destaca-se que o Código Penal Militar define ainda no seu artigo 10 os crimes militares em tempo de guerra, os quais não serão abordados no presente trabalho monográfico, em razão da limitação do tema tratar do delito tipificado no art. 290 daquela lei, uma vez que este se enquadra na modalidade de crimes militares em tempo de paz.

1.2.2. Classificações: Crime Propriamente Militar e Impropriamente Militar

A partir dos critérios já demonstrados anteriormente faremos a diferenciação entre crimes propriamente e impropriamente militares.

1.2.2.1. Crime Propriamente Militar

Os crimes propriamente militares, também chamados de crimes militares puros, são aqueles somente previstos no Código Penal Militar e que só poderão ser cometidos por militares. Desta forma, um civil não poderia cometer um crime propriamente militar, embora haja divergência doutrinária sobre o assunto.

De acordo com Lobão (2006, p.84):

Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. É conveniente ressaltar que o crime propriamente militar pode ser cometido no exercício da função do cargo militar ou fora dele. Por exemplo, no abuso de requisição militar (art. 173, do CPM), o militar pratica o delito em função, enquanto na violência contra superior (art. 157, do CPM) o agente e o ofendido, no momento do crime, podem não estar em serviço ou fora de local sob administração militar.

Assim, ainda de acordo com as ideias do autor, tendo em vista que nos crimes propriamente militares a lei protegeria a disciplina, a hierarquia e o dever militar, estes só poderiam ser ofendidos por um militar e nunca por um civil.

Posicionando-se de forma adversa, Saraiva (2009, p.44) defende que:

Crime propriamente militar é aquele que guarda sua razão de ser exclusivamente para tutelar uma objetividade jurídica estranha à sociedade civil, ou seja, é um tipo penal especialmente criado para proteger um interesse próprio, particular e característico da ambiência militar, preferencialmente veiculado em norma específica e, via de regra, praticado por militares.

O autor enumera alguns crimes que estão previstos somente no CPM, não tendo estes crimes previsão na legislação penal comum e que, segundo Saraiva (2009), em discordância a Lobão (2006), os crimes tipificados no art. 183 (*insubmissão*), art. 184 (*criação ou simulação de incapacidade física*) e art. 185 (*substituição à convocação*) todos do CPM, abaixo transcritos, só poderão ser cometidos por civil.

Insubmissão

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena - impedimento, de três meses a um ano.

Caso assimilado

§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.

Diminuição da pena

§ 2º A pena é diminuída de um terço:

a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis;

b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação.

Criação ou simulação de incapacidade física

Art. 184. Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Substituição de convocado

Art. 185. Substituir-se o convocado por outrem na apresentação ou na inspeção de saúde.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem substitui o convocado.

Favorecimento a convocado.

Vê-se no posicionamento de Saraiva (2009, pag. 44) que é possível ter um civil praticando um crime propriamente militar, pois antes da incorporação deste nas instituições militares, não temos um militar e sim um civil que se amolda aos tipos penais citados. Defende ainda que possa existir norma geral que tipifique crime propriamente militar.

(...) e não é de todo impossível ou equivocado que uma lei genérica traga a previsão de um crime propriamente militar (uma lei que defina a ação de grupos armados pode, em tese, veicular tipo penal destinado unicamente aos grupos ou milícias formadas por militares amotinados ou insurretos, por exemplo.

Neste caso, não parece ter razão o doutrinador, de forma que se o crime fosse previsto em norma geral, o militar, por certo, não estaria sujeito à jurisdição militar e sim à Justiça Penal Comum, pois, conforme citado, neste tipo de crime deve haver previsão apenas no CPM.

1.2.2.2. Crime Impropriamente Militar

Quanto aos crimes impropriamente militares, também chamados de impuros, são aqueles definidos tanto no CPM como no Código Penal comum, que em razão de lei tornam-se crimes militares quando se adequam às condições do inciso II, do artigo 9º já mencionado. São condutas delitivas que têm, na sua essência, uma natureza civil. Todavia, adotam o caráter militar quando cometidos pelo militar no desempenho de suas funções ou pelo civil quando sua conduta fere os preceitos militares, estando essa conduta tipificada no CPM.

Assim, Lobão (2006, p.97-98) observa:

O crime impropriamente militar, que também recebia a denominação de acidentalmente militar, vem definido no Parecer do então Procurador da República, Guimarães Natal, como “os de natureza comum, praticados por militar, assumem o caráter de militares pelas circunstâncias especiais de tempo ou lugar em que são cometidos, pelo dano que, dadas certas circunstâncias, causam à administração, á hierarquia ou à disciplina militar, como o crime praticado pelo militar dentro dos quartéis”. (...) Em conformidade com o direito material brasileiro, crime impropriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo “específica e funcional da profissão do soldado”, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses.

Corroborando o entendimento, Costa (2005, p.5) elenca que:

Ora, os civis e os militares podem ser agentes do delito militar, desde que a infração *ratione materiae* constitua delito militar, ou seja, ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico pertinente à proteção do ordenamento penal militar. (...) Também o delito praticado por civil teria a sua classificação militar na característica do delito *impropriamente militar*.

Continua o autor dizendo que:

O Direito Penal Militar é, evidentemente, um direito tutelar, porque tutela os bens jurídicos, os interesses jurídicos da ordem militar, de modo que o crime será evidentemente militar quando atentar contra os bens ou interesses jurídicos de ordem militar, sejam quais forem os seus agentes (militares ou civis). (p.6).

Na mesma linha de pensamento, Saraiva (2009, p.45) conceitua os crimes impróprios:

(...) são aqueles que assim se tornam em razão da aderência de uma das exigências do art. 9.º, sem a qual continuariam a receber o tratamento de delito comum. Para tanto, é preciso que estejam previstos tanto na lei penal comum como na lei penal militar. (...) Aos olhos de um “profano”, parecem crimes comuns, mas aos aplicadores do direito, destacam-se os adornos distintivos que lhes transfiguram a natureza.

Nos crimes impróprios não temos divergência doutrinária com relação aos sujeitos passíveis de cometer o delito, sendo certo que tanto o militar quanto o civil podem cometê-lo.

Um bom exemplo de crime impropriamente militar é a conduta de tráfico de drogas, descritas no artigo 290 do Código Penal Militar, cerne do presente trabalho de pesquisa.

1.3. Dos Princípios da Hierarquia e Disciplina

Na legislação militar, os princípios da hierarquia e da disciplina são a base institucional das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 dispôs que as instituições militares são organizadas com base naqueles princípios.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 142, caput, preconiza:

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 ordem.

A regularidade das atividades em uma Instituição Militar é fundamental para que as regras e normas sejam respeitadas. De acordo com Goffman (2001), as instituições militares se caracterizam por serem regidas por uma autoridade única, onde as atividades são realizadas em conjunto e são impostas por meio de um sistema de regras formais e explícitas.

Martins (2006) expõe que, ao longo da história das organizações militares, estas instituições se consolidaram sobre dois pilares básicos, quais sejam hierarquia e disciplina. A hierarquia será aqui conceituada como sendo o escalonamento de funções e autoridades, bem como linhas de comando para a execução de tarefas. A disciplina como sendo a submissão e respeito às regras e às normas impostas, bem como àqueles que lhe são superiores.

Hierarquia é definida pelo Estatuto dos Militares, em seu artigo 14, parágrafo primeiro, como sendo “(...) 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”.

O parágrafo segundo do mesmo artigo da lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980, traz que disciplina nada mais é do que “(...) 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”.

De Plácido e Silva (2006) conceitua a disciplina militar como sendo a conjunto de princípios que devem ser rigorosamente seguidos por todos os membros de uma corporação militar, em virtude dos quais todos devem respeito aos modos de conduta que deles decorrem.

José Afonso da Silva (1997) citando Santos, esclarece que não se confundem os dois conceitos, quais sejam, hierarquia e disciplina, apesar de serem conceitos intimamente ligados. Entende que a disciplina pressupõe a existência de uma relação hierárquica.

Lobão (2006) afirma ainda que a disciplina militar compõe um sistema rigoroso de relacionamento entre os componentes da organização militar, com o objetivo principal de zelar pela manutenção deste segmento hierarquizado da estrutura social do país.

Santos (1997) entende que a manutenção da hierarquia e disciplina nas instituições militares é indispensável e até salutar nos limites da lei. E afirma ainda que a hierarquia não forja o caráter do militar, somente, hierarquiza e disciplina a atividade militar.

Para Foucault (1979, pag.38) :

Hierarquia é a ordem baseada na divisão em níveis de poder ou de importância, onde um nível inferior é sempre subordinado a outro nível superior, e disciplina é a boa ordem que resulta da obediência à lei.

Desta forma, é atribuição e incumbência dos militares da ativa e da inatividade manterem de forma efetiva e permanente o respeito à disciplina e à hierarquia visando manter o bom nome das instituições militares perante a sociedade. Observa-se que o Legislador originário previu que os tipos penais do CPM protegem de forma indireta a hierarquia e disciplina. Indo além, os Tribunais

Militares elegeram a hierarquia e a disciplina ao julgarem o ilícito de porte de drogas para consumo próprio como o principal bem jurídico protegido pelo tipo incriminador.

Capítulo II

2. Das Especificidades do Artigo 290 do CPM e da Lei 11.343/06

Visando confrontar as reprimendas à conduta do traficante faz-se necessário apresentar as distinções contidas no art. 290 do CPM, o qual possui algumas características voltadas à proteção das instituições militares, bem como as que norteiam a Lei 11.343/06.

