

# A INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/06 AO CRIME MILITAR DE POSSE PARA USO DE ENTORPECENTE

*Jordan Espíndola dos Santos<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo discute e busca esclarecer recente polêmica e insegurança jurídica criada em relação à aplicação ou não dos dispositivos abrandadores da nova lei de drogas no âmbito penal militar, o qual possui disciplina própria para o crime de entorpecente e passou a ser desconsiderado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), em decisões não muito esclarecidas e sem precedentes no mesmo sentido.

**Palavras-chave:** *Lei de Drogas - Código Penal Militar - Princípio da Insignificância - Bens Jurídicos.*

## ABSTRACT

This paper presents discussion and attempts to clarify the recent controversy and legal uncertainty created regarding the application of devices softeners or not the new drug law under criminal military, which has its own discipline for the crime of narcotics and is now disregarded, even the Supreme Court, in not very informed decisions and unprecedented in the same direction.

**Keywords:** *Drug Law - Military Criminal Code - Principle of Insignificant - Legal Assets.*

---

<sup>1</sup> Oficial da Polícia Militar de Mato Grosso, Bacharel em Segurança Pública e em Direito, Especialista em Direito Militar e em Direito Penal e Processual Penal.

## INTRODUÇÃO

Com a recente entrada em vigor da nova lei de drogas, Lei 11.343/2006, surgiu uma problemática cada vez mais constante na prática processual penal dos Juízos Militares (tanto Estaduais quanto Federais). Em razão de ter abolido as penas privativas de liberdade para os usuários de drogas, tal postulado passou a ser vislumbrado em defesa de militares surpreendidos com substâncias entorpecentes em quartéis ou locais sob a Administração militar, ou ainda, em serviço ou atividades de treinamento.

Nessas ações penais militares, em que o agente é preso por estar portando drogas para uso próprio em serviço, o crime praticado é o do artigo 290 do Código Penal Militar. Ocorre, entretanto, que em suas teses defensivas, os representantes desses militares têm levantado a hipótese de descaracterização desse crime para o do artigo 28 da nova Lei de Drogas, em virtude do abrandamento penal, numa tentativa de absolvição de tais condutas.

E não só isso. Tem sido arguido, também em virtude da nova ordem legal em vigor, o princípio da insignificância ou bagatela, sugerindo que a pequena quantidade de entorpecente eventualmente apreendida com o usuário exclui a tipicidade da ação.

A questão, que não gerou polêmica no Superior Tribunal Militar, cuja jurisprudência foi sempre unânime afastando tais alegações defensivas, passou a ser vigorosamente discutida após o Supremo Tribunal Federal ter julgado procedente alguns desses pedidos, considerando o princípio da insignificância nessas ocasiões, causando certa insegurança jurídica, essencialmente nos ambientes militares.

A própria Corte Suprema demonstrou indecisão na questão, sendo que no período compreendido entre junho de 2008 até Outubro de 2010, o STF, através de argumentos não muito claros e sem precedentes concretos, estava decidindo favoravelmente à aplicação do princípio da insignificância. Nesses últimos meses, todavia e, a nosso sentir, corrigindo gravíssimo e crasso equívoco, voltou desconsiderar tal princípio no âmbito da justiça militar.

Nas linhas seguintes buscamos discutir e esclarecer a polêmica, trazendo, basicamente, argumentação legal, doutrinária da mais reconhecida, e jurisprudencial, em que pese a indecisão ocorrida, e demonstrando o correto caminho para o restabelecimento da segurança jurídica outrora abalada.

## 1. AS INOVAÇÕES DA POLÊMICA LEI DE DROGAS

Substituindo e revogando a lei 6.368/76 e a lei 10.409/02, passou a vigorar em outubro de 2006 a nova lei de drogas, tratando, conforme seu próprio preâmbulo, da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; ainda: prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O objeto material dos crimes de que trata esta lei deixou de ser substância entorpecente, passando a ser *drogas*, seguindo recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS), tornando desatualizado o termo *entorpecente*.

Da análise do próprio preâmbulo da lei já se pode notar sua natureza mista, ao tratar de matéria penal, processual, administrativa e até mesmo social de seus dispositivos. A natureza multidisciplinar é um ponto marcante do novo diploma, que inclusive destinou dois capítulos, em um título próprio, a aspectos não jurídicos: Título III - Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas.

Conforme comenta Mesquita Junior (2007, p. 19), embora com conteúdo misto, a intenção de reinserção social do usuário pode ser um tanto preconceituosa:

“O próprio preâmbulo indica ser a lei mista. Ela tem conteúdo administrativo, criminal e processual. No entanto, não é de todo compreensível a proposta feita no sentido de buscar a reinserção social de usuários e dependentes de drogas porque podem incidir em duas situações: (a) a pessoa nunca ter sido socializada e praticamente como toda criança marginalizada tende ao uso de entorpecentes; (b) a pessoa usar drogas e viver de modo socialmente aceitável.”

Críticas à parte nesse sentido, ressaltamos o caráter “assistencial” da lei com suas disposições programáticas preventivas e de reinserção social, chamadas por Luchiari e Silva (2006, p. 31) de “ações de redução da demanda”, prevendo, entre outras medidas, uma gama de doze princípios e diretrizes para as atividades a serem desenvolvidas na prevenção do uso indevido de drogas, tais como o reconhecimento dos prejuízos do uso indevido para o indivíduo e seu meio social, compartilhamento de responsabilidades entre os órgãos atuantes, adoção de estratégias preventivas específicas socioculturalmente, para cada tipo de droga, para as parcelas mais vulneráveis da população, implantação de projetos esportivos, culturais, artísticos e profissionais, pedagógicos e de formação continuada na área de prevenção ao uso das drogas.

