

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal

Gilene Alencar de Santana

**O USUÁRIO DE DROGAS NO CÓDIGO PENAL MILITAR:
conflito entre o binômio 'hierarquia e disciplina' e o princípio da
proporcionalidade**

BRASÍLIA -DF

2011

Gilene Alencar de Santana

**O USUÁRIO DE DROGAS NO CÓDIGO PENAL MILITAR:
conflito entre o binômio 'hierarquia e disciplina' e o princípio da
proporcionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação da Professora Doutora Geilza Fátima Cavalcanti Diniz.

BRASÍLIA-DF

2011

Gilene Alencar de Santana

**O USUÁRIO DE DROGAS NO CÓDIGO PENAL MILITAR:
conflito entre o binômio 'hierarquia e disciplina' e o princípio da
proporcionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação da Professora Doutora Geilza Fátima Cavalcanti Diniz.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção ____ (_____).

Banca examinadora:

RESUMO

A intenção deste trabalho é analisar o tratamento diferenciado que o Código Penal Militar confere ao usuário de drogas, ao cominar pena de reclusão de 1 a 5 anos, enquanto a legislação penal comum - Lei 11.343/06 -, prevê apenas medidas alternativas. Esse tratamento diferenciado tem suscitado dúvidas no tocante à proporcionalidade da pena prevista no Código Penal Militar. A questão será confrontada com os valores e princípios instituídos pela Constituição Federal de 1988, que, de um lado, reconhece a importância da hierarquia e disciplina militares, e, de outro, atribui ao princípio da proporcionalidade a função de medida de atuação do Estado na tutela dos interesses individuais. Por último, sugere-se a aplicação do direito disciplinar militar ao crime de uso de drogas como uma alternativa para o Código Penal Militar.

PALAVRAS-CHAVE: Usuário de drogas. Direito Penal Militar. Constituição. Princípio da proporcionalidade. Hierarquia e disciplina. Direito disciplinar militar.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the differential treatment that the Military Penal Code dispense to drug users, providing a possible penalty of imprisonment from 1 to 5 years, while the ordinary criminal law - Law n. 11.343/06 - only assigns alternative penalties. This differential treatment has raised concerns regarding the proportionality of punishment under the Military Penal Code. This point will be confronted with the values and principles established by the 1988 Brazilian Federal Constitution, which on the one hand, recognizes the importance of the military principles of hierarchy and discipline, and on the other imputes principle of proportionality as a limit for the State action concerning the protection of individual interests. Finally, it is suggested the military disciplinary regulation enforcement to drug use crimes as an alternative to the Military Penal Code.

KEYWORDS: Drug users. Military Penal Code. Constitution. Principle of proportionality. Hierarchy and discipline.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
2.1 Considerações iniciais	11
2.2 A Constituição dos direitos fundamentais	11
2.3 A dignidade da pessoa humana	13
2.4 A interpretação conforme a Constituição	14
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E REGRAS	16
3.1 Considerações iniciais	16
3.2 A distinção entre princípios e regras segundo Ronald Dworkin e Robert Alexy	17
3.2.1 Críticas doutrinárias às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy	18
3.3 A colisão de princípios e o conflito de regras	19
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	22
4.1 Considerações iniciais	22
4.2 Elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade	24
4.2.1 Adequação	24
4.2.2 Necessidade	25
4.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito	26
4.3 A dupla face do princípio da proporcionalidade	27
4.3.1 Proibição do excesso	27
4.3.2 Proibição da proteção insuficiente	28
5 AS FORÇAS ARMADAS	30
5.1 Características e prerrogativas conforme a Constituição de 1988	30
5.2 Hierarquia e disciplina militares	31
5.2.1 Conceito	31
5.2.2 Regras ou princípios constitucionais?	33
6 CÓDIGO PENAL MILITAR	36
6.1 Considerações iniciais	36
6.2 Crime militar e o bem jurídico tutelado	38

6.3 Regra de interpretação: o dever de obediência em detrimento ao direito à liberdade	41
7 A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS	43
7.1 Considerações iniciais	43
7.1.1 Medidas alternativas: Lei n.º 11.343/06	44
7.1.2 Descriminalização ou Despenalização da conduta?	46
7.2 Pena de reclusão: art. 290 do Código Penal Militar	49
7.2.1 O princípio da insignificância e a posse de pequena quantidade de droga	51
8 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	55
8.1 Considerações iniciais	55
8.2 Direito Disciplinar Militar	56
8.2.1 Infração disciplinar	56
8.2.2 O controle jurisdicional das punições disciplinares militares.	59
9 CONCLUSÃO	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar, à luz da Constituição Federal de 1988, o tratamento que a legislação penal militar dispensa ao usuário de drogas e, para tanto, a investigação será essencialmente dogmática baseada em pesquisa bibliográfica, na análise de legislação e jurisprudência inerentes à matéria.

No atual ordenamento jurídico, o usuário de drogas é punido de forma distinta pela legislação comum - Lei n.º 11.343/06 – e pela legislação penal militar, artigo 290 do Código Penal Militar.

A Lei n.º 11.343/06 teve seu rigor reduzido a ponto de não prever nenhuma pena privativa de liberdade. A punição se restringe às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em contrapartida, o Código Penal Militar, desde 1969, comina a pena de reclusão de 01 ano até 05 anos para o mesmo tipo penal.

Esse tratamento diferenciado tem suscitado dúvidas no tocante à proporcionalidade da pena cominada ao tipo penal do artigo 290 do Código Penal Militar, o qual inclusive não exige qualidade especial do agente, podendo ser tanto militar como civil, basta apenas que a conduta seja praticada em local sujeito à administração militar.

Na Justiça Militar da União, há muito, prevalece o entendimento no sentido de que o bem tutelado ultrapassa a saúde individual do agente para abranger as Instituições Militares. Estar-se-ia justificado o tratamento dispensado ao usuário de drogas pela legislação penal militar, por ser uma conduta altamente lesiva no contexto militar que tem como vetores de organização a hierarquia e a disciplina, que, para alguns, tem status de princípios constitucionais.

Argumenta-se que a realidade da vida militar não pode ser equiparada à sociedade civil, aliás, há quem afirme que, por ser a carreira das Armas uma carreira da ordem e da obediência, só os militares poderão compreendê-la em profundidade. A rigidez dos princípios, na medida em que a carreira militar se pauta pelos atributos

de dignidade e de amor à pátria, deve ser integrada por homens com conduta acima de qualquer suspeita, pois dispostos a perder a vida pela nação.¹

Por outro lado, apesar de o Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, ter endossado o entendimento da Justiça Militar da União², uma vertente daquela mais Alta Corte vinha defendendo que a condenação do usuário de drogas é uma flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizada pelo comprometimento da condenação penal militar de jovem sem antecedentes criminais, quando existe lei que, ao invés de apenar, possibilita a recuperação do civil que pratica a mesma conduta³.

Temos aí o dilema entre a proteção dos bens e interesses das Instituições Militares e a necessidade de adequação da pena diante da nova realidade social. Por isso, o princípio da proporcionalidade tem especial destaque neste trabalho. A proporcionalidade surge como medida de atuação do Estado na tutela dos interesses individuais, de modo que o agir estatal é proporcional quando observado os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

O Marquês de Beccaria⁴ registrou na ciência do direito penal o teorema da proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada – o fundamento da pena deve ter em conta a natureza e a gravidade do crime. Defendia que não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, mas também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade.

Por outro lado, na aferição da proporcionalidade da sanção cominada pelo artigo 290 do Código Penal Militar em face do bem tutelado, não se pode ignorar as peculiaridades da atividade militar. Saber se a pena de reclusão imposta ao usuário de drogas pelo Código Penal Militar é excessiva ou suficiente na proteção da hierarquia e da disciplina, nos leva, obrigatoriamente, analisar a questão sob o enfoque das duas dimensões do princípio da proporcionalidade – princípio da proibição de excesso e princípio da proibição da proteção insuficiente.

Mas, acima de tudo, a questão deve ser analisada no contexto de garantias inseridas no Estado Democrático de Direito. A moderna dogmática penal defende a

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas na constituição federal, p. 264.

² STF – Habeas Corpus 103684/DF, rel. Min. Ayres Britto, 21/10/2010

³ STF -Habeas Corpus/SP. n. 94.524/DF, Relator Ministro Eros Grau, j. 24/06/2008.

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das pena*, p. 31-33.

função eminentemente garantista que deve desempenhar o bem jurídico, e ainda a ser concretizado por meio de princípios orientadores do processo penal contemplados na Carta Magna.

Nesse cenário, o direito penal se traduz na *ultima ratio* do direito, isso implica dizer que somente deve ser utilizado quando os demais níveis do direito falham na proteção do bem tutelado ou, em outras palavras, o Estado, antes de recorrer a ele, deve procurar meios alternativos na proteção dos bem tutelados, como, por exemplo, a proteção por meio de um direito administrativo sancionador.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Considerações iniciais

A Constituinte de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, cuja destinação é assegurar o exercício de determinados *valores supremos*. No Preâmbulo da Constituição, os denominados valores supremos estão, expressamente, enunciados, quais sejam: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

No contexto atual, a expressão ‘assegurar’ é uma garantia que não se limita à garantia de valores abstratos, mas alcança o efetivo exercício pelos destinatários das normas constitucionais, conforme preceitua Silva⁵.

Esses valores funcionam como fundamento de legitimação do Estado Democrático de Direito, guia da interpretação constitucional, e assim evitam o que José Afonso denomina de “*formalismo ético que concebe o direito positivo como justo só por ser positivo*”⁶.

O direito penal, portanto, para ser condizente com a forma de Estado Democrático de Direito, de acordo com o preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve ser eficaz em termos sociais e não mera expressão simbólica e banalizada, conforme doutrina Coracini⁷.

2.2 A Constituição dos direitos fundamentais

⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 23.

⁶ *ibidem*, p. 24.

⁷ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização*, p. 242.

Nesta fase, busca-se destacar a necessidade de valorizar o marco jurídico-constitucional que, em face dos direitos e deveres fundamentais, impõe limites ao Estado e à própria sociedade.

Sobre a função dos direitos fundamentais, assume relevo a doutrina de Sarlet. O autor não vê nos direitos fundamentais apenas como função limitativa do poder do Estado, mas também como critérios de legitimação do poder estatal na medida em que '*o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos*'.⁸

Tal relevância atribuída aos direitos fundamentais pela Constituinte de 1988, até então sem precedente ao longo da evolução constitucional, segundo Sarlet, demonstra ser uma reação ao regime de restrição e até mesmo de anulação das liberdades fundamentais marcado pela ditadura militar no país que perdurou por 21 anos.⁹

Inegável que os direitos fundamentais desfrutam de uma especial proteção na Constituição. É só observar que, em seu art. 5º, § 1º, são diferenciados das demais normas ao contemplar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, elevando-os à categoria de normas jurídicas diretamente aplicáveis, logo suficientes para gerar efeitos jurídicos.

Outro ponto que confirma essa proteção especial é o fato de terem sido elevados pelo Constituinte à condição de limites materiais à reforma constitucional, incluídos que foram nas assim chamadas 'cláusulas pétreas' (art. 60, § 4º, IV) de nossa Lei Fundamental.

Todavia, os direitos fundamentais, em que pese a sua posição privilegiada no texto constitucional, devem ser interpretados levando-se em conta o princípio da unidade da Constituição, sujeitando-se, no caso de conflitos, aos mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios envolvidos.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988*, 60-61.

⁹ *ibidem*, p. 68.

2.3 A dignidade da pessoa humana

Igualmente sem precedentes foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, o que, ainda na esteira de pensamento de Sarlet, significa que o “*Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. O homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal*”.¹⁰.

Tamanha é a importância da dignidade da pessoa humana que Mendes *et al*¹¹ chegam a considerar a dignidade da pessoa humana “*valor-fonte dos demais valores e fim de toda ordem jurídica*”.