2.1. Do Artigo 290 do CPM

O Código Penal Militar Brasileiro estabelece no Título VI – Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública, Capítulo III – Dos Crimes Contra a Saúde, art. 290 que:

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 anos.

Casos Assimilados

§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 que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III – quem oferece, 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 dois a oito anos.

O presente tipo penal foi uma inovação do Código Penal Militar de 1969. O legislador comentou sobre a inclusão do referido tipo penal na Exposição de Motivos do CPM, em seu item 19. "No mesmo título foi também incluído um capítulo relativo aos crimes contra a saúde, tendo-se em atenção especial os entorpecentes e substâncias que determinam a dependência química."

De acordo com a previsão inicial do Legislador, os bens jurídicos tutelados no tipo penal mencionado são diretamente, a incolumidade pública e a saúde, e,

indiretamente, como em todo crime de natureza militar, a disciplina e a hierarquia militar.

No mesmo sentido Neves e Streifinger (2012, p.41) apontam:

Vários bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior. (...) levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma penal castrense.

Atualmente, após o advento da Lei 11.343/06, o Superior Tribunal Militar (STM) e o Supremo Tribunal Federal (STF), vêm proferindo decisões acerca do porte de drogas para consumo próprio, nas quais a hierarquia e a disciplina deixaram de ser o bem jurídico protegido de forma indireta passando a ser o principal bem tutelado pelo artigo 290 do CPM, rejeitando assim, a aplicabilidade do novo diploma no âmbito militar sob o argumento de que o porte de drogas, ainda que seja ínfima a quantidade, fere os preceitos militares.

EMENTA: APELAÇÃO. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM PODER DOS APELANTES EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INFRINGÊNCIA DO ART. 290 DO CPM. INCONFORMISMO DA DEFESA. MANTENÇA DA CONDENAÇÃO "A QUO". AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES.

- Rejeitada preliminar de nulidade do Feito "ab initio" por ausência de comunicação ao flagranteado do direito de permanecer em silêncio. Nulidades ocorridas no IPM não têm o condão de contaminar todo o Feito. Condenação que se pautou nos elementos de prova colhidos na fase judicial, sob o manto do contraditório e ampla defesa. "Nulidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminam o processo penal, eis que após a prolação da sentença condenatória, esta é que deve ser atacada por eventuais nulidades". Precedente do STF. Decisão unânime.

- Hipótese de aplicabilidade da Lei nº 11.343/06, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, na esfera penal castrense. Não cabimento da "novatio legis" no âmbito especialíssimo da Justiça Militar. Precedentes desta Egrégia Corte e do STF.

- Inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de uso e porte de substância entorpecente no âmbito especialíssimo da Justiça Militar. Nesse ponto, não há como acatar a aplicação desse princípio na conduta daqueles que integram os quadros das Forças Armadas, que têm a missão precípua de garantir a soberania do Estado. Portanto, a periculosidade social da ação e o grau de reprovabilidade do comportamento devem ser analisados tendo-se em mente o âmbito da convivência militar e não o contexto da vida na sociedade civil. Destarte, existem valores intrínsecos ao meio castrense e princípios próprios que não podem ser afastados por valores e princípios aplicáveis na sociedade civil em geral.

- Pena-base que se ajusta aos critérios legais. Impossibilidade de diminuição da pena aquém do mínimo legal.

- Improvimento do Apelo defensivo. Decisão unânime.

Num: 2009.01.051479-1 UF: SP Decisão: 21/10/2009 Proc: Apelfo - APELAÇÃO (FO) Cód. 40. Relator: Min. JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS.

DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290, CPM. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA. ART. 2, § 1º, LICC. NORMA ESPECIAL E NORMA GERAL. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Habeas corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal Militar que, no julgamento de embargos infringentes, manteve a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 290, do Código Penal Militar. 2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei nº 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76. 3. Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum. 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. 5. Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. Art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06. 7. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM. 8. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício, sob a modalidade retroativa. 9. Habeas corpus concedido de ofício; prejudicado o pedido. (HC 91356, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00370.

Apesar do entendimento acerca do porte para consumo no âmbito militar, não há questionamentos da possível desproporção quando o fato delitivo se trata de traficância praticada no meio militar. Para que se tenha uma dimensão da questão, imaginemos um militar que utiliza uma aeronave ou uma viatura militar para traficar drogas. Há de se perceber que ele terá uma certa facilidade em trafegar nos aeroportos e transitar com maior liberdade pelas ruas.

Um ponto relevante no tipo penal mencionado é que o legislador atribuiu a mesma pena ao portador de drogas para consumo próprio, assim como para a conduta de traficância, ou seja, tanto o traficante quanto o portador de ínfima quantidade estarão sujeitos à pena de reclusão de até 5 (cinco) anos, tendo por pena mínima 1 (um) ano, conforme previsto no art. 58 do CPM, de forma que, diante das penas previstas nos artigos 28 e 32 da Lei 11.343/06 (abaixo transcritos), os quais preveem penas de até 15 anos de reclusão ao traficante de drogas (art. 32) e, apesar de não ter descriminalizado a conduta de portar drogas para consumo próprio deixou de penalizá-la com restrição de liberdade (art. 28).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos da droga;

II – prestação de serviços à comunidade

III – medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses.

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Comparando-se as duas normas, percebe-se uma incoerência nas penas aplicadas, pois perante o CPM o militar será punido com menor rigor, caso pratique a conduta de traficar drogas, e será punido como no mínimo 1 ano de restrição de liberdade quando portar drogas para consumo próprio.

Quanto à classificação, o art. 290 consiste em um crime formal, de perigo abstrato, ou seja, basta a exposição do bem jurídico tutelado para se caracterizar, e impropriamente militar, podendo, nesse caso, ser praticado por um civil.

Para Nucci (2010, p.167) o crime formal “É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”. Ainda de acordo com Nucci (2013), corroborando o entendimento emanado, as condutas tipificadas no art. 290 do CPM são de perigo abstrato, no qual a probabilidade de ocorrer o dano está presumida no tipo penal, de forma que o dano independe de prova, citando como exemplo o tráfico ilegal de substâncias entorpecentes.

O artigo 290 do CPM possui 11 verbos, sendo suficiente que o agente realize apenas uma das condutas para que lhe seja imputado o tipo penal. Ademais, em atenção à alternatividade, realizando o autor mais de uma conduta em uma mesma empreitada criminosa, a ele somente será imputado um delito.

De forma que além das condutas de traficância, ou seja, receber, preparar, vender, fornecer, ter em depósito, transportar e trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, dentre outras, temos a conduta do porte de entorpecentes para uso próprio.

Importante ressaltar que, segundo Assis (2010), as condutas tipificadas no art. 290 do CPM, são espécies de delitos especiais, pois para que o fato seja apenado, deve ser praticado em local sob a Administração Militar ou fora dela em qualquer atividade relacionada ao serviço ou função militar.

Percebe-se, portanto, que a conduta de traficância praticada por aquele que deveria proteger, no caso, o militar, sendo apenada de forma mais branda em comparação com a prevista na Lei 11.343/06 e, apesar de não ser o foco principal deste estudo, temos a discrepância do ilícito militar de portar drogas para uso próprio equiparada à conduta de traficância.

O artigo 290 do CPM caracteriza-se como uma norma penal em branco, na medida em que exige uma complementação de outro texto de lei ou norma para definir o conceito de droga ou entorpecente. Neste caso, a definição encontra-se em portaria nº 344, de 12/05/1998 emitido pelo Ministério da Saúde.

De acordo com Nucci (2010, pag. 111):

São normas penais em branco aquelas cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, e o preceito sancionador é sempre certo.

Dividem-se em: *a) normas impropriamente em branco* que se valem de fontes formais homogêneas, não penais. Ex: os impedimentos matrimoniais do crime do artigo 237 (casar conhecendo tais impedimentos) são achados no Código Civil, que também é lei; *b) normas propriamente em branco* que se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso e sempre fora do âmbito do Direito Penal.

Sendo assim, as normas penais em branco, são aquelas que nem sempre são suficientes para que o tipo penal, por si só, seja aplicado à conduta delituosa. Desta forma, tornam-se necessárias normas explicativas ou complementares, de natureza penal ou não.

Após a entrada em vigor da Lei 11.343/06, que também aborda com especificidade o tráfico de drogas e o porte de drogas para consumo pessoal, criou-se uma controvérsia jurídica, no sentido da aplicação daquela lei no âmbito militar. Controvérsia que permaneceu por um período, inclusive entre as turmas do STF. De forma que diante da divergência entre a Primeira e Segunda turmas, o tema foi afeto ao Pleno do STF que decidiu pela inaplicabilidade da Lei 11.343/06 nos crimes praticados em locais sujeitos à administração militar.

A controvérsia permanece em relação à subsunção dos tipos em estudo ao Princípio da Proporcionalidade, os quais estariam ou não em conformidade com este, tendo por parâmetro as penas previstas na Lei 11.343/06. É fato que a maioria

dos casos questionados estão ligados ao porte para consumo, o que não nos causa estranheza, pois o militar que for apenado por incorrer no crime militar de tráfico não irá se insurgir contra a pena a ele imposta, pois esta é mais branda do que aquela prevista na Lei 11.343/06.

