

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em  
Direito Constitucional**

**Georgia dos Santos Uchôa Nabut**

**Crime militar e entorpecentes: o princípio da  
insignificância e a Lei nº 11.343/06.**

Brasília  
2009

**Georgia dos Santos Uchôa Nabut**

**Crime militar e entorpecentes: o princípio da insignificância e a Lei nº 11.343/06.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Brasília  
2009

**Georgia dos Santos Uchôa Nabut**

## **Crime militar e entorpecentes: o princípio da insignificância e a Lei nº 11.343/06.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_,  
com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho à minha filha Nicole,  
cuja existência me faz desejar  
ser uma pessoa melhor a cada dia.

## RESUMO

Monografia que se insere nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Penal e mais especificamente Direito Penal Militar, na qual se busca a análise do artigo 290, do Código Penal Militar, que tipifica o crime de porte, uso e tráfico de substância entorpecente, em lugar sujeito à administração militar, em face do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06. Por um lado, a legislação penal militar tutela como bens jurídicos a hierarquia e a disciplina militares, daí advindo a especialidade do Direito Penal Militar. Por outro, o princípio da insignificância é aplicado como causa supra legal de exclusão da tipicidade penal, embora sem amparo normativo na Constituição Federal. Já a Lei nº 11.343/06 estabelece um tratamento jurídico mais benéfico que o previsto no artigo 290 do CPM aos usuários e dependentes de substância entorpecente. Surge, a partir daí, um conflito quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União, em face do artigo 290 do CPM. A pesquisa foi conduzida pelo método dogmático-instrumental, no qual se buscou a solução do conflito pela análise crítica da doutrina, jurisprudência e legislação correlata. Chega-se à conclusão de que o princípio da insignificância e a Lei nº 11.343/06 não se aplicam no âmbito da Justiça Militar da União, em face da especialidade da lei penal militar e do bem jurídico-penal militar por ela tutelado.

**Palavras-chave:** Direito penal militar. Crime militar. Princípio da insignificância. Lei nº 11.34/06. Entorpecentes. Justiça militar. Bem jurídico-penal militar.

## ABSTRACT

Monograph which forms the subjects of Constitutional Law, Criminal Law and more specifically the Military Penal Law, in which one tries to analyze article 290 of the Military Penal Code, which defines the crime of possession, use and trafficking of narcotic substance, rather subject to military administration, in the face of the principle of insignificance and of law no. 11.343/06. On the other hand, the military criminal law and legal rights protection to military hierarchy and discipline, with the consequence of the specialty Military Penal Code. Second, the principle of insignificance is applied as a cause above statutory exclusion of typicality criminal, but without support in the federal Constitution. Since law no. 11.343/06 establishes a legal treatment as beneficial as provided for in article 290 of the Militar Penal Code users and those dependent on narcotic substance. Appear, thereafter, a dispute as to the applicability of the principle of insignificance and of law no. 11.343/06 within the Governamental Military Justice, in view of article 290 of the MPC. The research was conducted by the dogmatic-instrumental method, which sought to resolve the conflict by review of the doctrine, jurisprudence and related legislation. You reach the conclusion that the principle of insignificance and law no. 11.343/06 not apply within the Governamental Military Justice, because of the speciality of military criminal law and the material basis for the classification of criminal types.

**Key-words:** Military criminal law. Crime military. Principle of insignificance. Law no. 11.34/06. Narcotics. Military Justice. Military criminal justice.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>1 SISTEMÁTICA DO DIREITO MILITAR.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Especialidade do Direito Penal Militar.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Justiça Militar Estadual e Justiça Militar da União.....</b>	<b>11</b>
<b>1.3 Bem Jurídico-Penal Militar.....</b>	<b>13</b>
<b>1.4 Crime Militar.....</b>	<b>15</b>
1.4.1 <i>Definição.....</i>	15
1.4.2 <i>Crime propriamente e impropriamente militar.....</i>	16
<b>1.5 O Artigo 290 do Código Penal Militar.....</b>	<b>18</b>
<b>2 DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM.....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 O Princípio da Insignificância .....</b>	<b>20</b>
2.1.1 <i>Conceito, natureza jurídica, identificação e aplicação dos princípios jurídicos.....</i>	20
2.1.2 <i>Princípios básicos de Direito Penal.....</i>	21
2.1.3 <i>Da insignificância como princípio jurídico de Direito Penal.....</i>	23
<b>2.2 A Lei nº 11.343/06 (a nova lei antidrogas).....</b>	<b>25</b>
2.2.1 <i>Generalidades.....</i>	25
2.2.2 <i>Usuário x traficante.....</i>	26
2.2.3 <i>Revogação da legislação anterior.....</i>	28
<b>3 ESTUDO DE CASOS.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Decisões de 1ª Instância – Auditorias Militares.....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 Decisões de 2ª Instância – Superior Tribunal Militar.....</b>	<b>32</b>
3.2.1 <i>Entendimento predominante.....</i>	32
3.2.2 <i>Votos vencidos.....</i>	36
<b>3.3 Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>39</b>
3.3.1 <i>Posicionamento inicial.....</i>	39
3.3.2 <i>Decisões recentes.....</i>	40
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia analisa a questão da aplicabilidade do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em face do artigo 290 do Código Penal Militar, que define o crime militar de uso, porte e tráfico de substância entorpecente, em local sujeito à administração militar, independentemente da quantidade de droga apreendida.

O tema é atual e de maior relevância para o Estado Democrático de Direito, especialmente porque envolve a segurança e regularidade das Forças Armadas, que se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

Objetiva-se responder os seguintes questionamentos: O princípio da insignificância pode ser usado como causa supra legal de exclusão da atipicidade ao crime militar tipificado no artigo 290 do CPM, quando ínfima a quantidade de droga apreendida? a Lei nº 11.343/06, ao estabelecer um tratamento mais benéfico ao usuário de drogas do que o previsto na legislação castrense, revogou o artigo 290 do CPM?

A lei penal militar é aplicada por órgão constitucionalmente previsto e nos casos em que o objeto jurídico tutelado são os bens e interesses das instituições militares, cujos pilares são a hierarquia e a disciplina militares, daí advindo a sua especialidade.

O princípio da insignificância, introduzido no Direito Penal por Claus Roxin, foi formulado para excluir da incidência penal as condutas típicas que, em razão de sua ínfima ofensividade, não chegam a pôr em risco o bem jurídico-penal tutelado.

A Lei nº 11.343/06, também chamada nova Lei de Drogas, impõe sanções não privativas de liberdade aos usuários e dependentes de drogas, reconhecendo-os como objeto de proteção social, com direito a cuidados especiais.

A Jurisprudência do Superior Tribunal Militar vem firmando o entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime tipificado no artigo 290 do CPM, sob o argumento de que para a configuração do aludido tipo penal, é irrelevante a quantidade de substância entorpecente apreendida, em face dos bens jurídicos que a ordem penal militar busca proteger, os quais extrapolam a saúde do

militar flagrado. Também é firme no sentido da não incidência da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União, em face da especialidade da lei penal militar.

Esse entendimento vinha em consonância com os precedentes do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Suprema Corte, em decisões recentes, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 290 do CPM, invocando como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o critério da retroatividade da lei mais benéfica.

Através do modelo de pesquisa Dogmático-Instrumental, busca-se a solução dos problemas práticos pela análise da doutrina, jurisprudência e legislação. Seguir-se-á os passos a seguir: 1) pesquisa doutrinária fazendo um mapa conceitual das correntes doutrinárias pertinentes ao seu objeto; 2) pesquisa da norma aplicável, que consiste na apresentação clara e sistemática de todos os instrumentos normativos relativos ao objeto de estudo; 3) análise sistêmica da jurisprudência, fazendo um levantamento sistemático das decisões judiciais relacionadas ao tema; 4) análise crítica da jurisprudência e da norma, com base na doutrina que será referência.

No primeiro capítulo será estudo a sistemática do Direito Penal Militar, através da definição de crime militar e suas espécies, do bem jurídico-penal militar, da especialidade da lei penal militar, principalmente do artigo 290 do CPM e dos órgãos que compõem a Justiça Militar, com sua respectiva competência. No segundo capítulo abordaremos a legislação penal comum, especialmente o princípio da insignificância e a Lei nº 11.343/06 e doutrina correlata. No terceiro e último capítulo, faremos um estudo de precedentes, através do confronto entre jurisprudência e doutrina.

Assim, convido à leitura deste trabalho que servirá de subsídio para discussões mais aprofundadas sobre o tema.

# 1 SISTEMÁTICA DO DIREITO MILITAR

## 1.1 Especialidade do Direito Penal Militar

O Direito Penal é tão antigo quanto a civilização humana. É um produto da evolução da humanidade.