Prevê ainda atividades de atenção e reinserção social de usuários de drogas, estabelecendo incentivos dos entes Públicos e recursos financeiros às entidades que desenvolverem programas de reintegração e recuperação de usuários de drogas.

Embora tão preocupada nos aspectos acima expostos, vale grifar o constante do artigo 2º do texto da lei, que expressa sua proibição de forma genérica: “Art. 2. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvadas a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.”<sup>2</sup>

Continua a lei de drogas uma norma penal em branco, com previsão dos tipos abstratos em seu texto, carecendo de complemento para caracterização da substância como droga pela definição de norma do Poder Executivo, atualmente uma Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), subordinada ao Ministério da Saúde, que edita uma relação das substâncias entorpecentes proibidas. Observa-se aqui a necessidade da previsão da substância, seguindo o princípio da Taxatividade.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 11.343/06. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 18 de Agosto de 2010.

Em seu artigo 28 traz a lei sua maior inovação, prevendo o crime de porte de drogas para consumo pessoal, impondo o não cabimento de condenação a pena privativa de liberdade, submetendo o sujeito ativo às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Nestas duas últimas penalidades, o prazo máximo de aplicação é de cinco meses, ou por mais dez meses, no caso de reincidência.

Quanto a essas “penas”, muito se discutiu acerca da caracterização deste tipo penal como crime. A princípio, o não cumprimento de tais medidas educativas gera, conforme os incisos do parágrafo sexto, admoestação verbal e multa, esta última cominada àqueles que possuem condições de pagá-la. A reincidência ou o não cumprimento dessas penalidades não geram sanções mais severas e de caráter preventivo geral, por não cominar, em nenhuma hipótese, pena privativa de liberdade.

Ainda nessa discussão sobre essa suposta legalização, ou descriminalização, partimos do ponto que é o argumento dos que defendem não ser o porte de drogas para consumo próprio um crime, em sentido formal. Para assim ser considerado, na definição do artigo 1 da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP - Decreto Lei n. 3.914/41), a conduta deve prever detenção ou reclusão (e prisão no caso das contravenções), ou seja, pena restritiva de liberdade. Todavia a própria Constituição da República Federativa do Brasil (1988) tratou de revogar tal conceito, ao prever não somente penas privativas de liberdade, conforme consta em seu art 5º, XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Vale aqui citar o posicionamento dos estudiosos Luis Flávio Gomes e Rogério Sanches (2010), os quais caracterizam a posse de drogas para consumo próprio como uma infração penal *sui generis*, por acreditarem não se tratar de um crime em sentido formal, tampouco uma infração administrativa, porém ainda de cunho penal. Entre outros argumentos, os juristas criticam a falta de rigor técnico do legislador, quando coloca o art. 28 no capítulo: “Dos crimes e das penas”, além de os institutos da

reincidência e da prescrição, presentes no texto da lei para tal tipo penal, não ser, há muito, exclusividade da matéria criminal, e concluem:

“A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como "crime" significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como "criminoso". Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*.”

Não é esse, porém, em nosso sentir, o melhor entendimento acerca da caracterização desse delito. Considerar o crime de posse para uso próprio como infração *sui generis*, significa visualizar o tipo como sendo o único e pioneiro em nossa legislação que não prevê pena privativa de liberdade. Somente isso. Continua sendo crime, conforme decisão do próprio STF, que discorda também do fundamento baseado no artigo 1 da LICP, como observam Moraes e Smanio (2007, p. 101):

“A norma contida no art. 1 do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção...”

O Crime é comum, de perigo abstrato, e de mera conduta, tem como objetividade jurídica a saúde pública.

Pela subsunção dos seguintes verbos caracteriza-se o crime: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas, ou quem semeia cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas. É necessário, ainda, o elemento normativo desse tipo, qual seja, a não autorização para porte de tal substância, ou esta em desacordo com determinação legal ou regulamentar, já que em atividade de medicina e farmácia utiliza-se de drogas em tratamentos, com autorização legal ou regulamentar.

Conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo, e critério importante para a diferenciação do crime de uso para o crime de tráfico, deve-se verificar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e às condições em que se desenvolveu a

ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, para determinar se a droga destinava-se para consumo pessoal.

Ressalte-se, nesse ponto, o que a experiência prática somada a esses critérios de apuração nos mostra ser aspecto de extrema importância na promoção da justiça nesses casos. O critério de maior relevância, e o que deve ser mais cautelosamente observado é o subjetivo: o dolo, a intenção do criminoso ao portar a droga. Se o porte da droga não é para seu consumo, o crime é de tráfico, artigo 33 da lei 11.343/06, independente da pequena quantidade apreendida ou se o suspeito não possui antecedentes, tampouco a natureza da substância. Da mesma forma, uma pessoa com maus antecedentes, trazendo consigo quantidade considerável de droga, porém sem qualquer caracterização de venda ou distribuição da substância, deve responder pelo crime de uso, se o seu objetivo era esse.

A lei fixa o prazo prescricional de dois anos para a imposição e para a execução da pena do crime do art. 28, conforme se observa do artigo 30. Isto significa que para esse delito não se aplica o disposto no artigo 109 do Código Penal Brasileiro (CP), que vincula o prazo prescricional à quantidade da pena máxima em abstrato, uma vez que o crime de porte para uso de droga não prevê pena privativa de liberdade. Todavia, devem ser observados os dispositivos do CP acerca da interrupção do prazo prescricional.

Com penas mais rigorosas, e sob o título “Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas”, estão previstos no Capítulo “Dos Crimes”, os delitos relacionados ao tráfico de drogas, iniciando no artigo 33, que prevê o crime de tráfico puro, ou propriamente dito, cominando reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa nas seguintes condutas:

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

Parágrafo Primeiro: Nas mesmas penas incorre quem:

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

- II - semeia, cultiva ou faz colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
- III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.”<sup>3</sup>

Com dezoito núcleos verbais prevendo condutas típicas, esse crime caracteriza-se como de ação múltipla ou de conteúdo variado, todavia, a prática de mais de uma dessas ações, em um mesmo contexto fático, ou seja, em relação ao mesmo objeto material e a mesma droga, configura um crime único.