2.2. Da Lei 11.343/06

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD e, conforme redação do seu art. 1º 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, e, define crimes.

A referida legislação ficou mais conhecida como nova lei das drogas ou lei antidrogas e entrou em vigor em 8 de outubro de 2006, revogando expressamente as leis 6.368/76 e 10.409/02, sendo esta a primeira tentativa de inovar a legislação sobre drogas. No entanto, após a aprovação no Legislativo, o capítulo relativo aos delitos e às penas recebeu veto da Presidência da República, vigorando apenas a sua parte processual. De forma que os dois diplomas perduraram até a vigência da Lei 11.343/06 havendo a conjugação das duas normas, onde a parte material do direito penal ainda estava atrelada a Lei 6.368/76 e a parte processual deveria ser aplicada utilizando os mandamentos da Lei 10.409/02.

De acordo com Carvalho (2013), o rigor que foi dado na revogada Lei 10.409/02 à repressão às várias formas de comercialização e ao financiamento de organizações voltadas ao tráfico, paralelamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes, foram projetados na estrutura material e na estrutural processual da Lei 11.343/06.

Dessa forma o novo diploma conserva a repressão ao tráfico de drogas, incrementando a pena prevista na Lei 6.368/76, embora o tenha feito alterando o modelo legal de incriminação previsto no capítulo vetado da Lei 10.409/02. Desdobrando, de forma acertada, a repressão ao comércio ilegal em condutas típicas distintas e prevendo um *quantum* de pena diferenciado para cada tipo incriminador.

Em contraponto, em relação ao porte para consumo, a nova lei adotou a implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes, não prevendo penas restritivas de liberdade para a conduta, embora prevalecendo a sua tipicidade. Da discussão que nasceu com o novo diploma sobre a hipótese de descriminalização da conduta do porte para consumo, trataremos à frente.

Nucci (2009) pontua que a nova Lei de Drogas continua a ser uma norma penal em branco, da mesma forma que o art. 290 do CPM, sendo que necessita de outra norma para complementá-la, pois não define quais substâncias serão consideradas drogas.

O parágrafo único do art. 1º da Lei prevê a lacuna “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

O referido complemento é feito pela portaria nº 344, de 12/05/98, emitida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde – SVS/MS, a qual define quais são as substâncias e plantas que podem dar origem às substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras de controle especial. Tal previsão vem expressa no art. 66 da lei em estudo.

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.

Vejamos algumas das definições elencadas na portaria 344:

Droga - Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária.

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela *Convenção Única sobre Entorpecentes*, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Precursores - Substâncias utilizadas para a obtenção de entorpecentes ou psicotrópicos e constantes das listas aprovadas pela *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas*, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Psicotrópico - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela *Convenção*

sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.
Substância Proscrita - Substância cujo uso está proibido no Brasil.

Diante das definições citadas, percebe-se que há diferença terminológica para “droga” e para “entorpecente”, sendo esta a utilizada pelo artigo 290 do CPM, e aquela a utilizada pela Lei 11.343/06, que, conforme mencionado inicialmente, inovou o legislador em usar o termo droga.

Segundo o Senador Romeu Tuma, relator da Lei 11.343/06, citado por Assis (2010), a nova nomenclatura estaria ajustada à nova nomenclatura proposta, mostrando-se mais sintética e consagrada no senso comum.

Apesar de ser vocabulário do senso comum, a utilização do termo, por ser mais amplo e genérico do que “entorpecente”, causou alguns questionamentos no meio jurídico, de forma que a Lei 11.343/06 teve sua atuação ampliada, pois a Portaria 344 traz em seu rol uma quantidade de substâncias tidas como drogas que não causam dependência química. Portanto, no sentido literal da lei, podemos ter, por exemplo, a criminalização do porte de uma substância que não seja ilícita.

No mesmo sentido é o entendimento de Assis (2010), o qual descreve que não importará se o porte de substância trata-se de entorpecente, psicotrópica ou qualquer outra que cause ou não dependência física ou psíquica, podendo ocorrer a criminalização da conduta de portar substância que não cause dano à saúde.

A nova Lei trouxe alterações ao tema drogas e entorpecentes, embora a mais discutida à época pela doutrina e jurisprudência foi a conduta de portar drogas para consumo pessoal, contida no art. 28 da Lei 11.343/06, colacionado anteriormente.

A divergência citada deu-se em razão da definição legal de crime prevista no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que define crime como a infração penal a que a lei comina a aplicação de pena privativa de liberdade com reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, surgindo, desde a entrada em vigor da Lei 11.343/06, questionamentos se teria ocorrido a descriminalização do porte de drogas para uso próprio.

Toda a discussão gira em torno do fato de que o legislador não fez previsão de pena de prisão para aquele que porta drogas para uso próprio, mas apenas a possibilidade, no caso de condenação, de aplicação de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa consistente no comparecimento à programa ou curso educativo.

Acerca da celeuma, surgiram três correntes que abordaram de forma diferenciada a natureza jurídica do tipo, são elas:

1) O art. 28 faz parte do Direito Penal e é crime (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07), havendo mera despenalização, não se podendo falar em *abolitio criminis*;

2) O art. 28 pertence ao Direito Penal, mas não constitui crime, sim, uma infração penal *sui generis* (Luiz Flávio Gomes), portanto o que teria ocorrido seria uma descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*; e

3) O art. 28 não pertence ao Direito penal sendo uma infração do Direito judicial sancionador (Alice Bianchini), seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*).

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a discussão no julgamento do RE 430.105, originário da justiça do Rio de Janeiro e não acolheu quaisquer dos argumentos que pretendiam alterar a natureza da conduta prevista no artigo 28 da nova lei de drogas e firmou seu entendimento de que o porte de drogas é crime.

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 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). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição 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 prejudicado.

Decisão - A Turma, resolvendo questão de ordem, julgou prejudicado o recurso extraordinário. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª. Turma, 13.02.2007.

(STF, RE-QO 430105/RJ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 13/02/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007, DJ 27-04-2007 PP-00069, EMENT VOL-02273-04 PP-00729, RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21, RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523). Grifou-se.

De acordo com os ensinamentos de Nucci (2010, pag. 325), o tipo previsto no art. 33, já transcrito anteriormente, trata-se, quanto à classificação:

(...)de crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado) nas condutas de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar ou será permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); unissubsistente (praticado em um único ato) ou plurissubsistente (cometido por vários atos).

De forma que não se diferencia, neste ponto, da norma penal militar.

Capítulo III

3. Do Princípio da Proporcionalidade

O Princípio foi consagrado no direito administrativo como evolução do princípio da legalidade. Contudo, essa ideia inicial vinculava-se, à época, somente às penas.

Por volta de 1765, Cesare Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, já demonstrava que haveria de ter uma proporção na ordem punitiva, preconizando que:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais comuns prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar crimes é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre crimes e castigos.

Ainda, segundo Beccaria, basta que o legislador estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos.

Podemos aqui, nos ensinamentos de Beccaria, fazer uma alusão ao nosso tema, pois um dos crimes que mais atormentam e destroem a população é o tráfico, o qual, perante a norma militar, recebe "um castigo" menor.

A partir dos anos 70, segundo Barros (2000), a jurisprudência francesa, em se tratando de medidas restritivas de direito, consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto frente aos interesses enfrentados, usando da técnica da ponderação do custo benefício, cujo procedimento é uma manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

Nos dias atuais, o instituto prevalece como um instrumento de controle sobre um possível excesso de poder exercido pelo Estado, tendo previsão implícita no texto constitucional.

A proporcionalidade recomenda a harmonia e a adequada regulação de um sistema, abrangendo em Direito Penal o campo das penas, instituindo uma relação entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, de

forma que as penas devam ser dosadas conforme a gravidade da infração penal cometida.

Neste ponto, poderíamos aferir que o CPM quando tipifica em um mesmo artigo onze condutas, atribuindo a todas a mesma pena em abstrato, não estaria, hodiernamente, ponderando a conduta praticada com a extensão do dano à sociedade.

Os vários termos utilizados ao se tratar do princípio da proporcionalidade ocorrem devido uma ausência de sistematização da corte constitucional alemã, dos princípios convergentes e de seus subprincípios, bem como da localidade em que é aplicado.

De acordo com D'Urso (2007), a escolha pelo termo proporcionalidade deve-se à Alemanha e, sob mesmo fundamento da limitação da atuação do Estado, os Estados Unidos utilizaram o termo razoabilidade.

Ainda segundo a autora, o que justificaria o pouco rigor do emprego das expressões para designar o instituto seria os seus desdobramentos em subprincípios, como o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Fato é que a maioria dos doutrinadores elegeram o termo proporcionalidade como sendo o mais aplicado ao sentido do princípio.

Para que um direito fundamental possa ser restringido, exige-se que a norma passe pelas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para somente após haver a restrição.

Mendes (2012) relata que em se tratando de restrição a determinados direitos deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

A adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à persecução ao fim desejado, de forma que a norma criada pelo Legislador tenha relação de adequação ao meio utilizado e ao objetivo a

ser alcançado, mostrando-se o meio mais eficaz e menos danoso ao direito fundamental.

Corroborando o entendimento, Mendes (2012, pag. 75) assevera que o subprincípio da adequação exige que as medidas de intervenção sejam eficazes e apropriadas aos objetivo desejado, de forma que em cada caso o julgador, e ao nosso ver o legislador, devera examinar se o meio é "simplesmente inadequado, objetivamente inadequado, manifestamente inadequado ou desnecessário, fundamentalmente inadequado ou se com a sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado".