Sarlet¹² discorda desse posicionamento, pois não vislumbra que a dignidade da pessoa humana seja fonte de todos os direitos fundamentais, pelo menos não diretamente. Para ele, a justificativa para os direitos fundamentais não se restringe a um ou mais valores, mas se baseia em referenciais fornecidos pelo direito constitucional positivo.

Ocorre que, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado em defesa de interesses de diversas naturezas. A própria Constituição favorece esse leque de possibilidades ao utilizar a dignidade da pessoa humana como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*) e como princípio fundante do planejamento familiar (art. 226, § 7º); e quando assegurou a dignidade da pessoa humana à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*).

A dificuldade em se conceituar a dignidade da pessoa humana talvez seja porque não se encaixa dentro de um conceito fixo. Na visão de Sarlet, é até inadequado fazê-lo, pois a dignidade da pessoa humana é simplesmente “*algo que*

¹⁰ *Ibidem*, p. 100.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de direito constitucional*. p. 333.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição*, p. 75.

se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”¹³.

A dignidade da pessoa humana, seja fonte ou não dos direitos fundamentais, reclama do Estado não apenas um dever de abstenção, mas também de agir positivamente para a concretização e proteção da dignidade do indivíduo, de modo que qualquer política criminal deve respeitá-la quando da seleção dos tipos penais, bem como na sua aplicação nos casos concretos.

2.4 A interpretação conforme a Constituição

A interpretação das leis ‘conforme a Constituição’ constitui um princípio consagrado em vários sistemas constitucionais.

Esse método de hermenêutica constitucional, conforme doutrina Bonavides¹⁴, emana do reconhecimento da superioridade da norma constitucional e do caráter de unidade que a ordem jurídica ostenta. Sustenta que tais características implicam que o intérprete, não só deve ter mente a unicidade da Constituição, mas também que ela consiste em um sistema de valor.

Tal método parte do pressuposto que toda lei é constitucional, mas, havendo dúvida quanto a isso, deve ser interpretada conforme a Constituição. Para tanto, a interpretação de uma norma constitucional não pode ser realizada desassociada das demais normas, uma vez que todos os princípios elementares da ordem constitucional e as decisões fundamentais do constituinte integram o conteúdo geral da Constituição, conforme assinala Bonavides¹⁵.

A interpretação, na perspectiva doutrinária de Silva¹⁶, se traduz em um modo de conhecimento de objetos culturais, que podem estar representados por palavras,

¹³ *Ibidem*, p. 104.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p.518.

¹⁵ *Ibidem*, mesma página.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 14.

hipótese então em que ocorre a interpretação de um texto, pela qual se busca analisar o conteúdo material dele.

Prossegue ainda que a compreensão do texto não é uma mera questão de receptividade passiva; antes, trata-se de um “*processo de reconstrução que envolve a própria experiência que o intérprete tem do mundo*” e também se submete às relações do contexto. Ou seja, compreender a Constituição é muito mais do que a mera reprodução do processo de sua criação¹⁷.

Por isso, adverte Silva¹⁸ que a interpretação busca a intencionalidade normativa, que não significa, necessariamente, descobrir a vontade do constituinte, até porque, segundo o autor, é difícil captá-la. Preceitua, portanto, que

Nem a literalidade do texto nem a sua finalidade dizem algo de definitivo sobre o sentido correto da norma se analisada fora do contexto social e cultural em que ela deve incidir, e sem a conjugação da letra e dos telos com outros princípios e valores que, previstos na Constituição, concernem igualmente ao mesmo âmbito de incidência do preceito, e que exigem observância por parte do intérprete.

Na busca da intencionalidade da norma constitucional, o Preâmbulo funciona como relevante diretriz. Conforme afirma Silva¹⁹, tem valor jurídico, eficácia interpretativa e integrativa, uma vez que nele estão expressos os propósitos, os princípios, e os valores supremos eleitos pela Constituição de 1988, dentre os quais se inclui a liberdade do indivíduo.

¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E REGRAS

3.1 Considerações iniciais

Dentre as possibilidades da força normativa do Texto Maior os princípios constitucionais têm estrutural função, porém, até meados da segunda década do século passado, os princípios eram desprovidos de natureza jurídica, e, posteriormente, passaram a ser associados a princípios gerais do direito²⁰.

Na fase pós-positivista, as Constituições elevam os princípios a um referencial normativo sobre o qual se assenta todo o arcabouço jurídico. Nesse cenário, confere-se juridicidade aos princípios e unidade ao sistema, o princípio tem feição normativa e não pode dela ser dissociada, a esse respeito nos ensina D'urso²¹.

Sobre a força normativa dos princípios no cenário atual, de igual teor são os comentários de Bonavides para o qual *“A demonstração do reconhecimento da superioridade dos princípios na pirâmide normativa não é unicamente formal, mas, sobretudo, material”*.²²

Os princípios, na ordem constitucional, representam a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder, mas, conforme adverte Bonavides²³, reconhecer tal supremacia dos princípios somente *“é possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores”*

É, no contexto de garantias inseridas na Carta Magna, que os princípios têm a função de delimitar a atividade legiferante penal e ainda a atuação jurisdicional. Ferrajoli considera que a função específica dos princípios é de *“orientar*

²⁰ D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*, p. 23

²¹ *Ibidem*, p. 24.

²² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 288.

²³ *Ibidem*, mesma página.

politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada.”²⁴.

3.2 A distinção entre princípios e regras segundo Ronald Dworkin e Robert Alexy

A classificação das disposições constitucionais em princípios jurídicos e regras de direito constitui uma das mais relevantes para a prática do Direito. Essa distinção tem por base a estrutura normativo-material dos preceitos integram a parte dogmática das constituições, mas tanto os princípios como as regras consistem em espécies do gênero norma.

As teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy são utilizadas como marco teórico para o estudo dos princípios, quase sempre com enfoque na interpretação constitucional, razão pela qual, ainda que de forma bem resumida, não poderíamos deixar de mencioná-los.

Para Dworkin²⁵, os princípios têm uma dimensão de peso e importância não encontrada nas regras e ainda contêm fundamentos que devem ser ligados com outros fundamentos decorrentes de outros princípios. É parte essencial do conceito de princípio, portanto, a dimensão no que diz respeito ao peso que lhe é atribuído, resultando que, na solução de conflito entre os princípios, deve-se levar em conta o peso atribuído a cada um deles.

No tocante às regras, alerta que elas também têm o seu grau de importância mensurado, porém a relevância das regras restringe-se a regulamentar o caso concreto e jamais uma das regras será superior à outra no sistema. Entre regras não há lugar para ponderação. Se ocorrer um conflito entre as regras, uma delas deixa

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 139.

²⁵ *Apud* D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. p. 26 e 27.

de ser válida, diferentemente dos princípios que, embora não aplicado ao caso concreto, permanece com a condição de validez.

Na teoria de Robert Alexy²⁶, a distinção entre as duas espécies de norma – princípios e regras - não é apenas de grau (maior ou menor generalidade), é, acima de tudo, qualitativa.

Os princípios são normas jurídicas mediante as quais se estabelece deveres de otimização, cujo cumprimento varia em graus dependendo das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas. Ao revés, as regras podem ser cumpridas ou não, mas, se uma regra é válida, deve ser cumprido exatamente o que ela determina. Esta seria a principal distinção entre regras e princípios.

3.2.1 Críticas doutrinárias às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Não obstante, sejam creditadas a Dworkin e Alexy as posições doutrinárias que mais contribuíram para a caracterização da estrutura das normas constitucionais, alguns dissentem do entendimento suflagrado pelos autores mencionados.

Vale²⁷, por exemplo, é categórico ao afirmar que a diferença entre regras e princípios não está estrutura das normas. Saber se uma norma deve ser aplicada como uma regra ou como um princípio depende da interpretação, que, segundo o autor, é *“muitas vezes manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto.”* Da mesma maneira entende Ávila²⁸, para quem a única distinção está na determinação previstas nas normas, que, por sua vez, resulta da interpretação.

Contudo, tanto os princípios como as regras possuem características próprias no tocante às condutas que determinam. Nos princípios, as condutas não

²⁶ Apud D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. p. 27 e 28

²⁷ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. 115.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 54 e 55.

são determinadas de forma direta, neles estão estabelecidos apenas fins a serem almeçados, ao contrário das regras que tem o comportamento delimitado.

Os conceitos de princípio e de regra propostos por Ávila²⁹ corrobora esse entendimento

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Existem outros critérios que podem ser utilizados para comparar os princípios e as regras, a citar, a generalidade, vaguidade e fundamentalidade. A cerca desses critérios, esclarecedora é a lição de Vale³⁰

Uma norma será tida como princípio se, comparando-a com outra, resulte mais geral, mais vaga e mais fundamental. Generalidade e vaguidade serão úteis para realçar um modelo mais sofisticado de argumentação jurídica, em oposição ao tipo de argumentação simples requerido pelas regras. A fundamentalidade poderá funcionar como critério de sistematização formal ou axiológica da norma no ordenamento jurídico. Cada contexto interpretativo ou de aplicação da norma oferecerá indicações da necessidade e da maneira de utilização dos princípios jurídicos.

Conclui-se que, se, por um lado, a distinção entre regras e princípios depende, essencialmente, da interpretação, por outro lado, cada uma dessas normas possui características próprias, sendo importante distingui-las. No campo do direito constitucional, principalmente quando se trata de normas de direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é de extrema relevância, pois determina o rumo a ser tomado na interpretação e aplicação de tais normas.

3.3 A colisão de princípios e o conflito de regras

²⁹ *Ibidem*, p. 70

³⁰ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*, p. 70.

A distinção entre regras e princípios aparece com maior clareza em torno da colisão de princípios e do conflito de regras, uma vez que, nas palavras de Alexy, *um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula*³¹

No tocante à colisão de princípios, segue Alexy³², a solução é diversa, pois ainda que algo seja vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar, não ocorre a declaração de sua nulidade e muito menos a inserção de uma cláusula de exceção.

Tal procedimento confirma que os princípios têm um peso diferente quando confrontados com os casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.

Difícil é saber qual direito ou bem escolher no caso de uma colisão autêntica, por exemplo, entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado, ou ainda conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor fundamental, de fato se trata de uma questão bastante embaraçosa.³³

Farias³⁴ analisa as hipóteses de colisão envolvendo apenas direitos fundamentais, para o qual existem duas formas de ocorrer: a primeira entre os próprios direitos fundamentais; e a segunda entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais.

Na segunda hipótese, acontece quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapõem a interesses da comunidade, bens coletivos protegidos pela Constituição.

Para ilustrar tal hipótese, usamos aqui os exemplos mencionados por Farias³⁵, quais sejam: a) o bem comunitário saúde pública (CF, art. 6º) pode colidir com o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV); b) o bem jurídico patrimônio

³¹ *Apud* D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. p. 27- 28.

³² *Ibidem*, p. 27

³³ Ao reconhecer essa dificuldade, Gilmar Mendes diz que uma das fórmulas alvitadas para a solução de eventual conflito passa pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais. (p. 333)

³⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*, p. 105.

³⁵ *Ibidem*, p. 106.

cultural (CF, art. 216, § 1º) pode colidir com o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); c) o bem jurídico defesa da pátria (CF, art. 142) pode colidir com o direito à inviolabilidade da liberdade de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximir de atividade de caráter essencialmente militar (CF, art. 5º, VI e art. 143, § 1º).

Constatada a colisão de direitos fundamentais, alternativa não resta ao intérprete a não ser solucioná-la, para tal, alguns passos metodológicos sugerem Canotilho e Andrade³⁶:

O primeiro deles, a ser seguido pelo intérprete-aplicador, consiste em determinar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional. Sua aplicação, desde logo, excluiria a hipótese de colisão aparente, por exemplo, no caso de calúnia, difamação e injúria, não haveria colisão entre a liberdade e a honra, pois o âmbito de proteção da liberdade de expressão não abrange o direito à difamação, calúnia ou injúria.

Nessas situações, não se tratam de colisão de direitos fundamentais, uma vez que estão excluídas da esfera normativa enunciada pela Constituição essas formas de exercício de direitos, é o caso dos exemplos citados por Andrade³⁷

Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa.