Importante detalhe na análise desses verbos é a conclusão de que o sujeito ativo desse crime é comum, em regra. Pode ser praticado por qualquer pessoa sem necessidade de condição especial do agente. Somente na conduta “prescrever”, que é o ato de receitar, é que se exige a condição de médico ou dentista para o sujeito ativo.

Para a maior parte da doutrina o bem jurídico aqui tutelado é, de forma primária ou imediata, a saúde pública, logo o sujeito passivo é a coletividade. De forma secundária tutela-se a saúde individual do usuário, sendo passivo o sujeito que usa a droga. Lembramos, desde já, que esse bem jurídico tutelado é assim analisado de modo geral, sem uma reflexão adequada para os casos em que o tráfico e até mesmo o uso de drogas pode afetar outros inúmeros e importantes bens jurídicos (que no Código Penal Militar são ordenados de forma diferente, colocando até mesmo a Segurança Externa do País, a Autoridade e Disciplina Militar e o Serviço e o Dever Militar acima da vida) em determinadas ocasiões, como é o caso do objeto deste trabalho. Ou seja, falaremos mais adiante das consequências dos casos do uso de entorpecente por militares em serviço ou em local sob a Administração militar.

Classificado de forma equiparada, é de hediondez clara o crime de tráfico de entorpecente, insuscetível de graça, indulto e anistia, conforme o art. 5º, XLIII da CF 1988, e, segundo decisão do STF, agora suscetível de progressão de regime, sendo o inicial em regra o fechado.

No tocante as penas para os crimes de tráfico e os equiparados a nova lei de drogas nos parece mais munida de proporcionalidade, em relação à lei 6.368/76, que

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei 11.343/06. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 18 de Agosto de 2010.

cominava pena de 3 a 15 anos de reclusão para o tráfico de entorpecentes e figuras penais equiparadas. Por sua vez, a lei em vigor dá a pena conforme a gravidade do fato, punindo com penas menos ou mais graves as condutas equiparadas ao tráfico (pena de 8 a 20 anos para quem financia o tráfico; 3 a 10 anos para a associação ao tráfico; 2 a 6 para quem colabora como informante para o tráfico, etc.)

No parágrafo segundo, a modalidade punível é induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga, desta feita prevendo pena mais branda a este tráfico equiparado, a saber detenção de 1 a 3 anos e multa de 100 a 300 dias multa.

Induzir é dar a ideia, fazer nascer a ideia; instigar é fomentar ideia já existente; e auxiliar é prestar qualquer tipo de ajuda (NUCCI, 2006, p. 170).

Crime do parágrafo terceiro do art. 33, crime de tráfico de menor potencial ofensivo, prevê pena de detenção para quem oferece, eventualmente, droga a alguém de seu relacionamento para juntos consumirem. Pena de detenção de 6 meses a um ano.

Em contrapartida ao aumento de pena cominado ao crime de tráfico e aos crimes a ele equiparados, o parágrafo quarto do art. 33 traz causas especiais de aumento de pena, diminuindo de um sexto a quase absurdos dois terços a pena, aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa. Tais causas são direito subjetivo do réu. Preenchidos os requisitos o Juiz deve conceder a diminuição, vedada a conversão em penas restritivas de direito.

Na sequencia da “parte especial” da lei de drogas, o art. 34 tem como objeto material o maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à preparação, produção fabricação ou transformação de drogas, punindo com pena de 3 a 10 anos quem possuir, utilizar, vender, etc. tal aparelhagem. Delito subsidiário ao do art. 33, caso seja surpreendido com o maquinário e a droga, o agente é punido somente pelo crime de tráfico.

Em nada alterou a nova lei em relação ao crime de Associação ao Tráfico, permanecendo a pena de 3 a 10 anos de reclusão para a associação de duas ou mais pessoas, reiteradamente ou não, para a prática dos crimes dos artigos 33 e 34. É a chamada “quadrilha ou bando” do tráfico, que exige aqui associação de duas

peessoas, enquanto o crime do artigo 288 do CP exigir mais de três agentes reunidos com a finalidade de praticar crimes em geral.

Figura nova está contida no artigo 36 da nova lei. Crime mais grave na lei de drogas, com pena de 8 a 20 anos de reclusão, quem financia ou custeia a prática dos crimes de tráfico. Antes dessa inovação, o agente que custeasse ou financiasse o tráfico respondia pelo tráfico na condição de partícipe.

A lei prevê, ainda nesse detalhamento e apenamento conforme a gravidade do delito, pena de 2 a 6 anos a quem apenas colabora como informante para o tráfico (art. 37). No artigo 38, surge a única modalidade culposa dos crimes desta natureza, na conduta de prescrever ou ministrar drogas sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas, somente podendo ser praticados por profissionais da área de saúde (médicos, farmacêuticos, dentistas e enfermeiros). A pena para essa modalidade fica entre 6 meses a dois anos, além da comunicação, pelo Juiz, ao Conselho Profissional a que pertença o agente.

O 39 trata da direção de aeronave ou embarcação sob efeito de drogas expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

O artigo 40 estabelece causas de aumento de pena para os crimes do artigo 33 a 37, de um sexto a dois terços: quando se evidenciar a transnacionalidade do delito; quando o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; quando o crime for praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo ou outro modo de intimidação coletiva; ocorrer entre Estados da Federação; quando o agente custear ou financiar a prática do crime; e quando a ação visar atingir criança ou adolescente ou pessoa que tenha diminuída ou suprimida capacidade de entendimento e determinação; quando a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, sedes estudantis, sociais, culturais, beneficentes, recreativas ou esportivas, de Unidades Militares ou Policiais ou de transporte coletivos, etc.