O subprincípio da necessidade exige que não exista outras ações menos gravosas para o cidadão que se tenha a mesmo efeito no alcance dos objetivos esperados, em outros termos, Mendes (2012, pag. 75) afirma que "o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa". Ressalta ainda que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação, de forma que "apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*."

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, no assentir de D'Urso (2007), estabelece uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente o melhor possível. Para Mendes (2012, pag. 75), estaria na rígida ponderação e do possível equilíbrio entre o sentido da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, lembrando que há um risco da decisão legislativa ser alterada pela ponderação subjetiva do Julgador. Por este motivo, continua o autor, deve-se procurar solver a questão concreta nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, de forma que a proporcionalidade em sentido estrito assumiria o controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Para Nucci (2012), há uma meta revelada em direção a dois objetivos, onde o primeiro, voltado ao legislador, que ao criar um tipo incriminador ou quando pretenda alterá-lo, deve preservar a harmonia entre a cominação de penas e os

modelos de condutas proibidas e um segundo objetivo voltado ao Julgador, o qual deverá manter o equilíbrio entre a aplicação da pena e o modo de realização do crime, mantendo a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.

No caso em estudo, a traficância por militar, o julgador poderá, no caso em concreto, sopesar a pena até o máximo legal, que será de 5 anos, o que não vislumbramos a devida proporção entre a conduta e a pena, de forma que caberia ao Legislador alterar o tipo incriminador, aplicando o princípio em estudo.

Ao Legislador cabe a tarefa de solver conflitos entre os direitos fundamentais quando o próprio texto constitucional lhe remete a possibilidade de restrição de direitos, o que, inevitavelmente, o levará a uma colisão entre o direito fundamental à liberdade e o interesse da comunidade na segurança pública, devendo, este, dosar a medida a ser adota, preservando o bem coletivo, bem como o direito individual.

Vemos que com o advento da nova Lei de drogas, o legislador aplicou penas distintas a cada fato criminoso, amenizando a pena ao tipo de portar drogas para consumo e incrementando a pena ao tipo relativo à traficância, de forma que, diante do quadro social, manteve, segundo a visão de Nucci, a devida proporção entre o bem a ser protegido e a sanção a ser aplicada.

Neste estudo, o que se enfoca é a desproporção existente entre as penas aplicadas ao traficante de drogas no âmbito militar, em detrimento daquela aplicada pela Lei 11.343/06 ao cidadão comum. De forma que o Legislador, caso optasse em alterar o diploma militar, nos moldes das penas aplicadas atualmente ao crime de traficância na Lei 11.343/06, ou mesmo se estas fossem majoradas, não infringiria em nenhum momento o princípio aqui disposto.

Em verdade, não o fazendo, como hoje se vê, pois não há nenhuma alteração neste sentido, estaria sim em desacordo com o princípio, visto que Mendes (2012) elenca o subprincípio da proibição da proteção insuficiente. Citando Schlink observa que se o Estado nada faz para alcançar um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente do dever de legislar ou de

qualquer outro dever de proteção. Se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas.

Assim, teremos que uma norma seria insuficiente quando esta não se mostra suficiente para uma proteção adequada e eficaz. Nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar a referida conduta como desproporcional em sentido estrito.

De acordo com o exposto e conforme a política criminal implícita na Lei 11.343/06, o CPM, ao atribuir uma pena menos gravosa à conduta de traficância, seria uma norma proibitiva insuficiente, deixando de proteger e resguardar os valores sociais atuais, bem como os valores das instituições militares.

Capítulo IV

4. Do Posicionamento Jurisprudencial e Doutrinário Acerca da Adequação do Art. 290 do CPM ao Princípio da Proporcionalidade

Os levantamentos realizados revelam que o crime militar de porte de drogas para consumo próprio é o que mais provoca divergências no Poder Judiciário, tendo em vista que, com o advento da Lei 11.343/06, a qual não prevê pena restritiva de liberdade para o usuário, os condenados pela justiça castrense, com penas que podem variar de 1 a 5 anos de reclusão recorrem às instâncias superiores na tentativa de reformar a decisão.

Logicamente, o militar traficante que estará incurso nas mesmas penas acima não tem, em tese, motivos para se insurgir quanto à pena imposta, pois, conforme dissemos, o civil traficante está sujeito a uma pena de até 15 anos de reclusão, ao passo que o primeiro estará recebendo uma pena reduzida. Fato que se constata, pois nas nossas pesquisas não foram encontrados questionamentos nos Tribunais Superiores relativos ao quantum de pena aplicada no crime militar de tráfico.

Desta forma, discorreremos a seguir os posicionamentos encontrados na jurisprudência e doutrina.

No âmbito do Superior Tribunal Militar temos o voto do Ministro Flávio Bierrenbach que, com muita propriedade, desenvolve sua argumentação favorável à falta de proporcionalidade do artigo 290 do CPM. O referido voto trata do assunto de forma reflexa, o qual tem como ponto principal o crime militar de porte para consumo próprio, mas que aborda a nossa questão com relevância, por isso, sua transcrição na íntegra.

Votei vencido, divergindo da douda maioria, pelos motivos que passo a expor.

Este é mais um caso de porte de entorpecente no interior de uma organização militar. Sustento sistematicamente, nesta Corte, a atipicidade da conduta de trazer consigo pequena quantidade de maconha. Sou convencido de que o porte de quantidade insignificante daquela substância específica é conduta incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

O Código Penal Militar, ao contrário dos demais estatutos legais que abrigam disposições penais, alberga expressamente o princípio da insignificância, em casos, por exemplo, de lesão corporal levíssima e furto.

Nos tribunais do país, apesar do vácuo legislativo, esse princípio é amplamente aceito. A doutrina o define da seguinte forma: 'É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal'. (in *Princípios Políticos do Direito Penal*. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999. P. 90). Reputa-se insignificante um fato, ainda que formalmente típico, quando o seu resultado é desvalorizado, quando a lesão ao bem jurídico tutelado é considerada ínfima. Nessa hipótese, entende a jurisprudência que tal fato ou conduta é materialmente atípico e, portanto, não suscetível de gerar punição estatal.

Disso depreende-se que o chamado 'delito de bagatela' está intrinsecamente associado ao nível de lesão ao bem jurídico tutelado. A avaliação da tipicidade da conduta, portanto, exige a individualização do bem jurídico protegido pela norma incriminadora e a avaliação do grau de lesão por ele sofrido.

Para Zaffaroni, 'não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica destes bens. Embora seja certo que o delito é algo mais - ou muito mais - que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de tetos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um "para quê?" do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura jurisprudência de conceitos'. (in *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo. RT. 1999, p. 462).

É sob essas premissas que a conduta de portar ou usar substância entorpecente, em área sob administração militar, deve ser analisada. Tal conduta encontra-se tipificada e definida no art. 290 do Código Penal Militar, com o nomem juris de tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeito similar.

O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública e, mais especificamente, a saúde pública.

Dai que para a exata correlação entre a conduta e a norma penal é imprescindível, como esclarecido, uma lesão efetiva ao bem jurídico, no caso a saúde pública. De tal forma que o porte e o uso de substância entorpecente devem atingir e lesar a saúde pública, sob pena de não se viabilizar a tipificação da conduta.

À toda evidência, o fato dito criminoso no caso em apreço não apresenta real ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. O ex-→Sd EX, TARCISIO SILVA RODRIGUES, foi surpreendido com 1,44g (uma grama e quarenta e quatro centigramas). Trata-se de quantidade ínfima, risível, incapaz de gerar a menor ameaça que seja à saúde e incolumidade públicas, bem jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora.

É nesse sentido a jurisprudência dominante dos tribunais, aplicando a casos semelhantes o princípio da insignificância, por ausência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente protegido, quando a quantidade encontrada é incapaz de gerar dependência química ou psicológica.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O artigo 290 do Código Penal Militar também deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, ao qual se chega pela conjugação de diversas disposições constitucionais. Consoante esse princípio, a imposição legal de restrição a um direito fundamental deve respeitar a proporcionalidade, sob três aspectos: a restrição deve ser adequada,

necessária e proporcional, em sentido estrito, ou seja, a resposta estatal a um delito cometido deve guardar proporcionalidade com a lesividade do ato praticado.

A primeira investigação a ser feita é acerca da adequação ou idoneidade da medida restritiva em relação ao fim almejado. Nesse aspecto, o intuito do dispositivo legal analisado é proteger a saúde, em primeiro plano, e a hierarquia e a disciplina, como bens jurídicos secundários protegidos por toda a lei penal militar.

A restrição da liberdade não é o meio adequado para a proteção da saúde. Sem adentrar na questão da eficácia da medida, tema que deve ser questionado sob a ótica da necessidade da restrição, não há nexos causal que sustente a utilização do direito penal para a proteção da saúde pública ou do soldado (estou tratando do caso concreto). A pena de prisão, ainda que esteja suspensa condicionalmente, não resolve o problema de saúde do acusado (se é que ele realmente tem um problema de saúde). Inúmeras outras medidas administrativas podem ser pensadas como alternativa à resposta penal.