Com a organização do homem em sociedade, o Direito Penal surgiu da necessidade de reforçar a proteção de determinados bens, como, por exemplo, a vida, através da imposição de penalidades mais graves do que as cominadas as infrações de menor potencial ofensivo.

Paralelamente ao surgimento do direito penal, ainda na Antiguidade, surgiu o Direito Penal Militar, dispondo sobre o serviço militar e o direito de guerra.

Um pouco mais adiante, na época do imperador romano César Augusto, com a formação dos exércitos permanentes, houve a consolidação do Direito Penal Militar, com a fixação de princípios, tipificação de delitos e imposição de penalidades que até hoje servem de base para o direito militar de diversos países.

No Brasil, colonizado por Portugal, o Direito Penal Militar, pelo menos até o século passado, sofreu influência direta das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, principalmente, das Filipinas, segundo Univaldo Corrêa (2002, p. 27).

Atualmente, a doutrina divide o Direito Penal em especial e comum. A corrente seguida, além de outros, por Damásio de Jesus (2003, p.8), entende que a diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo.

Frederico Marques (apud DAMÁSIO, 2003, p. 8) afirma que:

Se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum.

Outra corrente, entretanto, diferencia o Direito Penal comum do especial em razão do bem jurídico objeto da tutela penal.

Cruz e Miguel (2008) asseguram que:

O Direito Penal Militar é um ramo do Direito Penal, especial, criado não com a finalidade de definir crimes para militares, mas sim de criar regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais.

Segundo nos ensina Simon de Souza (2008, p. 73):

As normas penais próprias encontram explicação na peculiar natureza da condição militar dos homens em serviço e nas características das Forças Armadas, que são responsáveis pela Defesa do Estado e baseadas nos pilares da *hierarquia e da disciplina*.

Para Célio Lobão (2006, p. 42) “classificar o direito penal em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito subjetivo demonstra evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial”.

Para Lobão (2006, p. 48) o Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe de indivíduos, como também, pela natureza do bem jurídico tutelado.

Hoje, no Brasil, a lei penal militar é aplicada por órgão especial constitucionalmente previsto e predominantemente ao militar, embora também seja aplicada ao civil, mas sempre nos casos em que o objeto jurídico tutelado são os bens e interesses das instituições militares, daí a sua especialidade, seja qual for o critério ou corrente adotada.

Ressaltam Cruz e Miguel (2008) que “essa especialização se justifica na medida em que entendemos que a sociedade civil tem como base a liberdade, enquanto as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina.”

Portanto, é em razão do bem jurídico tutelado, ou seja, as instituições militares, no que tange à hierarquia e disciplina, ao dever e ao serviço militar, que advém a especialidade do Direito Penal Militar.

É por isso que, os denominados crimes militares impróprios, como, por exemplo, os crimes de uso ou porte de entorpecente, mesmo possuindo idêntico correlato no Direito Penal comum, devem ser processados e julgados, no âmbito da Justiça Militar, tendo por base valores distintos daqueles utilizados na apreciação dos mesmos delitos em seara comum. O uso de droga, dentro da Unidade Militar, muitas vezes durante o cumprimento de missões, treinamentos ou serviços, acarreta a inobservância de outras regras e valores, inexistentes no contexto da criminalidade comum, tais como: a quebra da confiança, da disciplina e dos valores morais difundidos no seio da tropa, dentre outros.

Convém, ainda, ressaltar que o Direito Penal Militar é um direito penal especial e não um direito extraordinário ou de exceção, como alegam aqueles que desconhecem a sua natureza e amplitude. Somente a lei marcial, que surge com a guerra, é que pode ser considerada uma norma extraordinária ou de exceção.

## 1.2 Justiça Militar Estadual e Justiça Militar da União

A Justiça Militar foi a primeira a ser organizada no Brasil. Com a vinda da Família Real para o Brasil, em 1808, o Príncipe Regente de Portugal, D. João VI, criou, por meio de alvará, com força de lei, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, com sede no Rio de Janeiro e jurisdição em todo o território nacional, instituído como foro especial para julgar delitos militares. Desse Conselho, originou-se o Supremo Tribunal Militar.

Entretanto, devido às vicissitudes políticas ocorridas no país, a Justiça Militar da União somente foi consagrada como órgão do Poder Judiciário pela Constituição de 1934, e as Justiças Militares Estaduais pela de 1946.

Hoje, a justiça Militar, quer seja ela Federal ou Estadual, está inserida no rol das Justiças Especializadas, com previsão expressa na Constituição Federal.

Mais uma vez, convém ressaltar que especialidade não se confunde com exceção, como nos ensina Alexandre de Moraes (2004, p.109):

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.

Os órgãos e competência da Justiça Militar Estadual estão expressos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 125:

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo Militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares do estado, 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.

Por sua vez, a Justiça Militar da União encontra-se referida nos artigos 122 a 124:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:  
I- o Superior Tribunal Militar;  
II- os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

[...]

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em Lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Embora não esteja previsto na Constituição Federal, salvo para a Justiça Militar Estadual, está consolidado na legislação ordinária uma particularidade da Justiça Militar da União, que diz respeito a sua composição na 1ª instância, sob a forma de colegiados ou escabinatos, os chamados Conselhos de Justiça, denominação recebida desde a sua criação, com a edição do Alvará de 1º de abril de 1808, por D. João VI, o príncipe regente.

Na legislação atual em vigor, esses Conselhos de Justiça se desdobram em duas espécies: o Especial e o Permanente. O primeiro é formado para processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, que serão julgados pelo STM, enquanto que ao segundo compete processar e julgar acusados que não sejam oficiais, ressalvadas as exceções previstas na Lei de Organização Judiciária. Ambos são integrados pelo Juiz-Auditor (ou o Juiz-Auditor Substituto) e por quatro oficiais, denominados juízes militares, que são escolhidos mediante sorteio e exercem mandato temporário.

A cada trimestre, o Exército, a Marinha e a Aeronáutica enviam às circunscrições judiciárias militares relações de oficiais em condições de serem sorteados para comporem o conselho da respectiva Força como juízes militares.

Assim, podemos afirmar que a jurisdição militar de primeiro grau da União compreende as Auditorias militares e os Conselhos de Justiça Militar.

Muito bem aduz o Ministro do STM Renaldo Quintas Magioli (2008, p. 93):

A instituição do julgamento dos crimes militares por meio de Conselhos mistos, integrados por militares e civis togados – que têm formação heterogênea e variada vivência e coadunam a prática dos que conhecem com profundidade a vida na caserna e a sua legislação específica e o saber jurídico – possibilita o julgamento de sentenças penais mais justas, pautadas tanto na experiência vivida como no amparo da lei.

Da leitura dos dispositivos constitucionais acima, constata-se que a Justiça Militar Estadual, em hipótese alguma, julgará civis, lá somente serão processados e julgados os policiais e bombeiros militares; já na Justiça Militar da União serão processados e julgados civis e militares.

Cabe também a Justiça Militar Estadual julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, competência ainda não estendida à Justiça Militar da União.

A extensão e os limites da jurisdição militar dependem do conceito do que seja crime militar e de quem o possa cometer.

A lei que define o crime militar e a qual se refere o art. 124 é o Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21.10.1969, aplicado tanto no âmbito da Justiça Militar Estadual quanto da Justiça Militar da União, já que somente a União tem competência para legislar sobre direito penal comum e especial.

### 1.3 Bem Jurídico-Penal Militar

Para Francisco de Assis Toledo (2008, p. 15) “*bem*, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso”.

Por isso, bem jurídico para Toledo (p. 16) seria aquele que, dentre o imenso número de bens existentes, o direito seleciona como ‘digno de proteção’ e o erige como tal.

Já sob o enfoque penal Toledo (p. 17), conceitua o bem jurídico como “aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”.

Assim, não é qualquer bem jurídico que obterá a qualificação de bem jurídico-penal.

Segundo Alice Bianchini (2002, p. 29) somente bens de elevada valia devem ser tutelados pelo direito penal.

Prosseguindo, Bianchini (2002, p. 43) adverte ser “inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz”.

Dispõem expressamente os artigos 42 e 142, da Constituição Federal:

Art. 42. 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.

[...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à

defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Assim, embora muitos outros bens sejam tutelados pelo Direito Penal Militar, a hierarquia e a disciplina se destacam como bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal.

Por sua vez, estabelece o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80, art. 14):

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Para José Afonso da Silva (apud CAMPOS JUNIOR, p. 136):

“**Não se confundem**, como se vê, hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina **pressupõe** relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. ‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim um **corolário** de toda organização hierárquica’.”