Pelo mandamento do artigo 44, os crimes previstos nos artigos 33 caput, 33 parágrafo primeiro, e do 34 a 37, são “inafiançáveis, insuscetíveis de sursis (suspensão condicional da pena), graça, indulto, anistia e liberdade provisória,

vedada ainda a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Abrimos um parêntese no quesito *sursis*. Quanto à liberdade provisória, o STF decidiu recentemente quanto a inconstitucionalidade da não concessão da liberdade provisória sem análise do caso concreto, quando julgou o HC n. 96.715-9, concedendo liberdade provisória a um acusado de tráfico de drogas, baseado no argumento de que a vedação que o legislador propõe é abstrata, e quem deve analisar a concessão é o Juiz no caso concreto.

Ainda quanto à repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, a lei 11.343/06 disciplina, de forma especial, o procedimento penal para tais crimes, dispondo sobre a investigação, a instrução criminal, e sobre a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado, deixando o Código de Processo Penal como meio subsidiário na regência dessas matérias.

Sem entrar em detalhes acerca desses dispositivos, por não ser de interesse deste estudo, citamos também a previsão de cooperação internacional e autorização de incentivos fiscais e outros, além de cooperação entre União, Estados e Municípios, tudo visando à previsão e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de drogas.

## **2. O TRATAMENTO DO CRIME DE ENTORPECENTE NO CÓDIGO PENAL MILITAR**

Em vigor desde 1969, o decreto lei 1001/69, nascido sob o manto da ditadura militar no Brasil, é o diploma legal que rege a especialidade dos crimes militares. O código penal militar, apesar de muito criticado por estar desatualizado ou por ser não raramente esquecido pelo legislador nas alterações relativas ao direito criminal comum, está em pleno vigor e é, juntamente com o código de processo penal militar (decreto lei 1.002, também de 21/10/1969), a lei de cabeceira das justiças especializadas castrenses (tanto no âmbito Estadual, que processa e julga os policiais e bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal, quanto no âmbito das Forças Armadas).

No livro I da parte Especial do Código Penal Militar, que trata dos crimes militares em tempo de paz, em seu Título VI, “Dos crimes contra a incolumidade pública”, capítulo III, “dos crimes contra a saúde”, está previsto no artigo 290 o crime

com a rubrica “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”.

Ao contrário do que fez a lei 11.343/06, bem como o que havia feito a antiga lei de tóxicos (Lei 6.368/76), as quais tratam o crime de uso e de tráfico em dispositivos separados, o CPM traz, no mesmo crime, a previsão da posse de entorpecente para uso e para tráfico, cominando, inclusive, uma só pena, a saber, reclusão de até cinco anos. Aqui já se observa que a diferenciação fica a cargo do Juiz, que cominará a pena de acordo com a gravidade do delito, se posse para uso, pena próxima do mínimo, se tráfico, pena mais afastada do mínimo abstrato.

Crime impropriamente militar, ou militar impróprio, lista onze verbos em sua redação:

“Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à Administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - Reclusão, até cinco anos.”<sup>4</sup>

A título de esclarecimento, a pena de “reclusão até cinco anos” desperta dúvida aos que ainda não tem contato com o Direito Penal Militar, pois na disposição do artigo não está prevista a pena mínima em abstrato. A dúvida é sanada na interpretação do artigo 58 que, sob a rubrica “Mínimos e Máximos Genéricos”, estipula que o mínimo da pena de reclusão é de um ano e o máximo de trinta anos, e a pena de detenção tem seu mínimo e máximo genéricos em 30 dias e 10 anos. Na prática, aplica-se ao caso do crime em comento, que não prevê pena mínima, logo o Juiz não pode aplica-la abaixo do mínimo genérico de um ano.

Da mesma forma que o delito comum, o crime é norma penal em branco, exigindo definição do que vem a ser substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, como já vimos, relacionada em Portaria da ANVISA, subordinada ao Ministério da Saúde.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto Lei 1.001/1940. **Código Penal Militar**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 25 abr. 2010.

Do texto do caput do artigo, destacamos o critério *ratione loci* do delito, em sua previsão “em lugar sob à administração militar”, ou seja, só será enquadrado nesse delito o militar que praticar qualquer das condutas previstas em Unidades Militares, mesmo que em repartições administrativas ou campos de treinamento, ficando sujeito à legislação comum (Lei 11.343/06) as condutas praticadas fora desta circunscrição.

O Parágrafo primeiro faz, todavia, menção à condutas específicas cometidas não em razão do local sujeito à Administração militar, mas em razão do sujeito e da natureza do serviço militar:

“§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

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

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.”<sup>5</sup>

Importante observarmos que o Estatuto militar foi tão específico no detalhamento das diversas condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas. Não previu as variadas modalidades de tráfico como o fez a Lei 11.343/06, como por exemplo a associação ao tráfico, o financiamento do tráfico, tampouco quanto ao insumo, matéria prima e produto químico destinado à preparação de drogas. Disso resulta o fato de tais condutas, no âmbito penal militar, serem atípicas, vindo o agente a responder por tais crimes na esfera comum, mesmo que a pratique dentro de lugar sob a administração militar, por não se enquadrar nas hipóteses do artigo 9º do CPM. Em sucinto comentário, Nucci (2006, p. 773) ressalta essa divergência:

“... confronto com os arts. 290 e 291 do Código Penal Militar: como os referidos artigos cuidam de substância entorpecente tal como faz o art. 33 desta Lei (embora se refira ao termo drogas), preenchidas as condutas descritas naqueles tipos penais, deve prevalecer a lei militar, por ser considerada especial em relação aos crimes cometidos por civis. Entretanto, há determinadas condutas que o Código Penal Militar deixou de prever, como importar ou exportar. Cremos, pois, que o militar

---

<sup>5</sup> *Idem.*

que importar, por exemplo, substância entorpecente, sem autorização legal, deve responder como incurso no art. 33 da Lei 11.343/2006”.