Ocorre que está arraigada idéia de que o direito repressivo é resposta para tudo, quando na verdade deve ser a ultima ratio. Do que se expôs já se pode concluir que a resposta dada pelo artigo 290 do CPM à conduta do Apelante não é adequada ao fim almejado, mas isso não impedirá a continuação da análise do texto legal e do caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade.

A segunda análise exigida pelo princípio é a necessidade da medida restritiva de direito fundamental para a conservação e proteção do bem jurídico. Isso quer dizer que, se houver meios menos gravosos para a consecução dos fins almejados, então a lei penal mostra-se onerosa e, portanto, desnecessária.

No caso concreto, onde o recorrente foi surpreendido com 1,44g de substância entorpecente, é correto afirmar que a resposta penal é desnecessária e onerosa.

Isso porque, no meio castrense, a hierarquia e a disciplina são protegidas tanto pelo direito administrativo quanto pelo direito penal. E, em casos rotineiros como o que se analisa aqui, a resposta administrativa é obviamente muito mais eficaz. Se não, vejamos: a aplicação de uma punição disciplinar é muitas vezes mais rápida do que a de uma pena. Respeitados direitos fundamentais do militar, o comandante pode dar ao caso, de forma quase instantânea, uma resposta satisfatória tanto para retribuir a violação quanto para prevenir, de forma geral, a sua repetição. É o que já dizia, em 1764, o Marquês de Beccaria, in verbis:

‘Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será. Mais justa, pois evitará ao réu os cruéis tormentos da dúvida, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da forma de imaginação e do sentimento de debilidade.

A rapidez do julgamento é justa também porque, sendo a perda da liberdade uma pena em si, esta apenas deve preceder a condenação na exata medida em que a necessidade o exige’. (Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Editora Hemus).

Por fim, resta analisar a proporcionalidade estrita, ou seja, a medida exata da resposta em relação, tanto à gravidade da lesão sofrida pelo bem jurídico, quanto ao ordenamento jurídico, como um todo.

E o que se observa é que, ao colocar na vala comum de uma única e singular norma incriminadora uma pluralidade de condutas diferentes, representadas por nada menos que onze verbos no infinitivo, o legislador desequilibrou, em abstrato, a proporcionalidade entre a gravidade de um fato e a sanção a ele imposta, conforme a sociedade demanda.

A conduta agora em apreço subsume-se, ao menos em tese, às ações descritas como trazer consigo, ainda que para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica.

Como se depreende do próprio *nomen juris* do tipo penal, penaliza-se da mesma forma tanto o tráfico quanto a posse e o uso de entorpecente, ao contrário da legislação especial de entorpecentes (Lei n.º 11.343/06), que faz expressa distinção entre as condutas de tráfico e de uso.

Na lei especial, os artigos 33 a 37, que tratam do tráfico de drogas, cominam pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de multa, enquanto que o artigo 28, que dispõe sobre o uso, estabelece pena de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Constituição Federal, por sua vez, diz expressamente que 'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem' (art. 5º, XLIII).

A Lei n.º 8.072/90, que regulamentou a ordem constitucional, em seu artigo 2º, estabelece que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto. Ademais, dilata consideravelmente o prazo da prisão temporária.

Percebe-se, com isso, que o tratamento dispensado ao traficante, por todo o ordenamento jurídico, é muito mais intenso e rigoroso do que aquele dado ao cidadão que porta ou usa substância entorpecente, podendo o intérprete estabelecer claramente uma escala axiológica de reação estatal em relação a condutas distintas.

Ao traficante, todo o rigor do direito repressor. É o que a sociedade exige e a lei consagra.

A recém publicada Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, confere tratamento nitidamente diferenciado, conforme se trate de traficante ou usuário e dependente de drogas. A distinção é tão marcante que chega os dispositivos foram alojados em Títulos separados. Na topografia do novo texto legal, o artigo 28, que trata da conduta de trazer consigo para uso pessoal, situa-se no Título III – 'Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas', enquanto os artigos 33 a 37, que dispõem sobre o tráfico, localizam-se no Título IV – 'Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas afins'.

Creio que as Forças Armadas são plenamente capacitadas a dar aos dependentes e usuários de drogas o atendimento multiprofissional exigido pela lei, cabendo aos juízes o reconhecimento da inutilidade da restrição da liberdade na recuperação desses cidadãos, sobretudo quando militares.

Entretanto, é na Justiça Militar que se encontra hoje o único foco de resistência ao abrandamento judicial concedido às condutas de portar e usar substância entorpecente. Analisando julgados desta Corte, em especial, o que se nota é a utilização de um argumento bastante forte, porém ainda insuficiente, a meu ver, para ensejar uma condenação penal. Ainda que os bens jurídicos protegidos primariamente sejam a saúde e a incolumidade públicas, a disciplina e a hierarquia também são bens tutelados secundariamente pela norma do art. 290 do código Penal Militar.

Da forma em que se encontra disposto o Código Penal Militar, não existe a possibilidade para o intérprete de ampliar o bem jurídico que a norma pretende proteger. Isso porque a hierarquia, a disciplina, o serviço e o dever militares, enquanto bens jurídicos encontram proteção específica naquele estatuto, em especial no Título II (Dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar) e Título III (Dos crimes contra o serviço militar e o dever militar).

Então, se esses bens já contam com proteção específica e detalhada em diversos artigos do CPM, não se pode pretender estender a todos os delitos essa mesma proteção e tutela, sob pena de se ferir a própria exigência constitucional de taxatividade da norma penal.

O delito, qualquer delito, é o ato antijurídico que ofende a sociedade pela transgressão de uma norma de conduta, mandamento cogente e abrangente, cuja inobservância atinge toda a sociedade pela subversão de valores considerados fundamentais. O delito que não alcança toda a sociedade, mas apenas um estamento, não pode merecer do Estado a mesma resposta punitiva dada a outro, que a todos atinge.

Por mais relevantes que sejam - e são - os princípios de hierarquia e disciplina, não constituem valores que alcancem a toda a sociedade, mas apenas ao estamento específico - as Forças Armadas - cuja missão constitucional deles depende. Sendo assim, a ofensa à hierarquia e à disciplina, embora subjacente ao conjunto da lei penal substantiva, encontra tratamento específico no Código Penal Militar.

Se o fato é insignificante sob o aspecto penal, mas ainda assim arranha os princípios gerais de hierarquia e disciplina, deve merecer outro tratamento, ou seja, aquele que a lei prescreve para as infrações disciplinares.

Assim, o ato de portar, ou trazer consigo quantidade ínfima de substância entorpecente, não tem significado penal e, por conseguinte, é insuscetível de condenação criminal, justificando apenas a punição disciplinar acompanhada de apreensão e confisco da erva, como permite a lei.

Afastada a possibilidade de incriminação do usuário de entorpecente pela exigência de proteção à hierarquia e à disciplina, resta a anacrônica desproporcionalidade do tipo penal do art. 290, no tocante à modalidade 'trazer consigo', que afronta os dispositivos constitucionais invocados.

Disso resulta que o art. 290 do Código Penal Militar fere frontalmente a exigência de proporcionalidade requerida pela Constituição Federal, ao fixar os parâmetros de reação estatal aos delitos envolvendo entorpecentes, na medida que tal dispositivo infraconstitucional dá resposta punitiva idêntica a condutas absolutamente distintas.

A par dessa conclusão, reitero meu entendimento no que diz respeito à atipicidade, por ausência de lesividade, da conduta do militar que trazia consigo 1,44g de maconha, razão pela qual, impõe-se a absolvição.

Ante o exposto, votei vencido, para conhecer e dar provimento ao recurso da defesa, a fim de absolver o ex-Sd EX, TARCÍSIO SILVA RODRIGUES, conforme dispõe o art. 439, b, do Código de Processo Penal Militar. (DJe 19.8 .2008).

O ilustre Ministro dá sustentabilidade ao entendimento de que o legislador não levou em consideração a proporcionalidade entre a conduta a ser reprimida e a pena aplicada.

Apesar de o CPM vigorar desde o ano de 1969, quando à época as condutas de portar entorpecentes para consumo e traficância, provavelmente, possuíam o mesmo desvalor social, atualmente, após a promulgação da Constituição de 1988 e com o advento da Lei 11.343/06, penas de igual monta atribuídas a um traficante de drogas não devem prevalecer.

Conforme havíamos ressaltado, a questão é pouco discutida nos Tribunais Superiores, de forma que para demonstrar o *quantum* de pena que vem sendo aplicado no âmbito da justiça militar quanto ao crime de traficância, colacionamos algumas sentenças e acórdãos, que trazem, nas palavras do julgador, o sentimento

de desvalor da conduta de um militar utilizar da sua autoridade para cometer tal crime.