Porém, se, da aplicação do primeiro passa, restar demonstrada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, mas não basta resolver a colisão, devendo ser resolvida com o mínimo de sacrifício desses bens. Esse é o segundo passo.

³⁶ *Apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*, p. 109.

³⁷ *Ibidem*, mesma página.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 Considerações iniciais

Quando o assunto se refere à proporção da pena, a literatura jurídica quase sempre cita o Marquês de Beccaria, a quem se atribui o movimento *humanitário* iniciado no século XVIII contra as penas cruéis, a tortura, o arbítrio judicial, o absurdo de certas incriminações e a desigualdade das penas determinada pela classe social do delinqüente, é o caso, por exemplo, de Ferri³⁸.

Na sua obra *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria defendeu a necessidade de haver a proporção entre o delito e a pena. A única e verdadeira medida do delito, segundo o autor, deveria ter por parâmetro o dano causado à nação e não a intensidade do dolo. Quanto à pena, esta deveria necessariamente observar o grau de reprovação do delito pela sociedade atingida, devendo levar em consideração a necessidade de punir tal conduta e, se assim entendesse o legislador.³⁹

No cenário jurídico atual, o princípio da proporcionalidade está positivado em nosso ordenamento constitucional, ainda que não tenha sido formulado expressamente, decorre da essência do Estado Democrático de Direito e dos princípios que este elege.

Sobre a força normativa do princípio da proporcionalidade, esclarecedora é a lição de Bonavides⁴⁰:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos

³⁸ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 8-9.

³⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*, p. 31-33.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 436.

limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. Consolidado como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade permite que a judicatura controle as leis, buscando a conciliação delas com os valores eleitos pela Constituição.

De igual teor são os ensinamentos de D'urso⁴¹:

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Assim, debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

Certamente, o controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, tem limites, mas qual? Bonavides⁴² nos aponta o limite desse controle quando diz que *“O núcleo, isto é, a substância da criação da lei pelo legislador não pode ser removido por obra de um tribunal, visto que se tal acontecesse já estaríamos realmente assistindo a uma passagem para o ‘Estado-juiz.’”*

A Constituição Federal impõe uma pauta de valores que devem ser obrigatoriamente observados quando da incriminação de condutas – previsão em abstrato do crime aliado à cominação das respectivas sanções penais. Porém, no caso de restrição a determinados direitos, a análise não se deve restringir somente quanto à admissibilidade constitucional da restrição, mas também sobre a sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.⁴³

⁴¹ D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. p. 399.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 421.

⁴³ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 90.

4.2 Elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade

4.2.1 Adequação

Constatou a doutrina a existência de três elementos ou subprincípios, que compõem a estrutura analítica do princípio da proporcionalidade, desses elementos o primeiro é a adequação.

A adequação, para a maioria dos doutrinadores, consiste na medida interventiva apta a atingir os objetivos pretendidos. Bonavides⁴⁴ perfilha desse posicionamento quando afirma que a adequação

exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte constitucional para aferir a adequação examina se o meio é simplesmente inadequado, objetivamente inadequado, manifestamente inadequado ou desnecessário, fundamentalmente inadequado, ou se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado.

Assim, a melhor forma de se definir as regras de aferição da proporcionalidade é valorando a relação meio-fim. Um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido.

Dessa forma, é possível sustentar que o elemento da adequação, quando da intervenção em direitos fundamentais, exige o cumprimento de duas condições: “a) *um fim constitucionalmente legítimo; b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim*”, segundo ensinamento de Pacheco⁴⁵.

Ponto intrigante refere-se a saber qual o meio mais eficaz para a promoção do fim almejado, uma vez que o exame da adequação conduz, inevitavelmente, à comparação entre as alternativas oferecidas e as conseqüências do seu uso pelo Estado, pois como ressalta Ávila⁴⁶

Um meio não é de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 114.

⁴⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro.*, p. 153.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 114.

do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente.

Em realidade, 'adequado' é um conceito normativo cuja aplicação sempre pressupõe um juízo de valoração, daí a dificuldade em se determinar quais características um comportamento deve apresentar para que sua criminalização seja adequada e, assim não viole o princípio da proporcionalidade.

No entanto, isso não significa ausência de critérios, pois algumas características, em geral, devem estar presentes para que uma ação possa ser punida como crime: danosidade social, sua reprovabilidade, sua aptidão para lesar bens jurídicos alheios⁴⁷.

4.2.2 Necessidade

O segundo elemento da proporcionalidade é a necessidade. Sob o enfoque desse elemento, a medida escolhida na conservação do fim legítimo que se almeja não pode ultrapassar os limites indispensáveis.

A idéia de necessidade impõe a adoção da medida que menos limite o direito fundamental. O meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido, logo o exame da necessidade ocorre somente após analisada a adequação.

Nesse sentido, note-se o que aduz Araújo⁴⁸:

Naturalmente, que a escolha que se fará entre as medidas apresentadas, envolve, tão-somente, medidas adequadas, porquanto, conforme salientando, a aferição da adequação é realizada em momento anterior. Dentre estas medidas adequadas, e somente dentre elas, far-se-á a opção por aquela que menos afronte o direito fundamental: eis o elemento necessidade.

Nota-se então que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio que menos restritivo dos direitos envolvidos. Em suma, o meio, para ser

⁴⁷ NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. p. 220 e 223.

⁴⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*, p. 358.

necessário, obrigatoriamente, deve ser antes adequado ou dito, por outras palavras, o que é necessário jamais pode ser inadequado.

Nesse ponto, Ávila⁴⁹ chega a afirmar que o teste da adequação e o teste da necessidade têm pesos distintos no juízo de ponderação, vez que

positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá atingir o resultado definitivo.

A importância do exame da necessidade diz respeito à verificação de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Estado, e que possam promover igualmente o fim, mas sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

4.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade em sentido estrito, recai sobre o meio que, no caso específico, levar mais em conta os interesses envolvidos.

Por esse elemento, exige-se a avaliação do meio a ser empregado e o fim a ser alcançado. Não basta que haja a realização do fim pretendido, mas que também haja a menor restrição possível ao direito fundamental. O exame da proporcionalidade em sentido estrito, nas palavras de Araújo⁵⁰, “*pressupõe que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens*”.

Do mesmo modo, Ávila⁵¹ perfilha do entendimento no sentido de que o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 114.

⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade*, p. 360.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 116.

Há de se admitir, no entanto, que dizer que a necessidade é uma relação entre o meio a ser empregado e o fim pretendido, abre um amplo espaço de subjetividade na aferição do que será tido como vantagem ou desvantagem.

Por reconhecer que se trata de um exame complexo, Ávila⁵² ressalta que a compreensão dessa relação exige que três indagações sejam respondidas: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

De qualquer forma, a proporcionalidade da medida há de resultar de uma rigorosa ponderação, visando o possível equilíbrio entre a intervenção e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

4.3 A dupla face do princípio da proporcionalidade

4.3.1 Proibição do excesso

Na sua função de direitos de defesa, os direitos fundamentais atuam como limites negativos à atuação do Estado, impedindo intromissões indevidas nos bens jurídicos fundamentais. A essa função se presta uma das facetas do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso.

A utilização da proibição de excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade da providência legislativa. A contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins são identificadas

⁵² *Ibidem*, mesma página.

como típica manifestação do excesso de poder legislativo, resultando na violação da proibição de excesso.⁵³

Gilmar *et al*⁵⁴ comentam que, no direito constitucional alemão, a proibição do excesso (referido também como princípio da proporcionalidade), tem a qualidade de norma constitucional não escrita. De igual modo, no direito português, a proibição de excesso (conhecida também por princípio da proporcionalidade em sentido amplo) foi erigida “à dignidade de princípio constitucional”

Há, contudo, quem não vê a proibição do excesso como uma das facetas da proporcionalidade. Nessa corrente, está Ávila⁵⁵ que defende que a proibição do excesso constitui um postulado que está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Para o autor, a proibição do excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.

Porém, a noção de proporcionalidade não se exaure na categoria da proibição de excesso, uma vez que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros.

4.3.2 Proibição da proteção insuficiente

Aos direitos fundamentais não somente é atribuída uma função de limite negativo à atuação do Estado, mas ainda uma função positiva, que consiste em um dever de atuação positiva do Estado, que o obriga a intervir, de forma preventiva ou repressiva, para proteger, de forma suficiente, os direitos fundamentais.

A partir dessa concepção, a doutrina vem defendendo a ampliação do princípio da proporcionalidade para incluir na sua estrutura a proibição da proteção insuficiente. Sarlet⁵⁶, por exemplo, é categórico ao afirmar que a proporcionalidade é

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Constitucional*, p. 320.

⁵⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁵⁵ Registra-se que, para o autor, a proporcionalidade é um postulado, assim como proibição do excesso. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 89).

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade*, p. 196.

incompatível com a ausência de uma proteção ou mesmo com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, justificando que

Estado é detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares

De modo diverso, Pacheco⁵⁷ entende não ser apropriado se referir ao princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente. Isso porque, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade é desprovido de conteúdo material próprio, restringindo-se apenas

a exigir um procedimento específico de justificação e determinados elementos de justificação (adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito) para que se possa intervir em um direito fundamental, a vedação decorre dos entes normativos submetidos a ele e não dele próprio

Esse mesmo posicionamento é defendido por Mendes⁵⁸ *et al* ao afirmarem que, se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deve envidar esforços, não estar a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente do dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção.

Afora os debates doutrinários, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência da proibição da proteção insuficiente no caso em que foi extinta a punibilidade de um crime de estupro, com base no então vigente art. 107, inc. VII, do Código Penal, em razão do posterior convívio da vítima – uma menor impúbere de nove anos – com o autor do estupro.

O Supremo Tribunal Federal afirmou a inconstitucionalidade do então dispositivo, por entender que este, ao conceder o favor legal de extinção da punibilidade do crime de estupro nos casos de casamento da vítima com terceiro ou com o próprio autor, protegeu de forma insuficiente o bem jurídico ‘dignidade da pessoa humana’.⁵⁹

⁵⁷ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 133.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Constitucional*, p. 323.

⁵⁹ STF – Recurso Extraordinário 418376, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/02/2006.

5 AS FORÇAS ARMADAS

5.1 Características e prerrogativas conforme a Constituição de 1988

A Constituição de 1988 destina o Capítulo II para tratar das Forças Armadas. Segundo o texto constitucional⁶⁰, a Marinha, Exército e Aeronáutica são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do presidente da República.

Porém, desde a Constituição de 1891, as Forças Armadas têm o caráter de instituições nacionais permanentes, mas tal característica já se encontrava implícito na Constituição imperial de 1824, ao fazer referência às forças militares permanente de mar e terra.⁶¹

No tocante à posição constitucional das Forças Armadas, esclarecedoras são as explicações de Martins⁶² ao expor que, na qualidade de ‘permanentes’, as Forças Armadas somente poderão ser dissolvidas por decisão de uma Assembléia Nacional Constituinte. E, como ‘regulares’, deverão contar com efetivos suficientes ao seu funcionamento normal, mediante recrutamento constante, e seus membros não são convocados nem seus órgãos organizados apenas em momento de comoção interna ou de conflito externo.

A missão essencial das Forças Armadas é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais. Sob esse prisma, compara Martins⁶³ que “*se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas.*”

⁶⁰ Em seu art. 142, dispõe que “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”.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 629.

⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As forças armadas na constituição federal*. p. 261.

⁶³ *Ibidem*.

Assim atua em defesa contra agressões externas em caso de guerra externa e em defesa das instituições democráticas. Silva⁶⁴, a partir de tal constatação, afirma que as Forças Armadas correspondem à própria garantia dos poderes constitucionais, que, nos termos da Constituição, emanam do povo.