Comparando-se as penas dos crimes militar e comum relacionados às drogas após a vigência da nova legislação, chegamos a conclusão que o Código Penal Militar vai um pouco de encontro com os objetivos da Lei 11.343/06, uma vez que em relação ao usuário, a pena é relativamente severa, e referente ao tráfico, é no máximo de cinco anos, bem inferior ao apenamento da legislação comum.

Em forma de ilustração, por força do artigo 20 do CPM, em razão de não haver previsão específica para este crime no livro dos crimes militares em tempo de guerra, tal delito tem a pena aumentada de um terço, em relação a sua prática em tempo de paz: “**Art. 20.** Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com aumento de um terço.”<sup>6</sup>

### 3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O CRIME MILITAR DE POSSE DE ENTORPECENTE

No dizer do próprio idealizador do princípio (Claus Roxin, por muitos considerado o maior penalista da atualidade), ele “permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância” (ROXIN apud MIRABETE, 2002, p. 118).

Não positivado na lei brasileira, o princípio da insignificância é observado quando da análise da tipicidade da conduta, no sentido de sopesar se o bem jurídico, já selecionado e valorizado pelo legislador, sofreu um prejuízo digno de acarretar ao infrator as gravosas consequências das sanções penais. Busca-se evitar severas punições a condutas que, à luz da proporcionalidade, não merecem reprimenda em virtude do mínimo grau de intensidade da ofensa ao bem jurídico.

Nas esclarecedoras palavras de Bitencourt (2010, p. 51), “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Decreto Lei 1.001/1940. **Código Penal Militar**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 25 abr. 2010.

Exemplificando a aplicação desse princípio, chamado também de bagatela, temos a exclusão da própria tipicidade quando a coisa furtada é insignificante ou sem valor algum ao proprietário da res subtraída, ou não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica, etc.)<sup>7</sup>.

No tocante aos crimes comuns de entorpecentes, é constante se ventilar a discussão acerca da aplicação do princípio da insignificância em casos de apreensões de pequena quantidade de droga, em especial, é claro, com usuários. Nesse caso, argumenta-se em defesa do agente apreendido com quantidade mínima da droga, ocasião em que se solicita trancamento da ação penal sob o manto do princípio em comento. É o que apregoa Luis Flávio Gomes (2010), argumentando a inexistência, nesses casos, de capacidade ofensiva ao bem jurídico: “Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, sim, o princípio da insignificância, que é causa da exclusão da tipicidade material do fato.”

Ousamos discordar do brilhante jurista. Admitir o uso da droga e encara-lo somente como uma “autolesão” e, portanto, imune de ser considerada crime, é fechar os olhos para todas as constantes e desastrosas consequências causadas pelo mal em tela, que gera destruição de famílias e relacionamentos, prejuízo no convívio social em geral, entre outros lesivos resultados e, sem sombra de dúvida, é a porta de entrada para a criminalidade mais ofensiva, como os crimes de furtos, roubos entre outros.

Ao nosso sentir, margem para uma impunidade, quiçá para uma descriminalização ou mesmo liberação do uso de entorpecente, haja vista a grande quantidade de droga ser uma das circunstâncias do tráfico, e não do uso, que por sua vez é caracterizado justamente pela pouca quantia da substância.

Na mesma linha de raciocínio e com brilhantismo anota Nucci (2006, p. 757), em sua obra de comentários à legislação penal especial:

---

<sup>7</sup> Exemplo citado por MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pág 118.

“em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.”

E acrescenta o seguinte julgado:

“Turma Recursal JECRIM-DF: “Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como “leve” (maconha), não implica necessariamente que o juízo deva acatar o chamado “princípio da insignificância” em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade” (Ap. 20050110008830, 1.a T., rel. José Guilherme de Souza, 27.09.2005, v.u. DJU 12.05.2006, p. 143).”

Trazendo tal cenário para o âmbito penal militar, não paira dúvidas quanto ao não alcance do princípio aos crimes de posse ou uso de entorpecente por militares surpreendidos com pequenas porções de entorpecente.

Antes, porém, cabe-nos concordar com os professores Neves e Streifinger (2005, p. 42) quando afirmam ter o princípio da insignificância, de modo geral, aplicação relativa ao Direito Penal Militar: “Caso não o admitamos, estaremos usando ferramentas mui graves para solução de bagatelas”. E prosseguem:

“A nós nos parece ter o princípio em apreço aplicação relativa, ficando ao jugo do operador, mormente o juiz, aplicar tal princípio quando a lei, atendendo ao critério da subsidiariedade, deixar ao discricionarismo do magistrado invocar a bagatela. Nesse ponto, a subsidiariedade, aspecto da intervenção mínima, seria seqüenciada, agora pelo aplicador da lei, pelo princípio da insignificância.”

Voltando especificamente ao crime militar de posse ou uso de entorpecente, é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que tal princípio não deve informar o direito criminal militar nesse ponto.

O já estudado crime do art. 290 do CPM tutela, além da saúde e da incolumidade, o bem jurídico que é um dos pilares das instituições militares, a disciplina militar. Ademais, o requisito especial para o apenamento do crime é que ele ocorra nas dependências de lugar sob a administração militar, além dos casos

assimilados previstos nos parágrafos. Para tanto, não é necessário que seja apreendido com o militar quantidade considerável de entorpecente, como por exemplo um quilo de maconha ou mesmo cem trouxinhas de pasta base, quantidades estas que caracterizariam, na lei comum de drogas, o tráfico. A regra para o crime de posse para uso é, justamente, a pequena quantidade portada pelo sujeito para seu consumo.