Processo nº 62.437/2011

SENTENÇA

THIAGO BORGES RAFAEL, Cabo PM, qualificado nos autos às fls. 207, respondeu ao presente processo-crime militar acusado da prática do crime previsto no artigo 290, “caput”, do Código Penal Militar, pelos motivos constantes do libelo de fls. 1-d a 5-d que, resumidamente, informa ter o réu, no dia 29 de setembro de 2011, por volta das 14:00 horas, na sede da 4ª Cia do 23º BPM/M, nesta capital, trazido consigo e transportado substância entorpecente que determina a dependência física e psíquica (cocaína e maconha), sem autorização legal ou regulamentar, em lugar sujeito à administração militar. Segundo apurado, o 1º Sargento PM Joel Egídio Jofre encontrava-se escalado como encarregado da viatura 60014, sendo acompanhado por mais três policiais militares, todos da Corregedoria/PM. Tais milicianos cumpriam ronda na área do 23º BPM/M e, por volta das 03:45 horas, adentraram na sede da 4ª Cia. Durante a ronda com os PMs que se encontravam naquela Cia, o Sargento Joel notou que o calçado do réu estava fora do padrão e que tal irregularidade exigia comunicação disciplinar. O graduado, então, determinou que o acusado erguesse a ponta da calça e, quando a mesma foi suspensa, verificou uma arma de fogo num coldre, na canela do réu. O sargento determinou que o réu lhe entregasse a arma e, diante da relutância do mesmo, foi acionado o Tenente CFP. Quando o 2º Tenente Daniel Di Luca chegou ao local, o réu entregou-lhe a arma constatando-se, então, que ela tinha numeração raspada. A Corregedoria foi imediatamente comunicada e determinou que se fizessem buscas na viatura que era utilizada pelo acusado. Vistoriada a mesma, foi localizada uma bolsa no porta-malas, tendo o réu admitido lhe pertencer. O sargento abriu a bolsa na presença dos seus auxiliares encontrando munições e entorpecentes. Os materiais que aparentavam ser tóxicos eram uma cápsula de pó branco, dois frascos com ervas, sete trouxinhas de ervas, três frascos com ervas, um frasco com erva verde ressequida, bitucas de cigarros e uma sacola plástica contendo ervas a granel. O laudo de constatação provisória de fls. 76 constatou naquela bolsa havia um total de 77 gramas de maconha e 0.7 gramas de cocaína.(...)

O réu negou a oportunidade que lhe foi dada de demonstrar a veracidade do que alegava a respeito de sua dependência química, na conformidade do que se lê às fls. 31 e 221.

O fato apontado no parágrafo anterior, aliado à diversidade e quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (inclusive considerando as diferentes formas em que estavam embaladas), não nos deixa crer que ele fosse simplesmente um usuário de drogas. Ratificam esta crença o conteúdo dos documentos acostados às fls. 77 e 45, que se referem a outros bens encontrados em poder do réu na oportunidade dos fatos.

O laudo de constatação de fls. 76 confirmou que as substâncias apreendidas com o réu eram cocaína e maconha (cannabis sativa L). Ambas fazem parte da lista contida na Portaria 344/1998 – SVS do Ministério da Saúde – lista F2, que trata de produtos psicotrópicos de uso proscrito no Brasil.

Não há qualquer dúvida de que o réu, com sua conduta, incidiu no artigo 290 do CPM pois não tinha autorização para portar aquela substância que determina dependência física ou psíquica dentro de uma viatura de ronda da Polícia Militar que deveria prestar serviços à comunidade.

Posto isso, o Conselho Permanente de Justiça, à unanimidade de votos, julgou procedente a ação penal e CONDENOU o réu THIAGO BORGES RAFAEL, qualificado às fls. 207, por infração ao artigo 290, “caput”, do

Código Penal Militar, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Regime fechado fixado para cumprimento da reprimenda e pena exasperada, nos termos do artigo 69 do CPM (...)

JOSÉ ALVARO MACHADO MARQUES - Juiz de Direito da Justiça Militar

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 6447/2011, em que é Apelante Thiago Borges Rafael, Cb PM RE 117138-A, e Apelada a Justiça Militar do Estado de São Paulo, ACORDAM, os Juízes da E. Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao apelo, de conformidade com o relatório e voto do E. Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Juízes

AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR (Revisor) e PAULO ADIB CASSEB.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Juiz Relator: PAULO PRAZAK

Apelação Criminal nº 6447/2011

(Número único: 0006558-98.2011.9.26.0040)

Apelante: Thiago Borges Rafael, Cb PM RE 117138-A

Advogado(s) : Dr. José Miguel da Silva Junior – OAB/SP 237340

Apelada : a Justiça Militar do Estado de São Paulo

(Processo de Origem nº 062437/2011 - 4ª Auditoria)

(...)Sem sombra de dúvidas, as provas testemunhais foram harmônicas e demonstram que o réu tinha sob sua posse, substância entorpecente, a qual ficava acondicionada em uma bolsa, no interior da viatura policial.

Ressalta-se, também, que o réu mudou sua versão no decorrer da apuração, inicialmente, negando a posse das substâncias, até a confissão de que seria “usuário”, o que ocorreu em juízo.

A natureza das substâncias foi atestada em laudo pericial, provada, assim a materialidade delitiva. Embora provisório o laudo que serviu de esteio à prisão em flagrante, verifica-se que o I. Promotor requereu a vinda da prova definitiva, sendo certo que esta foi produzida, sendo encaminhada por meio de Ofício nº CPAM5-1114/160/11 de 18 de novembro de 2011 (fls. 310/314).

Por outro lado, verifica-se, neste aspecto, que a prova testemunhal e a própria confissão do réu não permite a alegada dúvida quanto à demonstração da “autoria”, já que restou clara a propriedade da bolsa em que estavam acondicionadas as substâncias.

Cristalino que a decisão combatida deriva de cotejo minucioso da prova, esta se revelando robusta e harmônica, apta ao juízo reprovatório firmado pelos membros do E. Conselho, não ensejando reforma.

Processo nº 53.125/09

SENTENÇA

O membro do Ministério Público ajuizou a presente ação penal militar perante esta Terceira Auditoria Militar Estadual em que imputa ao 3º Sgt. PM MAURÍCIO FLÁVIO SILVA SANTANA os crimes de concussão, injúria, tráfico de entorpecente ou substância de efeito similar e injúria real, previstos nos arts. 305, 216 e 290, c.c. arts. 53 e 70, II, “g” e “l”, e ainda, art. 217, c.c. art. 218, III e IV, todos do CPM, ao Sd PM MARCO ANTONIO CATARINA os crimes de concussão, injúria, tráfico de entorpecente ou substância de efeito similar, previstos nos arts. 305, 216 e 290, c.c. arts. 53 e 70, II, “g” e “l”, todos do CPM e ao Sd PM MÁRCIO BRAGAROLLI os crimes de concussão, injúria, tráfico de entorpecente ou substância de efeito similar e ameaça, previstos nos arts. 305, 216 e 290, c.c. arts. 53 e 70, II, “g” e “l”, e ainda, art. 223, c.c. art. 70, II, “m”, todos do CPM. Narra a denúncia que no dia 09 de janeiro de 2009, por volta das 19:00 horas, na Rua Itamonte, nº 2.190, Jardim Brasil, nesta Capital, os acusados, fardados e de

serviço, agindo em concurso e com unidade de propósitos, cometeram os crimes militares.(...)

No console da viatura policial lograram localizar e apreender uma caixa de cigarros contendo dezessete invólucros de substância em pó, na cor branca; uma folha de caderno manuscrita envolvendo, nove invólucros de substância tipo erva, na cor marrom; e, três invólucros de substância, tipo erva, na cor marrom, sendo certo que o Laudo de Constatação (fls. 49) apontou resultado positivo para 8,7g de cocaína; 15,4g de cannabis sativa L. e, 9,0g de cannabis sativa L.(...)

Assim agindo, os denunciados exigiram, para si, do adolescente Venceslau, diretamente, em razão da função policial militar, vantagem indevida. Além disso, injuriaram o Cb PM Dorisvaldo, ao ofendê-lo com palavras de baixo calão e atentatórias a sua dignidade e ao seu decoro. Cometeram, ainda, o crime militar de tráfico de substâncias entorpecentes, uma vez que traziam consigo, guardadas no console da viatura, as apontadas drogas. O denunciado Bragarolli cometeu, também, o crime de ameaça contra o adolescente Venceslau, mediante emprego de arma de fogo. E, por fim, o 3º Sgt PM Santana cometeu o crime de injúria real em face do Cb PM Dorisvaldo, ao golpeá-lo no peito.(...)

Individualização das penas no crime de tráfico de drogas (art. 290, CPM). Em relação a este delito, cuja pena mínima é de um e a máxima de cinco anos, e o termo médio é de três anos, houve por bem o Conselho Permanente de Justiça considerando, por um lado, gravidade em concreto do crime em face de que os acusados têm a missão de reprimir o tráfico de drogas, mal combatido pela sociedade, pelo governo e autoridades, mostrando-se assim inaceitável, reprovável, esta atitude de indiferença dos acusados, de trazer na viatura oficial quantidade de droga indicativa de tráfico, por outro, ao reconhecerem a primariedade e os bons antecedentes dos acusados, fixar a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão. A agravante “estando de serviço” não foi aplicada no crime do art. 290, § 1º, II, CPM, porque integra o tipo penal. Assim, em relação aos dois soldados pelo tráfico de drogas a pena final de 2 (dois) anos. Em relação ao sargento incidiu, ainda, a agravante do art. 53, § 2º, I, CPM, porque ele dirigiu a atividade dos demais na condição de encarregado. Agravada em 1/5 (um quinto), a sua pena é de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. A agravante da letra “g” do art. 70, II, CPM, não foi sustentada pelo membro do Ministério Público.(...)

As circunstâncias judiciais desfavoráveis aos acusados, conforme o preconizado no art. 33, § 2º, CP, recomendam para necessária prevenção e repressão dos crimes cometidos, sobretudo, o de tráfico de drogas, o regime inicial fechado.