Ressaltam Neves e Streifinger (2008, p. 16)

É possível afirmar que, qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares, o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma penal castrense.

Continuando, Neves e Streifinger (p. 17), advertem, ainda, que o bem jurídico-penal militar difere do Direito Penal comum, visto que se deve pensar não só na lesão daquele que seria o bem jurídico-penal em primeira linha, mas também em um bem jurídico conseqüente: o sadio desempenho das missões concernentes às forças militares.

Logo, pode-se dizer que o Direito Penal Militar tutela todas as condutas que, embora não tenham relevância para sociedade, são imprescindíveis para a segurança e regularidade do funcionamento das instituições militares.

Assim, ao contrário do que afirmam aqueles que tentam minimizar a relevância do Direito Penal Militar e, conseqüentemente, da Justiça Militar, o direito castrense não existe para proteger a pessoa do militar, mas sim para assegurar a integralidade das Forças Armadas, através da proteção de seus princípios basilares, a hierarquia e a disciplina militares.

E, sendo as Forças Armadas responsáveis pela defesa da Pátria e pela garantia dos poderes constitucionais, conforme preceitua o art. 142 da CF, acima transcrito, serão estes os bens jurídicos lesionados, seja qual for o crime militar praticado.

Daí, porque, veremos no capítulo seguinte, a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06 aos casos de porte, uso ou tráfico de entorpecente, dentro da Unidade Militar, gera tanta controvérsia.

## **1.4 Crime Militar**

### **1.4.1 Definição**

O conceito de crime militar e de quem seja o seu autor são imprescindíveis para o estabelecimento da extensão e dos limites da jurisdição militar.

O artigo 124 da Constituição Federal estatui que “a Justiça Militar compete processar e julgar crimes militares definidos em lei”, o que nos remete aos artigos 9º e 10 do Código Penal Militar, os quais definem os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra, respectivamente.

Jorge Alberto Romeiro (apud LOBÃO, 2006, p.54) afirma que a norma constitucional acima “manteve o único critério existente em nosso direito, desde a Constituição de 1946 (art. 108) para a conceituação dos crimes militares: o denominado *ratione legis*”. Mais adiante acentua que “crime militar é o que a lei define como tal”.

Em conformidade com esse critério, Célio Lobão (2006, p.63) conceitua crime militar como “aquele definido em lei, portanto o previsto no Código Penal Militar, com atendimento aos requisitos expressos nesse mesmo diploma legal, compreendendo os crimes propriamente e os impropriamente militares”.

#### **1.4.2 Crime propriamente e impropriamente militar**

Uma das questões mais controvertidas no Direito Penal Militar é quanto a definição legal do conceito de crime propriamente e impropriamente militar.

Seguindo a definição dos legisladores romanos, a doutrina brasileira entende que os crimes propriamente militares consistem em violações de deveres próprios dos militares, ao passo que os crimes impropriamente militares consistem, na maioria das vezes, em delitos comuns, os quais o legislador classifica como militar, em razão do bem ou interesse juridicamente protegido.

Logo, o crime propriamente militar tem como sujeito ativo exclusivamente o militar. Já no crime impropriamente militar podem ser sujeitos ativos tanto o civil quanto o militar.

São crimes propriamente militares a deserção, o motim, a violência contra superior ou inferior e o abandono de posto. Nesses casos, sequer se admite a participação do civil, ainda que na qualidade de co-autor ou partícipe.

Se um civil pratica qualquer das condutas acima, só será penalmente responsabilizado se os atos praticados estiverem tipificados como crime impropriamente militar ou se sua conduta for considerada típica pela legislação penal comum.

Ressalta Célio Lobão (2006, p. 89): “Nos crimes propriamente militar, a lei protege a disciplina, a hierarquia, o dever militar, que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma, pelo civil”.

São crimes impropriamente militares, todos aqueles previstos no Código Penal Militar, em que mesmo não havendo violação de dever funcional militar, lesionam bens jurídicos militares, como é o caso do art. 290 do CPM.

Muitos dos crimes impropriamente militares apresentam definição idêntica no Código Penal Militar e no Código Penal comum, tal como o homicídio, os crimes sexuais, os crimes contra a saúde e a apropriação indébita, dentre outros.

O civil responde perante a Justiça Militar da União nos crimes impropriamente militares.

Ensina Costa (2005, p. 5):

O legislador penal combinou com o critério *ratione loci* os critérios *ratione temporis*, *ratione personae* e *ratione materiae*. Porém, há sempre, nas várias infrações que constituem um delito militar, uma lesão de um bem ou interesse jurídico pertinente ao ordenamento penal militar. Desta forma, o único critério científico e legítimo para identificar ou caracterizar o delito militar é o que atenta para a objetividade jurídica do delito; assim, o bem jurídico, que é protegido pela lei penal e que é lesado ou posto em perigo pela ação delituosa, é, realmente o critério *ratione materiae*, não sendo o delito militar a infração do dever específico à profissão do soldado, pois isso faria com que os civis não pudessem, em qualquer hipótese, ser agentes do delito militar. 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. Serão aqueles bens jurídicos pertinentes ao serviço, à administração, à disciplina e à hierarquia, isto é, bens jurídicos em que se consubstancia a razão de ser das instituições militares.

A Constituição de 1988 também adota essa orientação doutrinária de divisão do crime militar em crime propriamente e impropriamente militar, quando estatui em seu art. 5º, inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Interpretando esse dispositivo, podemos assegurar que a prisão de um civil só é cabível em caso de flagrante delito, ou em caso de prisão provisória, decretada por autoridade judiciária. Por outro lado, o destinatário da segunda parte do dispositivo constitucional será sempre o militar, sujeito à prisão por transgressão militar e à prisão temporária decretada por autoridade da polícia judiciária militar.

Logo, a Constituição Federal exige a qualidade de militar do sujeito ativo do crime militar.

O conceito de militar é dado pelo artigo 22 do Código Penal 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.

De acordo com a Constituição Federal são federais os militares integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), e estaduais os militares

integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Essa diferenciação é fundamental para definição tanto do regime jurídico quanto da jurisdição a que se submetem.

## 1.5 O Artigo 290 do Código Penal Militar

O art. 290 do CPM está inserido no título VI (dos crimes contra a incolumidade pública), capítulo III (dos crimes contra a saúde) do CPM, dispendo:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena – reclusão, até 5 (cinco) anos.  
[...]

Trata-se de crime impropriamente militar. Logo, seu sujeito ativo pode ser tanto o militar quanto um civil. Contudo, exige para configuração de quaisquer das condutas ali enumeradas, que seja praticada em local sujeito à administração militar.

O uso de droga, no interior da organização militar, acarreta a inobservância da hierarquia e da disciplina militares e põe em risco não só a saúde do eventual usuário, mas a segurança e a vida de toda a tropa, já que o porte e/ou o manejo de armas faz parte da rotina da caserna.

O tráfico de entorpecente nos quartelamentos distingue-se do praticado na sociedade civil, caracterizando-se pela introdução nas unidades militares de pequenas quantidades de cigarro ou de outras substâncias entorpecentes e conseqüente comercialização para os colegas de farda, muitas vezes selecionados em razão da amizade, sem qualquer semelhança com o tráfico realizado por traficantes profissionais noticiado na mídia e combatido internacionalmente.

Com isso, o art. 290 tipifica diversas condutas ilícitas que na legislação penal comum constituem tipos penais diferentes. Impõe, igualmente, a todas elas, pena máxima de até 5 (cinco) anos de reclusão e, em face do disposto no art. 58 do CPM, pena mínima de 1 (um) ano.

Dessa maneira, tanto o tráfico ilícito de entorpecentes quanto a posse para uso próprio estão sujeitos a mesma penalidade, o que, no segundo caso, acarreta

um tratamento mais rigoroso do que o previsto na Lei nº 11.343/06, a chamada nova lei de drogas.

Isso fez com que a Defensoria Pública da União, órgão com atuação significativa junto a Justiça Militar da União, levantasse a tese de revogação do art. 290 do CPM pelo advento da Lei nº 11.343/06, suscitando uma das questões objeto deste trabalho e que será analisada no último capítulo, através do estudo de casos concretos.

A outra questão diz respeito à aplicabilidade do princípio da insignificância para os casos de porte, uso ou tráfico de entorpecente, em pequenas quantidades, no interior de uma organização militar, afastando a incidência do art. 290 do CPM.

## 2 DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM

### 2.1 O Princípio da Insignificância

#### 2.1.1 Conceito, natureza jurídica, identificação e aplicação dos princípios jurídicos

Os princípios jurídicos servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetores na construção e aplicação das demais normas jurídicas.