Cabe às Forças Armadas ainda assegurar, subsidiária e eventualmente a defesa da lei e da ordem, uma vez essa missão é de competência primária das forças de segurança pública. Advertimos, entretanto, que interferência das Forças Armadas na defesa da lei e da ordem depende de convocação dos representantes de qualquer dos poderes constituídos, presidente da Mesa do Congresso Nacional, presidente da República ou presidente do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, as Forças Armadas se subordinam respectivamente aos comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, lembrando que, organizadas hierárquica e disciplinarmente, devem ser obedientes ao seu comando supremo, que é exercido pelo Presidente da República.

Dado o relevo da missão das Forças Armadas, a Constituição de 1988 reservou a elas posição especial. Constituem elementos indispensáveis a serviço do direito e da paz social. O poder das Forças Armadas, na qualidade de garantes materiais da subsistência do Estado e da realização de seus fins, são fatores determinantes para o prestígio e a soberania do Estado nos momentos de conflitos internacionais.⁶⁵

5.2 Hierarquia e disciplina militares

5.2.1 Conceito

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 628.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 628 e 629.

O texto constitucional nos diz que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, mas é o Estatuto dos Militares (Lei 6880/80) que traz a definição de hierarquia e disciplina (art. 14, § 1º e § 2º), ao dispor que:

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 antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

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.

Diante da precisão normativa, a doutrina, em linhas gerais, repete a definição da lei ao dizer que a hierarquia é o “vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior”. Já a disciplina, por sua vez, é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores hierárquicos.⁶⁶

Especialmente, no que diz respeito à disciplina outorgada aos superiores hierárquicos, o clássico Bandeira⁶⁷ afirma que isso não representa uma sujeição a um regime de terror imposto pela força ou pelo castigo, mas sim, a confiança de “*cada um em todos e de todos em cada um*”, para então, concluir “*a disciplina militar outra coisa não é que a actuação do patriotismo inteligente e culto*”.

Comumente, a importância atribuída à hierarquia e à disciplina na organização das Forças Armadas é justificativa pela complexidade da missão das corporações militares, que, para ser cumprida, exige dos seus integrantes qualidades especiais.

Neves e Streifinger⁶⁸ citam, por exemplo, de tais qualidades “*robustez e coragem dignas de odisséia*”, daí concluírem, que “*A fiel obediência tornar-se, dessarte, linha-mestra do desenvolvimento das missões atribuídas aos organismos militares*”.

Nessa linha de raciocínio, há quem entenda, inclusive, que o motivo de o legislador constituinte de 1988 estabelecer que as Forças Armadas sejam

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 630.

⁶⁷ BANDEIRA, Esmeraldino OT. *Tratado de direito penal militar brasileiro*, p. 12.

⁶⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 32.

organizadas com base na hierarquia e disciplina decorre do simples fato de que, sem elas, não existe Força Armada, mas apenas um “conglomerado de pessoas *indisciplinadas*”.⁶⁹

Denota-se que hierarquia e disciplina não se confundem, mas evidente que entre elas existe uma correlação, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Nesse sentido, é a lição de Silva quando assevera que:⁷⁰

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.

Contudo, hierarquia e disciplina, na prática, não parecem ser de fácil assimilação, aliás, é corrente o entendimento de que a real importância da hierarquia e disciplina militares somente pode ser aferida no cotidiano da vida da caserna, jamais pode ser compreendida pelo civil.

5.2.2 Regras ou princípios constitucionais?

A forma organizacional da Forças Armadas, por estar expressamente prevista na Constituição, tem levado alguns a defenderem que a hierarquia e disciplina, mais do que a essência das Forças Armadas, assumem o papel de princípios constitucionais⁷¹.

Argumenta-se que toda norma constitucional que dispõe sobre a forma de Estado, o regime e o sistema de governo, a forma organizacional de uma determinada Instituição - hipótese que seria o caso da hierarquia e disciplina -, deveriam ser reconhecidos como princípios constitucionais⁷².

Longe de ter a pretensão de abordar com minúcias o assunto, ousamos discordar desse posicionamento. Não se nega que a hierarquia e disciplina são pilares de sustentação da vida no quartel cuja importância e de relevância

⁶⁹ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Hierarquia e disciplinas*, p. 7.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 630.

⁷¹ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro, *op. cit.* p. 6

⁷² FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro, *op. cit.* p.8-9.

reconhecida pela Constituição, mas não há como confundi-los com princípios constitucionais.

Embora se aceite que a distinção entre princípios e regras, na prática, depende da capacidade de interpretação do seu operador, certo é que, de modo geral, não existe precisão normativa nos princípios, pois apenas determinam um fim a ser alcançado. Outrossim, a definição de hierarquia e disciplina pelo legislador infraconstitucional, não dá margem para a ‘generalidade’ e ‘vaguidade’, características próprias dos princípios, segundo os critérios sugeridos pela doutrina.

Daí concordarmos com Valle⁷³ quando afirma que a hierarquia e disciplina *“carecem de elevado grau de abstração; possível de aplicação direta e, portanto, não necessita de mediações concretizadoras; não alcança segmentos outros da vida senão a atividade militar.”*

Além disso, o intérprete não pode esquecer que a Constituição representa um todo ou uma unidade, um sistema de valor. Tal concepção nos leva a afirmar que, mesmo que ao intérprete incumba a identificação do conteúdo das normas constitucionais, para dizer se uma norma é um princípio ou não, certamente, sua liberdade de interpretação tem por limites os valores e objetivos traçados pelo arcabouço constitucional. Conforme pontua Ávila:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente, por isso a atividade de interpretação de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrado na linguagem constitucional.

Dessa forma, é possível sustentar que a hierarquia e disciplina são regras que tratam da organização das Forças Armadas, talvez, fazendo uma interpretação extensiva, no máximo, possam ser concebido como valores protegidos pela Constituição em favor da coletividade.

Por fim, ainda que fossem princípios constitucionais, na hipótese de colisão com outros valores ou princípios, é inadmissível a prevalência das normas de

⁷³ VALLE, Dirceu Augusto da Câmara. *Prisão e liberdade no processo penal militar*, p.15.

organização das Forças em detrimento à dignidade da pessoa humana, este sim, fundamento do Estado Democrático de Direito.

6 CÓDIGO PENAL MILITAR

6.1 Considerações iniciais

O Código Penal Militar - Decreto-lei n.1001, de 21 de outubro de 1969 - surgiu durante o governo de uma Junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas, e começou a vigor - em 1º janeiro de 1970, desde então foram inseridas poucas modificações na redação original.

A falta de discussão legislativa em torno do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar leva alguns a asseverarem que eles teriam sido elaborados com o objetivo de servir ao governo da época, classe que detinha o poder de forma autoritária⁷⁴.

Isso, sem dúvida, é um exagero. Dizer que são manifestações ou, de certa forma, meros instrumentos de poder, é restringir, ao extremo, o valor jurídico desses códigos. A existência dessa legislação especializada, com acertos e desacertos, tem por justificativa as próprias características da 'sociedade' a qual se destina que, no caso em questão - sociedade militar.

Nesse sentido, é esclarecedor o paralelo traçado por Teixeira⁷⁵ entre os valores da sociedade militar e os da sociedade civil:

A organização das forças armadas, a sua manutenção e a sua finalidade

⁷⁴ VALLE defende esse entendimento, que, para tanto, utiliza a própria exposição de motivos do Código de Processo Penal Militar, ora transcrito: "O processo penal militar tem sido até agora regido pelo Decreto-Lei n. 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código de Justiça Militar), que engloba a organização judiciária militar. As modificações que sofreu, no correr dos anos, não lhe atingiram a substância. Embora tenha sido instrumento útil à prática da Justiça Militar, a cuja necessidades procurou atender dentro de normas reputadas clássicas no processo penal brasileiro, podendo até ser considerado, sob certos aspectos, mais liberal que o Código de Processo Penal comum, promulgado em 1941, impunha-se a sua reforma para atender a novas solicitações assim de ordem jurídica como de ordem política, no âmbito processual militar." (VALLE, Dirceu Augusto da Câmara. *Prisão e liberdade no processo penal militar*, p.7.)

⁷⁵ TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo código penal militar do Brasil* (decreto-lei n. 6.227, de 24 de janeiro de 1944), p. 30.

e o caráter formados no meio em que vivem os militares, bem como os seus deveres, têm aspectos que lhes são peculiares. O medo, desculpável no civil, é imperdoável no militar. A bravura, que é uma virtude apreciável no civil, constitui condição essencial para o soldado.

A desobediência, a teimosia que em certos casos podem revelar tenacidade ou independência na personalidade do civil, constituem crime militar, porque o preparo e a ação das forças armadas exigem disciplina e uma conduta uniforme, orientada pelos chefes.

Todos os deveres dos militares convergem para a defesa da pátria, por ela tudo sacrificando, se necessário for, até a própria vida. Justo é, portanto, que, sob este ponto de vista, a liberdade se apóia numa disciplina mais rigorosa do que a necessária para a vida civil.

Por isso, concluímos como o autor que, ao lado do Código Penal comum, deve existir também um Código Penal Militar, orientada, embora pelos mesmos princípios gerais que constituem os fundamentos do Direito Penal brasileiro, mas focado na manutenção das instituições militares.⁷⁶

Neves e Streifinger⁷⁷ expressam com nitidez, esse posicionamento ao conceituar o Direito Penal Militar como

Conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüências medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípua atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares

Em face da tutela especial das instituições militares e de seus integrantes, existe uma tendência a considerar esse direito especializado como se fosse um direito penal do autor, pois há quem entenda que a proeminência da tutela penal especial é no sentido do agente-do-fato e não do fato-do-agente⁷⁸.

Nesse ponto, também ousamos discordar. O direito penal moderno, seja especializado ou não, é sempre orientado pelo fato e não pelas características do agente, logo ninguém pode ser responsabilizado pelo que é, mas apenas por aquilo que fez. Sem dúvidas, as características pessoais do réu são levadas em consideração, mas somente para fins de quantificação de pena, como é o caso dos antecedentes e a reincidência.⁷⁹

⁷⁶ TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo código penal militar do Brasil*, p. 30.

⁷⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 33.

⁷⁸ ALMEIDA, Edmar Jorge de. *Direito penal militar*.

⁷⁹ FERREIRA, Otávio Dias de Souza. *Drogas e direito penal mínimo*, p. 227.

Do mesmo modo, não há como sustentar que, por causa da atividade anormal do militar, a autonomia da legislação penal militar. Conforme ressalta Föppel⁸⁰

a especificidade de um Direito não o torna autônomo, vejamos, por exemplo, o Direito Penal Tributário não é cientificamente autônomo em relação ao Direito Penal tradicional. Aquele utiliza por empréstimo a metodologia, o objeto e o arcabouço de princípios pertencentes a este último.

Não por outra razão a advertência de Baratta⁸¹ no sentido de que:

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de direito é ser coerente com seus próprios princípios 'garantistas': princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política 'alternativa' com relação à atual política penal.

6.2 Crime militar e o bem jurídico tutelado

No estudo do direito penal militar, a seleção de bens a serem tutelados difere do Direito Penal comum, pelo fato de que o legislador deverá ter em mente, além da lesão ao bem jurídico-penal imediato, o bem jurídico conseqüente: o desempenho das missões concernente às forças militares.⁸²

Para definir o crime militar, a Constituição de 5 de outubro de 1988, a exemplo da Constituição de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, adotou o critério *ratione legis* ao estabelecer a competência da Justiça Militar para “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (art. 124), porém sem fazer qual menção aos possíveis sujeitos do delito.

⁸⁰ FÖPPEL El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p.456.

⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*, p. 24.

⁸² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 17.

Daí afirmar Lobão⁸³ que, em face do direito positivo brasileiro

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

Doutrinariamente, o crime militar, em geral, é classificado em: crime propriamente militar e impropriamente militar, embora atribua relevantes efeitos jurídicos ao primeiro.

É corrente asseverar que os chamados crimes propriamente militares são aqueles cuja prática só é possível por militar, qualidade esta indispensável para que o fato delituoso se verifique, a citar, por exemplo: o motim, a revolta (de militares); a violência e o desrespeito; a insubordinação; a deserção; o abandono de posto.

