



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

IZMIR DE ABREU BERNARDO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL:
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659, DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL (STF), NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR**

FORTALEZA/CE

2023

IZMIR DE ABREU BERNARDO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL:
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659, DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL (STF), NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Direito Constitucional, Direito Penal Militar, Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Maia.

FORTALEZA/CE

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B444d Bernardo, Izmir de Abreu.

A descriminalização do porte de drogas para uso pessoal: Análise do Recurso Extraordinário nº 635.659, do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Justiça Militar. / Izmir de Abreu Bernardo. – 2023.

90 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Maia.

1. Descriminalização das drogas. 2. Recurso Extraordinário nº 635.659. 3. Porte de drogas para uso pessoal. 4. Direitos fundamentais. 5. Uso de drogas na Justiça Militar. I. Título.

CDD 340

IZMIR DE ABREU BERNARDO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL: ANÁLISE
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(STF), NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR

Monografia submetida à Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito. Áreas de concentração:
Direito Constitucional, Direito Penal Militar,
Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Maia.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Maia (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Me. João Victor Duarte Moreira (Mestre)
Universidade Federal do Ceará

Profª Ma. Susi Castro Magri (Doutoranda)
Universidade Federal do Ceará

A Deus, pelo dom da vida, e aos meus pais,
Cristhyana Abreu e Bernardo Neto, por terem
sido alicerce desde o início de minha trajetória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por permitir, com sua infinita bondade, que eu siga buscando os meus sonhos nesta existência.

Aos meus pais, Bernardo Neto e Cristhyana Abreu, pelo amor incondicional e por me guiarem no caminho da educação, da gentileza e dos estudos. Devo a vocês grande parte de minha trajetória.

Ao meu irmão, Sauã de Abreu, por sua generosidade e bondade com as quais posso contar sempre que possível.

À minha companheira Ana Carolina, por sempre ter me apoiado e por estar perto de mim em todos os momentos, permitindo o nosso crescimento e a construção de uma grande trajetória juntos.

Ao meu padrinho João Vianey, por ter acreditado em mim desde o começo e pela sua contribuição imensurável em minha formação pessoal e profissional.

Aos meus familiares, por acreditarem e estarem próximos a mim nos momentos mais importantes. Ana Van Kuringen, Ellen Gabryele, Franco Abreu, Hércules Patrício, Madalena Maria de Abreu, Mateus Abreu (*in memoriam*), Thairone Abreu, Valdilena Abreu, dentre outros.

Aos amigos de graduação, por tornarem a caminhada mais leve, bem como pela rede de suporte que juntos construímos. João Pedro, Jônatas Alexandre, José Noletto, Késsyo Mendonça, Lara Teixeira, Leon Aragão, Luan Gerson, Marcos França, Mariana Oliveira, Odir Fontenele, Osvaldo Sóstenes, Paulo Juan, Pedro Fontenele, dentre outros, que serão, sem sombra de dúvidas, incríveis profissionais.

Aos amigos de estágio do Ministério Público Federal, Christian Stéfano, Jason Lemos e Márcio Neves, pelo aprendizado adquirido e pelos momentos divertidos vivenciados em equipe.

Ao professor Daniel Maia pela orientação, permitindo que fosse possível o cumprimento desta etapa, bem como aos demais membros da banca examinadora, professores João Victor Duarte e Susi Castro, por contribuírem com este trabalho a partir de suas vivências e conhecimentos.

RESUMO

O presente trabalho aborda a discussão em torno dos efeitos do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que trata da descriminalização do uso de entorpecentes no Brasil. Trata-se de um tema com relevância na atualidade, em virtude dos inúmeros debates e pontos de vista existentes a respeito do assunto. Nesse sentido, a princípio, é feita uma contextualização histórica acerca do uso de entorpecentes e da política de drogas no Brasil, a fim de trazer-se uma visão abrangente de como foi amoldada a legislação de drogas brasileira. Em seguida, realiza-se uma análise da Lei nº 11.343/2006, bem como de seu artigo 28, objeto do RE nº 635.659, que criminaliza o porte de drogas para uso pessoal. Por conseguinte, é feito o estudo do Recurso Extraordinário nº 635.659 em si, traçando-se um histórico de todo o processo, desde a condenação do réu em primeira instância, até a discussão pelo Plenário do STF a respeito da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 com fundamento na proteção aos direitos fundamentais da intimidade e vida privada, sendo analisados os pontos principais dos votos de cada Ministro. Em sequência, observa-se como se organiza e se estrutura a Justiça Militar do Brasil, possibilitando-se uma compreensão mais técnica e contextualizada do artigo 290 do Código Penal Militar, que é estudado logo a seguir. A pesquisa possui natureza qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo, mediante a técnica de pesquisa exploratória, por meio de estudos bibliográficos e documentais da doutrina especializada, da legislação e das jurisprudências do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal. Enquanto objetivo secundário, busca-se comprovar que existem singularidades que distinguem o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 do artigo 290 do Código Penal Militar, fazendo com que a penalização do porte de drogas para uso pessoal em âmbito militar seja tratada de maneira mais rigorosa em comparação à legislação de drogas comum. Como objetivo final, busca-se demonstrar que a Justiça Militar é regida pelos princípios da hierarquia e disciplina, pela especialidade e pelas nuances envolvendo as Forças Armadas e a Organização Castrense, chegando-se à conclusão, portanto, que o artigo 290 do Código Penal Militar ostenta natureza constitucional. Assim, em caso de eventual provimento, a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 635.659 não deve estender-se à Justiça Militar, devido às particularidades apresentadas pelo tipo penal castrense.

Palavras-chave: descriminalização das drogas; Recurso Extraordinário nº 635.659; porte de drogas para uso pessoal; direitos fundamentais; uso de drogas na Justiça Militar.

ABSTRACT

This term paper addresses the discussion surrounding the effects of the *Recurso Extraordinário* n° 635.659/SP, which deals with the decriminalization of the use of narcotics in Brazil. This is a relevant topic today, due to the numerous debates and points of view that exist regarding the subject. In this sense, at first, a historical contextualization is made about the use of narcotics and drug policy in Brazil, in order to provide a comprehensive view of how Brazilian drug legislation was shaped. Next, an analysis of the Law n° 11.343/2006 is carried out, as well as its article 28, object of *RE* n° 635.659, which criminalizes the possession of drugs for personal use. Therefore, a study of the *Recurso Extraordinário* n° 635.659 itself is carried out, tracing a history of the entire judicial process, from the conviction of the defendant in first instance, to the discussion by the Plenary of Brazil's Supreme Court, regarding the (un)constitutionality of the article 28 of Law n° 11.343/2006 based on the protection of fundamental rights to intimacy and private life, analyzing the main points of each Minister's votes. Next, we observe how Brazil's Military Justice is organized and structured, enabling a more technical and contextualized understanding of article 290 of the Military Penal Code, which is studied below. The research is qualitative in nature, using the hypothetical-deductive method, using the exploratory research technique, through bibliographic and documentary studies of specialized doctrine, legislation and jurisprudence of the Superior Military Court and the Supreme Court. As a secondary objective, we seek to prove that there are singularities that distinguish the article 28 of the Law n° 11.343/2006 from article 290 of the Military Penal Code, meaning that the penalty for possession of drugs for personal use in the military is treated in a rougher manner compared to common drug legislation. As a final objective, we seek to demonstrate that Military Justice is governed by the principles of hierarchy and discipline, by the specialty and nuances involving the Armed Forces and the Military Organization, reaching the conclusion, therefore, that the article 290 of the Military Penal Code bears constitutional nature. Therefore, in the event of an eventual grant, the general repercussion of the *Recurso Extraordinário* n° 635.659 should not extend to the Military Justice, due to the particularities presented by the military criminal type.

Keywords: drug decriminalization; *Recurso Extraordinário* n° 635.659; possession of drugs for personal use; fundamental rights; drug abuse in Military Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	HISTÓRICO DO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL	12
2.1	Contextualização histórica e o surgimento das primeiras Convenções Internacionais acerca das drogas	13
2.2	O Código Penal de 1940 e o modelo sanitário	14
2.3	O regime militar e a guerra às drogas	15
2.4	A Constituição Federal de 1988 e as mudanças na política sobre drogas	17
3	A LEI Nº 11.346/06 E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE DROGAS	18
3.1	O crime de porte para uso pessoal na atual Lei de Drogas	19
3.1.1	<i>A aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de porte para uso pessoal</i>	21
3.2	O Recurso Extraordinário nº 430.105 do STF e a tese de despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas	23
4	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659 E A DISCUSSÃO ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS	26
4.1	Da síntese processual do Recurso Extraordinário nº 635.659	28
4.2	Dos votos dos Ministros em sede do Recurso Extraordinário nº 635.659	34
4.2.1	<i>Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber</i>	34
4.2.2	<i>Voto do Ministro Luiz Edson Fachin</i>	35
4.2.3	<i>Voto do Ministro Luís Roberto Barroso</i>	36
4.2.4	<i>Voto do Ministro Alexandre de Moraes</i>	37
4.2.5	<i>Voto do Ministro Cristiano Zanin</i>	40
5	A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA	42
5.1	A Justiça Militar da União (JMU)	46
5.2	A Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal	49
5.3	O Inquérito Policial Militar (IPM)	51
5.4	A Ação Penal Militar	56
5.5	O Ministério Público Militar (MPM)	58
5.6	O papel do Advogado na Justiça Militar	59

6	O CRIME MILITAR DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 290, COM) E A NÃO APLICABILIDADE DO RE N° 635.659 À JUSTIÇA MILITAR.....	61
6.1	Da não aplicação do princípio da insignificância ao artigo 290 do Código Penal Militar.....	67
6.2	Da inaplicabilidade do Recurso Extraordinário n° 635.659 ao porte de drogas para uso pessoal no âmbito da Justiça Militar.....	72
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
	REFERÊNCIAS.....	82

1. INTRODUÇÃO

A discussão em torno dos efeitos do Recurso Extraordinário (RE) n° 635.659/SP, que versa sobre a descriminalização do uso de entorpecentes no Brasil, é um tema de grande relevância na contemporaneidade, em virtude dos diversos debates e pontos de vista existentes sobre o assunto.

Assim, o presente trabalho se justifica ao buscar delimitar a extensão dos efeitos do RE n° 354.569 no âmbito da Justiça Militar, considerando-se as particularidades que envolvem o ordenamento jurídico penal castrense.

Nesse sentido, a fim de compreender-se integralmente a história da legislação de drogas no Brasil, é feita no primeiro capítulo uma análise histórica acerca do uso de entorpecentes e da evolução das políticas de drogas no país. Tal contextualização fornecerá uma visão holística a respeito do tema, permitindo-nos compreender como foi moldada a atual legislação brasileira sobre entorpecentes.

No capítulo seguinte, concentramos o estudo na Lei n° 11.343/2006 e em seu artigo 28, que criminaliza a conduta de porte de drogas para uso pessoal e objeto central do Recurso Extraordinário n° 635.659/SP, desvelando-se as suas nuances e implicações jurídicas, sobretudo ao observamos as decisões a respeito da aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime em comento, bem como do Recurso Extraordinário n° 430.105, que versa sobre a tese de despenalização do artigo 28.

No próximo capítulo, será feito o estudo do Recurso Extraordinário n° 635.659 em si, desde a condenação do réu em primeira instância até a análise das razões recursais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual será conduzido por uma jornada crítica, destacando-se os pontos-chave dos votos de cada Ministro, sobretudo, em relação à (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei n° 11.343/2006, ancorada na proteção aos direitos fundamentais à intimidade e vida privada.

Logo em sequência, começa-se a estudar a estrutura e a organização da Justiça Militar do Brasil, explicando-se como funciona a Justiça Militar da União (JMU), a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, o Inquérito Policial Militar (IPM), a Ação Penal Militar, o Ministério Público Militar (MPM) e o papel exercido pelo advogado na justiça castrense, a fim de possibilitar uma compreensão relevante do Direito Penal Militar e, por conseguinte, dos aspectos envolvendo o artigo 290 do Código Penal Militar (CPM).

Ato contínuo, ao examinarmos a organização e a estrutura dessa instância, debruçamo-nos a compreender o artigo 290 do Código Penal Militar em si, que trata do porte de drogas para uso pessoal em local sob administração militar, observando-se a sua natureza jurídica e suas particularidades, bem como as jurisprudências dos Tribunais Superiores versando a respeito da não-aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito da caserna, da hierarquia, da disciplina e da especialidade da norma penal, inerentes à Organização Militar.

Desse modo, o estudo aprofundado do artigo 290 do CPM propiciará uma compreensão técnica e contextualizada do tópico seguinte, que abordará as especificidades que regem a legislação militar, evidenciando-se por que a penalização, nesse contexto, é tratada com maior rigor em comparação à legislação comum.

A metodologia adotada neste trabalho é de natureza qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa exploratória. A fundamentação teórica se baseia em estudos bibliográficos e documentais, abrangendo a doutrina especializada, abalizada por autores como Renato Brasileiro de Lima e Cícero Robson Coimbra Neves, a legislação pertinente ao tema, em especial o Código Penal Militar e a Lei nº 11.343/2006, e as jurisprudências do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

Desta feita, como objetivo secundário, busca-se demonstrar as singularidades que diferenciam o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 do artigo 290 do Código Penal Militar, o que resulta, por conseguinte, em uma abordagem mais rigorosa ao indivíduo usuário de entorpecentes em âmbito militar, sem faltar com respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal.

Já como objetivo final, este trabalho visa demonstrar que a Justiça Militar é regida pelos princípios da hierarquia e disciplina, bases institucionais das Forças Armadas, bem como pela especialidade da norma penal castrense, demonstrando-se, em seus resultados, que o artigo 290 do Código Penal Militar é compatível com a Constituição Federal de 1988.

Portanto, ao explorar esses temas interconectados, o presente trabalho pretende lançar luz sobre a complexidade da legislação de drogas no Brasil, proporcionando contribuições importantes para o entendimento de suas implicações jurídicas envolvidas.

Por fim, busca-se oferecer uma base sólida para a análise do Recurso Extraordinário nº 635.659 e sua aplicabilidade em âmbito castrense, demonstrando-se, como conclusão final, que a sua repercussão geral não deve estender-se à Justiça Militar e ao artigo 290 do CPM, dada a singularidade e a especialidade inerentes à Organização Militar.

2. HISTÓRICO DO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL

A princípio, observa-se que o dispositivo pioneiro a dispor acerca do uso de entorpecentes no Brasil se deu com as Ordenações Filipinas de 1603, resultantes da reforma realizada por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal) ao Código Manuelino, durante a União Ibérica (1580-1640)¹. Nesse sentido, aduz o título LXXXIX (89): “*Livro V - Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, não o venda nem outro material venenoso*”².

As referidas Ordenações continuaram em vigor até o ano de 1830, quando então foi sancionado, por Dom Pedro I, o Código Criminal do Império. Ressalta-se que o Diploma Penal Imperial, em si, não tratou a respeito do tema. Houve, tão somente, o Decreto nº 828/1851, o qual disciplinou diversos regulamentos acerca da venda de produtos medicinais e da Polícia Sanitária³.

Ato contínuo, após o marechal Deodoro da Fonseca depor a Monarquia em 15 de novembro de 1889, entrou em vigor o Código Penal Republicano de 1890. Este previu como crime contra a saúde pública a seguinte conduta:

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena – multa, de 200\$ a 500\$000⁴.

Conforme evidenciado, a proibição mencionada tinha como objetivo evitar a propagação de substâncias venenosas, sem necessariamente abranger o comércio ou o uso de psicotrópicos. Importante destacar que tal crime era punido, exclusivamente, com multa.

Logo, torna-se perceptível o surgimento dos primeiros indícios de um sistema de repressão às substâncias entorpecentes no Brasil. Contudo, a implementação da política proibicionista sistemática ocorreu somente na década de 1940, quando uma estratégia para combate às drogas foi formalizada devido às pressões internacionais. Conforme Salo de Carvalho:

¹ BRASIL. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 22 out. 2023.

² BRASIL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209334-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-lxxxix-que-ninguem-tenha-em-sua-casa-rosalgar-nao-o-venda-nem-outro-material-venenoso.html>. Acesso em: 23 out. 2023.

³ BRASIL. **Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁴ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

Tratam-se de modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito⁵.

2.1 Contextualização histórica e o surgimento das primeiras Convenções Internacionais acerca das drogas

De início, com as Grandes Navegações (século XVI), os europeus descobriram uma imensa variedade de substâncias psicoativas, passando a utilizá-las na sociedade europeia com intuito médico e recreativo.

Ato contínuo, com o início do século XIX, tanto a Europa quanto os Estados Unidos lidaram com uma enorme quantidade de entorpecentes advindos das mais diversas partes do mundo⁶.

De forma gradativa, tais substâncias passaram a abandonar seu caráter ritualístico, cultural e religioso, sendo convertidas em mercadorias, atuando como estopim dessa mudança as Guerras do Ópio (1839-1865), quando os ingleses derrotaram a China para garantir o monopólio global da comercialização de drogas.

A partir desse momento, houve uma difusão generalizada do uso desses produtos na realidade social e cultural de cada país. Isso desencadeou inúmeras consequências, incluindo incidentes de overdose, problemas de saúde crônicos e a desestruturação de padrões sociais e locais historicamente estabelecidos⁷.

Dessa forma, tornou-se necessário desenvolver políticas públicas objetivando sanar os danos resultantes da disseminação generalizada do uso de drogas, por desencadarem diversos problemas de saúde, demandando-se intervenções da área médica e jurídica.

Assim, os Estados Unidos se tornaram o principal país a liderar o combate moral ao uso de psicoativos, buscando controlar, internacionalmente, o comércio do ópio para uso recreativo. Além dos motivos sanitários, os americanos também almejavam adequar a população imigrante do século XIX aos ideais culturais da elite protestante anglo-saxônica, bem como extinguir a hegemonia econômica inglesa dos mercados orientais⁸.

⁵ CARVALHO, Salo De. **A política penal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, págs. 49-50.

⁶ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. 2011, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>. Acesso em 23 out. 2023.

⁷ Ibidem, p. 1.

⁸ Ibidem, p. 1.

Desta feita, sob influência norte-americana, em 1909, as nações com territórios colonizados no Oriente⁹ se congregaram em Xangai para participar da Conferência Internacional sobre o Ópio. Em seguida, foi realizada em 1911, em Haia, a Primeira Conferência Internacional sobre o Ópio. Desse encontro, criou-se a "Convenção do Ópio", em 1912, com seus signatários se comprometendo a implementar medidas regulatórias da heroína, morfina e cocaína em seus ordenamentos jurídicos¹⁰.

Ato contínuo, em 1912, devido à enorme pressão internacional, o Brasil veio a subscrever o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência do Ópio, sendo então promulgado o Decreto nº 11.841/1915, o qual citava “*o crescente abuso do ópio, da cocaína e da morfina*”¹¹.

Por fim, Nilo Batista (1998), afirma que, com a referida adesão, a política criminal relacionada às drogas no Brasil começa a formar um modelo denominado “sanitário”, que predominará ao longo de cinquenta anos¹².

2.2 O Código Penal de 1940 e o modelo sanitário

Com a publicação do Diploma Repressivo de 1940, a política sobre entorpecentes começou a moldar-se seguindo o que Nilo Batista descreveu anteriormente como um “modelo sanitário”, o qual era caracterizado pela integração de conhecimentos e práticas higienistas, envolvendo órgãos policiais, jurídicos e de saúde pública.

Nesse contexto, o indivíduo dependente era considerado um “paciente em tratamento”, empregando-se técnicas semelhantes às utilizadas no combate a doenças como a varíola e a febre amarela. Ademais, o usuário não era criminalizado; em vez disso, era notificado compulsoriamente, podendo ser levado à internação, com base em decisão judicial fundamentada em parecer médico¹³.

⁹ Quais sejam: Alemanha, Áustria-Hungria, China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Itália, Japão, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Sião.