ENIO LUIZ ROSSETTO - Juiz de Direito

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 6.038/09, em que são apelantes MARCO ANTÔNIO CATARINA, Sd PM RE 960265-8, MAURÍCIO FLÁVIO SILVA SANTANA, 3º Sgt PM RE 964350-8 e MÁRCIO BRAGAROLLI, Sd PM RE 964465-2, e apelada a JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, ACORDAM os Juízes da Segunda Câmara do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado, à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pelas defesas e, no mérito, também à unanimidade, em negar provimento aos apelos interpostos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Juízes AVIVALDI NOGUEIRA JÚNIOR (Presidente) e PAULO PRAZAK (Revisor)

São Paulo, 26 de novembro de 2009.

Relator: ORLANDO GERALDI

Apelação Criminal nº 6.038/09

Apelantes: MARCO ANTÔNIO CATARINA, Sd PM RE 960265-8; MAURÍCIO FLÁVIO SILVA SANTANA, 3º Sgt PM RE 964350-8; MÁRCIO BRAGAROLLI, Sd PM RE 964465-2.

Advogados: Dr. Raimundo Oliveira da Costa – OAB/SP 244.875 (Marco); Dra. Silvia Elena Bittencourt – OAB/SP 154.676 e Dr. Mosai dos Santos – OAB/SP 290.883 (Maurício); Dr. Ronaldo Antônio Lacava – OAB/SP 171.371 e Dr. Paulo Sérgio Maiolino – OAB/SP 232.111 e outro (Márcio)

Apelada: A JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO (Processo nº 53.125/09 – 3ª Auditoria).(...)

O encontro do entorpecente no interior do veículo oficial, somado à grande quantia em dinheiro localizada em poder dos apelantes e à quantidade de celulares que portavam, não deixa dúvidas de que, paralelamente às suas atividades no policiamento ostensivo preventivo, exerciam os acusados o tráfico de drogas naquela região com alta incidência deste tipo de crime.

Imiscuíram-se, pois, na marginalidade que deveriam reprimir. Valeram-se da farda e do poder do qual foram investidos pelo Estado para exigir, de forma truculenta, vantagem indevida de origem ilícita, aproveitando-se da vulnerabilidade de um menor infrator.

Enfim, a prova oral produzida na fase inquisitorial e sob o crivo do contraditório não deixa dúvidas de que os réus exigiram o pagamento de vantagem indevida, assim agindo em razão da função policial militar, bem como traficaram substância entorpecente.

Posto isso e acolhendo o parecer do Ministério Público, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ORLANDO GERALDI - Relator

De modo a expor o *quantum* de pena aplicada sob o crivo da Lei 11.343/06, colacionamos votos em acórdãos emanados do Superior Tribunal de Justiça.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.257.309 - SP (2011/0116855-3)

Relator: MINISTRO JORGE MUSSI

AGRAVANTE : HUSSEIN MWALLIM SUYA (PRESO)

ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

(...) Quanto aos demais temas, melhor sorte não socorre ao agravante. Com efeito, ao fixar a reprimenda em 6 anos e 3 meses, ou seja, 1 ano e 3 meses acima do mínimo legal, o Tribunal *a quo* registrou, *litteris* :

"A pena-base foi majorada em 1/4, resultando em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa, em razão da natureza da droga, da quantidade, bem como das circunstâncias que envolveram a prática delituosa, a sofisticação na ocultação e transporte (risco à saúde), o que deve ser mantido por estar em consonância com a orientação jurisprudencial. De acordo com o artigo 42, da Lei 11.343/06, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e quantidade ou substância do produto, personalidade e a conduta social do agente. Assim, razoável o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 03 meses de reclusão, frente à quantidade a forma de ocultação, mormente se considerarmos tratar-se de aliciador de 'mulas', fatores por si só suficientes para justificar a aplicação da reprimenda nesse patamar. (fls. 678)

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006."(...)

Nesse sentido, considerando a apreensão, na hipótese, de 899 gramas de cocaína (fls. 551), além da apontada sofisticação na ocultação e no transporte do entorpecente, mostra-se justificada a majoração em 1/4 da pena-base verificada.(...)

Ante o exposto, conheço somente em parte do agravo regimental e, na extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 283.905 - RS (2013/0398956-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : KEVIN MEIRA

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KEVIN MEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n.º 70056134646).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, sob os seguintes fundamentos (fls.297/311).(...)

O tipo penal em tela caracteriza-se pela previsão de diversas condutas, sendo 18 os verbos constantes no "*caput*" do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dentre eles o de "trazer consigo" para fins de comércio, no qual restou enquadrada a conduta do acusado na denúncia. Portanto, não se exige que o autuado esteja efetivamente comercializando a substância entorpecente, repassando a terceiro com o recebimento do dinheiro, pois o simples fato de trazer consigo para a mercancia, já constitui o delito de tráfico de entorpecentes. Além do mais, a droga estaria fracionada e em grande quantidade (28 buchas de cocaína - pesando aproximadamente 7,2 gramas - e 1 bucha de maconha), enquanto também portava grande quantia em dinheiro (R\$ 262,25), em cédulas e moedas divergentes, e um aparelho celular marca Nokia, certamente utilizado na mercancia. Com efeito, impõe-se a condenação pelo delito de tráfico de drogas. Certa a declaração de perda em favor da União do celular e dinheiro apreendidos nos autos, pois comprovado o nexo de instrumentalidade para a execução criminosa, que certamente é oriundo da venda da droga e adquirido com o lucro dela advindo. Isto posto, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para:

1. CONDENAR KEVIN MEIRA, como incurso nas sanções do art. 33, "*caput*", da Lei n.º 11.343/2006.
2. DECRETAR o CONFISCO da quantia em dinheiro apreendida e do celular, em favor da União.

PASSO À DOSIMETRIA DA PENA No tráfico, circunstâncias desfavoráveis são: a natureza da droga apreendida, ou seja, "cocaína", cujo poder destrutivo é de conhecimento de todos; b) além de ser expressivamente considerável a quantidade e diversidade da droga apreendida - 28 buchas de "cocaína", pesando aproximadamente 7,2 gramas, e 01 bucha de "maconha" o que aumenta o número de consumidores atingidos, incrementando sobremaneira alesividade social. Nesse sentir, conseqüência igualmente negativa, na medida em que a proliferação dessa droga, na qualidade e quantidade do evento, abalam ainda mais a sociedade, afetando tanto o consumidor, como seus familiares, aumentando o prejuízo social. Apesar das inúmeras campanhas de conscientização contra as drogas, o réu insistia no comércio ilícito, de forma que assim acabou demonstrando sua personalidade negativa e egoísta; e conduta social desregrada, com descaso para com o próximo. Nesse contexto, a culpabilidade do réu restou acentuadamente reprovável, dolo intenso na

execução do crime. Motivação normal ao tipo penal. O réu registra antecedentes criminais.

Não analisável o comportamento da vítima, em sendo o Estado.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Com base nas circunstâncias judiciais acima analisadas, fixo a pena-base em 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras.

O regime cumprimento da pena é o INICIAL FECHADO, conforme § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, que sofreu alteração por força da Lei nº 11.464/07, também com base nas circunstâncias negativas examinadas.

Por certo, regime outro não atenderia às finalidades de prevenção e repressão de sua conduta delituosa.(...)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, nestes termos (fls. 373/383): (...)

4. Assim, nos termos supra, rejeitando a preliminar, nego provimento ao apelo, determinado a expedição de mandado de prisão.(...)

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o impetrante que não há razão para a não aplicação da redutora do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.(...)

A liminar foi indeferida às fls. 392/398.

Foram prestadas informações às fls. 405/423.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Eitel Santiago de Brito Pereira, pela denegação da ordem (fls. 426/427).(...)

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas, tanto o Juízo de primeiro grau como o Colegiado estadual entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie.(...)

No mais, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.(...)

No caso em tela, a reprimenda final da paciente restou fixada em 7 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos.

Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.(...)

Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 4 anos, o que impede a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 230.195 - RS (2012/0000278-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE : LINEU ISMAÉL SOUZA DE QUADROS E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : EVANDRO MACHADO ALVES (PRESO)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EVANDRO MACHADO ALVES, apontando-se como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n.º70043639822).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (Processo n.º 008/2.10.0002352-7, da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS).

Irresignada com o édito condenatório, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo (Apelação n.º 70040460578), na data de 19.5.2011, em acórdão com esta ementa (fl. 606):

(...) "CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PROVA. PENA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória. De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios. Quanto ao apenamento fixado ao réu, foi corretamente calculado, mostrando-se como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, não havendo motivos para reduzi-lo, eis que existentes operadores desfavoráveis ao acusado. Nesse sentido, inviáveis os pedidos subsidiários da defesa, de reconhecimento da redutora do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois o réu não preenche requisito ao alcance do benefício, bem como de exclusão da pena de multa, pois sua aplicação decorre de expressa previsão legal, sendo a eventual impossibilidade de sua satisfação matéria a ser solvida junto ao juízo da execução. Por outro lado, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a primeira supera o patamar máximo de quatro anos, fixado pelo artigo 44-I, do CP, para tanto. APELO IMPROVIDO."

Ajuizado *mandamus* na Corte estadual, restou não conhecido em 28.7.2011.(...)

Neste *writ*, alegam os impetrantes que as nulidades ora aventadas não foram objeto do julgamento da apelação, sendo o Colegiado estadual o competente, portanto, para a apreciação das teses defensivas, não obstante o trânsito em julgado do feito.(...)