Já, os denominados crimes impropriamente militares são crimes comuns que, praticados em certas circunstâncias, afetam a organização, a manutenção, a ordem, a finalidade das forças armadas, passando por isso a ser considerados crimes militares, porque afetam as instituições militares.

No tocante ao crime propriamente militar, a doutrina de Gusmão⁸⁴ é no sentido de que se trata de infrações *“que prejudicam os alicerces básicos e específicos da ordem e disciplina militar, que esquecem e apagam, com seu implemento, um conjunto de obrigações e deveres específicos do militar, que só como tal o pode infringir.*

Porém, há quem faça a distinção entre o crime propriamente militar do crime impropriamente militar baseado no bem ou interesse afetado. Lobão⁸⁵, por exemplo, aduz que

as ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto aos que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar.

Quanto ao crime impropriamente militar, oportuna é a advertência de Lobão⁸⁶ ao aduzir que fato de a Constituição delegar competência ao legislador

⁸³ LOBÃO, Célio. Direito penal militar, p. 54.

⁸⁴ GUSMÃO, Crysólito de. *Apud* LOBÃO, Célio. Direito penal militar, p. 54.

⁸⁵ LOBÃO, Célio. *op. cit.*, p. 54.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 64.

infranconstitucional para definir o crime militar não autoriza que o Código Penal Militar contemple condutas sem qualquer relação com o objeto da tutela penal militar como se fosse um “*verdadeiro diploma penal paralelo ao Código Penal, como se existisse no país uma sociedade à parte, tutelada pela lei repressiva castrense.*”. Para ilustrar, o autor cita o abandono de incapaz (art. 212 do CPM e art. 133 do CP), a violação de correspondência privada (art. 227 do CPM e art. 151 do CP).

Na linha desse raciocínio, pode-se sustentar que a proibição excessiva veda criminalização de condutas meramente regulamentares ou, dita de outra forma, que se sancionem penalmente infrações disciplinares, isto é, objeto da tutela penas militar não pode ser o reforço à obediência.

Corroborando esse posicionamento a lição de Tavares⁸⁷ que, ao discorrer sobre o bem jurídico, assevera que:

No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, derivada da proteção à dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais explicitados no art. 3º, subsiste a proteção de bem jurídico, como objeto concretamente apreensível.

Sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal. O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição quanto a determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta de bem jurídico.

Dessa forma, o objeto da tutela penal militar não pode ter por objeto final garantir a operacionalização das instituições militares. Se assim o fosse, teríamos o direito penal administrando condutas de natureza administrativa. Hoje, a concepção material-constitucional de bem jurídico-penal, deve expressar as condições essenciais da vida humana em sociedade refletidas nos valores inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito.

Conforme nos ensina Tavares⁸⁸.

o bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica

⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 79.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 180.

6.3 Regra de interpretação: o dever de obediência em detrimento ao direito à liberdade

Prevalece o argumento de que, na esfera militar, sendo todo o sistema orientado pela hierarquia e pela disciplina, o princípio da liberdade cede em proeminência ao princípio da obediência. Costa⁸⁹, por exemplo, aduz que “*na esfera militar, é a disciplina e não a liberdade a nota suprema predominante e necessária.*”

Essa corrente não nega vigorar no Direito Penal Militar o princípio da liberdade, que atua na função de limite ao direito de punir do Estado, porém, nesse direito especializado, a simples desobediência não tem o mesmo tratamento do Direito Penal comum, caso contrário, abalaria os alicerces das instituições militares.

Não como negar que o militar se encontra na categoria de especial sujeição estatal, que impõe o dever de obediência a hierarquia e a disciplina. Ao aceitar esse regime especial de sujeição, Oliveira entende que o militar abdica da cidadania plena e de certas prerrogativas comuns às demais pessoas.⁹⁰

Ainda nesse contexto, Neves e Streifinger⁹¹ apresentam as algumas explicações para justificar a prevalecência do dever de obediência:

A fiel obediência tornar-se, dessarte, linha-mestra do desenvolvimento das missões atribuídas aos organismos militares, ressaltando-se a importância da hierarquia e da disciplina como raias condutoras.

Não é a conduta humana, entretanto, perfeita a ponto de alcançar, conscientemente, o acatamento da hierarquia e da disciplina, razão pela qual, buscando evitar condutas lesivas ao convívio social, seja em sentido amplo, no seio da sociedade como um todo, seja em sentido estrito, no interior dos quartéis, surge a necessidade de instrumentos de controle, de aferição de uma conduta servil, exigida nas diversas atividades legadas às Forças Armadas.

É possível a restrição de direitos fundamentais de pessoas por se encontrarem numa posição especial diante dos Poderes Públicos. Gilmar *et al*⁹²

⁸⁹ COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime militar*, p. 33.

⁹⁰ OLIVEIRA, Farlei Martins. *Sanção disciplinar militar e o controle jurisdicional*, p. 90

⁹¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, 32.

asseveram que uma relação desse tipo atua como “título legitimador para limitar os direitos fundamentais”, que justifica, por si só, possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela.

Relembrem, embora pareça inacreditável, que já, houve momento na História, em que as pessoas nessas condições eram excluídas, totalmente, da aplicação da aplicação dos direito fundamentais. Elas simplesmente não poderiam invocar direitos e garantias em face do Estado, já que estariam inseridas num sistema em que o dever de obediência seria com isso incompatível.

Como não poderia ser diferente, hoje não se concebe a restrição dos direitos fundamentais sob o fundamento do regime especial de sujeição, restringir sim, esses direitos, mas apenas na medida da necessidade.

Qualquer restrição aos direitos fundamentais exige um juízo de ponderação dos valores contrapostos em cada caso, que, por óbvio, aplica-se ao militar, pois absurdo acreditar que este, ao aceitar ser integrante das Forças Armadas, renunciou seus direitos fundamentais, que, por sua natureza, são irrenunciáveis.

Certamente, eventuais limitações devem se restringir-se aos fatos da atividade peculiar do ‘soldado’, pois, conforme assinala o clássico Bandeira⁹³, “*não se isola o indivíduo da corporação maior, que é a sociedade civil. O homem vive no soldado com todos os direitos e deveres de seus concidadãos.*”

Dessa forma, é um equívoco, na interpretação do Direito Penal Militar, atribuir maior peso ao dever de obediência, quando deveria ser à liberdade. O Direito Penal Militar, cujo objetivo predominante não é punir, mas estabelecer limites claros e seguros para o cidadão militar em face do poder punitivo do Estado, embora seja um direito especial, não é uma exceção do direito penal comum.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 281 e 282.

⁹³ BANDEIRA, Esmeraldino OT. *Tratado de direito penal militar brasileiro*, p. 15.

7 A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

7.1 Considerações iniciais

O uso de droga remonta aos primórdios da humanidade, sendo que, sobre o ópio e a *cannabis*, há registro de que eram utilizados desde, aproximadamente, o ano 3.000 antes de Cristo, porém, a criminalização do uso de drogas ocorreu com o tempo.

Referente à evolução legislativa da matéria no Brasil, noticia Gomes⁹⁴ que:

a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas: quem guardassem em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram: o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-lei 891 de 1938, o Código Penal de 1940, Lei n. 6.368/76, Lei 10.409/2002 e Lei n. 11.343/2006.

Porém, sobre a direção a ser tomada para a questão das drogas no Brasil, duas correntes se destacaram na década de 90. Uma defendia que somente com a intervenção penal poderia reduzir a oferta e a demanda de drogas. O objetivo era a um mundo sem drogas.⁹⁵

De modo diverso, a outra corrente já tratava do tema a partir de uma linha prevencionista. Visava um distanciamento de respostas meramente repressivas, principalmente em razão da estigmatização do usuário ou do dependente que seria, inevitavelmente, provocada por uma passagem pelo sistema penal.⁹⁶

O uso de drogas é atípico, pois é considerado um crime sem vítima. Esse é um dos motivos porque a criminalização dessas condutas não costuma ser bem aceita entre os criminólogos, dizem ainda que, por ser muito genérica, ofende o

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio *et al*; GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas comentada*, p.110-111.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 27

⁹⁶ *Ibidem*, mesma página.

princípio da lesividade e permite um enorme arbítrio ao poder punitivo em detrimento das garantias dos acusado.⁹⁷

A possibilidade argumentativa que o princípio da proporcionalidade pode abrir *in concreto* mostra-se na discussão sobre se, no contexto atual, ainda se justifica criminalizar a mera posse de drogas (para consumo próprio). Para tanto, deve-se pressupor, ao primeiro nível da prova da proporcionalidade, que a criminalização da mera posse de drogas seja um meio hábil para alcançar a finalidade com ela pretendida⁹⁸.

7.1.1 Medidas alternativas: Lei n.º 11.343/06

A lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, tem por objeto a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, cuja finalidade é articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I – prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas; II - em contrapartida, também tem por finalidade a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (art. 1º).

A política repressiva foi abandonada somente no que tange ao usuário, pois houve considerável exasperação das penas nos casos que envolvem a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

Isso fica evidente ao se comparar a nova lei Antidrogas com a lei anterior (Lei 6.368/76). Em relação ao tráfico, para o qual era prevista a pena privativa de liberdade de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, passou a ser de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. A multa, que era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias, passou a ser de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos dias-multa).

Já, em relação ao usuário de drogas, na redação antiga (art. 16 da Lei n. 6.368/76), o crime era praticado mediante três ações: adquirir, guardar ou trazer

⁹⁷ *Ibidem*, p. 201.

⁹⁸ NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*, p. 228.

consigo e a pena prevista era detenção de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 (vinte) e 50 (cinquenta) dias-multa

Agora, uma das conseqüências da política de redução de danos adotadas na nova lei é o abrandamento do rigor punitivo em relação às ações de adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente (art. 28, *caput* e § 1º).

Nesse ponto, cabe ressaltar que a lei se refere ao denominado usuário de drogas, compreendendo todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos.

Ao contrário do que estabelecia o revogado preceito secundário do art. 16 da Lei 6.368/06, a Lei 11.343/2006 aboliu a pena privativa de liberdade para o agente dessas ações. O agente fica sujeito apenas às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (incisos I, II e III do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006)⁹⁹.

Mas, antes, caberá ao juiz determinar se a droga apreendida destina-se a consumo pessoal ou não. Para tal, a lei estabeleceu norteadoras para que o juiz procure abalizar seu entendimento: observará a natureza; quantidade; local;

⁹⁹ Referente a cada uma das medidas alternativas e o fim a que se destinam, Marcão⁹⁹, expõe que: A pena de advertência tem por finalidade avivar, revigorar e, em alguns casos, incutir, na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do art. 28, as conseqüências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde; ao seu conceito e estima social; à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contra-estímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar. É evidente, por razões óbvias, que são estes os efeitos a que se deve referir a advertência, e não *àqueles outros, físicos, mentais e psicológicos, determinantes de certos comportamento e estado de espírito*, só conhecidos por quem efetivamente faz uso de drogas.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é pena de todos conhecida, notadamente em razão da notoriedade e status alcançados após a edição da Lei n. 9.714/98. Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme a definição do art. 46, § 1º, do CP, e, para as hipóteses típicas do art. 28 (*caput* e § 1º), 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. (idem, p. 63)

A pena de comparecimento a programa ou curso educativo atende fielmente à política de redução de danos adotada na nova Lei Antitóxicos. É indubitável que o programa ou curso educativo a que se refere a lei diz respeito ao tema drogas. Portanto, programas ou cursos voltados à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (MARCÃO, Renato. *Tóxicos*, p. 63)

condições em que ocorreu o delito; e aspectos sociais e penais do agente (art. 28, § 2º da Lei 11.343).

Pois bem, em face do novo tratamento penal conferido ao usuário de drogas - a ausência de pena privativa de liberdade -, uma das questões propostas pela nova Lei Antidrogas determina saber se ocorreu ou não descriminalização.