¹⁰ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 1ªed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 80.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 11.841, de 10 de fevereiro de 1915**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html Acesso em: 25 out. 2023.

¹² BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In.: Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 131.

¹³ Ibidem, p. 129.

Nessa toada, o artigo 281 trouxe tanto a conduta do tráfico quanto a posse ilícita dentro do mesmo dispositivo. Definia-se, então, nos delitos contra a saúde pública, a facilitação do uso ou comércio clandestino de entorpecentes. Veja-se:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis¹⁴.

Nessa situação, Zaffaroni denomina esta prática de "ampliação dos verbos"¹⁵. Tal estratégia de redação (errônea, para o autor), envolve a inclusão de várias ações como núcleos da mesma tipificação penal.

Pode-se observar que foram incorporados, em um único delito, tanto o tráfico quanto o porte pessoal, descriminalizando-se o consumo. Segundo Boiteux (2014), o legislador empregou o conceito de norma penal em branco na lei de drogas, desejando aplicar um controle mais rigoroso no comércio de substâncias ilícitas, por meio da utilização de termos genéricos e imprecisos, ampliando, assim, o alcance da lei¹⁶.

Isso evidencia, portanto, a vontade do legislador de manter a abordagem do usuário como um indivíduo que necessita de tratamento, mantendo-se fiel ao modelo sanitarista, enquanto, simultaneamente, busca criminalizar a comercialização dessas substâncias. Essa abordagem persistiu até a ditadura militar (1964-1985), que foi marcada por sua política incisiva de luta às drogas.

2.3 O regime militar e a guerra às drogas

Em virtude do ápice da guerra-fria, o entendimento à época compreendia a problemática das drogas como, de fato, uma guerra. Segundo Nilo Batista (1997), a disseminação generalizada do uso de drogas entre a população mais jovem foi interpretada como parte de uma estratégia atribuída ao bloco comunista, com a suposta intenção de minar os fundamentos

¹⁴ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/527942/publicacao/15636360>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario”**. Publicado em: Anuario No. 13-14 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995, p. 6.

¹⁶ BOITEUX, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

morais da civilização cristã ocidental. Assim, para tratar dessa questão, foram utilizados métodos e aparatos militares¹⁷.

Tal abordagem belicista, a qual ainda persiste na atualidade, foi rapidamente adotada pelo Brasil, centrando-se na ideia de identificar um “inimigo” a ser enfrentado, ou seja, a droga em si, personificada no traficante que a comercializa. Logo, os que faziam uso de drogas ilícitas foram rapidamente taxados como “guerrilheiros” e “subversivos”. Assim aponta Zaffaroni:

A administração norte-americana também pressionou para que essas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, os guerrilheiros eram confundidos e identificados com os narcotraficantes (a narcoguerrilha)¹⁸.

Conforme mencionado, o regime militar possibilitou o modelo de “guerra às drogas”, tendo em vista o ambiente de crescente repressão e diminuição das liberdades democráticas. Assim, reconhece-se 1964 como o ano da virada entre o modelo sanitarista e o modelo bélico de combate às drogas.

Segundo Olmo (1990), o fenômeno do duplo discurso, observado na sociedade norte-americana nos anos 60, refletia a ideia de diferenciação, que promovia abordagens distintas para usuários e traficantes de drogas, ou seja, entre o doente e o criminoso, combinando, simultaneamente, o enfoque ético-jurídico e o enfoque médico-sanitário¹⁹.

No final dos anos 70, houve uma certa abertura política na sociedade brasileira, o que influenciou uma série de mudanças legislativas. A Lei nº 6.368/76 foi promulgada, revogando-se, portanto, o artigo 281 do Códex Repressivo de 1940²⁰. Essa lei tinha como objetivo principal reprimir o uso e o tráfico de entorpecentes, considerando-os uma ameaça à saúde pública.

A referida legislação representou um certo avanço ao introduzir o delito específico de porte de drogas para consumo próprio, separando-o do tráfico e reduzindo a pena ao patamar de seis meses a dois anos e multa²¹, ainda que tenha persistido o controle do usuário conforme o modelo médico-jurídico. Ressalta-se que a Lei 6.368/1976 permaneceu em vigor até a promulgação da Lei nº 11.343 em agosto de 2006.

¹⁷ BATISTA, 1997, p. 137.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El enemigo em el derecho penal**. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 40.

¹⁹ OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. RJ, Revan, 1990.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 6.838, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

²¹ **Lei nº 6.368/76**. Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

2.4 A Constituição Federal de 1988 e as mudanças na política sobre drogas

Após promulgada a Constituição, em 1988, a política de guerra às drogas adquire um viés dualista, ou seja, ao abolir a censura imposta pela ditadura militar, a Carta Maior também estipulou que o crime de tráfico de entorpecentes seria inafiançável, bem como insuscetível de graça ou anistia. Assim dispõem os incisos a seguir do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem²² (...). (grifo nosso)

Além dos referidos incisos, também é relevante examinar o inciso LI do artigo 5º, o qual permite que o brasileiro naturalizado sofra extradição, desde que “*comprovado o seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes e de drogas afins*”.

Ato contínuo, foi promulgada a Lei nº 8.072/90, a qual tratava expressamente dos crimes hediondos, estabelecidos no inciso XLIII da Constituição sob a natureza de mandados de criminalização. Dentre outras características, tal lei proibia a liberdade provisória, a progressão do regime e a concessão de graça, indulto ou anistia especificamente para o tráfico, elevando a repressão do sistema penal no combate a esse crime.

Nesse diapasão, foi publicada a Lei nº 10.409/2002, pioneira na reforma da legislação de entorpecentes pós-constituição. Entretanto, o diploma legal foi objeto de diversas críticas, sobretudo pela dificuldade em sua implementação, havendo desafios legais e debates em torno de sua constitucionalidade e eficácia.

Por fim, sendo a referida Lei considerada desatualizada e acometida por diversos vetos por falha técnica do legislador, promulgou-se a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que reformulou a política brasileira de entorpecentes e cujo conteúdo, sobretudo acerca do porte para consumo pessoal, será abordado mais detalhadamente a seguir.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

3. A LEI Nº 11.346/06 E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE DROGAS

A atual legislação referente às drogas no Brasil é a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Esta norma dá origem ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), bem como cria diretrizes a fim de reprimir a produção sem autorização e o tráfico de drogas. Ademais, são incorporados diversos delitos relacionados a tais substâncias, notadamente, os delitos de tráfico e o de porte para consumo próprio, previstos nos artigos 33 e 28, respectivamente.

Nesse sentido, estabelece o artigo 1º da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União²³. (grifo nosso).

Dessa forma, a Lei nº 13.840/2019, ao incluir o §1º no art. 3º da Lei de Drogas, apresenta o conceito do SISNAD, qual seja:

Art. 3º (...) § 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios²⁴.

Ainda que a referida legislação apresente o conceito de droga, não consta em seus artigos qualquer rol taxativo destas substâncias. No presente caso, o legislador adotou o sistema da norma penal em branco (com seu complemento extraído de outro diploma legal), ou seja, somente será considerada droga a substância que estiver expressamente prevista em Portaria própria do Ministério da Saúde, qual seja, a de nº 344/98. Dentre as principais substâncias, podemos citar a heroína, a anfetamina, a cocaína, a morfina e o tetraidrocanabinol (THC)²⁵. Nesse ínterim, elucida Renato Brasileiro:

²³ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=790351&filename=LegislacaoCitada#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20de,crimes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&nc=1>. Acesso em: 28 out. 2023.

²⁴ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

²⁵ BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 28 out. 2023.

Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei n. 11.343/06²⁶.

Feita essa breve explanação, passaremos à análise dos principais pontos do delito de porte de drogas para uso pessoal, estampado no artigo 28 e tema central deste trabalho.

3.1 O crime de porte para uso pessoal na atual Lei de Drogas

Inicialmente, o artigo 28 da Lei de Drogas dispõe o seguinte:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.²⁷

A princípio, César Dario Mariano da Silva (2016) explica que o bem jurídico protegido pela Lei de Drogas é a saúde pública, que pode ser gravemente afetada quando substâncias ou produtos com potencial de causar dependência física ou psicológica circulam. Além disso, os

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 693.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**.

crimes são considerados de perigo abstrato, pois a lei presume tal perigo de forma absoluta, uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é colocada em risco²⁸.

Pode-se perceber, ainda, que em seu *caput*, o artigo 28 apresenta um tipo penal denominado de ação múltipla ou de conteúdo variado. Ou seja, são cinco as ações descritas pelo artigo: adquirir (a título oneroso, ou seja, comprar), guardar (esconder), ter em depósito (manter), transportar (deslocar de um local para outro), e trazer consigo (portar).

Logo, o que define alguém como usuário é a realização de uma dessas ações com a finalidade de consumo pessoal. Ou seja, enquanto, os núcleos do tipo representam o aspecto objetivo da conduta, a intenção de uso pessoal representa o aspecto subjetivo.

Além disso, levando-se em conta o artigo 16 da antiga Lei n° 6.368/76, o artigo 28 da novel Lei de Drogas trouxe uma mudança significativa. A pena privativa de liberdade prevista na legislação anterior, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa²⁹, deu lugar às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Nesse sentido, explica Renato Brasileiro:

Inovando em relação à sistemática anterior, o art. 28, inciso I, passou a prever, dentre as penas a serem aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal, a advertência sobre os efeitos das drogas. Não obstante o silêncio do legislador, esta pena deve ser compreendida como uma espécie de esclarecimento a ser feito pelo magistrado ao agente quanto às consequências maléficas que o uso de drogas pode causar, não apenas a sua própria saúde, como também à saúde pública. [...]

A Lei de Drogas também prevê a possibilidade de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade. Esta pena deve ser 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 (Lei n° 11.343, art. 28, §§ 3° e 5°). [...]

A última pena a que se refere o art. 28 da Lei de Drogas é a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Cuida-se de espécie de pena restritiva de direitos por força da qual o acusado tem a obrigação de comparecer a determinados programas onde receberá orientação de profissionais de diversas áreas do conhecimento humano³⁰. (grifo nosso).

É importante notar que as punições de prestação de serviços à comunidade e medidas educativas têm um limite máximo de 5 meses, exceto em casos de reincidência, em que o prazo máximo pode ser estendido para 10 meses. Em situações em que o indivíduo desrespeitar as

²⁸ SILVA, César Dario Mariano da; **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

²⁹ **Lei n° 6.368/76**. Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, págs. 717-719.

sanções impostas pelo tribunal, ele será advertido verbalmente e, caso persista o comportamento inadequado, o juiz poderá impor multa.

No entanto, é crucial destacar que, de acordo com o artigo 28, a despenalização é um aspecto central dessa política criminal, e, como tal, a prisão nunca pode ser uma consequência, representando uma inovação clara na abordagem do sistema legal em comparação à legislação anterior. Nesse sentido, destaca-se também que a criminalização recai apenas quanto ao porte para consumo próprio, e não ao uso da droga em si.

Outrossim, conforme Brasileiro (2016), o parágrafo 1º da Lei nº 11.343/2006, ao dispor que a mesma punição do *caput* se aplica a quem, para seu uso pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas a produzir pequenas quantidades de droga, sana completamente controvérsia outrora existente, qual seja, se o plantio de drogas para uso pessoal seria ou não crime, passando o legislador a criminalizar expressamente essa conduta³¹.

Além disso, conforme expõe o §2º do artigo 28, o juiz, para distinguir entre o tráfico e a posse para consumo pessoal, deve atender à natureza e à quantidade da substância apreendida, bem como ao local e às condições em que foi desenvolvida a ação, além das circunstâncias sociais, pessoais, conduta e aos antecedentes do agente.

Nesse diapasão, Silva (2016) explica que tais circunstâncias são meramente exemplificativas, podendo outras ser consideradas para que o juiz forme sua convicção sobre qual o crime praticado³².

3.1.1 A aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de porte para uso pessoal

O princípio da insignificância, oriundo do Direito Romano, foi reintroduzido no sistema penal por Claus Roxin, na Alemanha em 1964, com fulcro no brocardo *minimis non curat praetor* (o protetor não cuida de minudências). Segundo Roxin (1972), esse princípio argumenta que, em casos de lesões manifestamente insignificantes, não há necessidade de o Direito Penal reconhecer a conduta enquanto típica³³.

Nessa toada, o princípio bagatelar tem por objetivo, portanto, excluir a tipicidade material. Ou seja, ainda que o tipo penal seja formalmente típico ao incriminar determinada conduta, em determinados casos em que a lesão jurídica provocada seja ínfima, o Direito Penal não deve agir, preservando a sua natureza de ramo subsidiário ou de *ultima ratio*.

³¹ Ibidem.

³² SILVA, César Dario Mariano da; **Lei de drogas comentada**. 2016. p. 58.

³³ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelo: Bosch, 1972. p. 53

Segundo o STF, são quatro os requisitos a serem preenchidos: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada³⁴.

No tocante ao artigo 28 da Lei de Drogas, a jurisprudência dos tribunais superiores, em regra, entende que não se aplica o princípio da insignificância, tendo em vista que o delito de porte de drogas para consumo próprio, por sua natureza, já presume a pequena quantidade de substância em poder do agente, considerando o suficiente para ser feito o uso de forma recreativa, além de que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, o que demanda maior proteção do poder público, devendo-se preservar, também, o papel educativo do tipo penal. Nesse sentido, colaciona-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, em tutela da saúde pública, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida³⁵.

Todavia, existem decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a aplicação do princípio, em determinados casos referentes ao porte de maconha, quando manifesta a atipicidade material em razão da ínfima quantidade de substância apreendida. Veja-se:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor -por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes -não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

³⁴ PORTAL MIGALHAS. **O STF e a aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/81194/o-stf-e-a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 31 out. 2023.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1442224/SP**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 24/05/2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;resp:2016-05-24;1442224-1543059>. Acesso em: 31 out. 2023.

3. Ordem concedida³⁶. (grifo nosso).

Assim, verifica-se uma crescente necessidade dos Tribunais em examinar o caso concreto, a fim de promover uma aplicação mais branda da lei, levando-se cada vez mais em conta as circunstâncias individuais, sobretudo no contexto atual em que a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas vem sendo cada vez mais questionada.

3.2 O Recurso Extraordinário nº 430.105 do STF e a tese de despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas

De início, quando a Lei de Drogas foi promulgada, Luis Flávio Gomes argumentou que o ato de portar ou possuir drogas para uso pessoal não mais constituía crime, e sim infração penal *sui generis*. Em resumo, defendia que o artigo 28 foi descriminalizado, uma vez que sequer estabelecia pena privativa de liberdade ou multa. Veja-se:

No novo texto legal (art. 28) já não se comina a pena de prisão. Logo, como vimos nos comentários ao art. 27, o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). Houve descriminalização “formal”, porém sem concomitante legalização. O art. 16 foi apenas formalmente descriminalizado, mas a posse da droga não foi legalizada³⁷.

Além disso, em artigo denominado "*Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?*"³⁸, Luís Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha trazem uma série de argumentos defendendo a natureza jurídica de infração penal *sui generis* do artigo 28, como bem sintetizado por Rhael Vasconcelos Dantas:

- 1) O fato de o art. 28 estar inscrito sob o Título “dos crimes e das penas” por si só não tem o condão de transformar o tipo em crime;
- 2) A reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é a popular e não a técnica, tendo apenas o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28;
- 3) A prescrição não é instituto exclusivo aos crimes e às contravenções, sendo aplicável também a atos infracionais e infrações administrativas, inclusive a ilícitos civis;

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110.475/SC**. Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma. 14.02.2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>. Acesso em: 31 out. 2023.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal ‘sui generis’ ou infração administrativa?** 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>. Acesso em: 3 nov. 2023.

- 4) O legislador poderia ter adotado para a infração do art. 28, o mesmo procedimento dos juizados, descrito na lei 9.099/95, pois se trata de delito de menor potencial ofensivo, com pena máxima menor que dois anos;
- 5) O art. 48, §2º, determina que o usuário seja levado prioritariamente ao juiz e não ao delegado de polícia, o que denota a intenção de não tratá-lo como criminoso, como ocorre com autores de atos infracionais;
- 6) A lei não prevê medidas privativas de liberdade justamente para que o usuário cumpra as medidas impostas, não havendo conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção;
- 7) A admoestação e a multa previstas no § 6º, do art. 28, podem ser entendidas como astreintes para o caso de descumprimento das medidas impostas, contudo, isso não retira a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é sui generis;
- 8) O fato de a CF prever, em seu art. 5, XLVI, outras penas que não a reclusão e detenção, que podem ser substitutivas ou principais não conflita, mas reforça a tese de que o art. 28 trata de uma infração penal sui generis, por conta dessas penas alternativas; e
- 9) Conceber o art. 28 como crime é justamente tratar o usuário como criminoso, o que não foi a intenção do legislador³⁹.

Posteriormente, o debate acerca da descriminalização chegou ao Supremo Tribunal Federal, sendo julgado em sede do Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ, em que o Relator Min. Sepúlveda Pertence decidiu no sentido de que o tipo penal do art. 28 apresenta natureza jurídica de crime, e que o porte para consumo próprio havia sido despenalizado (e não descriminalizado, como entendia a doutrina acima). Nesse sentido, colaciona-se a ementa do julgado:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova Lei de Drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).
2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).
3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).
4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).
6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

³⁹ DANTAS, Rhael Vasconcelos. **Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – Unb. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16947/1/2017_RhaelVasconcelosDantas_tcc.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2023.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107).

II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado⁴⁰. (grifo nosso).

Portanto, nota-se que o Poder Judiciário elucidou que a intenção do legislador, ao estabelecer sanções específicas para o artigo 28, não foi a de descriminalizar, mas sim de despenalizar a conduta. Ou seja, o STF manteve a tese de criminalização do tipo, ao entender que a nova lei não resultou em *abolitio criminis*.

Ademais, o Tribunal também optou, de igual maneira, por aplicar princípios do direito penal mais benéficos ao indivíduo no crime de porte para uso pessoal, o que sugeriu, posteriormente, a intenção da Corte em debater acerca da constitucionalidade deste delito.

Feita essa análise, será esmiuçado no capítulo a seguir o teor do Recurso Extraordinário nº 635659, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que se discute se o porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas) constitui de fato ou não crime. A discussão, que entrou em pauta em 2015, foi interrompida à época após pedido de vista, voltando a ser julgada novamente no ano de 2023.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 6 nov. 2023.

4. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659 E A DISCUSSÃO ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Posteriormente, a Corte Suprema começou a discutir o teor do Recurso Extraordinário nº 635.659 (também denominado Tema 0506), sob a luz do art. 5º, X, da Constituição Federal⁴¹, a fim de aferir se o art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, coaduna-se ou não com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

O reconhecimento da repercussão geral do tema ocorreu em 2012, pelo então relator Ministro Gilmar Mendes, em resposta a recurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, interposto em agosto de 2010, após decisão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema–SP, que manteve a pena de dois meses de prestação de serviços comunitários a um detento condenado pelo artigo 28 da Lei de Drogas⁴².

Neste contexto, a DPE–SP argumenta que a conduta tipificada no artigo 28 não constitui ameaça à saúde pública, mas apenas à saúde individual do usuário, devendo o Supremo Tribunal Federal, portanto, descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal.

Assim, o debate acerca da descriminalização teve início no STF no ano de 2015, porém, foi interrompido devido a um pedido de vista feito pelo Ministro Teori Zavascki, falecido em 2017. Naquela ocasião, três dos onze Ministros já haviam votado: o relator Gilmar Mendes, que votou pela descriminalização de todas as substâncias entorpecentes, bem como os Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, os quais se posicionaram somente a favor da descriminalização da maconha.

Ato contínuo, Teori Zavascki foi então substituído pelo Ministro Alexandre de Moraes, que abriu novamente a pauta para julgamento em novembro de 2018, embora a discussão tenha sido retomada, de fato, somente no ano de 2023⁴³.