Segundo Silva (2008, p. 24):

Os princípios são, portanto, mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sociojurídica da sociedade, que servem de substrato às outras normas jurídicas quando aplicadas na solução de casos concretos.

Continuando, Silva (2008, p. 167) afirma que de acordo com a corrente pós-positivista, os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, pois servem de fundamento do sistema constitucional e possuem caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos.

Esclarece Silva (2008, p. 168) que, por serem o núcleo do ordenamento jurídico, os princípios jurídicos ocupam o ponto mais alto da escala normativa, exercendo a função de fonte das fontes e conferindo harmonia ao sistema jurídico.

Ressalta que vários são os critérios utilizados para a identificação dos princípios jurídicos.

O critério utilizado por Ronald Dworkin baseia-se em dois mecanismos de aplicação: o do “tudo ou nada” (*all ou nothing*) e o do peso ou importância.

De acordo com o primeiro mecanismo, na ocorrência de um caso concreto, sendo a regra jurídica válida, aplicar-se-á, de modo absoluto; sendo inválida, será excluída do ordenamento jurídico.

Por outro lado, aplicando-se o mecanismo de peso, ao caso concreto será aplicado o princípio jurídico que tiver maior peso ou relevância em relação aos interesses envolvidos. Contudo, a preferência por um princípio não excluirá o outro da ordem jurídica.

Um segundo critério, chamado “lei de colisão”, elaborado por Robert Alexy, sob a influência dos estudos de Ronald Dworkin, identifica os princípios a partir da

colisão entre eles. Partindo da premissa de que ocorre colisão quando dois princípios apresentam soluções conflitantes para o mesmo caso concreto, a solução da colisão será dada pela ponderação dos interesses envolvidos. Assim, o princípio que tutelar o interesse mais relevante terá precedência sobre o de menor peso; entretanto, isso não significa que este será excluído do ordenamento jurídico.

Os princípios jurídicos exercem três funções clássicas na ordem jurídica: função fundamentadora, função interpretativa e função supletiva. A primeira é exercida quando serve de fundamento para o ordenamento jurídico, funcionando como fonte das fontes. A segunda quando serve de diretriz para interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica. A terceira quando funciona como meio de integração da ordem jurídica, em face da inexistência de norma expressa para regulação do caso concreto.

### **2.1.2 Princípios básicos de Direito Penal**

A Constituição, implícita ou explicitamente, enumera, entre as suas normas, princípios penais que orientam e fundamentam a aplicação das normas penais.

Bitencourt (2008, p.10-27) relaciona os seguintes princípios: legalidade ou reserva legal, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade.

Rebêlo (2000, p.11-27), por sua vez, enumera os seguintes princípios: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, humanidade, lesividade e culpabilidade.

Abordaremos aqui somente aqueles princípios que possuem uma estreita correlação com o princípio da insignificância, objeto deste trabalho.

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui-se em efetiva limitação ao poder punitivo do Estado. Segundo Bitencourt (2008, p. 11):

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido com *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado. Estabelece que o Direito Penal deve restringir sua atuação somente à defesa dos bens jurídicos relevantes para os cidadãos e para a sociedade e que não podem ser protegidos de outra forma. Adverte Bitencourt (2008, p. 13): “Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são essas que devem ser empregadas e não as penais”.

O princípio da fragmentariedade é corolário do princípio da intervenção mínima e do princípio da legalidade. Ensina Rebêlo (2000, p. 22):

Significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas mais graves e danosas, incidentes sobre os bens mais relevantes. O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque consideradas socialmente intoleráveis, a demandar que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais possam ser criminalizadas.

O princípio da humanidade sustenta que o poder punitivo do Estado não pode impor sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

Encontra-se previsto nos incisos III (proibição de tortura ou tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização da pena) e XLVII (proibição de penas cruéis, perpétuas e de morte) do art. 5º da Constituição Federal.

Segundo o princípio da lesividade ou ofensividade o legislador deve se abster de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou de colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

De acordo com Rebêlo (2000, p. 26-27) o princípio da lesividade possui quatro funções básicas:

Pela primeira, busca-se proibir a criminalização de atitudes internas, posto que as idéias, convicções, desejos, aspirações, sonhos e sentimentos das pessoas não podem constituir fundamento de tipo penal.

A segunda função é a de vedar a criminalização de um proceder que não exceda o âmbito do próprio autor, afastando do campo de disciplina do Direito Penal, dentre outras condutas, a autolesão, os atos preparatórios e, mesmo, o conluio entre duas ou mais pessoas para a prática do crime, se sua execução não for iniciada.

A terceira função é proibir a criminalização de simples estados ou condições existenciais, já que o Direito Penal, que reconhece e respeita a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o ser, senão o fazer desta pessoa.

Derradeiramente, visa obter a criminalização de condutas desviadas, ou seja, orientadas em direção fortemente desaprovada pela sociedade que não afetem qualquer bem jurídico.

Por último, temos o princípio da culpabilidade. O Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, contudo, hoje vigora o princípio *nullum crimen sine culpa*.

Para Bitencourt (2008, p. 16) atribui-se um triplo sentido ao conceito de culpabilidade. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma sanção ao autor de um fato jurídico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento de determinação da pena, impede que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria culpabilidade. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade, como conceito contrário a responsabilidade objetiva, assegura que ninguém responderá por um resultado imprevisível, se não houver agido com dolo ou culpa.

### **2.1.3 Da insignificância como princípio jurídico do Direito Penal**

O princípio da insignificância surgiu como desdobramento do princípio da intervenção mínima. Atribui-se a Claus Roxin a introdução do princípio da insignificância no Direito Penal, a partir da década de 60 do século passado.

O princípio da insignificância foi formulado para excluir da incidência penal as condutas típicas que, em razão de sua ínfima lesividade, não chegam a pôr em risco o bem jurídico-penal tutelado.

O objetivo da aplicação do princípio da insignificância é excluir do âmbito do Direito Penal as condutas que não apresentam um grau de lesividade mínimo para a configuração do tipo penal, evitando a desproporcionalidade entre a sanção imposta e o dano causado pela ação típica.

Para Silva (2008, p. 171) o princípio da insignificância atuará no sentido de afastar do âmbito da lei penal as condutas formalmente típicas que não lesionam concretamente o bem jurídico atacado.

O reconhecimento da conduta penalmente insignificante realiza-se com base no critério objetivo de avaliação dos índices de desvalor da ação e do resultado da conduta realizada, que busca aferir o grau de lesividade da conduta contra o bem jurídico atacado. (SILVA, 2008, p.175).

A insignificância do desvalor da ação indica que a probabilidade do comportamento realizado de materialmente concretizar o tipo penal pretendido é insignificante, enquanto a insignificância do desvalor do evento indica que o resultado produzido é juridicamente irrelevante para o Direito Penal.

Conclui Silva (2008) que o princípio da insignificância incide sobre a tipicidade e a antijuridicidade do delito. Será excludente de tipicidade quando a conduta for de insignificância absoluta (irrelevância do desvalor da ação), pois nesse caso o tipo penal pretendido sequer chegou a ser concretizado. Por outro lado, quando a conduta apresentar uma insignificância relativa (irrelevância do desvalor do resultado), o princípio da insignificância atuará como excludente de antijuridicidade, uma vez que o resultado não seria contrário ao Direito Penal.

Salienta Bianchini (2002, p. 26-27):

Face aos ditames constitucionais, traduzidos pelo princípio da fragmentariedade, devem ser criminalizadas somente as ações aptas a ofender o bem que se está buscando tutelar (princípio da ofensividade) e desde que o dano seja considerável (quer dizer, que se respeite o princípio da insignificância).

A análise da gravidade da ofensa deve ser efetuada, cotejando-se o grau de importância dos valores em causa e os efeitos de determinado comportamento no âmbito social em relação a esses mesmos valores. (BIANCHINI, 2002, p. 144). Desta forma, a lesão vai perdendo a sua tolerabilidade à medida que o bem jurídico começa a adquirir relevância mais acentuada.

Segundo Bitencourt (2008, p. 21) a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Assim, a insignificância ou irrelevância da ofensa afasta a tipicidade. Todavia, o fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo, tal como previsto no art. 98, inciso I, da CF, não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o princípio da insignificância.

Daí porque a maior crítica que se faz ao princípio da insignificância consiste na dificuldade de estabelecimento de um critério objetivo para a aferição do que vem a ser lesão insignificante.

Neves e Streifinger advertem (2008, p. 42): “a aplicação nua e crua deste princípio levaria a situações inadmissíveis, como à não-punição da tentativa, o que recomenda muita cautela em sua exaltação”.