7.1.2 Descriminalização ou Despenalização da conduta?

A ausência de pena privativa de liberdade leva alguns a concluir no sentido de que ocorreu *abolitio criminis* em relação às condutas que eram reguladas no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

A esse posicionamento se perfilha Gomes¹⁰⁰, quando afirma que a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, em seu art. 1º, define crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, cuja aplicação pode ocorrer de forma isolada, alternada ou cumulada com a pena de multa; e já a contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Daí concluir Gomes¹⁰¹ que a nova Lei de Drogas descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal porque as sanções impostas para tal conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos), vez que não levam a nenhum tipo de prisão, motivo pelo qual também não pode ser uma contravenção penal.

Da mesma maneira, Bianchini¹⁰² entende ter havido a descriminalização do consumo de drogas no Brasil, igualmente, baseada na ausência de pena de prisão ao usuário ou ao dependente, mas admite permanecer a ilicitude da conduta, já que sobre ela recaem as medidas alternativas.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio: *Apud* MARCÃO, Renato. *op. cit.* p. 53.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio: *Apud* MARCÃO, Renato. *op. cit.* p. 54.

¹⁰² BIANCHINI, Alice: *Apud* GOMES, Luiz Flávio *et al*; GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas comentada*, p.28

Marcão¹⁰³ não coaduna com esse posicionamento. Primeiramente, diz que não há como justificar a descriminalização da posse de drogas para uso próprio com base na lei de introdução ao Código Penal brasileiro, por ser de uma época em que nem mesmo se cogitava sobre penas alternativas.

Em seguida, leva em conta que o art. 28 se encontra no Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas), cuidou de apontar expressamente tratar-se de crimes as figuras do art. 28 (*caput* e § 1º), não obstante a ausência de cominação de pena de multa ou privativa de liberdade.

Aqui o ponto crucial, antes de tudo, diz respeito à compreensão dos termos ‘descriminalização’ e ‘despenalização’, o que possibilitará responder qual desses critérios de política criminal incidu sobre a posse de drogas para uso próprio.

Na doutrina nacional, o termo despenalização muitas vezes é utilizado abrangendo tanto a descriminalização como a despenalização porém, no seu estudo sobre esses conceitos, Coracini¹⁰⁴ demonstrou que não há como confundi-los.

a) a descriminalização consiste na retirada de condutas criminosas do ordenamento jurídico penal, pressupondo que tais condutas tenham perdido o necessário desvalor para o meio social, logo deixam de ser delitivas. A descriminalização pode ser classificada em formal, em sentido estrito e em substitutiva.

A descriminalização formal e a em sentido estrito é o próprio reconhecimento legal e social do comportamento descriminalizado. Já a denominada descriminalização substitutiva compreende a substituição das penas criminais por sanções de outra natureza, como a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais, punidas com multas de caráter disciplinar; e

b) já, a despenalização é o “*ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal*”, a incluir toda a gama possível de formas de atenuação das conseqüências da pena e alternativas

¹⁰³ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*, p. 54-55.

¹⁰⁴ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção penal*, p. 248-250.

penais. Ao contrário da descriminalização, observa-se, na despenalização, uma redução qualitativa e quantitativa da pena cominada para uma determinada conduta, sem que isso signifique, necessariamente, uma redução ou uma atenuação no juízo de desvalor referente às condutas criminosas.

Na prática, entre os dois critérios de política criminal – descriminalização e despenalização, a opção, na maioria das vezes, recai nesta última, como é o caso da Lei Antidrogas que, preferindo adotar medidas alternativas, manteve o caráter ilícito da posse de drogas para uso próprio. Por trás de tal escolha, reside, na verdade, a conveniência da manutenção da ilicitude do fato como mecanismo para se evitar possível excesso de conduta nessas áreas.

Talvez, por essa razão, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao cuidar do assunto pela primeira vez no dia 13 de fevereiro de 2007, posicionou-se em conformidade com o entendimento de que a posse de drogas para uso pessoal continua sendo crime, e que, na verdade, ocorreu a despenalização da conduta, cuja característica é ausência de penas privativas de liberdade¹⁰⁵.

Certo é que tanto a descriminalização como a despenalização do uso de drogas refletem a tendência atual decorrente do Estado Democrático de Direito, que é restringir a atuação estatal quando da limitação da liberdade do indivíduo. Tendência que não pode ser confundido com a idéia de impunidade, mas, em muitos casos, deve se buscar a intervenção alternativa, outros meios punitivos, como as penas restritivas de direitos ou pecuniárias, ou intervenções não penais.

¹⁰⁵ STF – Questão de Ordem 430.105/RJ, Rel Min Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007: “A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abotillio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos Juizados Especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei n. 6368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição de liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos crimes e das Penas”

7.2 Pena de reclusão: art. 290 do Código Penal Militar

Ao contrário da Lei 11.343/06, o Código Penal Militar não só mantém, desde 1969, a ilicitude da posse de drogas para uso próprio, mas também comina severa pena privativa de liberdade de 1 a 5 anos de reclusão, pena, de igual forma, imputada para aqueles que praticarem o tráfico, conforme pode-se observar do teor do art. 290 do Código Penal Militar:

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 cinco anos.

Cabe chamar a atenção que todos os comportamentos descritos no tipo, (onze verbos) somente serão reprimidos se praticados em lugar sujeito à Administração Militar. Nesse ponto, não há dúvidas que o legislador atribuiu maior importância ao aspecto ‘local do delito’.

Outro ponto a ser ressaltado é que, apesar de o tipo ter por título “tráfico, posse ou uso de entorpecente...”, não se apena o agente (que pode ser o militar ou o civil) por ter feito uso de droga, caso não traga consigo porção da substância tóxica proibida.

Porém, em torno do art. 290 do Código Penal Militar, a polêmica é outra. Dizem que o Código Penal Militar não fez qualquer distinção entre o usuário e o traficante de drogas, no momento que cominou a mesma sanção a ambas as condutas.¹⁰⁶

Isso não se pode negar. A pena em abstrato de um 01 a 05 anos de reclusão, prevista no artigo 290 do Código de Penal Militar, poderá sofrer um simples usuário, preso em flagrante portando drogas, e, igualmente, o que pratica tráfico de

¹⁰⁶ GORRILHAS, Luciano Moreira. *O artigo 290 do Código Penal Militar*, p. 10.

drogas no interior de uma Organização Militar, este inclusive pode ser beneficiado com a suspensão condicional da pena¹⁰⁷.

Não por outra razão, Badaró¹⁰⁸, ao comentar o Código Penal Militar, fez duras críticas à inserção do usuário de droga no referido dispositivo, pois já em desacordo com realidade social daquela época. Seus argumentos não diferem da política criminal adotada pela Lei 11.343/06 - o usuário de drogas exige a necessidade de um tratamento mais brando com o objetivo de recuperá-lo -, daí concluir o autor que a sanção imposta pelo legislador penal militar ao usuário de drogas é uma 'aberração'.

No Supremo Tribunal Federal, os entendimentos divergiam.

Para uma vertente, o direito penal militar pode albergar determinados bens jurídicos não confundíveis com aqueles protegidos pelo direito penal comum. Esse entendimento é apoiado na especificidade do direito penal militar, especialidade que justificaria o tratamento rigoroso dispensado ao usuário de drogas pelo art. 290 do CPM, a despeito do tratamento brando previsto na Lei Antidrogas¹⁰⁹.

Para outra, a condenação do usuário de drogas era uma flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizada pelo comprometimento da condenação penal militar de jovem sem antecedentes criminais, quando existe lei que, ao invés de apenar, possibilita a recuperação do civil que pratica a mesma conduta¹¹⁰.

A título de debate, embora a dignidade da pessoa humana esteja erigida à categoria de direito fundamental, aliás, conforme já visto, há aqueles que defendem que a dignidade da pessoa humana é critério unificador de todos os direitos fundamentais, certamente a privação ou restrição de liberdade é insuficiente para caracterizar a sua violação.

¹⁰⁷Pelo o artigo 84 do Código Penal Militar, a execução da pena restritiva de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa desde que o condenado seja primário e tenha bons antecedentes.

¹⁰⁸BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao código penal de 1969*. p. 202.

¹⁰⁹STF- *Habeas Corpus*/SP n. 91.356/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 24/06/2008.

¹¹⁰STF -*Habeas Corpus*/SP. n. 94.524/DF, Relator Ministro Eros Grau, j. 24/06/2008.

A esse respeito, Sarlet¹¹¹, ao abordar a discussão a respeito do caráter absoluto da dignidade humana e da possibilidade de sua eventual relativização, diz que:

se partíssemos da “*premissa de que a dignidade, sendo qualidade inerente à essência do ser humano, se constitui em bem jurídico absoluto, e, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível*”, teríamos dificuldades para imaginarmos a possibilidade de haver um conflito direto entre a dignidade de diversas pessoas.

Por isso, concluímos com o autor que, antes mesmo da dignidade da pessoa humana, poder-se-ia sustentar a violação ao princípio da proporcionalidade. Acrescentando, além da hipótese citada pelo autor de violação desse princípio (a imposição de pena de prisão, com regime inicial fechado, para o condenado reincidente na prática de furto simples)¹¹², também a imposição de pena de reclusão ao usuário de drogas

Na prática, saber se a droga destina-se ao consumo ou ao tráfico depende é processualmente complicado de ser provado. É difícil certificar se o destino da substância é para mero uso pessoal, resultando que não existe justificativa razoável para desproporcionalidade das punições e sanções referentes à conduta.

7.2.1 O princípio da insignificância e a posse de pequena quantidade de droga

A posse de drogas nos quartéis militares representa uma parcela significativa dos crimes julgados no Superior Tribunal Militar. Quase sempre, os casos envolvem jovens militares, cumprindo serviço militar obrigatório, que foram flagrados na posse de pequena quantidade de ‘maconha’, contra os quais é imputada a conduta tipificada no artigo 290 do Código Penal Militar.

Com isso, sustentam muitos dos defensores que atuam na Justiça Militar da União, a incidência do princípio da insignificância e do princípio da proporcionalidade, na pretensão de caracterizar a atipicidade material da conduta por falta de lesividade ao bem tutelado pela norma, que, na visão da defesa, seria a própria saúde do militar.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgrang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. p.128.

¹¹² *Idem*.

Porém a tese não é aceita. O Superior Tribunal Militar entende que o princípio da insignificância no que diz respeito a situações fáticas que envolvam substâncias entorpecentes não deve incidir no âmbito da Justiça Militar. Utiliza-se, para tanto, o argumento no sentido de que o bem tutelado não se restringe à saúde individual do agente, pois também são tutelados secundariamente os vetores de organização das Instituições Militares - a hierarquia e a disciplina¹¹³.

Não faz muito tempo uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal começou a sinalizar no sentido de estarem presentes os requisitos autorizadores para a aplicação do princípio da insignificância - 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.¹¹⁴

Contudo, em face das divergências de entendimento entre suas Turmas, a questão reclamou o pronunciamento do pleno do Supremo Tribunal Federal, que, infelizmente, decidiu (por maioria) pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar, mesmo envolvendo pequena quantidade de droga¹¹⁵.

¹¹³ STM – Apelação 2009.01.051362-0/DF, Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 16/09/2009: “Tóxico. Pequena quantidade. Posse em lugar sujeito à administração militar. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade de aplicação da lei n.º 11.343, de 2006.. – uso de quantidade mínima de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar não tem o condão de afastar a tipicidade delitiva inscrita no caput do art. 290 do CPM. – As normas instituídas pela Lei n.º 11.343/06, conquanto adequadas à vida civil, não devem ser acolhidas no âmbito da Justiça Militar, em razão das características da vida na caserna. – Não se aplica o princípio da insignificância ou da bagatela em crime de tóxico, no âmbito desta Justiça Especializada, tendo em vista a necessidade de se tutelar valores intrínsecos às Forças Armadas. Recurso negado. Decisão majoritária.”