⁴¹ **CRFB/88**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Assunto: tipicidade, posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4034145>. Acesso em: 8 nov. 2023.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF tem cinco votos para afastar a criminalização do porte de maconha para consumo próprio**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

Nesse sentido, em agosto de 2023 o Ministro Gilmar Mendes, que antes tinha votado pela descriminalização de todas as drogas para uso pessoal, modificou seu voto original, limitando a inconstitucionalidade do art. 28 somente em relação à apreensão de *cannabis*.

Ressalta-se que o Ministro Gilmar adotou os mesmos critérios propostos pelo Ministro Alexandre de Moraes, que, na mesma sessão, votou favorável pela descriminalização. Esses critérios consistem em considerar como usuários os indivíduos portando quantidades entre 25g e 60g de maconha, ou que possuam até seis plantas fêmeas.

Logo depois, a ministra Rosa Weber manifestou seu voto favorável à descriminalização, acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, por considerar a pena cominada ao artigo 28 excessiva e desproporcional, impactando de maneira significativa a vida privada do indivíduo.

Por sua vez, o Ministro Cristiano Zanin foi o primeiro a expressar voto contrário, reconhecendo, em resumo, que a descriminalização iria de encontro à real intenção da lei, uma vez que poderia acentuar problemas de saúde associados ao vício, além de remover os únicos critérios objetivos no âmbito jurídico para distinção entre usuário e traficante.

Logo após, o Ministro André Mendonça pediu vista dos autos, suspendendo a decisão por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim, até o presente momento, existem cinco votos favoráveis (dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber e Alexandre de Moraes) pela inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo próprio e um voto contra (do Ministro Cristiano Zanin) que considera constitucional a previsão do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, faltando apenas as manifestações dos Ministros André Mendonça, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Nunes Marques.

Ressalta-se que, a partir de agora, basta o voto favorável de apenas um Ministro para que o Plenário forme maioria e seja reconhecida, em sede de Recurso Extraordinário, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e a sua posterior descriminalização, nos ditames trazidos pela lei.

Feita essa síntese, será analisado a seguir, mais detalhadamente, os principais pontos do processo, bem como os votos de cada Ministro.

4.1 Da síntese processual do Recurso Extraordinário n° 635.659

A princípio, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Apelação em face de decisão judicial proferida pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema/SP, que havia condenado a 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública o detento Francisco Benedito de Souza, natural de Cariús/CE, que cumpria pena por porte ilegal de arma de fogo no Centro de Detenção Provisória de Diadema, pela posse de 3g (três gramas) da substância entorpecente *cannabis sativa lineu* (maconha)⁴⁴, que foi encontrada dentro de uma marmita.

Assim havia entendido o Juízo de primeiro grau:

(...) No mérito a ação procede. Em sede policial o réu confessou a propriedade do entorpecente, para uso próprio, localizado na cela que ocupava. Em Juízo, passou a dizer que o entorpecente não era seu, e que por acompanhar os policiais durante a revista na cela, e como nenhum dos demais detentos se manifestou quanto à propriedade da droga, ficou sob sua responsabilidade. Entretanto, isso não restou comprovado. Pelo contrário, os dois policiais afirmaram sempre que durante uma "blitz" localizaram uma porção de maconha dentro de um marmite e o réu *assumiu* a propriedade desta droga, não se recordando de ter sido ele quem os acompanhou durante a blitz, negando que ele tenha dito que assim agiu porque nenhum outro detento se manifestou ou porque foi sorteado para ser o "laranja", tendo que assumir a droga. Assim, diante do contexto probatório analisado, isto é, pela confissão extrajudicial do réu, corroborada pelos depoimentos dos dois policiais, e diante da ausência de qualquer outra prova a indicar que o entorpecente pertencesse a outro detento, entendo haver prova suficiente quanto à autoria delitiva, bem como no que tange à materialidade, com a apreensão da droga e pelos laudos de constatação e o definitivo, ambos positivos para a maconha. Uma vez demonstradas autoria e materialidade, e afastadas as teses defensivas, passo à fixação da pena, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal. O réu possui antecedentes criminais. Sua culpabilidade é de leve intensidade. Sua conduta social deve ser tida por consoante a moral média, ante a ausência de prova contrária. Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, fixo a pena-base em 01 mês e 15 dias de prestação de serviços à comunidade, já que a advertência é muito pouco diante da personalidade do réu e nesta Comarca, infelizmente, ainda não existe programa ou curso educativo para que ele compareça, além de não se poder acolher tese Defensiva no sentido de que em virtude do acusado estar condenado a alguns anos de prisão, isso ser suficiente, já que as condenações se acumulam, e não se compensam. Por isso, diante da reincidência comprovada, aumento a reprimenda, totalizando 02 meses de prestação de serviços à comunidade. Não há circunstâncias atenuantes a serem consideradas, e nem há causas de aumento ou diminuição de pena. O réu poderá apelar em liberdade, porque solto durante a instrução criminal, e diante do princípio da inocência. Posto isso, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, contra o réu FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, como incurso no art. 28, caput, da Lei n° 11343/2006 e o faço para condená-lo à pena de 02 (dois) meses de prestação de

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 635.659**. Apenso 6 – Volume 01, p. 133. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>>. Acesso em: 13 nov. 2023.

serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução⁴⁵ (...). (grifo nosso).

Ato contínuo, em sede de Apelação, a Defensoria Pública de São Paulo pugnou, em síntese, pela absolvição do acusado em decorrência da atipicidade da conduta, dada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, e/ou da insuficiência probatória. Veja-se:

(...) Deveras, é forte o entendimento doutrinário e jurisprudencial que defende a inconstitucionalidade da incriminação do uso de entorpecentes. Segundo o funcionalismo, os institutos penais merecem interpretação valorada, tendo-se como guia hermenêutico os ensinamentos de política criminal, mormente aqueles ligados à intervenção mínima. Destarte, para que um determinado fato seja considerado típico (sob o ângulo material), é preciso que haja a criação de um risco proibido relevante e que haja a ofensa a um bem jurídico alheio. É o que estipula o princípio da lesividade, especialmente diante da qualidade de alteridade que marca o Direito Penal. O porte para uso de entorpecentes não produz nenhuma lesão a bem jurídico alheio. O usuário não cria um risco para qualquer valor juridicamente relevante, especialmente para a saúde pública. Ademais, a incriminação ofende direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente a intimidade e a liberdade individual. Não é possível aceitar que uma norma infraconstitucional ofenda o ápice do ordenamento jurídico, considerando crime uma conduta que está devidamente amparada por valores constitucionalmente relevantes.

(...)

O acusado, quando ouvido em juízo, perante este garantista juízo e cercado das garantias de que faz *jus* (sem o fomento à confissão que ocorre nos porões das delegacias de polícia), negou os fatos. Afirmou que foi feita revista em sua cela, que conta com outros 32 detentos. Em referida revista, foi encontrada uma porção de entorpecentes; contudo, nenhum preso assumiu a autoria. Assim, os agentes penitenciários imputaram-lhe a prática do delito. Destarte, não existem elementos suficientes para concluir-se pela autoria. A persistir a condenação, ter-se-á apenas a institucionalização da prática do “laranja”, em que um detento acaba assumindo, em sistema de rodízio (como os próprios agentes penitenciários informam) a autoria de determinada prática delitiva. impositiva, portanto, a absolvição⁴⁶(...). (grifo nosso).

Por sua vez, o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou, em sede de Contrarrazões, pela manutenção da sentença recorrida, alegando que o tipo descrito no artigo 28 da Lei de Drogas é constitucional, por tutelar a saúde pública, não havendo violação à intimidade ou à vida privada do usuário. Nesse sentido, aduz o *Parquet*:

(...) Ora, conforme supra apresentado, não há que falar em inconstitucionalidade, ou quicá, em *abolitio criminis*, vez que estamos diante de um crime que, apesar de não

⁴⁵ BRASIL. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal. Termo de Audiência de Instrução, Debates e Julgamento nº 158. Relator(a): Cristiane Ferro de Alcantara. Diadema, SP, 26 de fevereiro de 2010. **Sentença de 1º Grau. Processo nº 161.01.2009.018946-6.** São Paulo, págs. 108-111. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

⁴⁶ BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 158/2009.** Diadema, SP, 22 de março de 2010. págs. 132-139. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

estar apenado com a privação ou a restrição da liberdade, possui preceitos secundários próprios ao tipo penal, o qual obteve uma construção legiferante com escopo de distinguir o usuário do grande traficante de drogas, entretanto, sem prescindir da sanção correspondente, a qual restou configurada como as chamadas penas alternativas. Portanto, o que houve foi uma despenalização da conduta ora incriminada no artigo 28 da Lei n. 11343/2006, atribuindo neste "penas" condizentes à política criminal instaurada pelo novel diploma e não sua descriminalização. No mais, não há que falar em lesão à intimidade ou à privacidade do usuário de drogas, uma vez que o tipo penal em análise tutela "a saúde pública", portanto, um interesse coletivo, sendo que este, diante de uma liberdade individual, deve, sem dúvida prevalecer, ou seja, o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o interesse individual de um indivíduo, mesmo porque, há o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

(...)

No mais, resta cabalmente comprovada a autoria e a materialidade do delito, não tendo que se falar em absolvição, tampouco em fragilidade probatória, pois a sentença foi devidamente fundamentada, conforme as exigências do nosso ordenamento jurídico, de acordo com todas as provas coligidas, razão pela qual deve esta ser mantida em sua integralidade. Diante do exposto e considerando o que mais consta dos autos, aguarda-se seja NEGADO PROVIMENTO ao presente recurso, mantendo-se a r. Decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos⁴⁷ (...). (grifo nosso).

Em sede de Acórdão, os juízes da Turma Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema negaram provimento ao recurso interposto pela DPE-SP, sob o fundamento de que o art. 28 da Lei de Drogas ostenta natureza constitucional, pois este, ao não incluir o uso de drogas em si enquanto conduta típica, não pune o vício propriamente dito, logo, não viola a liberdade individual. Nesse ínterim, colaciona-se o voto:

(...) A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual art. 28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: "difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Tóxicos" (TJRS-Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340-Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49. Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art.28 a conduta de "usar". E tal esteriliza a ofensa à liberdade individual. No tocante ao quadro probatório, analisado de forma minuciosa e esmerada pelo magistrado foi o qual não se fundou estritamente na confissão judicial do condenado obtida de forma espontânea e sem nenhum tipo de coação, mas sim na consonância desta com o testemunho dos agentes da lei que localizaram o entorpecente em revista na cela do acusado. Nada se pode invocar em relação aos agentes, seja porque, como já dito, a conduta foi confirmada pelo próprio réu, seja porque o acusado afirmou não conhecer as testemunhas, inexistindo assim motivo para incriminação graciosa.

⁴⁷ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Contrarrazões do Ministério Público. Processo nº 158/09.** Diadema, SP, 05 de abril de 2010. p. 141-157. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

Assim, e por qualquer aspecto que se analise a questão, só se podia efetivamente concluir pela condenação⁴⁸ (...). (grifo nosso).

Em seguida, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, irresignada, interpôs Recurso Extraordinário em face do Acórdão supra destacado, trazendo, como ponto principal, a violação do direito fundamental à intimidade e vida privada previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, buscando-se, assim, reformar o Acórdão condenatório em desfavor do Apelante, além de declarar a inconstitucionalidade do porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Segundo a Defensoria Pública, o Recurso Extraordinário é cabível por expressa previsão no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, ou seja, por tratar-se de causa decidida em única ou última instância e que contraria dispositivo previsto na Carta Maior⁴⁹.

Além disso, traz o requisito do Prequestionamento, ou seja, a devida tratativa do assunto nas instâncias inferiores. No caso, tanto a sentença condenatória de primeiro grau, quanto o Acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema, já haviam se manifestado contrariamente ao pleito defensivo.

Quanto à existência da Repercussão Geral, requisito essencial para o conhecimento do Recurso Extraordinário a fim de reduzir o excesso de recursos idênticos, a Defensoria Pública traz a existência da influência reflexa que a decisão recorrida representa para outras milhares de demandas judiciais que tratam da mesma matéria, ou seja, da violação à intimidade e à vida privada dos condenados pela infração de porte de drogas para consumo pessoal, demanda recorrente no judiciário brasileiro.

Nesse sentido, destacam-se os aspectos fundamentais das razões do RE em comento:

(...) Com o advento da Constituição da República em 05 de outubro de 1988, o Estado, que antes era chamado de militar, passou a ser chamado de Democrático e de Direito, ante as diversas garantias trazidas pela Carta Magna.

Jungido a essa nova conformação do Estado brasileiro, diversas garantias foram previstas, logo no 5º, revelando a prioridade que, na nova ordem constitucional, é reservada aos direitos individuais.

Concomitantemente, observou-se a renovação da força normativa da Constituição, no sentido de que todo o ordenamento jurídico deve respeito e adequação aos ditames

⁴⁸ BRASIL. Colégio Recursal do Juizado Especial da Comarca de Diadema. **Acórdão nº 26/10**. Relator: Helmer Augusto Toqueton Amaral. Diadema, SP, 18 de junho de 2010. p. 163-165. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&preID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

⁴⁹ **CRFB/88**. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição.

que se irradiam da Carta Constitucional. Esse efeito, por óbvio, incide também na seara penal, condicionando o legislador ordinário no momento do exercício da atividade legiferante.

Entende-se que esse legislador ordinário, ao incriminar (ou mesmo, simplesmente, sancionar, para aqueles que defendem a descriminalização do porte de drogas para uso próprio) a conduta de portar drogas para uso próprio extrapolou seu poder, ferindo preceitos constitucionais que lhe condicionam.

Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Estipula mencionado dispositivo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Esse direito constitucional tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione bens jurídicos alheios. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de alteridade e lesividade. Uma incriminação, nesta hipótese, viola diretamente a Constituição Federal.

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tido pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguarda constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada “saúde pública” (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário.

Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal.

Posto isso, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, com a consequente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória, sendo o recorrente absolvido nos termos do art. 386, III do CPP, por atipicidade da conduta⁵⁰(...). (grifo nosso).

Por seu turno, o Ministério Público Federal, em sede de Parecer, manifestou-se contrariamente ao RE nº 635.659 interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, sob argumento de que o art. 28 da Lei de Drogas visa a tutelar a saúde pública, além de respeitar a proporcionalidade e a intervenção mínima do Direito Penal ao propor um tratamento preventivo e terapêutico ao usuário, ao invés de penas privativas de liberdade.

(...) 5. O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, mas deve ser desprovido.

6. A alegação de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 por falta de ofensa a bem jurídico de terceiro não se sustenta.

7. No caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.

⁵⁰ BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Razões do Recurso Extraordinário Interposto nos Autos da Apelação Criminal Nº 158/2010**. Diadema, SP, 09 de agosto de 2023. págs. 170-188. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

8. Sobre a questão, ensina o i. Jurista Vicente Greco "A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, colocou a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno".

9. É importante destacar que, com o advento da Lei 11.343/06, aboliu-se, acertadamente, a pena de prisão ao usuário surpreendido na posse de drogas. Reconheceu-se a necessidade de adoção de uma política criminal baseada nas tendências internacionais modernas, dispensando-se ao usuário de drogas um tratamento preventivo e terapêutico, de acordo com o caso concreto, minimizando a intervenção do direito penal nesta seara.

10. Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. A despeito, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico, mas também o uso de entorpecentes é crime, que devem ser consideradas suas particularidades, punindo, mesmo com penas brandas. Não se pode, em síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão⁵¹ (...). (grifo nosso).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário em comento, argumentando que o assunto discutido ultrapassa a esfera subjetiva do Recorrente e configura matéria constitucional, merecendo, portanto, a tutela do Pretório Excelso. Veja-se:

(...) REPERCUSSÃO GERAL NO RE 635.659/SP. Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra Acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. Neste Recurso Extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso 111, alínea "a", da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente Recurso Extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral. No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional⁵² (...). (grifo nosso).

⁵¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Subprocuradoria Geral da República. **Parecer N° 8467**. Brasília, DF. págs. 199-202. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE N° 635.659/SP**. Brasília, DF. págs. 249-254. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

4.2 Dos votos dos Ministros em sede do Recurso Extraordinário nº 635.659

Doravante, passa-se a compreender, no presente tópico, as minudências dos votos de cada Ministro do Supremo Tribunal Federal no tocante à inconstitucionalidade, bem como à descriminalização do porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

4.2.1 Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber

A princípio, o Ministro Gilmar Mendes, relator do presente Recurso Extraordinário, manifestou seu primeiro voto, em agosto de 2015, no sentido de declarar inconstitucionais todas as medidas penais adotadas em relação ao porte para uso pessoal de todas as drogas, sem exceção, mantendo-se as medidas administrativas, porém sem definir um *quantum* mínimo de droga apreendida para definir o usuário. Veja-se:

Dou provimento ao recurso extraordinário para:

1. Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa;
2. Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo;
3. Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 50, caput, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz;
4. Absolver o acusado, por atipicidade da conduta⁵³ (...). (grifo nosso).

Entretanto, o Ministro Gilmar reformulou o seu voto posteriormente, em agosto de 2023, acompanhando os demais Ministros da Corte e adotando, como critério atual, a inconstitucionalidade somente às apreensões de maconha, sem abarcar as demais drogas.

Para tanto, o Ministro Gilmar adotou os parâmetros sugeridos pelo Min. Alexandre de Moraes, quais sejam, até 60g (sessenta gramas) de maconha ou 6 (seis) plantas fêmeas, sem prejuízo de eventual decisão fundamentada, formulada pela Autoridade Policial, que julgue presentes elementos objetivos indicando a traficância. Nesse ínterim, aduz o Decano:

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE Nº 635.659/SP**. Brasília, DF. págs. 7-8. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2023.

Aceito a proposta para que eventualmente nos limitemos a essa questão da Cannabis sativa, que é o objeto deste recurso extraordinário, embora eu saiba que podemos estar colocando o tema pela porta ou pela janela e ele volta por outra variante

(...)

É um tema que certamente será discutido, mas diante mesmo do minimalismo e da necessidade dessa cooperação para definição da quantidade de drogas [para que alguém seja considerado usuário], tendo em vista a sua diversidade, eu dou essa abertura⁵⁴.

Por fim, destaca-se que a atual Presidente do STF, Ministra Rosa Weber, antecipou seu voto, tendo em vista a iminência de sua aposentadoria, seguindo o atual voto do relator Min. Gilmar Mendes, em que ambos se manifestaram favoravelmente à descriminalização do art. 28 somente em relação à maconha.

4.2.2 Voto do Ministro Luiz Edson Fachin

Em seu voto, proferido em setembro de 2015, o Ministro Edson Fachin se manifestou favorável à tese de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, todavia, trouxe o entendimento de que seu dispositivo, com exceção da maconha, permanece válido em relação às demais drogas ilícitas.

Ressalta-se que Fachin, diferente do Min. Luís Roberto Barroso, não veio a propor um critério quantitativo a fim de diferenciar o usuário de traficante, por entender que a matéria compete ao Poder Legislativo.

Por fim, declarou o art. 28 da Lei de Drogas inconstitucional, mas apenas ao usuário que portar maconha. Observa-se:

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para:

(i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;

(ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

(iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo

⁵⁴ MARTINS, ANDRÉ. Repórter de Brasil e Economia. Revista Exame. **Gilmar Mendes muda voto e defende a descriminalização do porte apenas da maconha.** 2023. Disponível em: <https://exame.com/brasil/gilmar-mendes-muda-o-voto-e-defende-a-descriminalizacao-do-porte- apenas-da-maconha/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

nesse ínterim hígdas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados iuris tantum no caso concreto;

(v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal;

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização⁵⁵. (grifo nosso).

4.2.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido em setembro de 2015, manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, tratou em seu voto apenas acerca da *cannabis sativa lineu* (maconha), não fazendo menção aos demais entorpecentes.