É o que conclui o gabaritado professor Jorge Cesar de Assis (2009, p.633), discorrendo no mesmo sentido:

“Já aqui, não se trata de posse ou uso comum de qualquer droga entorpecente, cometido por qualquer pessoa em qualquer lugar, mas sim, de um porte ou uso especial da droga, ou seja, aquele que ofende os valores básicos das instituições militares.”

Compartilha desse entendimento a Jurisprudência, a princípio a do Superior Tribunal Militar (*apud* ASSIS, 2009, p. 634), que assim acordou, em processo em que a defesa de um soldado do Exército preso em flagrante com um cigarro de maconha invocou o princípio da insignificância por no cigarro mal conter um grama da droga:

“A maconha é uma droga psicotrópica, podendo causar dependência física ou psíquica segundo entendimento da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. O uso de entorpecente por um soldado que se utiliza de armas e explosivos para treinamento em vigilância pode causar danos irreparáveis a si, aos seus colegas de farda e à própria unidade onde serve. A circunstância de ser mínima a quantidade de droga em poder do acusado não exclui o risco de dano à vida militar.”

Da mesma forma a questão é vista pelo Supremo Tribunal Federal (*apud* ASSIS, 2009, p. 637), a exemplo do seguinte julgado:

“Ementa: 1. Hábeas Corpus. 2. Posse de substância entorpecente em local sob a administração militar. Art. 290, do CPM. 3. Invocação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade. A pequena quantidade de entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse de substância entorpecente. 4. Não há como trancar a ação penal por falta de justa causa. 5. Hábeas Corpus indeferido. (HC 81.735-PR – Rel. Min. Néri da Silveira – J. em 26.03.2002)”

#### 4. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Em relação à antiga lei de tóxicos, lei 6368/76, a jurisprudência já se mostrava linear e unânime no tocante a questões polêmicas relacionadas ao direito penal militar, como aplicabilidade do princípio da insignificância e quanto a qual legislação aplicar. A especialidade da legislação militar predominava, e o princípio da insignificância carecia de aplicabilidade nesses casos.

Com a nova disciplina dada ao crime de uso de entorpecente pela atual lei de drogas, levantou-se tal questionamento acerca da aplicação da lei comum ao âmbito militar, argumento este muito utilizado nas teses defensivas de militares por seus defensores em processos criminais correntes nas varas especializadas, tanto estaduais quanto federais (Justiça Militar Estadual: Processa e Julga Militares Estaduais, à saber, Policiais e Bombeiros Militares; Justiça Militar Federal: Processa e Julga os crimes militares federais, cometidos tanto por militares quanto por civis). Em sede de exemplo temos o seguinte julgado do STF:

“Ementa: 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 legítima o reconhecimento desse postulado de política criminal - Consequente 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.”<sup>8</sup>

Tais teses defensivas, unanimemente refutadas pelo Superior Tribunal Militar (não encontramos julgados em sentido divergente), passaram a ser levadas em consideração pelo Supremo Tribunal Federal, desde Junho de 2008, ocasião em que o “Guardião da Constituição” proferiu vários julgados no sentido de considerar o princípio da insignificância nos delitos de posse para uso de pouca quantidade de substância entorpecente no interior de Unidades Militares, conforme a ementa acima.

---

<sup>8</sup> HC 97131 / RS. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 10/08/2010. Segunda Turma. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). acesso em 09/02/11.

Por ser uma ciência não exata, subjetiva, e evolutiva, que caminha junto às mudanças ocorridas nas sociedades que dela usufruem, o Direito oportuniza constantes alterações em entendimentos jurídicos das mais diversas formas, e foi o que ocorreu por parte do Supremo, que a partir de 26 de Outubro de 2010 voltou a desconsiderar em seus julgamentos a aplicabilidade do princípio da insignificância para o crime de posse para uso de entorpecente na esfera militar. Graças à possibilidade de mutações que a hermenêutica jurídica proporciona, qualquer pensamento pode ser revisto e evoluir, conforme padrões de cada sociedade em cada conjuntura.

O argumento ora utilizado não é novo, apenas voltou-se a considerar que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar não são somente a incolumidade e a saúde pública em tais delitos, mas sim a regularidade das Forças Armadas, bem como a hierarquia e disciplina, e a não configuração do princípio da insignificância nesse contexto. É o que se conclui da ementa abaixo:

“Ementa

Direito Penal Militar. Habeas Corpus. Art. 290, CPM. Superveniência da Lei 11.343/06. Princípio da Insignificância. Ordem Denegada. 1. Habeas corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal Militar que, no julgamento de embargos infringentes, manteve a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 290, do Código Penal Militar. 2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei nº 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76. 3. Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum. 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. 5. Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM. 7. Habeas corpus denegado.”<sup>9</sup>

Ressaltamos, ainda quanto às orientações jurisprudenciais, que compartilhamos do sempre linear entendimento do Superior Tribunal Militar, que, dado o máximo respeito ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, está muito mais

---

<sup>9</sup> HC 98447 / RS. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 14/12/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 09/02/2011.

municado de subsídios para julgar, quanto ao mérito, as causas relacionadas aos bens jurídicos militares. Sobre o STM, leciona o saudoso Célio Lobão (2009, p. 114):

“O Superior Tribunal Militar é órgão de 2ª Instância da Justiça Militar federal, com sede na Capital Federal da República e jurisdição em todo território nacional. Compõe-se de 15 Ministros, sendo 10 Militares e 5 civis, todos de livre escolha do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.”