Considerando o bem jurídico-penal militar (hierarquia e disciplina militares), requer cautela e gera controvérsia a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Militar, especialmente quanto à conduta tipificada no art. 290 do CPM.

Novamente Neves e Streifinger (2008, p. 43), citando o legado de Claus Roxin, esclarecem:

Se o incorporarmos ao Direito Castrense, estaremos dotando o aplicador da lei de um poder que não lhe cabe, ou seja, o de legislar. Ademais, fomentariamos o esquecimento da regularidade das instituições militares, de acordo com o que já sustentamos ao tratar do princípio da intervenção mínima, incentivando a falência da prevenção geral positiva.

## **2.2 A Lei nº 11.343/06 (a nova lei antidrogas)**

### **2.2.1 Generalidades**

Um dos grandes problemas da sociedade moderna e globalizada diz respeito ao consumo e tráfico de drogas, cujas conseqüências, diretas ou indiretas, vem sendo percebidas nos lares, nos ambientes de trabalho, no acréscimo de casos de psicopatias entre os usuários de drogas e no aumento da criminalidade.

Objetivando estabelecer mecanismos mais eficazes no enfrentamento punitivo das drogas, em 23 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.343, chamada de nova lei de tóxicos ou nova lei antidrogas.

Para esta nova lei droga “é uma substância ou produto capaz de causar dependência, assim especificado em lei ou relacionado em lista atualizada periodicamente pelo Poder Executivo”.

A Lei nº 11.343 deixa claro que o problema das drogas é grave e requer o

engajamento de todos, órgãos governamentais, população e demais segmentos da sociedade organizada, particularmente os estabelecimentos de ensino, através da implementação de programas voltados para a orientação, a prevenção e a repressão do uso indevido de drogas.

Segundo Greco Filho (2009, p. 148): “O bem jurídico tutelado é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que aingere, mas põe em risco a própria integridade social”.

Ensina Damásio de Jesus (2008,. p 4-5):

O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. De modo que, quando lesionado, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual.

As alterações produzidas na legislação até então em vigor pela nova lei são profundas. Entretanto, a nós interessa apenas aquelas com repercussão no âmbito do Direito Penal Militar, especialmente quanto ao art. 290 do CPM.

### 2.2.2 Usuário x traficante

Estabelecem os arts. 28 e 33 da nova lei de drogas:

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

**I** – advertência sobre os efeitos das drogas;

**II** – prestação de serviços à comunidade;

**III** – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

**§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 da 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 (dez) 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 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, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A redação do art. 28 fala daquele que traz consigo droga para uso pessoal próprio ou de terceiro, estabelecendo expressamente 5 (cinco) núcleos do tipo; a do art. 33 versa sobre o que se pode denominar de condutas típicas do tráfico, com verbos representativos de 18 ações caracterizadoras, cada uma delas, da violação do bem jurídico tutelado, a saúde pública.

Da interpretação destes dispositivos, infere-se que a Lei nº 11.343/06 prevê tratamento diferenciado para o traficante e o usuário ou dependente, passando a

reconhecer este último como objeto de proteção social, com direito a cuidados especiais, atribuindo-lhe subjetividade ativa e passiva, como infrator penal e doente.

Por outro lado, atribui ao traficante de drogas penalidades mais severas que as cominadas pela legislação anterior.

Argumentam alguns que, ao impor sanções não privativas de liberdade aos usuários e dependentes, estaria o art. 28 descriminalizando as condutas nele tipificadas, já que de acordo com o preconizado pelos arts. 43 e 44 do Código Penal “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”.

Salienta, entretanto, Greco Filho (2009, p. 127-128) que a lei nº 11.343 não descriminalizou nem despersonalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir drogas para uso pessoal, apenas houve abrandamento das penalidades impostas em caso de tipificação das referidas condutas.

Já Rafael Abujamra (2008, p. 49) entende que:

A causa de diminuição editada pelo Legislador Ordinário no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 afronta, de maneira indubitável, direito e garantia constitucional da segurança pública prevista no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, além de colidir frontalmente com os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, fazendo emergir a necessidade de arguição de sua constitucionalidade, seja pelas vias concentradas ou difusas, com sua conseqüente inaplicabilidade.

Segundo Souza (2006, p. 25):

O que o legislador fez foi adotar uma tendência internacional de reconhecer ser o usuário ou viciado uma vítima na cadeia produtiva e econômica em que se acham inseridas as drogas, entendendo por bem que essas pessoas não devem ser punidas com rigor máximo pelo Estado, a ponto de ser possível aplicar a elas as sanções mais fortes, como a prisão.

### **2.2.3 Revogação da legislação anterior**

Dispõe o art. 75 da Lei nº 11.343/06: “Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.”

Com esse dispositivo, o legislador frisou expressamente quais leis foram revogadas pelo advento da Lei nº 11.343/06.

Contudo, o tratamento diferenciado instituído pela nova lei de drogas para traficantes e usuários, com a conseqüente imposição de penalidades não-restritivas

de liberdade aos usuários e dependentes de drogas, contradiz o disposto no art. 290 do CPM.

Isso fez com a Defensoria Pública da União suscitasse a tese de revogação tácita do art. 290 do CPM, invocando a regra de aplicação da lei mais benigna, no caso a Lei nº 11.343/06, aos crimes de porte e uso de drogas em área sujeita à administração militar.

Interpretar uma lei é definir o exato alcance de seu texto. Logicamente, as regras de interpretação e de integração da lei penal comum aproveitam ao Direito Penal Militar, notadamente o princípio da especialidade da lei, segundo o qual a lei especial afasta a lei comum.

No primeiro capítulo, já demonstramos, de maneira cabal, que a especialidade do Direito Penal Militar advém da natureza do bem jurídico-penal tutelado.

Por outro lado, conforme afirmam Neves e Streifinger (2008, p. 57), “em razão de o Direito Penal Militar constituir *jus singulari*, algumas regras próprias devem ser acentuadas”.

Assim, sustentar o descabimento de sanção penal privativa de liberdade ao crime militar de porte de drogas significa desprezar a hierarquia e a disciplina militares, pilas e sustentáculos das instituições castrenses.

Importante salientar que o elemento espacial do tipo (local sob administração militar) é o que define o apenamento do fato típico.

Há uma razão para isso. Não se trata simplesmente de um cidadão em local qualquer, público ou privado, trazendo consigo droga para consumo pessoal, mas sim de um militar, em local sujeito à administração militar, em flagrante afronta aos preceitos da caserna.

Ademais, é importante considerar que o porte e o uso de drogas, em local sujeito a administração militar, são passíveis de causar danos irreparáveis, uma vez que nesses casos pode ocorrer de o militar “drogado” ter em suas mãos uma arma com munição real.

É evidente, pois, que o porte e uso de drogas, no interior de uma organização militar, representa um risco altíssimo não só para o usuário, mas para a

própria instituição militar e toda a sociedade.

O Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, tem se pronunciado pela aplicação do art. 290 do CPM, condenando os acusados ou mantendo a condenação da primeira instância, nos crimes de tráfico, posse ou uso de drogas, ocorridos dentro de Unidades Militares, repudiando a tese defensiva de revogação do dispositivo do código castrense pelo advento da Lei nº 11.343/06, com fundamento no princípio da especialidade.

Ocorre que o posicionamento do STM nem sempre encontra guarida na mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal, cujos Ministros têm divergido quanto à aplicabilidade ou não da Lei nº 11.343/06, nos crimes acima referidos.

No próximo capítulo, analisaremos os argumentos expendidos tanto pelo STM quanto pelo STF, no julgamento de casos concretos, em que se invocava a revogação do art. 290 do CPM pela Lei nº 11.343/06. Também será objeto de estudo, os casos em que se requereu a negação de vigência do art. 290 do CPM, a fim de se homenagear o princípio da insignificância.

## 3 ESTUDO DE CASOS

### 3.1 Decisões de 1ª Instância – Auditorias Militares

No primeiro capítulo, ao discorrermos sobre a composição e competência da Justiça Militar, constatamos que as Auditorias Militares e os Conselhos de Justiça Militar compõem a jurisdição de primeiro grau da Justiça Militar da União.

Como órgãos de primeira instância, são nas Auditorias Militares, através dos Conselhos de Justiça relativos a cada Força, onde primeiro serão processados e julgados os casos de porte e uso de drogas, ocorridos em local sujeito à administração militar e que tipificam o crime previsto no art. 290 do CPM.