Nesse sentido, o Ministro propôs, com o intuito de diferenciar o usuário do traficante, a adoção do critério quantitativo, sendo este o *quantum* de até 25g (vinte e cinco gramas), ou seis plantas fêmeas de maconha, para ser considerado usuário.

Por fim, declarou o artigo 28 *caput* da Lei de Drogas inconstitucional, juntamente com seu parágrafo primeiro, ambos tão somente quanto ao usuário de maconha. Veja-se:

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE Nº 635.659/SP**. Brasília, DF. págs. 8-10. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2023.

2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.
3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.
4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.
5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.
6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.
7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores”⁵⁶. (grifo nosso).

4.2.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes, em consonância com os demais votos anteriores dos outros Ministros do Pretório Excelso, manifestou-se, em agosto de 2023, a favor da declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas em relação à maconha.

Moraes, em síntese, propôs a adoção de um critério válido nacionalmente a fim de diferenciar usuários e traficantes exclusivamente de maconha, pelo fato de a Lei nº 11.343/2006 não definir parâmetros objetivos que possibilitem essa diferenciação, ficando a cargo dos demais órgãos de persecução penal (Polícia, MP e Poder Judiciário).

Nesse sentido, Moraes propõe que sejam presumidos como usuários os indivíduos que portam entre 25 (vinte e cinco) a 60 (sessenta) gramas de maconha, ou que possuam até seis plantas fêmeas.

⁵⁶ Ibidem, págs. 10-12.

Além disso, o Ministro trouxe um interessante estudo de legislação comparada, demonstrando os critérios adotados pelas leis de cada país para diferenciar o usuário do traficante de drogas, estudo o qual auxiliou-lhe a fixar o parâmetro mencionado anteriormente. Assim, conforme a tabela⁵⁷:

Alemanha	Varia por estado. Alguns estados definem com base na jurisprudência, outros fixam valores. Os valores variam entre 6 a 15 gramas para maconha e 1 a 3 gramas para cocaína.
Argentina	Não há menção expressa. Um projeto de lei de 2012 sugere interpretação do juiz, mas a legalização se deu em uma decisão da Suprema Corte em 2009.
Armênia	Interpretação do juiz.
Bélgica	3 gramas de maconha.
Chile	Interpretação do juiz.
Colômbia	20 gramas de maconha, 1 grama de cocaína e 5 gramas de haxixe.
Espanha	Dose de 5 dias de consumo. Na prática, 100 gramas de maconha, 25 gramas de resina de maconha, 2,4 gramas de ecstasy, 3 gramas de heroína e 7,5 gramas de cocaína. A quantidade segue as definições dadas pelo <i>National Institute of Toxicology</i> .
Estônia	Decidida pela jurisprudência. Usualmente é o equivalente a dez doses de um usuário médio. Geralmente até 7,5 gramas de maconha.
Holanda	5 gramas de maconha.
Itália	1 grama de <i>cannabis</i> , 750 miligramas de cocaína e 250 miligramas de heroína.
México	5 gramas de maconha, 0,5 grama de cocaína, 50 miligramas de heroína e 40 miligramas de metanfetamina. LSD: 15 miligramas; MDMA: 40 miligramas; Metanfetamina: 40 miligramas.

⁵⁷ Ibidem, págs. 29-30.

Noruega	0,5 grama tanto para heroína quanto para cocaína. A posse de menos de 15 gramas de <i>cannabis</i> é punida com multa simples.
Paraguai	10 gramas de maconha e 2 gramas de cocaína.
Peru	1 grama de pasta básica de cocaína; 1 grama de cloridrato de cocaína; 4 gramas de maconha ou 2 gramas de derivados (art. 299, Lei nº 5.012/2020).
Polônia	Critério do agente público.
Portugal	25 gramas de <i>cannabis</i> . Quanto à resina, a quantidade passa de até 5 gramas; ao óleo, 2,5 gramas. Heroína/anfetaminas: 1 grama; Cocaína: 2 gramas.
Rep. Tcheca	15 gramas de maconha, 1 grama de cocaína, 1,5 grama de heroína, 4 tabletes de ecstasy e 40 unidades de cogumelos alucinógenos.
Rússia	Entre 10 e 50 doses diárias. Na prática isso se traduziu em 6 gramas de maconha, 1 grama de heroína e 1,5 grama de cocaína.
Uruguai	<i>Cannabis</i> : Até 6 plantas com efeito psicoativo por residência, com limite anual de 480 gramas; até 99 plantas e uma produção máxima de 480 gramas anuais por membro; Compra de até 10 gramas semanais por pessoa ou de até 40 gramas por mês.

Por fim, o Ministro fixou a seguinte tese:

1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente “maconha”, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior;
3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes;
4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores a fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros

critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionar, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotações, celulares com contatos de compra e venda (entrega “*delivery*”); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico;

5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário⁵⁸. (grifo nosso).

4.2.5 Voto do Ministro Cristiano Zanin

O Ministro Cristiano Zanin foi o primeiro a abrir divergência e manifestar, em agosto de 2023, voto a favor da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

Em seu voto, Zanin entende que os usuários são vítimas tanto do tráfico quanto das organizações criminosas. Contudo, afirma que o artigo 28 visa de fato tutelar a saúde pública, sendo, ainda, o único critério legal existente que possibilita a diferenciação entre usuário e traficante.

Além disso, Zanin tem a concepção de que a descriminalização, ainda que parcial, poderia agravar os inúmeros problemas de saúde pública enfrentados pelo Brasil. Veja-se:

Não tenho dúvida que os usuários de drogas são vítimas do tráfico e das organizações criminosas para exploração ilícita dessas substâncias. Mas, se o Estado tem o dever de zelar pela saúde de todos, tal como previsto no artigo 196 da Constituição da República, a descriminalização, ainda que parcial, das drogas poderá contribuir ainda mais para o agravamento desse problema de saúde⁵⁹.

Entretanto, convém mencionar que o Ministro foi favorável a fixar uma tese diferenciando usuário de traficante:

I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343;
II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas⁶⁰.

⁵⁸ Ibidem, págs. 36-37.

⁵⁹ RICHTER, ANDRÉ. Repórter da Agência Brasil. **Zanin vota contra a descriminalização da maconha para uso pessoal**. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-08/zanin-vota-contradescriminalizacao-da-maconha-para-uso-pessoal>. Acesso em: 16 nov. 2023.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 16 nov. 2023.

Assim, feita essa análise, passaremos a compreender no capítulo seguinte como se estrutura e funciona a Justiça Militar brasileira, a fim de, em seguida, realizar o estudo do tipo descrito no artigo 290 do Código Penal Militar (CPM), que traz o crime de porte uso de drogas em área sob Administração Militar, a fim de entender se, caso seja declarado o provimento do teor do RE nº 635.659, seus efeitos poderiam ou não se estender à Justiça Castrense.

5. A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

De início, a Constituição Federal de 1988 disciplina acerca da Justiça Militar em seu Capítulo III, que trata do Poder Judiciário. Veja-se: “*Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: VI - os Tribunais e Juízes Militares*”⁶¹.

Logo, a Justiça Militar pode ser conceituada enquanto uma justiça especializada em processar e julgar os crimes militares. Assim prevê a Carta Maior em seus artigos 122 e 124, *in verbis*:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

(...)

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar⁶².

Além disso, a Justiça Militar apresenta, enquanto base institucional, os princípios da hierarquia e disciplina, alicerces da Organização Militar, tendo em vista a sua principal função de resguardar a soberania e a autonomia do Estado.

Nesse sentido, colaciona-se o artigo 142, *caput*, da Carta Magna, que trata das Forças Armadas, compostas pela Marinha, Exército e Aeronáutica (nesta ordem de antiguidade):

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem⁶³. (grifo nosso).

Quanto ao conceito de hierarquia e disciplina em si, a Lei nº 6.880/1980, que dispõe acerca do Estatuto dos Militares, aduz o seguinte:

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

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

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

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

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados⁶⁴. (grifo nosso).

Feita essa conceituação legislativa, convém destacar também o entendimento de Silva e Luchsinger, que delimitam, com primazia, o conceito de hierarquia e disciplina, princípios basilares que regem o ordenamento jurídico Castrense e que a lei penal militar deve observância em qualquer hipótese. Veja-se:

A hierarquia se baseia no poder de autoridade exercido nas jurisdições militares, ou seja, o dever que um militar tem de observar, acatar e respeitar ordens proferidas por seu superior, seja ele imediato ou qualquer outro que tenha patente superior.

Quanto à disciplina, pela leitura do art. 14, percebe-se que está ligada muito mais à obediência e observância do disposto em lei. Aqui é válido ressaltar que seria lei em lato sensu, ou seja, incluídos também os regulamentos disciplinares, portarias e normas feitas pela própria Administração Militar⁶⁵.

Logo, entende-se que, de maneira geral, a Justiça Castrense é responsável por julgar aqueles que cometem crimes militares, via de regra, os militares em si, resguardando-se também a possibilidade de civis serem julgados em determinados casos, conforme será exposto adiante.

Assim, pode-se definir o conceito de militar da seguinte forma:

Militar é toda pessoa que, seja em tempo de paz ou em período de guerra que se encontra incorporada às Forças Armadas, servindo em posto, graduação ou sujeitos à disciplina militar, conforme estipulação do art. 22 do Código Penal Militar (CPM). A definição de militar não somente está predisposta no CPM, como também está estipulada no Estatuto dos Militares, Lei 6.880 de 1980, que, em seu artigo 2º, enquadra a Marinha, o Exército e a Aeronáutica como formadores das Forças Armadas brasileiras, cuja função primordial é a defesa e o zelo pela segurança da nação sob qualquer custo.

(...)

De outra banda, cabe salientar que a definição predisposta pelo Estatuto dos Militares também encontra respaldo da Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 142. Ainda a Lei Maior em seu art. 42 enquadra os policiais militares e bombeiros como militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, as chamadas Forças Auxiliares. Logo, pode-se analisar que existem duas modalidades de militares: os

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Estatuto dos Militares.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁶⁵ SILVA, Paula Carolina Araújo da; LUCHSINGER, João Thomas. **A ampliação da competência da Justiça Militar e sua inconveniência: análise a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos.** Escola Nacional da Defensoria Pública da União. 13 nov. 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/download/239/213/1328>. Acesso em: 23 nov. 2023.

membros das Forças Armadas são militares federais, enquanto que os membros das forças auxiliares são militares estaduais ou distritais⁶⁶.

Nessa senda, Denílson Feitoza explica a definição de crime militar, que utiliza o critério *ratione legis*:

Não há um conceito universal de crime militar. Tal conceito é histórico, cultural e nacionalmente dependente, ou seja, varia de acordo com o momento histórico, com a cultura e com o ordenamento jurídico-nacional local. Há vários critérios que podem ser adotados para a construção do conceito de crime militar. Pelo critério *ratione legis*, crime militar seria o que a lei enumerasse como crime militar, casuisticamente. A Constituição Federal, nos seus artigos 124 e 125, § 4º, estabelece que a Justiça Militar é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Em razão disso, a doutrina afirma que o critério adotado no Brasil é o *ratione legis*. Dizer-se que o critério adotado é o *ratione legis* é pouco elucidativo, pois, de certa forma, a instituição de um crime, qualquer que seja, é sempre pelo critério *ratione legis*, tendo em vista o princípio constitucional da legalidade⁶⁷. (grifo nosso).

Além disso, após a edição da Lei n° 13.491/2017, que alterou substancialmente o Código Penal Militar, também poderão ser considerados crimes militares aqueles previstos fora da parte especial do CPM, sendo considerados pela doutrina como crimes militares por extensão ou crimes militares extravagantes⁶⁸.

Antes da referida Lei, somente eram considerados crimes militares aqueles tipificados na parte especial do Código Penal Militar. Quando podiam ser cometidos somente por militares, eram chamados crimes militares próprios. Já quando podiam ser cometidos por civis, eram chamados crimes militares impróprios, estes sendo previstos tanto no Código Penal Militar quanto na legislação penal ordinária⁶⁹.

⁶⁶ KOPSTEIN, Marcos Antunes; SILVA, Rafael Castro da. **Competência da Justiça Militar no Brasil**. Faculdade Metodista Centenário, Santa Maria, maio 2016. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/edicoes-antiores/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/ciencias-criminais-constituicao-e-democracia-aspectos-contemporaneos/e4-15.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁶⁷ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Impetus: Niterói, 2008, p. 334.

⁶⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Crimes militares extravagantes e por extensão: Competência e efeitos da Lei n° 13.491/2017**. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, maio 2021. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/crimes-militares-extravagantes-e-por-extensao-competencia-e-efeitos-da-lei-no-13-491-2017/1.CrimesMilitaresExtravagantesSemana11.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n° 146.388 – RJ**. Rel. Min. Felix Fischer. 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=61968025&tipo=91&nreg=201601130263&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160701&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 23 nov. 2023.

Nesse sentido, veja-se Tabela⁷⁰ comparando o art. 9º do Códex Penal Castrense, que define os chamados crimes militares, antes e depois dessa reforma legislativa:

REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
II – Os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:	II – Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
<p>Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica.</p>	<p>§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.</p> <p>§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:</p> <p>I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;</p> <p>II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou</p> <p>III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes</p>

⁷⁰ SILVA, Paula Carolina Araújo da; LUCHSINGER, João Thomas. **A ampliação da competência da Justiça Militar e sua inconveniência: análise a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos.** Escola Nacional da Defensoria Pública da União. 13 nov. 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/download/239/213/1328>. Acesso em: 23 nov. 2023.

	<p>diplomas legais:</p> <p>a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;</p> <p>b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;</p> <p>c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e</p> <p>d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.</p>
<p>CRIMES EXTRAVAGANTEMENTE MILITARES</p>	<p>a) Todos os crimes previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 194024;</p> <p>b) Todos os crimes previstos em TODA a legislação penal especial vigente.</p>

Por derradeiro, cumpre destacar que, diferente de outras nações, a Justiça Militar no Brasil trata-se de gênero, em que são espécies a Justiça Militar da União e a Justiça Militar dos estados e Distrito Federal, as quais serão melhor explicadas no tópico seguinte.

5.1 A Justiça Militar da União (JMU)

De início, pode-se conceituar a Justiça Militar da União (JMU) como federal, com jurisdição em todo o Brasil, a qual compete processar e julgar os crimes militares definidos no art. 9º do CPM, seja o autor militar (da ativa, reserva ou reformado) ou civil (nos casos de crimes contra as instituições militares, contra o patrimônio da administração militar, contra funcionários do Ministério ou Justiça Militar quando estiverem exercendo seus cargos, ou contra militares em formatura ou em momentos de vigilância)⁷¹.

Os órgãos que compõem a JMU são os Tribunais e Juízes Militares, em primeira instância, bem como o Superior Tribunal Militar, em segunda instância.

Nesse sentido, faz-se uma breve contextualização histórica da Justiça Militar, bem como do STM, considerado o Tribunal Superior mais antigo do país:

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

O Superior Tribunal Militar e, por extensão, a Justiça Militar Brasileira, foi criado quando da vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI e com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É, portanto, o mais antigo Tribunal Superior do País; existindo há quase 200 anos. Além de ser a 2ª instância da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem competência originária para processar e julgar os Oficiais Gerais, bem como de decretar a perda do posto e da patente dos Oficiais que forem julgados indignos ou incompatíveis para com o oficialato⁷².

O julgamento em primeira instância ocorre nas chamadas Auditorias Militares, subdivididas no território brasileiro entre doze Circunscrições Judiciárias Militares (CJMs), onde cada CJM pode conter até quatro Auditorias, correspondendo cada sede de uma Circunscrição Judiciária a uma Procuradoria de Justiça Militar⁷³.

Ainda, conforme as alterações trazidas pela Lei nº 13.774/2018, os juízes auditores (magistrados civis e de carreira da JMU), atualmente são chamados de juízes federais da Justiça Militar, sendo bacharéis em direito concursados pelo Poder Judiciário Federal, gozando dos mesmos direitos e garantias assegurados aos demais magistrados⁷⁴, conforme destaca o juiz federal da Justiça Militar Paulo Rosa:

Portanto, a Justiça Militar é um órgão jurisdicional com previsão no Texto Constitucional e nas Constituições dos Estados integrantes da Federação, possuindo os juízes auditores as mesmas garantias asseguradas aos juízes integrantes da Justiça Comum e da Justiça Federal, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, para que possam com fundamento na Lei e em sua livre convicção proferirem os seus julgamentos, na busca da Justiça que deve ser o objetivo do Direito⁷⁵.

Nesse diapasão, segundo o art. 16 da Lei nº 8.457/92, que organiza a JMU, a primeira instância da Justiça Militar é constituída pelo Conselho de Justiça, composto por cinco

⁷² ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da Justiça Militar**. Revista Eletrônica do Ceaf. Ministério Público do Estado do RS. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan. 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art6.pdf. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Primeira instância**. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia>. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Presidente da República sanciona lei que promove mudanças na Justiça Militar da União**. 20/12/2018. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/9241-presidente-da-republica-sanciona-lei-que-promove-mudancas-na-justica-militar-da-uniao>. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁷⁵ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Organização da Justiça Militar**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº 35, 1 out. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1569>. Acesso em: 23 nov. 2023.

membros, sendo estes um juiz federal e quatro oficiais (a depender da patente ou posto do acusado)⁷⁶.

Nesse sentido, o artigo 16, em seus incisos I e II, completa que o Conselho de Justiça se subdivide em Conselhos Especiais e Conselhos Permanentes. Enquanto este é responsável pelo julgamento das praças, aquele é responsável por julgar os oficiais⁷⁷, exceto os oficiais-generais, os quais são processados e julgados diretamente no STM.

Além disso, o Conselho de Justiça é presidido por um juiz togado, sendo os militares responsáveis pelo julgamento de seus pares no Conselho escolhidos através de sorteio, bem como substituídos regularmente, conforme o art. 20 da referida Lei⁷⁸.

Todavia, cumpre ressaltar que, com a alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.774/2018, a Lei nº 8.457/92, em seu art. 30, inciso I-B, dispõe que os juízes federais da Justiça Militar são responsáveis por julgar de forma monocrática os civis que cometem crimes militares definidos em lei, os quais antes também eram julgados de forma colegiada pelo Conselho⁷⁹.

Já em segunda instância, o julgamento ocorre no Superior Tribunal Militar (STM), responsável por analisar e julgar em grau de recurso os processos oriundos das Auditorias Militares.

Quanto à composição do STM, assim destaca o artigo 123 da Carta Magna:

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar⁸⁰.

Assim, percebe-se que a instância máxima da Justiça Militar é composta não somente de militares, mas também de civis, os quais são escolhidos pelo Presidente da República, o que

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992.** Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

demonstra a importância de uma composição diversa, juntando a Organização Militar com setores da sociedade civil, em um país democrático.

Já a divisão igualitária dos Ministros Militares, entre oficiais-gerais da Marinha, Exército e Aeronáutica, ressalta o equilíbrio necessário entre as Forças Armadas, sendo os ministros responsáveis por julgar seus pares de acordo com suas experiências adquiridas na carreira e vivências dentro da Organização Militar⁸¹, nos termos do art. 9º do CPM, como também os civis.

5.2 A Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal

No âmbito dos estados da federação e do Distrito Federal, a Constituição Federal estabelece, em seus artigos 42, *caput*, 142, § 2º, e 144, inciso V, § 6º, a existência das Forças Auxiliares e Reserva do Exército, sendo elas constituídas pelas Polícias Militares e pelos Corpos de Bombeiros Militares, as quais compõem a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal. Nesse sentido, dispõe a Carta Maior:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

(...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios⁸².