A começar por sua composição (dos quinze Ministros, dez são Oficiais Gerais das Forças Armadas, sendo quatro de Exército, três da Marinha e três da Aeronáutica), a vivência daquele Superior Tribunal é totalmente voltada para os litígios que envolvem os bens jurídicos militares, no caso e em especial, a regularidade das forças armadas, e os princípios constitucionais da Hierarquia e Disciplina.

Existe, inclusive, vasta discussão a respeito do instituto do Escabinato, acerca de ser ou não um direito individual dos militares, além de ser considerado tradição milenar no âmbito militar, bem como na esfera de outras funções de peculiaridade específica. No dizer de Neves (2010):

“O escabinato ou escabinado pode ser compreendido como o órgão julgador colegiado composto por juiz togado e por juízes militares, da carreira das armas, formando um conjunto harmônico em que aquele(s) que conhece(m) o Direito, o(s) juiz (es) togado(s), alia(m) seu acurado conhecimento ao dos leigos conhecedores das peculiaridades da vida de caserna. Essa realidade é verificada em primeiro grau e, nos Estados possuidores de Tribunal de Justiça Militar, bem como em âmbito federal pelo Superior Tribunal Militar, em segunda instância, formando, na expressão de Hélio Lobo, o juízo composto de “sabres e togas”.

Exemplo de Escabinato, o Superior Tribunal Militar conta com a sabedoria jurídica dos Magistrados Togados, e seus julgamentos são providos de maior conhecimento do fato a ser julgado, pela atuação dos juízes militares, aproximando-se mais do censo de justiça que se busca.

## 5. A INAPLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI 11.343/06 NA ESFERA CASTRENSE

É comum aos que lecionam Direito Penal Militar, na introdução da matéria aos discentes, a comparação dessa ciência com o Direito Penal Comum. E a mais importante diferença apontada, ao nosso sentir, não se trata do sujeito passivo ou das peculiaridades das Forças Militares, mas sim, os bens jurídicos tutelados.

Desse modo, comparando-se os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal comum, temos, na parte Especial do Código Penal Brasileiro, sua disposição seguindo uma ordem de importância: primeiramente a vida, em seguida o patrimônio, posteriormente a honra, e assim por diante.

Ao procurar essa ordem de disposição no Código Penal Militar, observaremos que os crimes contra a vida só aparecem no Título IV (Dos Crimes contra a pessoa), após certos bens jurídicos específicos do Direito Penal Militar, que, por sua natureza, consideram-se mais relevantes que a própria vida: Dos crimes contra a segurança externa do país (Título I); Dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar (Título II); dos crimes contra o serviço militar e o dever militar (Título III). Daí o ordenamento jurídico brasileiro permitir, para alguns crimes, e na vigência do “tempo de guerra”, a pena capital, o que não é permitido para nenhum delito previsto no Código Penal comum.

Tais diferenças, antes de mais nada, encontram respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil, que vai além no caput do artigo 142, ao destacar que “As Forças Armadas... são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina...”<sup>10</sup>. É com base nesses valores da hierarquia e disciplina que as Forças Armadas possuem a árdua missão da Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

Abaixo da Carta Maior, o Estatuto dos Militares (Lei 6.880, de 9 de Dezembro de 1980) detalha esses bens jurídicos específicos e necessários à Defesa da Pátria, prevendo valores militares, os quais fazemos questão de transcrever:

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18/01/2011.

Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

- I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;
- II - o civismo e o culto das tradições históricas;
- III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;
- IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;
- V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e
- VI - o aprimoramento técnico-profissional.<sup>11</sup>

Valor, segundo o dicionário Aurélio<sup>12</sup>, é qualidade de valente; bravura, coragem: soldado de valor. / Merecimento, mérito: ação de muito valor.

Se não bastasse, prevê ainda o referido estatuto, disposições sobre a ética militar, os deveres militares, e o compromisso militar, só ressaltando a gama de simbolismo que está agregada às missões militares.

No âmbito Estadual, com a missão constitucional estabelecida pelo §5º da Constituição Federal, cabe às Polícias Militares a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; e aos Bombeiros Militares, incumbem as atividades de defesa civil. Em que pese a diferença nas missões em comparação com os militares federais, os Militares Estaduais possuem estão cercados dos mesmo valores, deveres, ética e compromisso militares, para o fiel cumprimento às nobres missões a eles incumbidos (Em Mato Grosso, por exemplo, Estatuto dos Militares Estaduais, Lei Complementar 231/05).

É com base nessas peculiaridades que qualquer inovação na ordem jurídica relacionada aos militares deve ser realizada. Não se torna nada razoável a aplicação, por exemplo, da mesma pena não privativa de liberdade a um civil que foi surpreendido usando entorpecente dentro de sua residência, se comparado a um militar do exército em serviço de sentinela armado de um fuzil, guardião da reserva de armamentos, em região metropolitana, que fez uso de crack, ou mesmo de um Policial Militar sob efeito de cocaína no atendimento de uma ocorrência de estupro entre familiares. É clara a ofensa não só a saúde do militar usuário, que nos exemplos acima coloca em risco toda a coletividade que se beneficia de seus serviços, bem como a hierarquia e a disciplina militares.

---

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei 6.880/1980. Estatuto dos Militares**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18/01/2011.

<sup>12</sup> Disponível em [www.dicionarioaurelio.com/Valor](http://www.dicionarioaurelio.com/Valor). Acesso em 18/01/2011.

Nesses casos, comparar tais condutas em virtude do novo diploma legal referente ao uso de entorpecente, como veio acontecendo, inclusive por meio de decisões do STF (conforme exposto no item anterior), é de intenção absurda. Como ensina o mestre Jorge César de Assis (2009, p. 633):

“Em termos de entorpecentes não há que se falar em princípio da insignificância, já que, além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde, o Código Penal Militar, ao tipificar a conduta, tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida nesses casos.”