As decisões proferidas nesses casos têm sido bastante divergentes. Há casos de absolvição, por atipicidade de conduta, com base no princípio da insignificância e há casos de condenação, mesmo quando ínfima a quantidade de droga apreendida, prestigiando-se a aplicação do art. 290 do CPM e, conseqüentemente, repelindo a aplicação do princípio da insignificância.

Com relação, entretanto, a Lei nº 11.343/06, as decisões de primeira instância têm sido unânimes quanto a sua inaplicabilidade, em face da especialidade da Legislação penal Militar.

Seja como for, essas decisões tem acarretado a interposição de inúmeros recursos junto ao Superior Tribunal Militar e a utilização de remédios constitucionais, junto ao Supremo Tribunal Federal, invocando-se, em ambos os casos, a não incidência do art. 290 do CPM, seja pela aplicação do princípio da insignificância, seja pela sua revogação, pelo advento da Lei nº 11.343/06.

Por outro lado, nesses mesmos casos, o *parquet* militar, tem repudiado as teses defensivas tal como acima fundamentadas, pugnando pela vigência e aplicabilidade do art. 290 do CPM, em face da especialidade da legislação militar e dos bens jurídicos por ela tutelados.

E é justamente o posicionamento adotado pelo STM, como órgão de segunda e última instância da Justiça Militar da União e o posicionamento adotado pelo STF, como instância máxima e Corte Constitucional, nos julgamentos dos recursos e remédios jurídicos acima citados, o objeto desse trabalho e que será abordado nos próximos itens, através da análise de casos concretos.

## 3.2 Decisões de 2ª Instância – Superior Tribunal Militar

### 3.2.1 Entendimento predominante

Entende o Superior Tribunal Militar que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes de porte e uso de drogas em área sujeita a administração militar. Também para a Corte castrense, a Lei nº 11.343/06 não se sobrepõe ao art. 290 do CPM.

No julgamento da Apelação (FO) nº 2007.01.050504-0/DF, em 14/02/2008, assim decidiu o plenário do STM:

EMENTA. APELAÇÃO. ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. Embalagem contendo 0,29g de maconha encontrada dentro do armário do Apelante por ocasião de revista. A ínfima quantidade de maconha apreendida não importa em insignificância penal. É inconteste que a presença de militares sob efeito de drogas afeta a eficiência das Forças, compromete a segurança do pessoal e tem efeitos lesivos também na hierarquia e na disciplina militares. A superveniência da Lei nº 11.343/06 não alterou o disposto no art. 290 do CPM, por não ser adotado, na espécie, o critério da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim o da especialidade (STF, Habeas Corpus, nºs 92462 e 91767). Apelo defensivo improvido. Maioria.

Neste caso, a defesa, irresignada com a condenação em primeira instância, interpôs o recurso de apelação, com pedidos alternativos: a absolvição, sob o fundamento de que a conduta do réu deve ser considerada atípica, tendo em vista ser mínima a quantidade de substância entorpecente encontrada, requerendo a aplicação do princípio da insignificância, em face da ausência de risco penalmente relevante, seja a saúde do militar ou a hierarquia e disciplina militares, ou subsidiariamente, a aplicação da Lei nº 11.343/06, para que não seja imposta a pena privativa de liberdade.

O Ministro-Relator Alte Esq Rayder Alencar da Silveira, assim fundamentou o voto:

“[...] Ficou sobejamente demonstrado nos autos que o Apelante, sem autorização, portava substância entorpecente (maconha) no interior da OM, tipificando o delito do art. 290 do CPM.

[...]

A tese defensiva de ausência de tipicidade por insignificância penal não encontra amparo na jurisprudência dominante dos Tribunais, em especial quanto à Justiça Militar, em virtude das peculiaridades da vida na caserna, dos valores e princípios da vida militar, e das repercussões negativas e

perigosas que a inserção de substância entorpecente provoca no seio da tropa.

E nem poderia ser diferente, eis que o cumprimento do dever militar, a participação em operações militares e, sobretudo, o emprego de armamento ficariam sob grave risco se fosse permitido, nas Organizações Militares, o livre trânsito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

É inconteste que a presença de militares sob efeito de drogas afeta a eficiência das Forças, compromete a segurança do pessoal e tem efeitos lesivos também na hierarquia e na disciplina militares.[...]

A própria Lei nº 11.343/06 não deixou de tipificar tal conduta como criminosa. Nesse particular, cabe observar que o Supremo Tribunal Federal, acolhendo decisões desta Corte Castrense, já firmou entendimento quanto à não aplicação do princípio da insignificância no caso de posse de substância entorpecente em local sob a Administração Militar (Habeas Corpus nºs 81735 e 81734); bem como quanto à não alteração do Código Penal Militar pela superveniência da Lei nº 11.343/06, por não ser o critério adotado o da retroatividade da lei mais benéfica, mais, sim, o da especialidade (Habeas Corpus nºs 92462 e 91767).[...]"

No julgamento da Apelação (FO) nº 2007.01.050563-6/MS, realizado em 11/12/2008, restou assim ementado o acórdão:

EMENTA: ENTORPECENTE. COCAÍNA. QUANTIDADE ÍNFIMA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA LEI Nº 11.343/06. PREQUESTIONAMENTO. NÃO-ACOLHIMENTO.

Para configuração do crime previsto no art. 290 do COM é irrelevante a quantidade de substância entorpecente (cocaína) apreendida, em face dos bens jurídicos tutelados pela legislação castrense, os quais extrapolam a saúde do militar.

Inaplicabilidade do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em razão da especialidade da lei penal militar.

Prequestionamento. Dispositivos constitucionais. Ausência de correlação com o caso concreto.

Apelação improvida.

Decisão Unânime.

Neste segundo caso, novamente a defesa interpôs recurso de apelação da decisão condenatória proferida em primeira instância, pleiteando a absolvição, alegando atipicidade de conduta, por ausência ao bem jurídico tutelado pelo art. 290 do CPM, em face da aplicação do princípio da insignificância ou a incidência da nova lei de tóxicos.

O Ministro-Relator Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, utilizou os seguintes argumentos em seu voto:

[...] A tese defensiva de atipicidade da conduta por ausência de lesão à saúde pública, dada a ínfima quantidade de droga apreendida, não procede, haja vista ser irrelevante, para a configuração do aludido tipo penal, a quantidade de substância entorpecente encontrada, em face dos bens jurídicos que a ordem penal militar busca proteger, os quais extrapolam a saúde do militar flagrado.

Em verdade, a proteção penal se volta, imediatamente, à saúde e à incolumidade pública, mas mediatamente envolve os princípios básicos das Forças Armadas, quais sejam, a hierarquia e a disciplina militares.

Entre os militares, dentro da caserna, o perigo do delito tipificado no art. 290 do CPM, é justamente o abalo da estabilidade das relações hierárquicas e disciplinares, além de expor em risco a saúde e a incolumidade física de outros militares.

[...]

O STM entende inaplicável a Lei nº 11.343/06 na Justiça Militar. Apesar de mais benéfica ao acusado, por estipular pena *in abstracto* mais branda, não tutela os bens jurídicos compreendidos na esfera de proteção da legislação penal militar.

O critério adotado aqui é o da especialidade da legislação penal militar. Assim, novos critérios legais que passaram a reger com menor ou maior rigor o crime comum de porte ilegal de substância psicotrópica não afastam a incidência integral das normas penais castrenses.

Logo, o fato de a Lei nº 11.343/06 ter atenuado o rigor do tratamento dado ao usuário de substância psicotrópica não repercute no âmbito de incidência do art. 290 do CPM, pelo que não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.

[...]

Assim, o crime atribuído ao apelante restou plenamente demonstrado, bastando para tanto a posse e uso de tóxico na caserna, independentemente da quantidade da substância, não se conciliando de forma alguma com a natureza e com os fins das atividades militares, as quais exigem permanente atenção, equilíbrio e sobriedade daqueles que as executam. [...]

Por último, transcrevemos ainda o acórdão lavrado nos autos da apelação nº 2007.01.050833-3/MG, julgamento realizado em 07/08/2008:

**EMENTA:** APELAÇÃO. PORTE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR.

A firme jurisprudência desta Corte não prestigia os princípios da insignificância e da proporcionalidade no caso de porte de entorpecentes no interior do quartel, em face das peculiaridades e das nuanças da vida na Caserna.

Rejeitada, por unanimidade, a preliminar de inconstitucionalidade do art. 290 do CPM, suscitada pela Defesa.

Improvemento do **Apelo**.

Decisão majoritária.

Como nos casos anteriores, aqui a defesa também interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença condenatória de primeiro grau, com base no princípio da insignificância e na Lei nº 11.343/06, requerendo, preliminarmente, a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 290 do CPM.