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo da Rocha Campos, pela denegação da ordem (fls.657/661).(...)

Nesse contexto, é de ver que o pleito de reconhecimento de nulidade pela alegação de ausência do promotor para uma audiência de oitiva testemunhal não pode ser enfrentado por esta Corte, eis que não foi examinado pelo Tribunal de origem no julgamento do acórdão impugnado, visto que sequer a defesa ventilou a questão nas razões do apelo ou no transcurso da instrução criminal.(...)

Dessarte, passo à fixação da reprimenda. Afastado o acréscimo pela circunstância judicial dos antecedentes, reduzo a pena-base aplicada para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no patamar ínfimo previsto em lei, restando por definitiva a reprimenda.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. Contudo, de ofício, concedo a ordem a fim de diminuir a pena imposta para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantendo o regime fechado outrora cominado pelas instâncias de origem, nos autos do Processo n.º 0023522-27.2010.8.21.0008, da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS.

É como voto.

Das sentenças e acórdãos citados, vê-se que as penas aplicadas aos militares são menos gravosas. Claro que o julgador levará em conta, na dosimetria da pena, as circunstâncias que o envolvem o caso em concreto, mas fica evidente, que de acordo com a legislação militar vigente, não chegará ao patamar aplicado ao cidadão comum.

No campo doutrinário, Rosseto (2012) ressalta que o art. 290 do CPM atribui a mesma pena para as condutas de traficar e de posse de drogas para uso pessoal, onde a primeira é inegavelmente muito mais perigosa para o bem jurídico saúde pública.

Apesar do autor não abordar o confronto entre as normas, deixa claro que o legislador aplicou penas desproporcionais às condutas tipificadas no art. 290 do CPM.

Da mesma forma é o entendimento de Miguel e Cruz (2013), os quais relatam que o CPM ao fixar a mesma pena em abstrato, igualou a condição de usuário a de traficante. Fato que seria inadmissível, mesmo que se argumente que a pena em concreto fosse aplicada de forma diversa, pois observa-se que a pena mínima de um ano de reclusão, em certos casos, apresenta-se excessiva para o usuário, e noutro ponto, a pena máxima de cinco anos de reclusão é inexpressiva para o traficante.

Em contrapartida, Nucci (2013, pag. 228), apesar de sucinto, aborda a questão de forma mais ampla:

Insuficiência da pena: a pena prevista para o tráfico de drogas - reclusão, de um a cinco anos - é muito inferior à prevista na legislação penal comum - reclusão, de 5 a 15 anos e multa. Por outro lado, equiparando-se, no mesmo tipo, o tráfico para comércio e a posse para uso, outra medida ilógica de política criminal. Na Lei de Drogas, o traficante é severamente punido, mas o usuário recebe penas brandas, sem jamais ser preso.

Dos posicionamentos jurisprudências que não visualizam a aplicação do princípio da proporcionalidade nos delitos do artigo 290 do CPM, todos estão afetos, conforme ementa do STM, abaixo transcrita, à conduta de porte de drogas para consumo, de forma que não podemos estender tal entendimento à conduta de tráfico.

EMENTA: EMBARGOS. ENTORPECENTE EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO ACOLHIMENTO.

- O fato de haver entorpecentes no interior dos quartéis representa um perigo abstrato que coloca em risco a segurança das organizações militares.
 - Não há que falar em ausência de lesividade da mera conduta de portar consigo. Isso porque o porte de substância entorpecente envolve um consumo em potencial por parte do usuário ou de seus companheiros, revelando tal conduta grande ameaça à incolumidade pública e à segurança da unidade castrense.
 - O maléfico efeito do uso das drogas no organismo do consumidor militar, ainda que em quantidade pequena, pode acarretar uma repercussão danosa no meio social.
 - Prevalência do entendimento predominante nos julgados castrenses, sobre o não acolhimento da tese de aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade em se tratando de substância entorpecente ou psicotrópica dentro de área sujeita à Administração Militar.
- EMBARGOS REJEITADOS. DECISÃO UNÂNIME. (STM – Acórdão Num: 2009.01.051041-2 UF: DF Decisão: 15/04/2010 Proc.: Embfo – EMBARGOS (FO) Cód. 160 – Rel. Min. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA).

Portanto, após as nuances apresentadas, podemos afirmar que as penas do art. 290 do CPM aplicadas à conduta de traficância são desproporcionais, tendo por parâmetro as penas previstas na Lei 11.343/06 para a mesma conduta.

CONCLUSÃO

O presente trabalho emergiu da inquietação decorrente da nossa percepção frente à notável desproporção existente no Código Penal Militar (CPM) no tocante às penas aplicadas, especificamente, ao militar praticante do crime de tráfico, tanto no âmbito castrense ou a serviço deste.

Conforme explicitado ao longo desta pesquisa tem-se que a pena atribuída à conduta de traficância por militares, seja estes das Forças Armadas (Exército, Marinha ou Aeronáutica) ou Policiais e Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal hoje é de 1 a 5 anos de reclusão. Entretanto, vimos que a pena aplicada ao cidadão comum, incurso no mesmo tipo penal é de 5 a 15 anos de reclusão.

Atualmente, o tráfico de drogas consiste num grande problema de ordem social que se assola entre todas as classes sociais. Todos os dias são noticiados pela mídia televisiva, internet, rádio, dentre outras, homicídios, sequestros, roubos, furtos e outros tipos de violência. Sabemos que muitos destes crimes decorrem do tráfico de drogas. Diante deste cenário, as penas aplicadas aos traficantes de drogas foram majoradas pela nova Lei Antidrogas.

No entanto, quando tratamos da conduta de traficância tipificada no CPM, ressaltamos que a política criminológica aplicada à Lei 11.343/06, voltada à severa repressão ao tráfico de drogas não abarcou a norma militar, deixando de majorar a pena do miliciano cuja função precípua é garantir a preservação da ordem pública e a proteção da população como um todo. Portanto, ao praticar o crime de tráfico, o militar vai de encontro à ordem pública, agindo em contrariedade a sua atividade fim, fato que deveria ser valorado no momento da previsão da pena a ele imposta pela norma legal.

A despeito de ser uma norma idealizada para combater em último recurso a conduta ofensiva à hierarquia, disciplina e saúde pública, fica demonstrado na pesquisa que, com o passar do tempo, a norma tornou-se inadequada e desproporcional frente a necessidade do Estado em coibir a conduta ofensiva do militar praticante da conduta de traficância.

Por assim, não se faz aceitável o CPM não se ajustar a esta política criminal vigente na nova legislação, uma vez que a traficância por parte de um militar consiste como um grande contrassenso. Sendo o militar, aquele que deveria comportar-se com excelência, deveria este ter pena ainda mais majorada quando do desvio de conduta, no nosso estudo a traficância.

Diante do exposto, cabe-nos, ao final deste trabalho, sugerir ao Legislador alterações no art. 290 do Código Penal Militar, nos moldes das alterações realizadas na criação da Lei 11.343/06, aplicando o Princípio da Proporcionalidade, de modo que as penas sejam distintas para as condutas de traficância, prevendo, dessa maneira, penas em conformidade à conduta ofensiva.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao código penal militar**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROS, Susana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.809-0**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 94.524-4**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 94.583-0**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 91.356-3**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 91.759-3**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.257.309 - SP (2011/0116855-3)**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 283.905 - RS (2013/0398956-7)**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

_____. **Habeas Corpus nº 230.195 - RS (2012/0000278-0)**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

_____. Súmula nº 78. Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial da corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra Unidade Federativa.

_____. Súmula nº 90. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à comum pela prática de crime comum simultânea àquele.

Brasil. Superior Tribunal Militar. **Apelação 2007.01.050547-4**. Disponível em: <www.stm.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Apelação 2006.01.050278-5**. Disponível em: <www.stm.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

Brasil. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. **Sentença - Processo nº 62.437/2011**. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ExibirPDF.aspx?Id=31684-2011>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. **Apelação Criminal nº 6447/2011**. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ExibirPDF.aspx?Id=4166-2012>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. **Sentença Processo nº 53.125/09**. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ExibirPDF.aspx?Id=15855-2010>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. **Apelação Criminal nº 6.038/09**. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ExibirPDF.aspx?Id=448-2010>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal-Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, Introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal-Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343/06**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, Ione de Souza. **Elementos de Direito Penal Militar-Parte Especial**. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal-Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar-Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

_____. **Apontamentos de Direito Penal Militar-Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2005, v 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Leis penais e Processuais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

SANTOS, Achibaldo Nunes dos. **Direitos e garantias do militar**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

SARAIVA, Alexandre. **Código Penal Militar-Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, in: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **A Nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006): Comentários e Jurisprudências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **A (in)constitucionalidade da proibição do porte de drogas para consumo próprio.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17627/a-in-constitucionalidade-da-proibicao-do-porte-de-drogas-para-consumo-proprio/1>. Acesso em: 21 jul. 2014

_____. **Art. 290 do CPM, posse de drogas e princípio da insignificância.** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/80379/art-290-do-cpm-posse-de-drogas-e-principio-da-insignificancia-luiz-flavio-gomes>. Acesso em 20 jul. 2014.

_____. **Posse de droga para uso próprio e princípio da insignificância. Críticas.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100824203520766&mode=print. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593&mode=print. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. **Princípio da insignificância no âmbito militar.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019111311136. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. **Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070312085358240&mode=print. Acesso em: 20 jul. 2014.