¹¹⁴ STF- *Habeas Corpus* 97131/RS – Rel. Min. Celso Mello, j. 10/08/2010: “Crime militar (CPM, art. 290) – porte (ou posse) de substância entorpecente – quantidade ínfima – uso próprio – delito perpetrado dentro de organização militar – princípio da insignificância – aplicabilidade – identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – pedido deferido. Aplica-se, ao delito castrense de porte (ou posse) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes.

¹¹⁵ STF – *Habeas Corpus* 103684/DF, rel. Min. Ayres Britto, 21/10/2010: “Aduziu-se que a hierarquia e a disciplina militares não atuavam como meros predicados institucionais, constituindo-se, ao revés, em elementos conceituais e “vigas basilares” das Forças Armadas. Enfatizou-se, nesse ponto, que o maior rigor penal da lei castrense, na hipótese, se harmonizaria com a maneira pela qual a Constituição dispusera sobre as Forças Armadas. Ante o critério da especialidade, rejeitou-se a aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006. Mencionou-se que a referida lei revogara, expressamente, apenas as Leis 6.368/76 e 10.409/2002 e que o Código Penal Militar trataria da matéria de forma específica, embora em termos mais drásticos. De igual modo, afastou-se a assertiva, suscitada da

Alinhado a corrente minoritária do Supremo Tribunal Militar, aqui permanece entendimento de que a punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não devendo alcançar os usuários, para estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, aqueles que são contrários à aplicação do princípio da insignificância demonstram um receio de que haja uma propagação do uso de drogas nos quartéis. Isso confirma a constatação de que os defensores da criminalização de condutas sem vítima, como é o caso do uso de drogas, baseiam-se sempre em previsões muito pessimistas sobre a eventual permissibilidade de tais comportamentos.

Figueiredo, por exemplo, afirma que, caso a Justiça Militar da União admitisse a incidência do princípio da insignificância nas situações fáticas que versam sobre substâncias entorpecentes, seria o mesmo que dar o sinal verde para a proliferação de drogas nos quartéis, com isso, comprometer-se-ia-se a própria operacionalidade das Forças Armadas¹¹⁶.

tribuna, de ofensa ao princípio da proporcionalidade no sentido de que o art. 290 do CPM não distinguiria entre traficante e usuário. Asseverou-se que o aludido preceito cominaría somente a pena máxima aplicável ao delito, o que permitiria ao juiz sentenciante estabelecer a justa medida entre os atos praticados e o crime, a partir do exame das circunstâncias objetivas e subjetivas da situação concreta. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, Presidente, que deferiam o *writ*. O primeiro realçava o fato da quantidade ínfima ser insuscetível de colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a saúde. Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, por sua vez, reconheciam a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a crime militar e, rejeitada essa tese, aplicavam o princípio da proporcionalidade. O Min. Cezar Peluso salientava que a admissão desse princípio em matéria de Direito Penal Militar permitiria que o magistrado não ficasse impossibilitado de, ao examinar o caso e verificar a inexistência de afronta às objetividades jurídicas do tipo, assentar a atipicidade por falta de ofensividade ou de lesividade ao bem jurídico.” (INFORMATIVO Nº 605)

¹¹⁶ Para evidenciar a incompatibilidade do princípio da insignificância com a Justiça Militar da União, o Figueiredo levanta algumas hipóteses na forma de indagações:

“Será que dormiríamos tranquilos sabendo que os nossos soldados das Forças Armadas, dentro dos quartéis, ou até mesmo em missões externas, estariam portando fuzis automáticos com munição real 7,62 mm em seus carregadores e também, concomitantemente, estariam levando no bolso de suas fardas ‘fininhos’ de maconha ou seja lá qual for a substância entorpecente? Será que um graduado, por exemplo, teria confiança em um seu superior se soubesse que o mesmo estivesse envolvido com drogas? Será que ao menos tal subordinado não teria sequer um receio de cumprir as ordens recebidas deste superior, por desconfiar que o mesmo pudesse estar sob os efeitos de determinada substância entorpecente? Ou então, será que um capitão não teria receio em advertir verbalmente o sargento-de-dia, durante um serviço, sabendo que este último tem no coldre uma pistola 9 mm, e também em uma de suas mãos, em plena luz do dia, um ‘fininho’ aceso de maconha, com outros

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

Por essa razão, há quem diga que, caso estivesse o artigo 290 do Código Penal Militar inserido nos crimes contra a administração militar, estariam eliminadas todas as discussões acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nas apreensões envolvendo pequenas (ínfimas) quantidades de substâncias entorpecentes. Isso porque, segundo esse entendimento, tanto as grandes como as pequenas apreensões efetuadas em local sujeito à administração militar atentariam contra a ordem administrativa militar.¹¹⁷

A posição do art. 290 no Código Penal Militar não resolve a questão, pois é o próprio ato de portar ou trazer consigo substância entorpecente para uso próprio, seja ínfima ou não, que não tem significância penal. Se a conduta afeta a hierarquia e disciplina militares deve merecer outro tratamento, isto é, aquele que a lei prevê para as infrações disciplinares.

Conforme leciona Silva Júnior¹¹⁸.

se na visão mais moderna e democrática o Direito Criminal em si é um ramo do direito de exceção, a pena privativa de liberdade passa a ser a exceção dessa exceção, ou seja, ela somente deve ser aplicada quando não for possível a sua substituição por outras medidas tidas como alternativas

poucos no bolso de sua gandola para uso posteriormente? Em um outro exemplo, imagine-se uma Bateria de soldados artilheiros, que pouco antes da prática de determinado exercício militar de tiro como morteiro 120 mm, se reunissem para fumar cigarros de maconha. Será que os demais colegas de caserna que também iriam participar de tal exercício, e que não fumaram coisa nenhuma, se soubessem que tais colegas minutos antes fumaram cigarros de maconha, se sentiriam seguros na realização e prática do exercício? (FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. A pequena quantidade de entorpecente, p. 18)

¹¹⁷ GORRILHAS, Luciano Moreira. *O artigo 290 do Código Penal Militar*, p. 12-13.

¹¹⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*, p. 392.

8 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

8.1 Considerações iniciais

A intervenção penal só se legitima em último caso (*ultima ratio*), quando insuficientes as demais formas de controle do desvio de conduta, o que significa dizer que, se o uso de drogas nos quartéis afeta a hierarquia e disciplina militares, a nova visão de tutela penal exige que se busque outras alternativas como a acessoriedade administrativa ao direito penal.

A esse respeito, Araújo¹¹⁹ preceitua que:

Este caráter excepcional que marca o recurso ao direito penal justifica-se pelo fato de que a sanção penal é a mais drástica intervenção estatal na esfera de direitos do indivíduo. A violência da intervenção penal é tamanha que se adstringe a casos extremos. A violência contra o indivíduo não se restringe aos casos da aplicação da pena. Ao revés, por mais que a Constituição Federal assegure o princípio da inocência (e não apenas presunção de inocência, como se diz comumente), o fato é que a só deflagração da persecução criminal traz consigo fardo estigmatizante e cruel.

Nesse contexto, as ciências penais devem refletir sobre alternativas ao Direito Penal, que continuará sempre tendo que se ocupar com condutas mais graves, a exemplo dos crimes contra a pessoa. Neste campo, deve atuar com rigor, caso contrário os direitos fundamentais não serão suficientemente salvaguardados.

Não por outro motivo, constata Hassemer¹²⁰ que:

os problemas ‘modernos’ de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente ‘moderno’: na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal; sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo metucioso – mas, então, também sem a imposição de penas criminais.

Restará ao direito administrativo a punição de todas as condutas carentes de reprovabilidade social. Já as condutas que, por terem um conteúdo ético-social

¹¹⁹ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal*, p. 370.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. *As idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 282.

relevantes, não puderem, por outro modo, ser prevenidas eficazmente exigirão a sanção penal, devido a sua especial gravidade.

Conforme ressaltado por Coracini¹²¹, tal tendência resulta do reconhecimento da existência dos diferentes graus de ilicitude que formam o sistema sancionatório moderno, *“do qual o direito penal é o último recurso, o mais drástico, mas que deve manter um potencial mínimo de eficácia, sob o risco de perda da credibilidade do inteiro sistema punitivo.”*

Com isso, a retirada do máximo possível de condutas do âmbito do direito penal apresenta vantagens que se refletiria em um aperfeiçoamento da administração da Justiça, livre das contravenções e dos delitos de bagatela. Em outros termos, ‘enxugando’ o direito penal, estar-se-ia, ao mesmo tempo, definindo as prioridades do sistema punitivo, amplamente considerado.¹²²

No Estado Democrático de Direito, não cabe mais a simples interpretação da norma desassociada da realidade social, não é possível mais aceitar o formalismo legalista judicial¹²³. Com o aparelhamento de um direito administrativo sancionador, estar-se-ia optando por aferir um tratamento menos formal a condutas que, per si, não danificando ou colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes para o Estado Democrático de Direito.

8.2 Direito Disciplinar Militar

8.2.1 Infração disciplinar

A sanção administrativa, por ter uma finalidade disciplinar, atinge o comportamento de indivíduos sujeitos a relação especial de submissão com o

¹²¹ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção penal*, p. 254.

¹²² *Ibidem*, p. 255-267

¹²³ BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. p. 30.

Estado, que resulte danosa ao bom andamento das atividades administrativas. Temos assim, a denominada sanção disciplinar.

No direito administrativo militar, o Estatuto dos Militares dispõe que a violação das obrigações ou dos deveres militares, poderá constituir crime, contravenção ou transgressão disciplinar, de acordo com o previsto nos regulamentos e leis militares e, se houver concurso entre transgressão disciplinar e crime militar, somente se aplicará a pena referente ao crime.

O mesmo diploma legal estipula que cabe ao Código Penal Militar relacionar e classificar os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra: e determina que cabe aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificar e classificar as contravenções ou transgressões disciplinares. O que diferencia os crimes das transgressões é o grau de violação dos deveres, menor neste último.

Cada Força tem o seu respectivo regulamento, que ordenam e classificam as transgressões ou contravenções disciplinares, dispondo sobre as penas disciplinares e os recursos cabíveis contra as punições impostas¹²⁴.

Diante dos preceitos regulamentares, as transgressões disciplinares podem ser caracterizadas como ilícitos administrativos praticados pelo militar em detrimento das obrigações e deveres inerentes à sua função.¹²⁵ Neste prisma, afigura-se mais correto o entendimento de que a diferença entre as sanções penais e administrativas é puramente formal, podendo ser diferenciados pelo regime jurídico em que estão

¹²⁴ Na Marinha, o Regulamento Disciplinar foi baixado pelo Decreto n.º 88.545, de 26.07.1983, com as alterações introduzidas pelo Decreto n.º 1.011, de 22.12.1993. O Exército regula as contravenções ou transgressões disciplinares praticadas pelos seus componentes, através do Decreto n.º 4.346, de 26.08.2002. Na Aeronáutica, o Regulamento Disciplinar foi instituído pelo Decreto n.º 76.322, de 22.09.1975. Segundo os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, transgressão disciplinar pode ser conceituada da seguinte forma:

Art. 14 – Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe” (Regulamento Disciplinar do Exército)

Art. 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime” (Regulamento Disciplinar da Marinha).

Art. 8º - Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar, que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar” (Regulamento da Aeronáutica).

¹²⁵ OLIVEIRA, Farlei Martins. *Sanção disciplinar militar e o controle jurisdicional*, p. 82.

inseridos. Conforme ressalta Oliveira¹²⁶, “se o dever jurídico estiver previsto em normas administrativas, será uma sanção administrativa, o que acarretará, por conseguinte, um tratamento diferenciado na sua aplicação.”

Os regulamentos disciplinares impõem as seguintes sanções disciplinares: advertência; repreensão; detenção; prisão, de até 30 (trinta) dias.

Denota-se que, embora as transgressões ou contravenções militares, em princípio, sejam condutas de menor gravidade, punidas com menos rigor e com sanções mais brandas, porém, ao contrário do que ocorre com o servidor civil, o militar dependendo do grau da transgressão disciplinar praticada, que compreende de leve a grave, poderá ter o seu direito de liberdade restringido¹²⁷.