⁸¹ Esse tipo de arranjo é conhecido como escabinato.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

Além disso, o artigo 125, § 3º, da Carta de Outubro, traz previsão expressa de que lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, poderá criar a Justiça Militar Estadual, composta por juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça em primeira instância, e pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Justiça Militar, em segunda instância, estando este presente naqueles estados que o efetivo de militares esteja acima de vinte mil integrantes. Veja-se:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
 (...)

 § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes⁸³.

Atualmente, a Justiça Militar Estadual, em primeira instância, está presente em todos os estados da federação, na figura dos Conselhos de Justiça e das Varas de Auditoria Militar.

Já os Tribunais de Justiça Militar (TJM), que representam a segunda instância, existem somente nos estados do Rio Grande do Sul (1918), São Paulo (1937) e Minas Gerais (1946), aos quais compete julgar os militares dos estados que cometem crimes militares, sendo resguardada a competência do tribunal do júri quando a vítima de crime doloso contra a vida for civil⁸⁴.

Quanto aos demais estados da federação e o Distrito Federal, a segunda instância da Justiça Militar é representada pelos Tribunais de Justiça.

Já os Conselhos de Justiça, são regulamentados pelo Código de Processo Penal Militar, possuindo previsão expressa no artigo 125, § 5º, da Constituição Federal. Veja-se:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
 (...)

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

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ SOUZA, Luis Carlos Maia. **Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul: considerações acerca da sua extinção ou manutenção**. Santana do Livramento: Unipampa, 2016. Disponível em: <https://dspace.unipampa.edu.br/bitstream/rii/1132/1/Souza%2C%20Luis%20Carlos%20Maia.%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20Militar%20do%20Estado%20do%20Rio%20Grande%20do%20Sul%20considera%C3%A7%C3%B5es%20acerca%20da%20sua%20extin%C3%A7%C3%A3o%20ou%20manuten%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares⁸⁵.

Nesse sentido, enquanto o Conselho Especial de Justiça é responsável pelo julgamento dos Oficiais, o Conselho Permanente é responsável pelo julgamento das praças, nos casos em que ambos cometem crimes militares próprios. Nesse ínterim, explica a Comissão de Direito Militar da OAB–RJ:

A Justiça Militar Estadual (e também a do Distrito Federal) está prevista nos §§ 4º e 5º da CF/1988 que dispõe competir à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Dispõe, ainda, competir aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. Assim, na esfera militar estadual, os juízes de direito do juízo militar são competentes para processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares⁸⁶.

Feita essa explanação acerca do funcionamento da Justiça Militar, tanto no âmbito da União quanto nos estados e no DF, será compreendida no tópico seguinte a estrutura do Inquérito Policial Militar (IPM) na fase pré-processual.

5.3 O Inquérito Policial Militar (IPM)

O Inquérito Policial Militar (IPM), previsto no CPPM entre os artigos 9º ao 28, é um procedimento administrativo de caráter investigativo, presidido pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar e instaurado a fim de esclarecer a autoria e a materialidade de determinado fato criminoso.

Nesse sentido, o artigo 9º, *caput*, do Código de Processo Penal Militar, traz a finalidade do IPM, qual seja:

⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁸⁶ QUEIRÓS, Aroldo Freitas. **Apontamentos iniciais para a atuação do Advogado na Justiça Militar**. Revista Eletrônica OAB RJ – Comissão de Direito Militar, Rio de Janeiro, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2023/05/APONTAMENTOS-INICIAIS-PARA-A-ATUA%C3%87%C3%83O-DO-ADVOGADO-NA-JUSTI%C3%87A-MILITAR.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal⁸⁷.

Desse modo, o IPM deve ser instaurado sempre que houver a prática de crime militar próprio⁸⁸, impróprio⁸⁹ ou por extensão, objetivando reunir elementos de informação que indiquem a prática de infração penal.

Além disso, o exercício do contraditório e da ampla defesa é mitigado ante à natureza inquisitiva do IPM enquanto procedimento administrativo e investigativo. Nesse sentido, explica a Jurisprudência do Superior Tribunal Militar:

Não há falar em impedimento ou suspeição da autoridade policial. Precedentes do STF. Inconfundíveis o processo administrativo ou o processo administrativo disciplinar com o Inquérito Policial Militar. O processo administrativo é um conjunto de atos coordenados que se destina à solução de controvérsias no âmbito administrativo; e o processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos. Já o Inquérito Policial Militar é procedimento policial - instrução provisória, preparatória, informativa - destinada à coleta de elementos que permitam ao MPM formar a opinião delicti para a propositura da ação penal. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que informam os processos judiciais e administrativos não incidem sobre o IPM (doutrina e jurisprudência). Ordem denegada por falta de amparo legal. Unânime⁹⁰.

Nesse ínterim, o Manual do Inquérito Policial Militar, elaborado pela Brigada Militar do Rio Grande do Sul, sintetiza com primazia as principais características do IPM:

- a) **Escrito** – o IPM deve ser formal, portanto escrito. No IPM existem atos não escritos, porém válidos e que devem ser juntados aos autos do IPM, como é o caso das oitivas audiovisuais;
- b) **Sigiloso** – excepcionado o direito de o defensor ter acesso às peças já documentadas;
- c) **Oficial** – é promovido por órgão oficial;
- d) **Oficioso** – é promovido de ofício pela autoridade de polícia judiciária militar
- e) **Autoritário** – o encarregado do IPM tem autonomia para orientar determinadas situações;
- f) **Indisponível** – A autoridade de polícia judiciária militar não pode dispor do IPM, ou seja, não pode arquivá-lo;
- g) **Inquisitivo** – Em sede de IPM não há contraditório ou ampla defesa.

⁸⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁸⁸ Crimes que só pode ser praticados por indivíduos militares. Podemos citar como exemplo: deserção, motim e violência contra superior ou inferior.

⁸⁹ Crimes que podem ser praticados tanto por militares quanto civis; Podemos citar como exemplo o tráfico ou porte de drogas em área sob administração militar.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. HC. **Acórdão 2003.01.033828-4 – AM.** Rel. Min. José Julio Pedrosa. 17.09.2003. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.militar:plenario:acordao:2003-09-17;180_2003010338284. Acesso em: 22 nov. 2023.

h) Dispensável – Não é obrigatória a instauração de IPM para investigar fatos, em tese, delituosos, isso porque ele pode ser substituído por qualquer outra peça de informação, como o Auto de Prisão em Flagrante por Delito Militar (APFDM), por exemplo, nos termos do art. 27, CPPM, quando por si só elucidarem o fato e sua autoria⁹¹.

Outrossim, tem-se que o Inquérito Policial Militar é iniciado sempre por meio de Portaria, por ordem direta do encarregado, através das seguintes maneiras dispostas no artigo 10 do CPPM:

Art. 10. O inquérito é iniciado mediante portaria:

- a) de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos do art. 25;
- e) a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar;
- f) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar⁹².

Quanto à função ocupada pelo encarregado em si, este deve ser oficial da ativa, não necessariamente bacharel em direito, podendo, eventualmente, ser assessorado pelo setor jurídico atuante na Organização Militar onde preste serviço enquanto detentor do poder de Polícia Judiciária, nos termos dos arts. 7º e 8º do Código de Processo Penal Militar. Nesse diapasão, explica Leonardo Silva de Souza:

O poder de Polícia Judiciária Militar poderá ser delegado a oficiais da ativa, sem especificar a área específica de formação acadêmica. Portanto, um Inquérito Policial Militar poderá ter como encarregado um oficial oriundo das academias militares que pertença, por exemplo, aos quadros de Intendência, especialização que confere uma graduação em Administração, com ênfase na gestão pública e contábil. Nada obsta que um oficial com Licenciatura em Pedagogia possa apurar um desvio de munições, ou que um Oficial com graduação em Enfermagem esteja à frente de um inquérito que apure um homicídio. Logo, ser um oficial de carreira é a condicionante para o exercício do poder de polícia delegado, conforme o art. 7º, § 1º, do Código de Processo Penal Militar⁹³:

⁹¹ BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Manual do Inquérito Policial Militar (Perguntas e Respostas)**. 2022. Disponível em: <https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/upload/arquivos/202209/08181620-portaria-n-035-manual-de-ipm.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁹² BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁹³ SOUZA, Leonardo Silva de. **O Inquérito Policial Militar e a Polícia Judiciária Militar sob uma perspectiva constitucional**. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,

Em relação ao sigilo do IPM, a Autoridade Encarregada deverá mantê-lo a fim de garantir o efetivo cumprimento das investigações, sempre que for necessário salvaguardar a privacidade e a intimidade do investigado, bem como do ofendido. A exceção é a visualização dos autos pelo advogado⁹⁴, conforme aduz o artigo 16 do CPPM: “*O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dêle tome conhecimento o advogado do indiciado*”⁹⁵

Conforme o art. 20 do CPPM, o prazo de duração do IPM, quando o investigado estiver solto, não deve ultrapassar 40 (quarenta) dias, podendo o encarregado solicitar, quando necessário, prorrogação por mais 20 (vinte) dias, tratando-se de prazo impróprio.

Já quando o investigado estiver preso, o prazo para conclusão do IPM não deve ser superior a 20 (vinte) dias, não podendo ser prorrogado, contados a partir do dia em que executada a prisão⁹⁶.

Tais prazos, de natureza processual, serão contabilizados em dias corridos.

No tocante às diligências investigativas, o Código de Processo Penal Militar apresenta, em seu artigo 13, um rol exemplificativo de providências a serem tomadas pelo encarregado do IPM a depender do caso concreto, com o intuito de auxiliar o pleito investigativo. Veja-se:

Art. 13. O encarregado do inquérito deverá, para a formação dêste:

Atribuição do seu encarregado

- a) tomar as medidas previstas no art. 12, se ainda não o tiverem sido;
- b) ouvir o ofendido;
- c) ouvir o indiciado;
- d) ouvir testemunhas;
- e) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e acareações;
- f) determinar, se fôr o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias;
- g) determinar a avaliação e identificação da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação;
- h) proceder a buscas e apreensões, nos têrmos dos arts. 172 a 184 e 185 a 189;
- i) tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames.

Reconstituição dos fatos

Parágrafo único. Para verificar a possibilidade de haver sido a infração praticada de determinado modo, o encarregado do inquérito poderá proceder à reprodução

2017.

Disponível

em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/177475/O%20Inqu%C3%A9rito%20Policial%20Militar%20e%20a%20Pol%C3%ADcia%20Judici%C3%A1ria%20Militar%20sob%20uma%20perspectiva%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁹⁴ No caso, o STF editou a Súmula Vinculante 14, que afirma ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁹⁶ Ibidem.

simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública, nem atente contra a hierarquia ou a disciplina militar⁹⁷.

Ao completar as diligências investigativas, o encarregado do IPM deve apresentar minucioso relatório, contendo, sempre que possível, a descrição dos fatos apurados, a tipificação legal, a conclusão acerca da prática ou não de crime militar e, sendo o caso, providenciar o indiciamento do investigado. Nesse sentido, expõe o artigo 22 do CPPM:

Art. 22. O inquérito será encerrado com minucioso relatório, em que o seu encarregado mencionará as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso. Em conclusão, dirá se há infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, neste último caso, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado, nos termos legais.

Solução

§ 1º No caso de ter sido delegada a atribuição para a abertura do inquérito, o seu encarregado enviá-lo-á à autoridade de que recebeu a delegação, para que lhe homologue ou não a solução, aplique penalidade, no caso de ter sido apurada infração disciplinar, ou determine novas diligências, se as julgar necessárias⁹⁸.

Quanto ao ato de indiciamento, elucida Alexandre Morais da Rosa:

O indiciamento é ato formal pelo qual o sujeito passa a ocupar o lugar de indicado, isto é, a declaração pelo Estado de que há indicativos convergentes sobre sua responsabilidade penal, com os ônus daí decorrentes. A presunção de inocência veda o indiciamento arbitrário. Não pode ser considerado como mero ato automático. Pressupõe a apuração da materialidade da infração e informação suficiente de autoria⁹⁹.

Por fim, após terminada a apuração do delito em sede de Inquérito Policial Militar, os autos serão remetidos ao Ministério Público Militar, que decidirá pelo arquivamento, em caso de insuficiência de indícios que comprovem a autoria e a materialidade, ou pelo oferecimento da denúncia, o que dará início à Ação Penal Militar propriamente dita. Nesse sentido, aduz o Códex Processual Castrense:

Art 25. O arquivamento de inquérito não obsta a instauração de outro, se novas provas aparecerem em relação ao fato, ao indiciado ou a terceira pessoa, ressalvados o caso julgado e os casos de extinção da punibilidade.

(...)

§ 2º O Ministério Público poderá requerer o arquivamento dos autos, se entender inadequada a instauração do inquérito.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 120.

Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar¹⁰⁰.

5.4 A Ação Penal Militar

Uma vez finalizado o IPM e o membro do Ministério Público oferecido a denúncia, existindo indícios suficientes de autoria e materialidade, é dado início à Ação Penal propriamente dita, assim explicitado pelo artigo 121 do CPM: "*A ação penal somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público da Justiça Militar*"¹⁰¹.

Logo, a propositura da Ação Penal Militar cabe apenas ao Ministério Público Militar, podendo qualquer pessoa provocar sua iniciativa, devendo o *Parquet* Castrense, por força do Princípio da Obrigatoriedade, oferecer a denúncia sempre que houver elementos de convicção suficientes produzidos pelo Inquérito Policial Militar. Assim dispõe o artigo 30 do CPPM:

Obrigatoriedade

Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houver:

- a) prova de fato que, em tese, constitua crime;
- b) indícios de autoria¹⁰².

Por seu turno, são três as condições de procedibilidade para que o magistrado analise o mérito da pretensão punitiva trazida pela acusação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte. Veja-se:

O pedido será juridicamente possível quando o direito penal militar assim o permitir, ou seja, a conduta descrita na denúncia deverá enquadrar-se a um tipo penal militar. Assim, conforme disposição do artigo 78, do CPPM, "*a denúncia não será recebida pelo juiz: b) se o fato narrado não constituir evidentemente crime da competência da Justiça Militar*". Desse modo, haverá impossibilidade jurídica do pedido quando o fato narrado na denúncia não constituir crime previsto no Código Penal Militar.

A segunda condição da ação é o interesse de agir, também chamado justa causa. Para que haja atuação jurisdicional é fundamental que o pedido seja idôneo, digno de ser julgado, pois do contrário inexistirá interesse. Para receber a denúncia o juiz deve estar convencido da seriedade do pedido. Sendo assim, a denúncia poderá ser rejeitada quando não contiver os elementos descritos no artigo 77, do CPPM, tais como: as razões de convicção ou presunção de delinquência.

A última condição da ação é a legitimidade para agir. Desse modo, somente o titular do interesse é que poderá intentar a ação. Se o Ministério Público requerer a atuação jurisdicional contra alguém que não pode sofrer sanção penal, haverá falta ao órgão legitimação para agir. Nesse rumo, dispõe o artigo 78, "d", do CPPM, que "*a denúncia*

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁰² BRASIL. Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

não será recebida pelo juiz: d) se for manifesta a incompetência do juiz ou a ilegitimidade do acusador". (grifo nosso)¹⁰³.

Ademais, a doutrina pátria traz o entendimento consolidado de que a ação penal, no direito penal militar, é sempre de natureza pública e, via de regra, incondicionada, por serem considerados de natureza indisponível os bens jurídicos tutelados por esse ramo do direito¹⁰⁴.

A exceção à ação penal pública incondicionada é a chamada ação penal pública condicionada à requisição, que se encontra prevista no artigo 122 do CPM, qual seja:

Dependência de requisição

Art. 122. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende da requisição do Ministério Militar a que aquele estiver subordinado; no caso do art. 141, quando o agente for civil e não houver coautor militar, a requisição será do Ministério da Justiça¹⁰⁵. (grifo nosso).

Ou seja, apenas nos chamados crimes contra a segurança externa do país, previstos nos artigos 136 ao 141 do CPM, e quando o autor for militar, será obrigatória a requisição do Ministério Militar (atual Ministério da Defesa); já quando o autor for civil e em se tratando do artigo 141 do CPM, a requisição será do Ministério da Justiça.

Logo, por incidir o Princípio da Oficialidade, a ação penal militar, via de regra, será pública, não existindo ação penal privada originária nem ação penal pública condicionada à representação no processo penal militar, ressaltando-se a possibilidade de o ofendido ingressar com ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público for inerte, por expressa previsão constitucional¹⁰⁶.

Por fim, cumpre destacar que, por força do Princípio da Indisponibilidade, uma vez oferecida a denúncia, o MPM não poderá desistir da ação penal, por previsão expressa no artigo 32 do CPPM¹⁰⁷, havendo a possibilidade de o *Parquet* opinar pela absolvição do réu em sede de Alegações Finais, cabendo ao juiz acatar ou não o pleito absolutório.

¹⁰³ DIREITONET (org.). **Ação Penal Militar**. 2023. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/505/Acao-Penal-Militar>. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁰⁴ REITER, Fernanda Olga. **As principais mudanças trazidas pela Lei nº 13.491/2017 e o seu impacto na Justiça Militar do estado do Rio Grande do Sul**. 107 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2019. Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/b7e20438-03c5-4ad5-890f-9c2a90a6e183/content>. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁰⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁰⁶ CRFB/88. Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

¹⁰⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

5.5 O Ministério Público Militar (MPM)

De início, o Ministério Público é instituição prevista no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, cujo papel é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁰⁸.

Por sua vez, o Ministério Público Militar (MPM) é uma instituição civil, chefiada pelo Procurador-Geral de Justiça Militar, pertencente ao Ministério Público da União e responsável pela defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis em âmbito militar¹⁰⁹.

Trata-se do ramo mais antigo do MPU, originado por volta do ano de 1920, quando o Decreto n° 14.450, de 30 de outubro, instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar, onde previa, expressamente, as funções de Procurador-Geral e de Promotor Militar¹¹⁰.

Sua atuação está principalmente relacionada aos casos envolvendo militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), mas também atua nas demais questões relacionadas à área militar, como no cometimento de crimes militares por civis.

Nesse sentido, o MPM apura os crimes militares, ocupando o papel de titular da Ação Penal Militar, além de desempenhar atividade de *custos legis* e de atuar no controle externo da atividade da polícia judiciária militar. Assim expõem os artigos 116 e 117, *capita*, da Lei Complementar n° 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União):

Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública;
- II - promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato;
- III - manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

(...)

Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar:

- I - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial-militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;
- II - exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar¹¹¹.

¹⁰⁸ **CRFB/88**. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁰⁹ Ministério Público Militar (org.). **Função do Ministério Público Militar**. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/funcao/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹¹⁰ Ministério Público Militar (org.). **Histórico do Ministério Público Militar**. Disponível em: <https://memoria.mpm.mp.br/historico-do-mpm/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹¹¹ BRASIL. **Lei Complementar n° 75, de 20 de Maio de 1993 (Estatuto do Ministério Público da União)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

Além disso, o Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seus artigos 54, 55 e 56, traz as funções institucionais do MPM, quais sejam, *in verbis*: ocupar o papel de órgão de acusação no processo penal militar, fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, resguardando-se a hierarquia e a disciplina, bem como desempenhar suas funções de maneira independente, sem qualquer tipo de interferência externa¹¹².

Sabe-se que a Justiça Militar da União é dividida em duas instâncias, sendo os Promotores e Procuradores de Justiça Militar responsáveis por atuar em primeira instância e os Subprocuradores de Justiça Militar responsáveis por atuar em segunda instância, frente ao Superior Tribunal Militar, bem como nas Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR)¹¹³.

Ressalta-se que o MPM em si não atua na esfera estadual, apenas no âmbito da Justiça Militar da União, cabendo exclusivamente ao Ministério Público – MP, que atua nos estados, ou no Distrito Federal e Territórios, agir em primeira e segunda instância nos crimes militares cometidos pelas forças auxiliares (militares estaduais), quais sejam, policiais militares e bombeiros militares.