Rechaçando a tese defensiva, o Ministro-Relator Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, argumentou em seu voto:

A *preliminar* de inconstitucionalidade do art 290 do CPM é improsperável. Os argumentos defensivos expostos, no sentido de ver declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do precitado dispositivo penal, são absolutamente inconsistentes.

O dispositivo penal tem a sua raiz no Parágrafo Único do art 124 da Constituição Federal, traduzindo-se como crime militar impróprio e com definição perfeitamente ajustada às peculiaridades da vida militar.

Não é demais frisar que esse inconformismo da **Defesa** vem sendo sistematicamente rechaçado por este Tribunal, em **Acórdãos** uniformes, sob o fundamento essencial de que a Lei nº 11.343/2006 é de caráter geral, não tendo o condão, pois, de revogar um preceito contido em legislação especial, vale dizer, o art 290 do Código Penal Militar; e tanto é assim que a própria lei em causa destaca, no seu art 75, como explicitamente revogadas **tão-só** as Leis nº 6.368/76 e 10.409/02.

[...]

**Em que pese a inquestionável relevância do princípio da insignificância no universo do direito penal moderno**, a sua aplicação no âmbito da Justiça Militar não pode ser irrestrita e desatenta às peculiaridades da vida na Caserna.

À evidência, **como posto precedentemente**, esse entendimento longe está de significar uma negativa genérica e adamantina da aplicação do **princípio da insignificância** no âmbito da Justiça Militar da União, até porque, **como é se sabeiça ampla**, já está esse princípio implicitamente consagrado em diferentes dispositivos do próprio Código Penal Militar, como se constata, por exemplo, nas dicções dos §§ 1º e 2º do seu art 240.

Assim, ao revés do que possa parecer para alguns, o Direito Penal Militar não é símbolo da onipotência jurídico-penal do Estado e nem é avesso aos princípios que limitam o seu poder punitivo, destacadamente o da **intervenção mínima** (ou da **ultima ratio**) e os que dele defluem, tal como o já multicitado **princípio da insignificância**.

Desse modo – **e isso deve ser enfatizado** – o que não tem permitido a Justiça Militar é a simples e irrestrita aplicação do **princípio da insignificância** na área penal castrense (**principalmente nos chamados crimes de tóxicos**), fechando-se os olhos para as suas singularidades e, com isso, negando-se o próprio caráter especializante do Direito Penal Militar; e mais, esquecendo-se de que, **na restrita organização das armas**, a faceta dissuasória da pena, **ao revés do que ocorre na sociedade em geral**, resulta em benefício para a disciplina, na medida em que, **efetivamente**, inibe a reprodução da conduta criminosa, sobretudo pelos jovens recrutas. [...]

Analisando-se os casos acima, constata-se que os argumentos jurídicos de que se utiliza a Corte castrense para rejeitar a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tipificados no art. 290 do CPM, bem como para afastar a incidência da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar da União, têm como fundamento a especialidade da legislação penal militar e o bem jurídico-penal por ela tutelado.

No primeiro capítulo deste trabalho, ressaltamos que o bem jurídico-penal militar difere do bem jurídico penal comum, constituindo-se o primeiro na manutenção da regularidade das Instituições Militares. Consequentemente, para garantia da manutenção e segurança da integralidade da Forças Armadas é preciso proteger seus princípios basilares, a hierarquia e a disciplina militares.

Entende o STM que os rigorosos padrões de conduta da vida da caserna, pautados na hierarquia e disciplina, não se coadunam com a tese da insignificância, baseada na pequena quantidade de entorpecente.

Segundo as decisões acima, a pequena quantidade de droga não configura a insignificância penal, uma vez que o tóxico, em qualquer quantidade, constitui figura anômala e incompatível com a vida nas Organizações Militares, em razão das peculiaridades das atividades desempenhadas, inclusive com o uso e manuseio de armamentos, e da ofensa a disciplina e hierarquia militares.

Sustentam os referidos julgados que, embora 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.

Por outro lado, em consonância com esse entendimento, repudiam a revogação do art. 290 do CPM pelo advento da Lei nº 11.343/06, invocando a especialidade da legislação penal militar, que, como vimos no primeiro item deste trabalho, decorre justamente do bem jurídico tutelado.

Por fim, as decisões acima ressaltam que os princípios e regras contidas na nova lei de tóxicos diferem daqueles contemplados pelo Direito Penal Militar, com os quais não se compatibilizam.

### **3.2.2 Votos vencidos**

Vimos que, das três decisões acima citadas, apenas uma foi aprovada por unanimidade pelo plenário do STM. No primeiro e no último caso, o Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrebach, votou divergindo da maioria e declarou o seguinte voto nos autos da Apelação (FO) 2007.01.050833-3/MG:

Venho sustentando sistematicamente nesta Corte que o porte de quantidade insignificante de maconha (especialmente dessa substância) é conduta incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Tampouco se vê, em todos os casos, desrespeito à hierarquia e disciplina, valores tão caros à proteção da soberania do Estado Democrático de Direito. A conduta é formalmente típica, se observada abstratamente. Entretanto, no caso concreto, a autoridade judiciária, ao observar ausência de

potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, deve considerá-la materialmente atípica.

É o que acontece com o porte para consumo próprio de pequena quantidade de maconha, pois, a princípio, o soldado que porta quantidade de maconha suficiente apenas para o seu consumo pessoal, e se não o faz em serviço, no quartel, na caserna, no veículo, no navio ou na aeronave, não põe em risco a saúde pública, visto que sua conduta não tem a potencialidade de tornar dependentes outros companheiros seus de farda, não trazendo aí, prejuízo para a caserna.

[...]

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

Daí que para 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.

[...]

## II – 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 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 utilização da repressão Penal 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, em que o soldado foi surpreendido portando quantidade insignificante de maconha, fora do turno de guarda). A persecução penal 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.

[...]

A segunda análise exigida pelo princípio é a necessidade da medida restritiva de direitos fundamentais 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 0,91g de substância entorpecente, é correto afirmar que a resposta penal é desnecessária, onerosa e estigmatizante.

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 sempre mais rápida do que a de uma pena. 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 [...]

Por fim, resta analisar a proporcionalidade estrita, ou seja, a medida exata da resposta em relação, tanto a 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 infinito, 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 nº 11.343/06**), que faz expressa distinção entre as condutas de tráfico e uso.

Creio que as Forças Armadas são plenamente capacitadas a dar aos dependentes e usuários de drogas o atendimento educativo ou medida necessária que resultará na inutilidade da restrição da liberdade na recuperação desses cidadãos, sobretudo quando militares.

[...]

Não quero com isso, afirmar que a solução dada pelo legislador na lei comum de entorpecentes seja a mais adequada a ser aplicada na caserna. Penso que determinar que o usuário seja advertido pelo Juiz, seja obrigado a prestar serviços à comunidade ou comparecer a programa ou curso educativo, são soluções insatisfatórias tanto no meio social comum quanto quando se trata do meio militar.

Portanto, defende o Ministro Bierrenbach a aplicação do princípio da insignificância aos casos de porte e uso de substância entorpecente, em local sujeito à administração militar, mas fora do turno de serviço, justificando-se, nesses casos, apenas a aplicação de punição disciplinar, ou seja, prisão administrativa.

Sustenta que o art. 290 do CPM afronta o princípio da proporcionalidade, ao fixar parâmetros punitivos idênticos para condutas absolutamente distintas.

Com relação a Lei nº 11.343/06, afirma que seria desmoralizante perante a tropa a aplicação das sanções não privativas de liberdade previstas em seu art. 28, quando se prevê a possibilidade de, por fato análogo (ingestão de bebidas alcoólicas), dependendo das circunstâncias, a aplicação de prisão administrativa (art. 10, 90, c/c o art. 15 do Dec. nº 76.322/75).

Contudo, esse não é o entendimento majoritário e os argumentos expendidos já foram rebatidos nas decisões analisadas no item anterior.

### 3.3 Supremo Tribunal Federal

#### 3.3.1 Posicionamento inicial

Até o início de 2008, o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal era pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de porte e uso de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense, em virtude do bem jurídico-penal tutelado pela legislação militar e em consonância com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Militar.