Em cada Força Armada existem ainda os chamados Conselhos de Disciplina e os Conselhos de Justificação¹²⁸. Tanto um quanto o outro se destinam a julgar a incapacidade de militares para permanecerem na ativa e simultaneamente criar condições para sua defesa.

Estabelece o Estatuto dos Militares que, ao ser declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, o militar é demitido *ex officio* e, por consequência, perde o posto e a patente, sem direito a qualquer remuneração ou indenização, recebendo a certidão pertinente à sua nova situação, nos termos da Lei do Serviço Militar.

Ainda temos outras modalidades de exclusão do serviço militar ativo, a exemplo do licenciamento *ex officio* cujas condições estão previstas na lei do Serviço Militar, assim como nos regulamentos de cada Força. Tal modalidade ocorre: a) por conclusão de tempo de serviço ou de estágio; b) por conveniência do serviço; c) e a bem da disciplina.

Em resumo, com a o cometimento de uma transgressão disciplinar (ilícito administrativo) surge para a Administração Pública Militar o direito de punir o

¹²⁶ *Ibidem*, p.87.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 91-92.

¹²⁸ O Conselho de Disciplina, instituído pelo Decreto n.º 71.500, de 05.12.1972, julga a incapacidade do Guarda-Marinha ou Aspirante-a-Oficial e as demais praças com estabilidade. O Conselho de Justificação, previsto no Decreto n.º 5.836, de 05.12.1972, julga, por meio de processo especial, a incapacidade para a permanência na ativa dos oficiais de carreira,

transgressor, aplicando-lhe uma sanção, para que este não volte a violar os princípios da hierarquia e da disciplina.

A despeito do leque de possibilidades de sanções, é inacreditável, mas há a prevalência do direito penal militar em relação ao direito disciplinar militar, ao se preferir, em caso de concurso, prioridade a sanção penal e não sanção disciplinar.

A justificativa, para isso, tenta explicar Neves e Streifinger¹²⁹ é porque “*em alguns casos, porém, a intervenção necessita ser mais rígida, mais contundente, desde que haja a turbação de um bem jurídico-penal de tal grandeza que justifique o desencadeamento da persecução criminal*”. Mas, se assim o é, sequer deveria haver concurso entre uma infração disciplinar e um crime.

Na preservação da ordem jurídica militar, o instrumento mais elementar é sem dúvida o direito disciplinar militar, que é suficiente para resolver boa parte das condutas, consideradas indisciplinadas, sob o ponto de vista da sociedade militar, que é o caso da posse de droga para uso próprio em local sujeito à administração militar.

8.2.2 O controle jurisdicional das punições disciplinares militares.

A carta Constitucional de 1988, entre os remédios jurídicos postos a serviço da proteção e tutela dos direitos individuais, coletivos e difusos, reeditou o *habeas corpus* no inciso LXVIII do art. 5º, contendo tal dispositivo os seguintes dizeres “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”.

O *habeas corpus* é uma das grandes conquistas do direito penal. Houve tempo em que era utilizado para gerar, inclusive, os mesmos efeitos que o mandado de segurança. Observa-se que o ventilado instrumento de proteção ao direito de locomoção está albergado justamente no capítulo pertinente aos Direitos e Garantias Fundamentais da Carta Magna.

¹²⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*, p. 33.

À evidência, o maior direito do homem depois da vida é a liberdade, razão pela qual há doutrinadores que, reconhecendo a importância do mandado de segurança, cujos primeiros antecessores datam da Renascença, dão maior relevância ao *habeas corpus*, visto que é ele que garante o direito de ir e vir às pessoas.

No entanto, no capítulo reservado às Forças Armadas, há a disposição constitucional que restringe o alcance do *habeas corpus* afirmando o seu descabimento em relação a punições disciplinares militares (§ 2º do art. 142)

Tendo essa importância é de se perguntar por que, em relação às punições disciplinares militares, não caberia *habeas corpus*. Dizem que permitir *habeas corpus* sempre que a infração disciplinar militar seja cometida ou punição seja aplicada é retirar a força da hierarquia e disciplina das Forças Armadas.

Se houvesse a possibilidade de *habeas corpus*, sempre que uma punição disciplinar fosse aplicada – e elas são comuns sob a modalidade de privação da liberdade por espaços curtos de tempo, 30, 60 dias -, a ordem da disciplina e da hierarquia poderiam ser atingidas, mesmo que só a justiça militar fosse atribuída competência para a concessão do remédio heróico¹³⁰.

O regime jurídico de especial sujeição do militar, que, conforme visto, é caracterizado por uma submissão mais intensa ao poder do Estado, permite uma mitigação dos princípios decorrentes do poder sancionador estatal.

Contudo, o não cabimento de *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares não se amplia para situações em que as punições sejam ilegais e aplicadas com abuso de poder. Quando houver por parte do aplicador da sanção disciplinar descumprimento à lei ou abuso, não pode pairar dúvidas quanto à legitimidade do emprego do remédio heróico¹³¹.

Evidentemente que, se o ato punitivo militar é editado com observância dos pressupostos legais, estando reunidos os elementos que dão validade ao referido ato, é óbvio não caber *habeas corpus*.

¹³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROCHA. *As forças armadas na constituição federal*, p. 262.

¹³¹ DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*, p. 53

9 CONCLUSÃO

É, em nome da hierarquia e disciplina, pilares de sustentação da vida na caserna, que se justifica a intervenção do direito penal no caso do usuário de drogas, de modo que o ramo que deveria ser a *ultima ratio* do sistema funciona como *prima ratio*.

O Direito Penal Militar, em que pese a sua especialidade, não pode ignorar a realidade social, deve sim, adequar-se à ordem jurídica vigente. O fato é que avançou a legislação penal comum, no tocante ao delito de entorpecente, enquanto a lei penal militar permaneceu estagnada diante da questão.

Na prática, a pena de reclusão imposta ao usuário de drogas, além de não se prestar a recuperá-lo, também não cumpre a finalidade de prevenção geral no meio militar. Isso porque quando é dada a resposta penal, na maioria das vezes, o militar já foi licenciado das Forças Armadas pelo término do Serviço Militar, e, se o agente for civil, a punição, raramente, chegará ao conhecimento daqueles que se pretende intimidar.

Logo, não atende aos critérios norteadores do juízo de ponderação: adequação, com o qual se busca sopesar a adequabilidade da medida; necessidade, em que se verifica se a medida é realmente necessária; e proporcionalidade em sentido estrito, que significa encontrar o resultado do custo *versus* benefício da medida a ser aplicada.

A pena de reclusão que é imposta ao usuário de drogas pelo Código Penal Militar fere o princípio da proporcionalidade. Isso fica evidente ao constatarmos que o crime militar capitulado no art. 290 do Código Penal Militar, além de prevê, a pesada pena mínima de 01 de reclusão para os crimes caracterizados como porte de drogas para uso pessoal, prevê pena máxima bem abaixo das penas previstas na Lei 11.343/06 nos casos de produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Como justificar o rigor da legislação penal castrense aplicado ao usuário de drogas diante de tão flagrante 'afrouxamento' do diploma legal diante de uma conduta socialmente mais reprovável?

A tutela penal militar, em que pese se destinar, primordialmente, aos militares no desempenho de suas funções, os bens protegidos pelo Direito Penal Militar interessam ao Estado, à sociedade e aos cidadãos em geral. O Direito Penal Militar deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal comum, ainda que orientado às necessidades da organização, manutenção e finalidade das Instituições Militares.

Logo, se, por um lado, a Constituição Federal (art. 142) protege a hierarquia e da disciplina, por entender que esses princípios são essenciais para a organização das Forças Armadas, por outro lado, também traz, no seu bojo, mecanismos que visam resguardar à liberdade, daí que o direito penal militar não pode ter como bem jurídico final a proteção das Instituições Militares.

Não se discute que as Forças Armadas sejam 'instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina' (artigo 142 da CF), porém tal definição não autoriza atribuir aos pilares de sustentação da vida na caserna a categoria de princípio constitucional, a justificar a prevalência da hierarquia e disciplina em detrimento à liberdade.

Por isso, a necessidade de se investigar outras formas alternativas para conciliar os interesses aqui envolvidos sem recorrer ao processo penal. O Direito Penal é a medida mais drástica do Estado, razão pela qual deve ser utilizado quando os demais níveis do direito falham na proteção do bem tutelado.

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade. Esta filosofia importa obviamente na busca de outras sanções para delinqüentes sem periculosidades ou crime menos grave.

O direito disciplinar militar se revela mais eficaz do que o direito penal militar pela imediatidade da resposta diante da ameaça ou lesão aos princípios organizadores das Forças Armadas, aliás, é o único ramo do direito administrativo sancionador a admitir a pena de prisão.

Há de se observar que, em relação às punições disciplinares, a Constituição Federal de 1988 (§ 1º, art. 142, da CF) sequer admite *habeas corpus* para analisar o mérito do ato administrativo disciplinar. Aqui nos parece que o legislador constituinte quis, exatamente, criar mecanismos para aparelhar o poder disciplinar, protegendo

das autoridades militares dos entraves judiciais de terem, a cada punição disciplinar, o seu ato administrativo contestado via ação judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar Jorge de. *Direito penal militar*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*. Revista dos Tribunais, ano 98, v. 882, abril 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao código penal militar de 1969 (parte especial)*. São Paulo: Juriscredi Ltda, 1972, 2v.

BANDEIRA, Esmeraldino OT. *Tratado de direito penal militar brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, 1v.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 2 – n. 5 – jan./mar. 1994.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Disponível em <<http://sites.google.com/site/monofinal/leituras-de-teoria-da-pena-idp>>. Acesso em: 21.01.2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. atual São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais. set./out., 2004.

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

D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. *Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substância psicoativas*. Revista dos Tribunais, n. 75, nov/dez, 2008.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *A pequena quantidade de entorpecente, o princípio da insignificância e o artigo 290 do código penal militar*. Revista Direito Militar, n. 44, nov./dez., 2003.

_____. *Hierarquia e disciplina, vigas mestras das forças armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais*. Revista Direito Militar, n. 46, mar/abr, 2004.

FÖPPEL El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio *et al*; GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*; – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GORRILHAS, Luciano Moreira. *O artigo 290 do Código Penal Militar (tráfico, posse ou uso de entorpecente) e a nova lei antidrogas*. Revista Direito Militar, n. 61, set./out., 2006.

GUSMÃO, Crisólito de. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

HARBERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre factividade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1v. e 2v.

HASSEMER, Winfried. *As idéias penais na Alemanha do pós-guerra*. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Revista de Informação Legislativa, ano 29, n. 118, abr./jun., 1993.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. – 3. ed. atual. – Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MALAN, Diogo. *Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária*. Revista dos tribunais, ano 96, v. 865, novembro, 2007.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães (Coord.). *As forças armadas na constituição federal*. Coletânea de estudos jurídicos, Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAVES, Nilson Vital. *Legislação penal militar: Código penal militar, Código de processo penal militar, Organização judiciária militar, Segurança nacional, legislação complementar*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Tradução de Antonio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, mar./abr., 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*. (parte geral). São Paulo: Saraiva, 2005. 1v.

OLIVEIRA, Farlei Martins. *Sanção disciplinar militar e o controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

_____. *A constitucionalidade do regulamento disciplinar do exército (decreto n.º 4.346, de 26/08/2002)*. Revista Direito Militar, n.º 64, mar-abr, 2007.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. Coletânea de estudos jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

_____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de ciências criminais, Revista dos Tribunais, mar./abr, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. de acordo com a emenda constitucional 53, de 19.12.2006 4. ed.. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

SILVA, Amaury. *Lei de drogas anotada*. Leme: JH Mizuno, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

_____. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial, p. 75-87, dez., 1992.

TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo código penal militar do Brasil* (decreto-lei n. 6.227, de 24 de janeiro de 1944). Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1946.

VALLE, Dirceu Augusto da Câmara. *Prisão e liberdade no processo penal militar*. Tese de mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.