Por fim, quanto aos principais objetos de atuação do MPM, a publicação denominada *MP, um Retrato*, de autoria do CNMP, traz a seguinte informação de Inquéritos Policiais instaurados no ano de 2019:

Em 2019, de acordo com a publicação MP Um Retrato, do CNMP, o Ministério Público Militar recebeu 11.145 inquéritos policiais e inquéritos policiais militares. Entre os temas mais recorrentes nesses procedimentos: crimes contra o serviço militar e o dever militar (4.704), crimes contra o patrimônio (4.389), instrução provisória de deserção (4.375), crimes contra a administração militar (4.031) e autos de prisão em flagrante (1.976). Durante o ano, esses procedimentos resultaram em 586 denúncias oferecidas¹¹⁴.

5.6 O papel do Advogado na Justiça Militar

A princípio, Advogado é o indivíduo que possui habilitação legal, perante a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para o exercício da advocacia.

¹¹² BRASIL. Decreto-Lei n° 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹¹³ MERELES, Carla. **O que é o Ministério Público Militar**. Revista *Politize!* 27 abr. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/ministerio-publico-militar/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

¹¹⁴ CAVALCANTI, Hylda. **Presente em 12 estados, MP Militar quer ampliar atuação na Região Amazônica**. Revista Consultor Jurídico (Conjur). 20 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/presente-12-estados-mp-militar-ampliar-atuacao-amazonia/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

O artigo 133 da Constituição Federal dispõe que o Advogado é indispensável à administração da justiça¹¹⁵, reconhecendo o importante papel exercido pelo causídico, bem como sua responsabilidade em representar os interesses de seu cliente, defendendo, também, o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) traz, em seu art. 2º e parágrafos, que o Advogado exerce função social e que seus atos constituem *múnus público*, sendo este também inviolável por seus atos e manifestações, nos termos da lei¹¹⁶.

Logo, a Constituição Federal, ao denominar a advocacia enquanto Função Essencial à Justiça, garantiu que o acusado, ao ser processado e julgado, possui o direito de ser representado por um defensor. Além disso, caso o acusado esteja ausente, foragido ou não possa constituir defensor particular, o juiz deverá nomear-lhe um defensor dativo, visto que o exercício do direito de defesa não pode ser tolhido em qualquer hipótese na fase processual¹¹⁷.

Além disso, cabe à Defensoria Pública, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos acusados que possuam insuficiência de recursos financeiros, na forma do art. 134, *caput*, da Constituição Federal¹¹⁸, sendo os militares dos estados representados pelas Defensorias Públicas dos Estados, ou do Distrito Federal, e os militares das forças armadas representados pela Defensoria Pública da União.

Feita essa contextualização, será compreendido no capítulo seguinte o teor do artigo 290 do Código Penal Militar, que traz a conduta de portar drogas para consumo próprio em área sob administração militar, além de discutir se o tema central deste Trabalho, qual seja, a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal em sede do RE nº 635.659, poderia estender-se a tal delito.

¹¹⁵ **CRFB/88**. Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹¹⁶ **Lei nº 8906/94**. Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.

¹¹⁷ **Decreto-Lei nº 1002/69**. Código de Processo Penal Militar. Art. 71. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

(...)

§ 2º O juiz nomeará defensor ao acusado que o não tiver, ficando a êste ressalvado o direito de, a todo o tempo, constituir outro, de sua confiança.

¹¹⁸ **CRFB/88**. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

6. O CRIME MILITAR DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 290, CPM) E A NÃO APLICABILIDADE DO RE N° 635.659 À JUSTIÇA MILITAR

O Código Penal Militar, em seu Capítulo III, no Título que trata dos Crimes Contra a Saúde, tipifica no artigo 290 o tráfico, porte ou uso de entorpecente, ou substância de efeito análogo, dentro de lugar sujeito à administração militar. Veja-se:

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 desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

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

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

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

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

Forma qualificada

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 3º Na mesma pena incorre o militar que se apresentar para o serviço sob o efeito de substância entorpecente. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

§ 4º A pena é aumentada de metade se as condutas descritas no caput deste artigo são cometidas por militar em serviço. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

§ 5º Tratando-se de tráfico de drogas, a pena será de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)¹¹⁹.

Nota-se que o artigo 290 do CPM se trata de um tipo penal misto ou de conteúdo variado, trazendo, ao todo, 11 (onze) núcleos¹²⁰, bastando que o agente pratique um deles para que haja a consumação do crime. Ademais, com base no princípio da alternatividade, caso o agente pratique mais de um verbo do tipo, a ele será imputada a prática do crime somente uma única vez¹²¹.

¹¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹²⁰ A quantidade de verbos do tipo é menor comparada à do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que traz, em seu núcleo, 18 (dezoito) verbos, 7 (sete) a mais que o Código Penal Militar.

¹²¹ QUEIROZ, Albérico Sávio Peixoto de. **A pena do artigo 290 do Código Penal Militar, atribuída à conduta de traficância, analisada sob o princípio da proporcionalidade em face do advento da Lei 11.343/06**. 58 f. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1631/1/Monografia_Alberico%20Savio%20Peixoto%20de%20Queiroz.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

Logo, enquanto as condutas de receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo configuram, em regra, a traficância, as condutas receber, preparar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, quando para consumo próprio, configuram a do indivíduo usuário, conforme explica Coimbra Neves:

Necessário frisar que, embora a expressão ainda que para uso próprio esteja ligada ao núcleo trazer consigo, entendemos que outras formas nucleares podem ser consideradas como condutas que favoreçam o consumo próprio, e não a traficância, o que, frisamos mais uma vez, não significaria diversidade típica, mas apenas um elemento a ser considerado na dosimetria da pena, reclusão de um a cinco anos (pena mínima, com base no art. 58 do CPM), a exemplo das formas receber, preparar, ter em depósito e transportar. Essa possibilidade interpretativa parece-nos adequada não só pela análise de cada modalidade nuclear, mas também com foco no *nomem juris*: “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”¹²². (grifo nosso).

Além disso, trata-se de norma especial, ou seja, seu conteúdo afasta a norma geral em decorrência de uma relação lógica entre o continente e o conteúdo.

Assim, enquanto a norma especial contém aspectos da norma geral, a recíproca não acontece, ou seja, a norma geral não contém aspectos da norma especial. Logo, ocorrendo conflito aparente entre ambas as normas, a especial deve prevalecer, conforme o brocardo *lex specialis derogat legi generali*¹²³.

Desta feita, para incidir a especialidade inerente ao tipo, é necessário que as condutas sejam praticadas em local sob Administração Militar, ou, ainda que fora deste local, em qualquer contexto ou prática que envolva a atividade ou serviço militar.

Quanto ao segundo caso, cita-se a título de exemplo a forma incluída no §3º do art. 290, trazido pela Lei nº 14.688/2023, que também pune o militar que se apresenta para o serviço sob efeito de substância entorpecente. Percebe-se, ainda, que há a prática de crime, mesmo em local fora da administração militar, nos seguintes incisos:

- 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;

¹²² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1703. Disponível em: https://logisticamilitarblog.files.wordpress.com/2016/05/manual_direito_penal_militar.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2014, págs. 131-132. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023.

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 exercício¹²⁴.

Outrossim, enquanto a Lei n° 11.343/2006 traz as condutas do usuário (art. 28) e do traficante (art. 33) em artigos distintos, o artigo 290 do CPM não faz essa distinção, considerando ambas as condutas reprováveis no contexto da Organização Militar e tipificando tanto a forma simples quanto a qualificada (onde se inclui o tráfico de drogas) no mesmo artigo.

Além disso, o crime é doloso, exigindo a vontade livre e consciente do agente de praticar as condutas descritas no tipo, sendo necessário analisar o elemento subjetivo no caso concreto para subsumir a conduta do indivíduo em traficância ou em porte para uso próprio¹²⁵.

É processado mediante ação penal pública incondicionada, conforme o artigo 121 do CPM¹²⁶.

Além do mais, o art. 290 do CPM se trata de um crime impropriamente militar, ou seja, pode ter como sujeito ativo tanto o militar quanto o civil (este podendo ser julgado apenas em esfera federal) que pratique o crime em área sob administração militar. Nessa toada, elucida Coimbra Neves:

O sujeito ativo, nas figuras do caput e do inciso III do §1º pode ser qualquer pessoa, ou seja, o militar, federal ou dos Estados, da ativa ou inativo, podendo ainda, na esfera federal, ser também o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF). Nas figuras dos incisos I e II do §1º, o sujeito ativo somente poderá ser militar da ativa, segundo compreensão do art. 22 do CPM. Finalmente, na forma do §2º, o sujeito ativo deverá ser farmacêutico, médico, dentista ou veterinário, não exigindo o tipo que se trate de militares¹²⁷. (grifo nosso).

Além disso, o tipo não exige que a substância entorpecente portada pelo agente para uso próprio esteja prevista na Portaria n° 344/98 da ANVISA, bastando que esta seja capaz de causar dependência. Nesse ínterim, elucida Renato Brasileiro:

A redação do crime do art. 290 do CPM diferencia-se dos crimes previstos na Lei de Drogas. Isso porque, em relação a estes, os arts. 1º e 66 da Lei n° 11.343/06 dispõem que a substância entorpecente deve estar especificada em lei. De seu turno, para a caracterização do crime militar, basta que o cidadão traga consigo substância

¹²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n° 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹²⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1710. Disponível em: https://logisticamilitarblog.files.wordpress.com/2016/05/manual_direito_penal_militar.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹²⁶ Ibidem, p. 1711.

¹²⁷ Ibidem, p. 1700.

entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica em lugar sujeito à administração militar. Logo, se um militar for preso em flagrante no interior de estabelecimento sujeito à administração castrense, sem apresentar capacidade de autodeterminação, inalando substância que, conforme perícia, comeria tolueno, solvente orgânico volátil, principal componente da cola de sapateiro, deve ser observada a regência especial da matéria à luz do art. 290 do CPM, que não requer, para sua tipificação, que a substância entorpecente seja assim declarada por portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹²⁸. (grifo nosso).

Assim, percebe-se que a intenção do legislador, ao elaborar esse artigo, foi a de resguardar diretamente, enquanto bens jurídicos, a saúde (sendo necessária, inclusive, a realização prévia e obrigatória de exame toxicológico previamente à incorporação às fileiras militares) e a incolumidade pública e, indiretamente, as bases institucionais da hierarquia e disciplina, que regem a Organização Militar.

Ademais, Renato Brasileiro explica que a conduta de porte para uso pessoal trazida pelo artigo 290 do CPM, de 1969, não poderia ter sido derogada pelo art. 28 da Lei de Drogas, promulgada em 2006. Segundo o autor, o princípio da especialidade se aplica no presente caso:

Sempre nos pareceu que o crime militar do arr. 290 do CPM não teria sido derogado pela Lei de Drogas, por se tratar de norma especial em relação aos crimes comuns constantes da referida Lei. Logo, se o crime militar do art. 290 do CPM é o regramento específico do tema para os militares, o princípio da especialidade impede a incidência do art. 28 da Lei nº 11.343/06 em relação aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal cometidos em lugar sujeito à administração militar. Daí ter concluído o Supremo não ser possível querer mesclar o regime comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, sob pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis¹²⁹.(grifo nosso).

Nesse sentido também é a jurisprudência do Pretório Excelso:

PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR (ART. 290 DO CPM). LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE.

1. Em se tratando de uso/porte de droga por militar em ambiente militar, incide a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 103.684, Rel. Min. Ayres Britto), no sentido de que o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal

¹²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 726.

¹²⁹ Ibidem, p. 727.

- especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.
2. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder que autorize o acolhimento da pretensão defensiva.
 3. Agravo regimental desprovido¹³⁰. (grifo nosso).

Todavia, nesse contexto, era grande objeto de discussão, antes das alterações ao CPM trazidas pela Lei nº 14.688/2023, a violação ao princípio da proporcionalidade pelo artigo 290, visto que a traficância praticada pelo indivíduo militar, ou civil em local sob administração militar, era reprimida com a mesma pena que a do usuário, qual seja, reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Além do mais, a pena cominada ao tráfico de drogas no CPM era significativamente menor comparada à pena do tráfico na Lei de Drogas.

Desse modo, era dada abertura para incongruências jurídicas. Por exemplo, podemos citar a conduta de um militar da aeronáutica que, de serviço, transporta cocaína em uma aeronave da FAB a fim de comercializá-la. Caso fosse condenado, receberia uma pena de, no máximo, 5 (cinco) anos de reclusão, o que era totalmente desproporcional, comparado à mesma conduta de um indivíduo civil, em que este poderia ser condenado até 15 (quinze) anos de reclusão com base no artigo 33 da Lei de Drogas.

Então, para sanar essa discrepância o legislador, por meio da Lei nº 14.688/23, acrescentou o §5º na forma qualificada do tipo, punindo o traficante militar com a mesma reprimenda trazida pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006, qual seja, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos¹³¹.

Nessa perspectiva, Allan Machado Salviano explica alguns dos motivos dessas discrepâncias entre ambas as legislações sobre drogas:

Por outro viés o artigo 290 do Código Penal Militar quando entrou em vigor em 1969, sofreu grandes influências militares, tendo em vista o regime militar que o Brasil passava, de fato a guerra contra as drogas não era uma das preocupações mais importantes na época, e de fato, com o controle militar os traficantes de drogas não conseguiam tanta liberdade para a comercialização ilícitas de seus produtos. Importante ainda ressaltar que o tráfico de drogas no século passado não tinha nem de

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 158.077/AM**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 01/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749358327>. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14688.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

perto a proporção em seu tamanho e organização presente nos dias atuais, com sua ascensão chegando a níveis jamais vistos¹³². (grifo nosso).

Outrossim, o §4º, incluído pela referida lei ao artigo 290, também trouxe uma causa de aumento que incidirá sempre que as condutas descritas no *caput* do artigo forem cometidas por militar em serviço, aumentando-se a pena até a metade¹³³.

Quanto ao núcleo do tipo que trata do porte para uso pessoal da droga em si, permanece a discussão acerca da violação ao princípio da proporcionalidade, pois, enquanto o artigo 290 do CPM pune o usuário com o *quantum* mínimo de 1 (um) ano de reclusão, o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 deixou de penalizar o indivíduo com a restrição de sua liberdade (despenalização, ou, sendo mais preciso, descarcerização)¹³⁴, por considerar o usuário de drogas como um problema de saúde pública¹³⁵.

Nesta ocasião, o advogado e antigo Ministro do Superior Tribunal Militar, Flávio Bierrenbach, em seu voto na Apelação nº 2007.01.05037-7/RS, argumentou no sentido da desproporcionalidade do artigo 290 do CPM. Nesse ínterim, colaciona-se os trechos mais relevantes de seu entendimento:

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

(...)

De tal forma que o porte e o uso de substância entorpecente devem atingir e lesar a saúde pública, sob pena de não se viabilizar a tipificação da conduta. O artigo 290 do Código Penal Militar também deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, ao qual se chega pela conjugação de diversas disposições constitucionais. Consoante esse princípio, a imposição legal de restrição a um direito fundamental deve respeitar a proporcionalidade, sob três aspectos: a restrição deve ser adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, ou seja, a resposta estatal a um delito cometido deve guardar proporcionalidade com a lesividade do ato praticado.

(...)

¹³² SALVIANO, Allan Machado. **O tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar frente às disposições da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas**. 74 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário Salesiano – Unisales, Vitória, 2021. Disponível em: <https://encr.pw/Z6CHN>. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

¹³⁴ As penas cominadas ao art. 28 são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

¹³⁵ QUEIROZ, Albérico Sávio Peixoto de. **A pena do artigo 290 do Código Penal Militar, atribuída à conduta de traficância, analisada sob o princípio da proporcionalidade em face do advento da Lei 11.343/06**. 58 f. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1631/1/Monografia_Alberico%20Savio%20Peixoto%20de%20Queiroz.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

Como se depreende do próprio *nomen juris* do tipo penal, penaliza-se da mesma forma tanto o tráfico quanto a posse e o uso de entorpecente, ao contrário da legislação especial de entorpecentes (Lei n.º 11.343/06), que faz expressa distinção entre as condutas de tráfico e de uso. Na lei especial, os artigos 33 a 37, que tratam do tráfico de drogas, cominam pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de multa, enquanto o artigo 28, que dispõe sobre o uso, estabelece pena de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

(...)

Afastada a possibilidade de incriminação do usuário de entorpecente pela exigência de proteção à hierarquia e à disciplina, resta a anacrônica desproporcionalidade do tipo penal do art. 290, no tocante à modalidade ‘trazer consigo’, que afronta os dispositivos constitucionais invocados. Disso resulta que o art. 290 do Código Penal Militar fere frontalmente a exigência de proporcionalidade requerida pela Constituição Federal, ao fixar os parâmetros de reação estatal aos delitos envolvendo entorpecentes, na medida que tal dispositivo infraconstitucional dá resposta punitiva idêntica a condutas absolutamente distintas. A par dessa conclusão, reitero meu entendimento no que diz respeito à atipicidade, por ausência de lesividade, da conduta do militar que trazia consigo 1,44g de maconha, razão pela qual, impõe-se a absolvição. Ante o exposto, votei vencido, para conhecer e dar provimento ao recurso da defesa, a fim de absolver o ex-Sd EX, TARCÍSIO SILVA RODRIGUES, conforme dispõe o art. 439, b, do Código de Processo Penal Militar¹³⁶. (grifo nosso).

Feita essa explanação dos principais pontos do artigo 290 do Código Penal Militar, passaremos a discorrer no tópico acerca da aplicação do princípio da insignificância nos casos em que o indivíduo é surpreendido portando uma quantidade ínfima de entorpecentes.

6.1 Da não aplicação do princípio da insignificância ao artigo 290 do Código Penal Militar

Quanto ao princípio da insignificância, entende-se que não é possível a sua aplicação ao tipo penal em questão, visto que, além da saúde em si, o artigo 290 também busca tutelar a hierarquia e a disciplina dentro das instituições militares, o que demanda, portanto, uma reprimenda maior ao indivíduo que porta drogas para consumo próprio nessas circunstâncias.

Nesse sentido, explica Renato Brasileiro:

Ainda em relação ao crime do art. 290 do Código Penal Militar, é oportuno destacar que, nesse caso, não se revela possível a aplicação do princípio da insignificância. Ora, o 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, abrangendo também a tutela da regularidade das instituições militares. Em síntese, a posse de entorpecente por militar em recinto castrense não deve ser analisada tão somente à luz da quantidade ou do tipo de droga apreendida. Na verdade, o problema diz respeito à qualidade da relação jurídica entre o portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele faz parte no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar, ou seja, a tipologia da relação jurídica em ambiente militar é incompatível com a figura da insignificância penal em relação aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal, notadamente por estarmos diante de instituições que se definem pelo uso permanente de armamentos.

¹³⁶ Ibidem.

Nesse contexto, como se pronunciou o Supremo, "o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam"¹³⁷. (grifo nosso).

Todavia, na Jurisprudência, existem precedentes antigos da segunda turma do Supremo Tribunal Federal que admitiram a aplicação do princípio da insignificância ao tipo penal em questão. A título de exemplo, cita-se o *Habeas Corpus* nº 92.961/SP, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 2008, que absolveu criminalmente um militar preso em flagrante enquanto fumava maconha durante o serviço, considerando suficiente a reprimenda administrativa aplicada:

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

1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.

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

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

3. A Lei nº 11.343/06, nova Lei de Drogas, veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas, a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação do Estado em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.

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

5. O Superior Tribunal Militar não cogitou a aplicação da Lei 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe da nova Lei de drogas, com o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova lei de drogas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).

6. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar - Lei nº 11.343/2006 - possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.

7. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar.

8. Aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade humana. Ordem concedida.

DECISÃO: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.12.2007¹³⁸. (grifo nosso).

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 727.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.961/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 11/12/2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo499.htm>. Acesso em: 26 nov. 2023.