Nessa época, também se posicionava a Suprema Corte, com base no critério da especialidade e, em detrimento da regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, pela inaplicabilidade aos crimes tipificados no art. 290 do CPM da então vigente Lei nº 6.368/76 e da superveniente Lei nº 11.343/06, conforme retratam os seguintes e selecionados precedentes:

**EMENTA: -“Habeas corpus”. Crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. Princípio da insignificância. Precedentes do S.T.F.** – Ainda recentemente, esta Primeira Turma, julgando o HC 81.734, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, com relação a militar que fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar, não admitiu o princípio da insignificância ou crime de bagatela quanto a crime de posse e de uso de substância entorpecente, citando uma série de precedentes desta Corte, antigos e recentes, no sentido de que a pequena quantidade de tóxico encontrada em poder do réu não descaracteriza quer o crime do artigo 16 da Lei 6.368/76 (como ocorre no caso presente em que se trata de porte de ‘crack’), quer o do artigo 12 da mesma Lei. Nesse sentido, os RHCs 51.235 e 45.973, HCs 68.516, 69.806, 71.638 e 74.661, e o RC 108.697. ‘Habeas corpus’ indeferido. **(HC 82.324/SP, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 22/11/2002).**

**EMENTA: Habeas corpus. Constitucional. Penal e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado.**

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica.

**4. Habeas corpus denegado e liminar cassada.**

**(HC 91.759/MG, Relator Min. MENEZES DIREITO, DJ 30/11/2007).**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA: NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.**

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade. O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes.

3. Habeas corpus indeferido.

**(HC 92.462/RS, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 09/11/2007).**

**EMENTA: 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. O 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, do CPM.

8. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício, sob a modalidade retroativa.

9. Habeas corpus concedido de ofício; prejudicado o pedido.

**(HC 91.356/SP, Relator Min. ELLEN GRACIE, DJ 24/06/2008).**

### 3.3.2 Decisões recentes

Recentemente, contrariando o posicionamento acima, vem o STF decidindo pela aplicação do princípio da insignificância, bem como das penalidades previstas

na Lei nº 11.343/06, aos casos de uso e porte de droga, mesmo que em local sujeito à administração militar, como veremos nos julgados a seguir:

**EMENTA: PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CRIME MILITAR (CPM, ART. 290).** Superveniência da lei nº 11.343/2006, cujo art. 28 – por não submeter o agente a pena privativa de liberdade – qualifica-se como norma penal benéfica. controvérsia em torno da aplicabilidade, ou não, a esse delito militar (cpm, art. 290), do art. 28 da lei nº 11.343/2006. a questão da precedência do princípio constitucional da “lex mitior” sobre regras penais mais gravosas, mesmo que inscritas em diploma normativo qualificado como “lex specialis”. doutrina. precedente do stf (2ª turma). invocação, ainda, do princípio da insignificância, como fator de descaracterização material da tipicidade penal. possibilidade de sua aplicação aos crimes militares. precedentes do supremo tribunal federal. medida cautelar deferida.

**(HC 94.085, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 29/04/2008).**

**EMENTA: “HABEAS CORPUS”. IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CRIME MILITAR (CPM, ART. 290). QUANTIDADE ÍNFIMA. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**

O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar “habeas corpus”, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Militar tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes. (HC 94.809/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJ 30/05/2008).

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha).

2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.

3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.

4. A Lei n. 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.

5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.

6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação

da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).

7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar – Lei n. 11.343/2006 – possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.

8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.

**(HC 90.125, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Julgamento em 24/06/2008).**

Nesse último caso, a Ministra Relatora Ellen Gracie, acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa, votaram pela denegação da ordem ao fundamento de que, diante dos valores e bens jurídicos tutelados pelo aludido art. 290 do CPM, revela-se inadmissível a consideração de alteração normativa pelo advento da Lei nº 11.343/06.

Afirmaram que a conduta prevista no referido dispositivo ofende as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal.

Logo, temos hoje na Suprema Corte duas correntes jurídicas quanto ao tema objeto deste trabalho. A primeira, que, em consonância com o posicionamento adotado pelo STM, repudia a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, nos casos de uso e porte de entorpecente, em local sujeito à administração militar, invocando como fundamentos jurídicos o critério da especialidade da legislação militar e o bem jurídico-penal militar por ela tutelado.

E a segunda que, qualificando o princípio da insignificância como fator de descaracterização material da tipicidade penal, tem entendido pela sua aplicação ao crime militar tipificado do art. 290 do CPM.

Também tem entendido os adeptos dessa segunda corrente que a não-aplicação da Lei nº 11.343/06, no âmbito da Justiça Militar da União, viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a regra da retroatividade da lei mais benéfica.

Homenagear o princípio da insignificância, em detrimento do art. 290 do CPM, é atentar contra a sobrevivência das instituições militares, ainda mais considerando que tal princípio não tem, no direito brasileiro, amparo normativo constitucional que o legitime, nem critérios objetivos para aferição do que vem a ser

lesão ou ofensa insignificante e muito menos metodologia própria, conforme visto no item 2.1.3 deste trabalho.

O legislador castrense não fez referência a quantidade de substância entorpecente para tipificação do delito previsto no art. 290 do CPM.

Assim como, acatar a incidência da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar, significa revogar uma norma especial pelo advento de norma comum, bem como questionar a própria validade do bem jurídico-penal militar.

## CONCLUSÃO

Vimos ao longo desse trabalho que o Direito Penal Militar é um ramo especial do Direito Penal, criado com a finalidade de criar regras jurídicas destinadas à tutela das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais, advindo daí a especialidade da lei penal militar.

Com isso, embora outros bens sejam tutelados pelo Direito Penal Militar em primeira linha, a hierarquia e a disciplina se destacam como bens jurídicos consequentes, inclusive nos crimes impropriamente militares, como é o caso do artigo 290 do Código Penal Militar, cujo bem jurídico-penal protegido extrapola a saúde do militar flagrado, embora esse dispositivo esteja inserido no capítulo dos crimes contra a saúde.

Assim, condutas consideradas irrelevantes para a sociedade, são imprescindíveis para a segurança e regularidade das instituições militares, daí porque a aplicação do princípio da insignificância ao crime de uso e porte de substância entorpecente, tipificado no artigo 290 do CPM, põe em risco a segurança das Forças Armadas.

O uso e porte de drogas em local sujeito à administração militar pode acarretar danos irreparáveis, em razão das peculiaridades das atividades ali desempenhadas, inclusive com o uso e manuseio de armamentos bélicos.

Afigura-se uma incongruência que um princípio que sequer tenha amparo no texto constitucional, possa ser utilizado como causa supra legal de exclusão de tipicidade, quando a conduta típica sobre a qual incide atinge bens jurídicos constitucionalmente tutelados, com a hierarquia e a disciplina militares.

Da mesma forma, permitir a aplicação da Lei nº 11.343/06 no âmbito da Justiça Militar significa desconsiderar a especialidade da legislação militar para permitir a incidência de uma lei ordinária, cujo bem jurídico tutelado difere do bem jurídico-penal militar.

Se admitirmos o cabimento de sanção penal privativa de liberdade tal qual como previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 ao crime tipificado no artigo 290 do CPM, estaremos atentando contra a hierarquia e a disciplina militares.

O artigo 290 do CPM é norma especial e não foi revogado pelo advento da Lei nº 11.343/06. Novos critérios legais que passaram a reger com menor ou maior

rigor o crime comum de porte ilegal de substância entorpecente não afastam a incidência integral da norma penal castrense.

Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis.

O posicionamento recente adotado pelo Supremo Tribunal Federal privilegiando a aplicação do princípio da insignificância e da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 290 do CPM, revela um desconhecimento da rotina na caserna e traz insegurança às Forças Armadas.

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

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUJAMRA, Rafael. Da inconstitucionalidade da causa de diminuição de pena prevista no § 3º, do art. 33, da lei anti-tóxicos (11.343/06). *Revista APMP*, v. 11, n.46, p.46-49, fev./abr., 2008.

ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 163p. (Série As Ciências Criminais no Século XXI; v. 7)

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

BRASIL. *Código Penal Militar*. Organização Alvaro Lazzarini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. *Direito penal e justiça militares: inabaláveis princípios e fins*. 1. ed, 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006. 246p.

CORRÊA, Univaldo. A evolução da justiça militar no Brasil. In: CORRÊA, Getúlio (Org.). *Direito militar: história e doutrina: artigos inéditos*. 18. ed., Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. 197p.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. 2. ed., reescrita. e ampl. -- Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. 604p.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar : parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 243p.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção/repressão*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

\_\_\_\_\_. Portar droga para uso próprio é crime? *Revista APMP*, v.11, n.46, fev/abr., p.4-5, 2008.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. 598p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno; v. 2).

MAGIOLI, Renaldo Quintas. Uma justiça especializada, muito especial. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 84-100.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863p.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

REBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 88p.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Nova lei antidrogas: lei nº 11.343/2006: comentários e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2006. 180p.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008. 188p.

SIMON DE SOUZA, Octavio Augusto. *Justiça militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2008. 135p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. 362p.