Ainda sobre os bens jurídicos penais militares, importante lição de Loureiro Neto (1992, p. 23) nos ajuda a compreender sua peculiaridade. Segundo o doutrinador, o conceito de bem jurídico é variável no tempo, de acordo com a conjuntura ético-política:

O objeto da ciência do Direito Penal, tanto o comum como o militar, é a proteção de bens ou interesses juridicamente relevantes. Por isso, é necessário valorar esses bens e interesses verificando-se aqueles que mereçam maior proteção e protegem-os com sanções cominadas às condutas que os ofendam. Exemplificando, os bens, vida, patrimônio e dever militar são protegidos através de sanções que assegurem sua existência.

E conclui: “Quando se trata do ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa exclusivamente os interesses do Estado e das instituições militares”.

Afasta-se a aplicabilidade da lei 11.343/06 no âmbito militar também, tanto pelo critério temporal, quanto pelo critério da especialidade. Sobre tais critérios Ferraz Junior (2008, p. 171) leciona: “a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo, revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial, a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída)”. Sobre o critério temporal, a nova lei de drogas não revoga o Código Penal Militar, por tratar de assuntos distintos. Acerca do critério da especialidade, a especificidade da Lei de Drogas não alcança, por exemplo, o critério *ratione loci* do uso de entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar, conforme previsto pelo CPM, não podendo, portanto revoga-lo. É nesse sentido a esclarecedora conclusão de Jorge Cesar de Assis (2009, p. 629), quando ensina que “A nova e polêmica Lei 11.343, de 23.08.2006, revogou de forma expressa, tão somente as

Leis 10.409/02 e 6.368/76, razão pela qual os dispositivos penais referentes aos arts. 290 e 291 do CPM permanecem íntegros”.

O que o Direito Penal comum busca proteger como *última ratio* através do artigo 28 da Lei 11.343/06 é única e exclusivamente a incolumidade pública e a saúde do usuário, considerando-o, conforme polêmica política criminal (com a qual discordamos), que todo usuário de drogas é um doente, e que merece ser tratado, e não punido, não prevendo reprimenda de cunho preventivo geral, uma vez que não prevê penas privativas de liberdade, tampouco para o reincidente que não cumpriu as “penas” a ele impostas.

De forma diversa, além de tutelar a incolumidade e a saúde pública, outros bens jurídicos são alvo de proteção das normas do artigo 290 do Código Penal Militar. A Hierarquia e disciplina, a regularidade das Forças Armadas e Auxiliares, o bom funcionamento dos serviços por essas Forças prestados (todos essenciais e exclusivos), além dos valores militares agregados a toda a vivência militar. Para todos esses bens jurídicos é que se presta a aplicação da reprimenda do artigo 290 do CPM, independente da quantidade ínfima de entorpecente apreendido com o agente, não se aplicando nesses casos, como concluímos em tópico acima, o postulado da insignificância ou bagatela.

## CONCLUSÃO

Em decorrência do especial caráter do Direito Penal Militar e suas generalidades, seus exclusivos bens jurídicos tutelados e da tamanha importância da regularidade das Forças Armadas e Auxiliares (Polícias e Bombeiros Militares) que sustentam a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, a defesa da Pátria, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil<sup>13</sup>, não se pode admitir a inclusão de dispositivos jurídicos oriundos do mundo extra quartel desprovidos da devida relação com a índole processual penal militar.

---

<sup>13</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Artigos 142 e 144. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

O poder judiciário, com decisões baseadas no macio de suas cadeiras almofadadas, não deve julgar escolhendo bens jurídicos dentro das legislações esparsas, através de métodos interpretativos um tanto quanto forçosos. Dizer que porte de droga para uso próprio não pode ser crime pelo fato de o bem jurídico tutelado ser a saúde individual, acreditando que o cidadão que usa entorpecente só causa autolesão é forçar a barra frente às infinitas e desastrosas e por vezes irreparáveis consequências, como conflitos familiares, mortes no trânsito, e outros crimes resultantes do efeito destrutivo das drogas.

Fazer idêntica interpretação no tocante à aplicação dessa teoria ao crime militar de porte para uso de drogas, então, é equívoco muito maior.

A sociedade evolui e com ela evolui também o direito. Todavia toda mudança deve vir acompanhada de cautela para que não resulte em retrocesso, e no caso do Direito Penal Militar, com frequência esquecido pelo legislador, acatar uma discutível mudança na previsão de um delito comum sem uma análise e exposição de motivos condizentes com a realidade da caserna acarretaria, indubitavelmente, constantes transtornos na boa condução das nobres missões das Instituições Militares.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luis Flávio. SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?** . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9327>>. Material da 4ª aula de Legislação Penal Especial, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Militar – UNIDERP/REDE LFG.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LOBÃO, Célio. **Direito processual penal militar. Justiça Militar Federal / Justiça Militar Estadual.** São Paulo: Método, 2009.

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

SILVA, José Geraldo da. LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à Nova Lei sobre Drogas: Lei n. 11.343/06.** Campinas: Millennium Editora, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte Geral 1.** 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 1. Ed., 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial.** 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Geraldo da. LAVORENTI, Wilson. GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas.** 9ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à Lei Antidrogas - Lei n. 11.343, de 23.8.2006.** São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luis Flávio. **Drogas e princípio da insignificância: atipicidade material do fato.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br](http://www.jus2.uol.com.br). Acesso em: 28 jul. 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **A Reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional nº 45.** Disponível em: [www.jusmilitaris.com.br](http://www.jusmilitaris.com.br). Material da 1ª aula de Direito Processual Penal Militar, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Militar - UNIDERP/REDE LFG.