Já a Primeira Turma do STF, por sua vez, não reconhecia em sua jurisprudência a aplicação do princípio bagatelar ao crime militar de porte de drogas para uso próprio, conforme demonstra Coimbra Neves:

Por outro bordo, a tendência não é unânime no Supremo, não vingando, para nossa satisfação, na Primeira Turma dessa Corte. Em caso recente, essa Turma consignou entendimento destoante da Segunda Turma, o que ficou evidente nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em sede do Habeas Corpus n. 94.649 – Rio de Janeiro (j. em 12-8-2008), que afirmou que tem sido muito rigorosa quanto ao instituto da insignificância do delito em se tratando de administração militar, não podendo, portanto, aplicar o precedente da Corte, referindo-se ao já mencionado Habeas Corpus n. 92.961, porque o princípio da insignificância não é significação do montante, nem de valores, mas do objeto tutelado pelo Direito Penal militar. Assim, nesse julgado, chegou-se finalmente à conclusão de que a existência de decisão no Supremo Tribunal no sentido pretendido pela impetrante, “inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana (Habeas Corpus n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão”, e que, nas “circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente”. Por fim, assentou que a “jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado”, indeferindo, em consequência, o pedido¹³⁹. (grifo nosso)

Assim, devido a essa divergência entre as turmas do STF, a questão acabou sendo levada ao Plenário em sede do *Habeas Corpus* n° 103.684/DF, ocasião em que o Pleno do Pretório Excelso decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal em âmbito militar:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é da qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que foi flagrado com posse de droga em pleno recinto sob administração militar.
2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre a

¹³⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 1707-1708. Disponível em: https://logisticamilitarblog.files.wordpress.com/2016/05/manual_direito_penal_militar.pdf.%20Acesso%20em:%2026%20nov.%202023. Acesso em: 27 nov. 2023.

adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam.

(...)

3. A hierarquia e a disciplina não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas Brasileiras, mas isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, sde modo a legitimar o Juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e às menos graduadas a obedecer) a disciplina importa permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrense. Tudo a encadadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim.

(...)

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir o país pela via das suas Forças Armadas¹⁴⁰. (grifo nosso).

Nessa senda, também entende o Superior Tribunal Militar, conforme jurisprudência recente:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 290 DO CPM. PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE/INCONVENCIONALIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA. AUSÊNCIA DE PERIGO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. NÃO RECEPÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COMUM. PENA ALTERNATIVA. INAPLICABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO VERIFICAÇÃO. APELO DESPROVIDO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

1. O dispositivo contido no art. 290 do CPM foi recepcionado pela ordem constitucional vigente e é compatível com as Convenções de Nova York e de Viena, que não vedam a criminalização da posse de droga para uso próprio, tendo a segunda ressalvado que fica ao arbítrio dos países signatários a normatização sobre as questões relacionadas aos usuários de entorpecente. Preliminar de inconstitucionalidade/inconvencionalidade rejeitada por unanimidade.

(...)

3. É de compreensão que o tipo penal do art. 290 do CPM não visa apenas punir a vontade livre e consciente de colocar em risco a saúde pública, mas, também, preservar a própria Organização Militar.

4. O crime tipificado no art. 290 do CPM revolve conduta que expõe a perigo os integrantes e o patrimônio da OM, sendo ultrapassado o risco socialmente tolerado,

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 21/10/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621935>. Acesso em: 26 nov. 2023.

tratando-se de crime de perigo presumido, sem a exigência da materialização do dano pela consumação, fazendo-se necessária a intervenção do Direito Penal Militar.

5. A presença de militares em atividade sob o efeito de drogas não se coaduna com a eficiência, com os valores e com os princípios constitucionais basilares das Forças Armadas.

6. A posse de qualquer quantidade de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar compromete tanto a segurança dos demais militares como os valores consagrados da hierarquia e da disciplina, colocando em risco os bens jurídicos mais caros à existência de um corpo armado.

7. No julgado em análise é inviável a absolvição por invocação do princípio da proporcionalidade. A Jurisprudência deste Superior Tribunal Militar está em sintonia com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, o qual, além de assentar como inaplicável o Princípio da Insignificância no âmbito desta Justiça Castrense, também assentou não ser desproporcional a condenação pelo delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, ainda que pequena a quantidade da droga.

8. No âmbito do Direito Penal Militar, não se aplica o art. 44 do CP, para substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O Princípio da Especialidade impede a substituição da pena pela multa ou pela pena alternativa de prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, na forma do art. 44 e parágrafos do Código Penal, porque o art. 290 do Código Penal Militar é regramento específico no âmbito da caserna, e, mesmo que a legislação comum seja mais benéfica ao Acusado por estipular sanção mais branda, não tutela os bens jurídicos compreendidos na esfera da legislação penal militar. Outrossim, as regras penais comuns só têm aplicabilidade no âmbito da Justiça Militar quando esta for omissa, o que não se verifica *in casu*.

9. A sentença recorrida não violou nenhum dispositivo constitucional, estando em perfeita consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e os direitos e garantias fundamentais do Acusado.

10. Os autos delineiam conduta típica, antijurídica e culpável, de acentuada reprovabilidade, não havendo nenhum elemento que possa eximir a responsabilização penal do Acusado, pois lhe era exigida conduta diversa. Apelo desprovido. Decisão por unanimidade¹⁴¹. (grifo nosso).

Portanto, depreende-se que o entendimento atual, tanto da doutrina majoritária quanto dos Tribunais Superiores, é remansoso no sentido da não-incidência do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo próprio no âmbito da Justiça Militar, a fim de resguardar a integridade das instituições militares e de seus integrantes, bem como prezar pela observância ao Princípio da Especialidade que rege a Justiça Castrense e aos preceitos da hierarquia e disciplina.

Feita essa explicação do artigo 290 do Código Penal Militar, passaremos a discorrer no tópico seguinte acerca da impossibilidade de aplicação do Recurso Extraordinário nº 635.659 no contexto da Justiça Castrense, objetivo final deste Trabalho.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal nº 7000352-74.2022.7.00.0000**. Relator Min. Leonardo Puntel. 12/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stm/1867926048>. Acesso em: 26 nov. 2023.

6.2 Da inaplicabilidade do Recurso Extraordinário n° 635.659 ao porte de drogas para uso pessoal no âmbito da Justiça Militar

Considerando-se as nuances e as particularidades que regem o Direito Penal Castrense, outra conclusão não poderia ser diferente, no sentido de que o eventual provimento do RE n° 635.659, em sede de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, não deve estender-se ao artigo 290 do Código Penal Militar, que criminaliza o porte de drogas para uso pessoal em área sob administração militar.

Ao analisar os autos do próprio Recurso Extraordinário n° 635.659, encontra-se o Ofício n° 482/2015, enviado pelo Ministro Presidente do STM, Tenente-Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros, ao Ministro Presidente do STF à época, Ricardo Lewandowski, ocasião em que o Superior Tribunal Militar se manifesta expressamente pela não aplicação da descriminalização do porte de drogas para uso próprio no contexto militar, tendo em vista, sobretudo, especialidade ostentada pelo artigo 290 do CPM, diferente da legislação comum. Veja-se:

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

1. Levo ao conhecimento de Vossa Excelência a preocupação dos Membros deste Tribunal com a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal prover o RE interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, ao prever as sanções nos seus incisos de Ia III.

2. A descriminalização do porte de substância entorpecente para uso próprio, em que pese a discussão se voltar à análise da norma citada, poderá gerar reflexos na interpretação do art. 290 do CPM, tendo em vista a insistência dos órgãos defensivos atuantes neste segmento especializado do Poder Judiciário em buscar a aplicação subsidiária dos institutos de direito penal comum à espécie¹⁴². (grifo nosso).

Além disso, ante à natureza jurídica de crime de perigo abstrato apresentada pelo artigo 290 do Diploma Castrense, que não exige efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para que o agente incorra no crime tipificado, também se busca, com prioridade, manter a hierarquia e disciplina que rege a Organização Militar. Veja-se:

3. A Justiça Militar da União tem por missão precípua a tutela de bens jurídicos inerentes ao Serviço Militar, sendo incompatível com os preceitos das Forças Armadas admitir que seus integrantes se coloquem em serviço tomados pelos efeitos deletérios de entorpecentes. Mesmo que essas substâncias não sejam consumidas e estejam guardadas no bolso ou no armário de determinado militar, trata-se de crime

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Ofício n° 482/2015/PRSTM**. 18/09/2015. p. 210. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756137316&prcID=4034145#>. Acesso em: 23 nov. 2023.

de perigo abstrato, que deve ser considerado em face das atividades desenvolvidas no âmbito dos quartéis, geralmente envolvendo o manuseio de armamentos, equipamentos e munições de alto poder destrutivo. Por essa razão, a descriminalização do porte de pequena quantidade de substância entorpecente (para uso futuro) no meio civil não deve alcançar a prática dessa conduta no âmbito das Organizações Militares, conforme o entendimento já firmado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 103.684/DF, julgado em 21/10/2010 e publicado em 13/4/2011, tendo como Relator o Ministro AYRES BRITTO¹⁴³. (grifo nosso).

Quanto a isso, o Ofício do STM também destaca, conforme visto no tópico anterior, que a jurisprudência do próprio STF se manifesta de maneira similar ao negar, de maneira pacífica, a aplicação do princípio da insignificância ao artigo 290 do CPM.

Nesse diapasão, aduz o Pretório Excelso:

EMENTA. HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DO AUTO DE APREENSÃO E DO LAUDO PRELIMINAR. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A ausência de auto de apreensão e do laudo inicial de constatação configura mera irregularidade, inábil a invalidar a condenação penal, desde que lastreada esta em outras provas idôneas. Precedentes.

2. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto. DJe 13.4.2011, ao afastar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse, por militar, de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (art. 290 do CPM), distinguiu a qualidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar da qual faz parte.

3. Inobstante mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma.

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção da norma castrense pelo texto constitucional, é no sentido de que "o art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006.

5. Ordem denegada.

(HC 123190, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 15-06-2015 PUBLIC 16-06-2015)¹⁴⁴. (grifo nosso).

Nessa vereda, também há jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, de outubro de 2022, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 290 do Código Penal Militar, inclusive, de relatoria do próprio Ministro Gilmar Mendes, que votou a favor da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas em sede do RE nº 635.659, evidenciando,

¹⁴³ Ibidem, págs. 210-211.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 211.

assim, que os bens jurídicos tutelados entre ambos os artigos são distintos entre si, e que o STF tem ciência disso. Veja-se:

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). PORTE E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ÁREA MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS. CONSUMO PRÓPRIO. MEDIDAS DESENCARCERADORAS DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. SÚMULA 14 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). TESES DEFENSIVAS REJEITADAS. RECURSO NÃO PROVIDO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO.

I - A incidência do Princípio da Bagatela Imprópria demanda a plena demonstração da reabilitação do Acusado e a comprovação de que a sua conduta, a despeito de criminosa, não gerou sérias repercussões.

II - Nesta Corte de Justiça Militar, é pacífico o entendimento de que o desvalor da conduta no delito do art. 290 do CPM impede a aplicação dos Princípios da Fragmentariedade, da Intervenção Mínima, da Irrelevância Penal do Fato e da Insignificância. Igualmente, não há respaldo para a incidência da Bagatela Imprópria, eis que a reprimenda penal é medida necessária à prevenção geral e especial do crime de posse de entorpecentes em local sujeito à Administração Castrense. As porções de narcóticos apreendidos e submetidos a exame são relevantes na vida na caserna e o seu uso durante o serviço militar pode causar danos à incolumidade pública.

III - Os crimes de perigo abstrato não exigem lesão a um bem jurídico ou a colocação deste em risco real ou concreto. O legislador leva em conta a necessidade de uma tutela prévia do objeto social resguardado, ainda que o prejuízo não se concretize. A conduta do militar que ‘traz consigo’ substância entorpecente em ambiente castrense, indiscutivelmente, representa grave violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal do art. 290 do CPM. Portanto, a sua punição é uma necessidade concebida pela legislação e respaldada pelo ordenamento jurídico.

IV - O art. 290 do CPM, além de recepcionado pela Constituição da República, encontra-se em sintonia com as convenções de Nova York e de Viena e, principalmente, com os princípios basilares das Forças Armadas.

V - Diante da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal Militar, a penalização do porte e uso de substância entorpecente, nas condições preconizadas pelo art. 290 do CPM, encontra guarida na Constituição da República.

VI - O porte e o uso de drogas em área sob a Administração Militar são crimes previstos no art. 290 do CPM, o que afasta a incidência da Lei 11.343/2006, em face do Princípio da Especialidade e da exclusiva proteção aos bens jurídicos tutelados pela norma penal militar. Aplicação da Súmula 14 desta Corte Marcial.

VII - Não provimento do Recurso. Sentença condenatória mantida¹⁴⁵. (grifo nosso).

Percebe-se assim, com base na especialidade¹⁴⁶ da lei penal castrense, que tutela bens jurídicos distintos da lei penal comum, bem como nos princípios da hierarquia e disciplina, que no contexto militar, diferentemente da Lei nº 11.343/06, deve apresentar reprimenda maior ao

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1379369 no AGR/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 24/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764014339>. Acesso em: 27 nov. 2023.

¹⁴⁶ Que pune apenas o usuário que porta drogas para consumo próprio no contexto da administração militar.

militar que faça o uso de entorpecentes na caserna, inclusive pelo seu constante manuseio e uso de armas, não incidindo, portanto, a descriminalização do porte de drogas para uso próprio ao artigo 290.

Nessa senda, Rafaella Silva explica as particularidades da norma penal castrense em face dos princípios da hierarquia e disciplina:

A sociedade militar é peculiar, possui *modus vivendi* próprio. Contudo, submete-se aos princípios gerais que regem o Direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional e submetida ao controle judicial. Sua peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades consideradas penosas ou insalubres. Para tais condições, especial deve ser o regime disciplinar, conciliando os interesses da Instituição e os direitos dos que a ele se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas com a supressão de seus direitos. Portanto, a sociedade militar, a vida na caserna, própria das Instituições Militares, são permanentes e estruturadas com base na e hierarquia e na disciplina. Tais princípios constitucionais são alicerces das Organizações Militares, conforme se depreende do artigo 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e objetivam dar máxima eficácia às Instituições Militares. Não obstante, a referida severidade legal não deve ultrapassar os dispositivos que realmente o especifiquem, em salvaguarda do serviço militar, da disciplina, da hierarquia, da condição de superior, não devendo ser estendida aos princípios informadores que norteiam o Direito Penal Brasileiro de maneira geral¹⁴⁷. (grifo nosso).

Além disso, o STM explica que o contingente militar que mais incorre no tipo penal descrito são as praças de baixa patente, ou seja, conscritos e soldados, correspondendo estes a aproximadamente 37% (trinta e sete por cento) do efetivo que compõe as Forças Armadas.

Logo, a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, nesse contexto, poderia gerar consequências deletérias à Administração Militar, visto que as atividades que costumam ser desempenhadas por esses grupos seriam atingidas significativamente. Veja-se:

5. Por outro lado, convém ressaltar, conforme apontam as estatísticas desta Justiça Militar, que o maior usuário do alucinógeno de menor preço de aquisição, a maconha, é o jovem SOLDADO das Forças Armadas. Dos cerca de 348.000 mil militares da ativa, este segmento, quase sempre cumprindo a Lei de Serviço Militar obrigatório, representa 37 % do efetivo total. A principal atividade dos recrutas recém-incorporados e dos soldados já um pouco mais antigos é o serviço de sentinela dos quartéis, navios e bases aéreas, no geral. Para o efetivo serviço, são manuseados armamentos e equipamentos de alto poder destrutivo, como pistolas de calibre 9mm e fuzis tipo FAL 7.62 mm.
5.1 Além do serviço armado efetuado por jovens soldados, outro importante segmento do Comando da Aeronáutica que poderá ter grave influência na sociedade brasileira é o dos Controladores de Tráfego Aéreo, trabalhando na difícil e cuidadosa missão de

¹⁴⁷ SILVA, Rafaella Lass Fontana Branco e. **Da (im)possibilidade da aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) para militares das Forças Armadas frente ao artigo 290 do Código Penal Militar**. 95 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/MonoRafaella.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023.

controlar e supervisionar todo o movimento aéreo de decolagens, pousos, aproximações em aeródromos de grandes movimentos, voos em altas altitudes etc., das centenas de aeronaves nacionais e estrangeiras que operam no espaço aéreo do nosso País. Imaginar um jovem Sargento da FAB assumir o console de radar às 6:00h da manhã, após ter utilizado uma mínima quantidade de qualquer substância alucinógena até 24 horas antes do seu turno de serviço toma-se algo indesejável e de alta preocupação para qualquer Chefe ou Comandante, por maior que seja o controle psicológico e psicomotor atualmente já exercido nos CINDACTA (Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo), recentemente visitados por Vossa Excelência.

5.2 Por essa razão, penso nos reflexos nefastos que a decisão a ser proferida no RE 635.659 poderá representar para as Organizações Militares, pois a descriminalização do porte de pequena quantidade de substância entorpecente fomentará, sem dúvida, a circulação de drogas no âmbito dos quartéis¹⁴⁸. (grifo nosso).

Por derradeiro, o Ofício do STM conclui pela inaplicabilidade da Repercussão Geral do RE n° 635.659 na Justiça Castrense, explicitando que, em caso de eventual provimento, seus efeitos devem estender-se somente ao artigo 28 da Lei n° 11.343/2006:

8. Em breve conclusão, é importante apresentar a grande preocupação dos Ministros do Superior Tribunal Militar no trato de tão importante matéria. Não há como compatibilizar a mínima posse e tentativa de consumo de qualquer tipo de entorpecente em área sujeita à administração militar, visto que o efetivo descumprimento do estabelecido no artigo 290 do Código Penal Militar acarretará, com certeza, o enfraquecimento e o comprometimento dos principais pilares do estamento militar brasileiro, que são a hierarquia e a disciplina.

9. São essas as razões de solicitar a Vossa Excelência o empenho necessário para que os efeitos de eventual provimento do RE n° 635.659 sejam regulados de forma a não alcançarem a prática do delito de posse de entorpecente no âmbito das Organizações Militares, conforme dispõe o citado dispositivo da lei penal militar¹⁴⁹. (grifo nosso).

Nessa toada, o Superior Tribunal Militar, após a Lei n° 11.343/2006 ser promulgada, editou a Súmula 14, a fim de esclarecer os questionamentos acerca da revogação ao artigo 290 do CPM, informando que a novel legislação de drogas não se aplica no âmbito da caserna:

Superior Tribunal Militar (STM). Súmula 14 – Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD), não se aplica à Justiça Militar da União¹⁵⁰.

Outrossim, em sua Jurisprudência, o STM demonstra de maneira pacífica o referido entendimento, conforme exposto a seguir:

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Ofício n° 482/2015/PRSTM**. 18/09/2015. p. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756137317&prcID=4034145#>. Acesso em: 23 nov. 2023.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 2.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Súmula 14**. 02/09/2014. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref>. Acesso em: 27 nov. 2023.

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. PORTE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO NO INTERIOR DA UNIDADE. CONDUTA TÍPICA POR FORÇA DO ART.290 DO CPM. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DA PENA DE PRISÃO. USUÁRIO DE DROGAS. INCOMPATIBILIDADE COM A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E DE VIENA. TESE REFUTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DESPROVIMENTO. MANUTENÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

1. Pedido de absolvição firmado em tese de inconstitucionalidade do art. 290 do CPM à luz das Convenções de Nova Iorque e de Viena, sob o argumento de que os referidos tratados possuem status de norma constitucional. Matéria não conhecida como preliminar por se tratar do fenômeno da receptividade de norma infraconstitucional, devendo, portanto, ser analisada como questão de mérito.

2. A imposição de sanção penal ao usuário de entorpecentes, no âmbito da caserna, não diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual considera que o art. 290 do CPM se revela harmonioso com a Constituição da República e, assim, é aplicável ao usuário de drogas.

3. Prevalência do princípio da especialidade da norma penal castrense para afastar a aplicação das penas alternativas da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

4. A ofensa aos valores intrínsecos à vida na caserna desautoriza a aplicação do princípio da insignificância calcado na ínfima quantidade de entorpecente.

5. O bem jurídico tutelado pelo Código Penal Militar não se restringe à saúde pública, mas também à segurança das instituições militares, tendo em vista o uso e o manuseio de armas e de equipamentos de alto poder destrutivo, situação que expõe a perigo inevitável os integrantes da Organização Militar, diante de pessoa tomada pelos efeitos da maconha ou de qualquer outra substância entorpecente.

6. Autoria e materialidade comprovadas. Apelo desprovido. Decisão unânime¹⁵¹. (grifo nosso).

Ainda, nessa perspectiva:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DEVOLUÇÃO AMPLA DA QUESTÃO LITIGIOSA. PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. CRIME IMPOSSÍVEL. ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI Nº 9.099/95. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COMUM. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NÃO CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 202 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. EMBRIAGUEZ. NÃO CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ARTIGO 291, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO CABIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. UNANIMIDADE.

(...)

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 7001150-40.2019.7.00.0000**. Relator Min. William de Oliveira Barros. 05/03/2020. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuiid=eca049296fe1bb28bf425c260be32c0229d0a4ebd85ea155a3ac3a20760070c5. Acesso em: 27 nov. 2023.

1. Para a configuração do delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, basta que se evidencie qualquer das figuras nucleares do tipo penal. Embora o art. 32 do Código Penal Militar considere impossível a consumação de crime cujo meio empregado seja absolutamente ineficaz ou se verifique a impropriedade do objeto, determinando a não aplicação da reprimenda, na espécie, independentemente da quantidade, o agente foi encontrado portando substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, em circunstâncias tais que identificam o delito encartado no citado preceito penal incriminador do Estatuto Repressivo Castrense.

2. O tipo penal inserido no art. 290 do Estatuto Repressivo Castrense encerra elevado potencial de perigo, porquanto os militares, por essência, manuseiam artefatos e instrumentos de sabida periculosidade, como armas de fogo, explosivos etc., de forma que, em circunstâncias como as descritas nos autos, coloca-se em risco não só a integridade do Acusado, como também de terceiros. A tipificação dos delitos de perigo abstrato tem por objetivo reprimir preventivamente eventual lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, razão pela qual não se contrapõe à ordem constitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Plenário do Superior Tribunal Militar.

3. Assim, para a configuração do tipo descrito no art. 290 do CPM, não se faz necessária a comprovação de resultado lesivo, pois em ambiente militar a potencial lesividade da substância entorpecente é suficiente para incriminar o seu possuidor, bastando, para tanto, que o agente pratique qualquer das figuras nucleares do tipo penal em apreço, sem a necessidade de efetiva comprovação da existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado pela norma penal, in casu, a saúde pública.

4. Em julgamento pelo Pleno, o Excelso Pretório não só entendeu por inaplicável o Princípio da Insignificância no âmbito desta Justiça Castrense, como também assentou não ser desproporcional a condenação pelo delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, ainda que pequena a quantidade da droga. Considerando a relevância penal da norma incriminadora descrita no art. 290 do Código Penal Militar, cuja conduta representa efetiva lesão aos bens jurídicos por ela tutelados, a penalidade aplicada ao militar que portar entorpecente no interior de Unidade Militar mostra-se adequada e proporcional, sendo irrelevante a pequena quantidade de substância entorpecente.

5. A aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é inviável no âmbito da Justiça Militar da União em razão do Princípio da Especialidade, pois não houve revogação nem alteração na redação do art. 290 do Estatuto Repressivo Castrense. Além disso, a expressão em "local sujeito à administração militar" contida na norma penal castrense descrita pelo art. 290 do Código Penal Militar delimita a especialidade desse delito em relação à Lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006), devendo a conduta perpetrada pelo Acusado ser apreciada sob esse prisma.

(...)

6. Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade, impõe-se a condenação do agente. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade¹⁵². (grifo nosso).

Em face do exposto, é válido mencionar que se reconhece a importância de discutir-se a respeito do uso de entorpecentes no Brasil enquanto verdadeiro problema de saúde pública, sem moralismos e/ou tabus, visto que o problema da dependência química é evidente e amplamente constatado pela Organização Mundial da Saúde, além de gerar inúmeros efeitos

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 7001325-34.2019.7.00.0000**. Relator Min. Carlos Vuyk de Aquino. 05/03/2023. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=1fdbeb57e022d99821e718ca97bc2cbbabc3328a000c7b068baa472136f11656. Acesso em: 27 nov. 2023.

colaterais no âmbito social, como o aumento da violência urbana, a estigmatização e a morte precoce de grupos historicamente marginalizados.

Assim, o RE n° 635.659, em âmbito geral, apresenta grande relevância jurídica ao rediscutir a política de drogas, apresentando soluções que vão além de medidas meramente simbólicas ou sensacionalistas para vislumbrar um tema tão complexo.

Todavia, merece observância a disparidade entre os bens jurídicos tutelados entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Militar, a partir da doutrina especializada, da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e dos votos dos Ministros do STF em sede do RE n° 635.659.

Enquanto os Ministros do STF, em sua maioria, entendem que na Lei de Drogas comum o direito à intimidade e à vida privada do usuário de drogas deve prevalecer sobre o direito coletivo à saúde e à segurança pública, na Lei de Drogas castrense, a especialidade da norma penal, a hierarquia, a disciplina e a salvaguarda da coletividade e da Organização Militar deve prevalecer sobre o direito à intimidade e à vida privada do usuário de drogas da caserna.

Portanto, em resposta ao questionamento central suscitado por este Trabalho, entende-se que, em caso de eventual provimento do Recurso Extraordinário n° 635.659, em sede de Repercussão Geral, seus efeitos acerca da descriminalização das drogas¹⁵³, nos termos da Lei, devem estender-se tão somente ao artigo 28 da Lei n° 11.343/2006, não abrangendo, portanto, o artigo 290 do Decreto-Lei n° 1.001, de 21 de Outubro de 1969 (Código Penal Militar).

¹⁵³ Ressalta-se, até o momento, a inclinação dos votos dos Ministros pela discriminação apenas da *cannabis sativa lineu* (maconha).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inequívoco que a discussão acerca dos efeitos do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP é um tema recorrente na atualidade, trazendo-se os mais diversos pontos de vista a respeito da descriminalização do uso de entorpecentes no Brasil.

Assim, ao traçarmos o contexto histórico do uso de entorpecentes e da política de drogas, tanto no Brasil quanto no exterior, tornou-se possível compreender a maneira como a legislação de drogas brasileira foi sendo construída até chegarmos às lei de drogas atuais, permitindo-nos adotar uma visão holística acerca do tema deste Trabalho.

Outrossim, o estudo a respeito da Lei nº 11.343/2006, bem como de seu artigo 28, que criminaliza o porte de drogas para uso pessoal, possibilitou-nos compreender as particularidades da norma penal, permitindo-nos adquirir clareza suficiente para inferir que a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 635.659, em caso de eventual provimento, deverá aplicar-se tão somente à legislação de drogas comum, sem no entanto estender-se para a legislação de drogas castrense, onde subsistem outros critérios que devem ser levados em conta a fim de aferir a gravidade da conduta do indivíduo que porta drogas para uso pessoal em local sob administração militar.

Ademais, analisando-se os autos do Recurso Extraordinário nº 635.659 em si, conseguimos traçar toda uma linha do tempo de como se originou a discussão do presente Trabalho, desde a condenação penal pelo JECRIM, em primeira instância, de um detento que portava maconha para uso pessoal, até a deliberação em Plenário pelo Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 em observância aos princípios constitucionais da intimidade e vida privada, sendo analisados os pontos principais dos votos de cada Ministro do Pretório Excelso, bem como as razões que os levaram a decidir daquela forma.

Nesse ínterim, percebeu-se também que, apesar de em um primeiro momento a discussão em sede do RE nº 635.659 parecer deliberar a respeito da descriminalização de todas as drogas sem exceção, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em quase que a totalidade dos seus votos, guiaram o julgamento no sentido de tratar tão somente a respeito da descriminalização do porte para consumo próprio de maconha, sem abordarem os aspectos biológicos, jurídicos e sociais dos demais entorpecentes.

Já o estudo acerca de como se organiza e se estrutura a Justiça Militar no Brasil, trouxe-nos a capacidade de compreender todo o arcabouço histórico e jurídico em volta do artigo 290

do Código Penal Militar, pois, ao entender-se a estrutura, a organização e os princípios que regem o Direito Penal Castrense, foi possível concebermos o porquê de a penalização do indivíduo que porte de drogas para uso pessoal no âmbito da caserna ser tratada de forma diferente e com maior rigor, em comparação à legislação de drogas comum, pela doutrina e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

Logo, este trabalho conseguiu cumprir seus objetivos específicos ao delimitar as particularidades existentes entre ambas as legislações sobre drogas, ao apresentar um estudo apurado dos pormenores do artigo 28 da Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006 e do artigo 290 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969.

Nessa vereda, também foram colacionadas múltiplas jurisprudências, tanto do Superior Tribunal Militar quanto do Supremo Tribunal Federal, em que se reconhece a não-aplicação do princípio da insignificância frente ao artigo 290 do Código Penal Militar, por entender que o seu teor não contraria o princípio da proporcionalidade, além de respeitar o critério da especialidade e as bases institucionais da hierarquia e disciplina que regem o ambiente castrense.

Logo, verifica-se que maior rigor aplicado aos militares se justifica pelo fato de que as Forças Armadas são instituições necessárias para a defesa da Pátria, dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Todavia, essa rigidez punitiva não se confunde com arbitrariedade, tampouco com inconstitucionalidade, visto que a legislação penal castrense não deixa de respeitar as máximas constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, garantindo-se ao militar acusado de portar drogas para consumo próprio uma persecução penal justa e individualizada.

Por derradeiro, demonstramos que a Organização Militar é regida pelos princípios da hierarquia e disciplina, pelo princípio da especialidade e pelas particularidades que envolvem o indivíduo militar e a organização castrense, o que justifica o maior rigor da norma penal militar no combate ao uso de drogas, restando-se pacificado até o momento, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 290 do Código Penal Militar, bem como a inaplicabilidade, em caso de eventual provimento, do Recurso Extraordinário nº 635.659 no âmbito da caserna, por serem distintos os aspectos que circundam as legislações de drogas especial e comum.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da Justiça Militar**. Revista Eletrônica do Ceaf. Ministério Público do Estado do RS. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan. 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vollno1art6.pdf. Acesso em: 23 nov. 2023.
- BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, out./dez. 1997.
- BOITEUX, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- BRASIL. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 22 out. 2023.
- BRASIL. Colégio Recursal do Juizado Especial da Comarca de Diadema. **Acórdão nº 26/10**. Relator: Helmer Augusto Toqueton Amaral. Diadema, SP, 18 de junho de 2010. págs. 163-165. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 11.841, de 10 de fevereiro de 1915**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 158/2009.** Diadema, SP, 22 de março de 2010. págs. 132-139. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Razões do Recurso Extraordinário Interposto nos Autos da Apelação Criminal Nº 158/2010.** Diadema, SP, 09 de agosto de 2023. págs. 170-188. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal. Termo de Audiência de Instrução, Debates e Julgamento nº 158. Relator(a): Cristiane Ferro de Alcantara. Diadema, SP, 26 de fevereiro de 2010. **Sentença de 1º Grau. Processo nº 161.01.2009.018946-6.** Diadema, págs. 108-111. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Estatuto dos Militares.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992.** Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=790351&filename=LegislacaoCitada#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20de,crimes%20e%20%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14688.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Contrarrazões do Ministério Público. Processo nº 158/09.** Diadema, SP, 05 de abril de 2010. págs. 141-157. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Subprocuradoria Geral da República. **Parecer Nº 8467.** Brasília, DF. págs. 199-202. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209334-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-lxxxix-que-ninguem-tenha-em-sua-casa-rosalgar-nao-o-venda-nem-outro-material-venenoso.html>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998.** Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1442224/SP.** Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 24/05/2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;resp:2016-05-24;1442224-1543059>. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 146.388 – RJ.** Rel. Min. Felix Fischer. 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=61968025&tipo=91&nreg=201601130263&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160701&formato=PDF&salvar=fal se>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. HC. **Acórdão 2003.01.033828-4 – AM.** Rel. Min. José Julio Pedrosa. 17.09.2003. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.militar;plenario:acordao:2003-09-17;180_2003010338284. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 7001150-40.2019.7.00.0000.** Relator Min. William de Oliveira Barros. 05/03/2020. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=eca049296fe1bb28bf425c260be32c0229d0a4ebd85ea155a3ac3a20760070c5. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 7001325-34.2019.7.00.0000.** Relator Min. Carlos Vuyk de Aquino. 05/03/2020. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=1fdbeb57e022d99821e718ca97bc2cbbabc3328a000c7b068baa472136f11656. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 7000352-74.2022.7.00.0000.** Relator Min. Leonardo Puntel. 12/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stm/1867926048>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Ofício nº 482/2015/PRSTM.** 18/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756137316&prcID=4034145#> e <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756137317&prcID=4034145#>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Presidente da República sanciona lei que promove mudanças na Justiça Militar da União.** 20/12/2018. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/9241-presidente-da-republica-sanciona-lei-que-promove-mudancas-na-justica-militar-da-uniao>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Primeira instância**. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Súmula 14**. 02/09/2014. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1379369 no AGR/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 24/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764014339>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.961/SP**. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 11/12/2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo499.htm>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 21/10/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621935>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 110.475/SC**. Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma. 14.02.2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 158.077/AM**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 01/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749358327>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 430.105-RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 13/2/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 6 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Assunto: tipicidade, posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE Nº 635.659/SP**. Brasília, DF. págs. 249-254. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4931396&prcID=4034145#>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF tem cinco votos para afastar criminalização do porte de maconha para consumo próprio**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Manual do Inquérito Policial Militar (Perguntas e Respostas).** 2022. Disponível em: <https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/upload/arquivos/202209/08181620-portaria-n-035-manual-de-ipm.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

CARVALHO, Salo De. **A política penal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, Hylda. **Presente em 12 estados, MP Militar quer ampliar atuação na Região Amazônica.** Revista Consultor Jurídico (Conjur). 20 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/presente-12-estados-mp-militar-ampliar-atuacao-amazonia/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

DANTAS, Rhael Vasconcelos. **Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – Unb. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16947/1/2017_RhaelVasconcelosDantas_tcc.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023.

DIREITONET (org.). **Ação Penal Militar.** 2023. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/505/Acao-Penal-Militar>. Acesso em: 22 nov. 2023.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.** 5. ed. Impetus: Niterói, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal ‘sui generis’ ou infração administrativa?** 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>. Acesso em: 3 nov. 2023.

KOPSTEIN, Marcos Antunes; SILVA, Rafael Castro da. **Competência da Justiça Militar no Brasil.** Faculdade Metodista Centenário, Santa Maria, maio 2016. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/edicoes-anteriores/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/ciencias-criminais-constituicao-e-democracia-aspectos-contemporaneos/e4-15.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINS, ANDRÉ. Repórter de Brasil e Economia. Revista Exame. **Gilmar Mendes muda voto e defende a descriminalização do porte apenas da maconha.** 2023. Disponível em:

[https://exame.com/brasil/gilmar-mendes-muda-o-voto-e-defende-a-descriminalizacao-do-
porte-apenas-da-maconha/](https://exame.com/brasil/gilmar-mendes-muda-o-voto-e-defende-a-descriminalizacao-do-porte-apenas-da-maconha/). Acesso em: 16 nov. 2023.

MERELES, Carla. **O que é o Ministério Público Militar**. Revista *Politize!* 27 abr. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/ministerio-publico-militar/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

Ministério Público Militar (org.). **Função do Ministério Público Militar**. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/funcao/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

Ministério Público Militar (org.). **Histórico do Ministério Público Militar**. Disponível em: <https://memoria.mpm.mp.br/historico-do-mpm/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Crimes militares extravagantes e por extensão: Competência e efeitos da Lei nº 13.491/2017**. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, maio 2021. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/crimes-militares-extravagantes-e-por-extensao-competencia-e-efeitos-da-lei-no-13-491-2017/1.CrimesMilitaresExtravagantesSemana11.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: https://logisticamilitarblog.files.wordpress.com/2016/05/manual_direito_penal_militar.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2014. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. RJ, Revan, 1990.

PORTAL MIGALHAS. **O STF e a aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/81194/o-stf-e-a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 31 out. 2023.

QUEIRÓS, Aroldo Freitas. **Apontamentos iniciais para a atuação do Advogado na Justiça Militar**. Revista Eletrônica OAB RJ – Comissão de Direito Militar, Rio de Janeiro, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wpcontent/uploads/2023/05/APONTAMENTOS-INICIAIS-PARA-A-ATUA%C3%87%C3%83O-DO-ADVOGADO-NA-JUSTI%C3%87A-MILITAR.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

QUEIROZ, Albérico Sávio Peixoto de. **A pena do artigo 290 do Código Penal Militar, atribuída à conduta de traficância, analisada sob o princípio da proporcionalidade em face do advento da Lei 11.343/06**. 58 f. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1631/1/Monografia_Alberico%20Savio%20Peixoto%20de%20Queiroz.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

REITER, Fernanda Olga. **As principais mudanças trazidas pela Lei nº 13.491/2017 e o seu impacto na Justiça Militar do estado do Rio Grande do Sul**. 107 f. TCC (Graduação) - Curso

de Direito, Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2019. Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/b7e20438-03c5-4ad5-890f-9c2a90a6e183/content>. Acesso em: 22 nov. 2023.

RICHTER, ANDRÉ. Repórter da Agência Brasil. **Zanin vota contra a descriminalização da maconha para uso pessoal.** 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-08/zanin-vota-contradescriminalizacaoda-maconha-para-uso-pessoal>. Acesso em: 16 nov. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Organização da Justiça Militar.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n° 35, 1 out. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1569>. Acesso em: 23 nov. 2023.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Barcelo: Bosch, 1972.

SALVIANO, Allan Machado. **O tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar frente às disposições da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas.** 74 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário Salesiano – Unisales, Vitória, 2021. Disponível em: <https://encr.pw/Z6CHN>. Acesso em: 26 nov. 2023.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais.** 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>. Acesso em 23 out. 2023.

SILVA, César Dario Mariano da; **Lei de drogas comentada.** 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Paula Carolina Araújo da; LUCHSINGER, João Thomas. **A ampliação da competência da Justiça Militar e sua inconvenção: análise a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos.** Escola Nacional da Defensoria Pública da União. 13 nov. 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/download/239/213/1328>. Acesso em: 23 nov. 2023.

SILVA, Rafaella Lass Fontana Branco e. **Da (im)possibilidade da aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) para militares das Forças Armadas frente ao artigo 290 do Código Penal Militar.** 95 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/MonoRafaella.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SOUZA, Leonardo Silva de. **O Inquérito Policial Militar e a Polícia Judiciária Militar sob uma perspectiva constitucional.** 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://11nq.com/i2WDg>. Acesso em: 22 nov. 2023.

SOUZA, Luis Carlos Maia. **Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul: considerações acerca da sua extinção ou manutenção.** Santana do Livramento: Unipampa,

2016. Disponível em:
<https://dspace.unipampa.edu.br/bitstream/riiu/1132/1/Souza%2C%20Luis%20Carlos%20Mai.%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20Militar%20do%20Estado%20do%20Rio%20Grande%20do%20Sul%20considera%C3%A7%C3%B5es%20acerca%20da%20sua%20extin%C3%A7%C3%A3o%20ou%20manuten%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 1ªed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario**. Publicado em: Anuario No. 13-14 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995.