

# Lei de Drogas, Código Penal Militar e o Princípio Insignificância: da Necessidade da Sanção à Humanização da Pena

## Isaac Newton Lucena Fernandes de Queiroz

Advogado, ex-cadete da PMMG aprovado em 2º lugar no Concurso para o Curso de Formação de Oficiais em 2017. Formado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pós-graduado em Direito Administrativo e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela mesma instituição. Exerce o cargo de Técnico-Administrativo na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

## George Andrade Werner

Aspirante da Polícia Militar de Minas Gerais, ingresso na instituição em 2007, através do Curso técnico em segurança pública (PMMG). Concluinte do Curso de formação de sargentos (PMMG) no ano de 2011. Bacharel em Direito, concluído no ano de 2016 pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (FADILESTE). Concluinte do Curso de Formação de Oficiais (PMMG) do ano de 2018.

## Eduardo Tadeu Silva Costa

Aspirante da Polícia Militar de Minas Gerais, ingresso na instituição em 2006, através do Curso técnico em segurança pública (PMMG). Concluinte do Curso de formação de sargentos (PMMG) no ano de 2010. Bacharel em Direito, concluído no ano de 2015 pela Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Concluinte do Curso de Formação de Oficiais (PMMG) do ano de 2018.

**Data de recebimento:** 27/06/2017

**Data de aprovação:** 03/08/2018

**DOI:** 10.31060/rbsp.2018.v12.n1.815

### Resumo

A norma penal tem a função de manter a coesão social, punindo o comportamento desviante ao mesmo tempo em que o previne no âmbito da reação social jurídica ao crime. Durante a história da humanidade, a norma penal já se manifestou em um extenso rol de penas cruéis, mas está hoje ela acompanhada dos valores de humanização universalmente aceitos. No meio militar, embora mais severas, essas diferenciações entre as penas devem guardar apenas a discrepância necessária à preservação dos bens jurídicos distintos. Exemplo disso seria a inadmissão do princípio da insignificância ao porte de drogas por militar, punido igualmente àquele que trafica. O objetivo do trabalho é suscitar reflexão sobre o quadro social de epidemia do uso de drogas no mundo moderno, bem como dos seus impactos sociais e da necessidade de repensar a matéria como questão de saúde pública, inclusive e especialmente no meio policial militar. Utilizando dados empíricos secundários, analisados à luz de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a metodologia é descritiva e também exploratória. Como resultado, a discussão avança na busca pela congruência da punição com princípios constitucionais de proporcionalidade e individualização da pena, amparado ainda na necessária reflexão sobre a função da pena e seus efeitos no meio castrense.

### Palavras -Chave

Lei de Drogas. Código Penal Militar. Policial Militar

## Abstract

### ***Drug Law, Military Penal Code and the insignificance principle: from the necessity of sanctioning to penalty humanization.***

*The criminal law has the function of maintaining social cohesion, punishing while preventing the deviant behavior in the context of the social reaction to crime. Throughout the history of mankind, people have endured under an extensive list of cruel punishments, but today the punitive law is impregnated with the universal values of humanization. In the military milieu, yet more severe, the differentiation between sentences must preserve only the necessary discrepancy for the preservation of distinct interests. The inadmissibility of the principle of insignificance to the possession of drugs by military, punished in the same way as the one who traffics, would be an example of that difference of treatment compared with regular criminal law. The objective of the study is to take into account the social context of the drug use epidemics in the modern world, its social impacts and the need to rethink the issue as a public health issue, including and especially in the military police. Using secondary empirical data, analyzed in the light of doctrinal and jurisprudential understandings, the methodology is descriptive and also exploratory. As results, the discussion advances as it seeks for the consistency of state punishment under the constitutional principles of proportionality and penalty individualization, and the necessary reflection on its punitive function and effects in the military milieu.*

## Keywords

*Drug Legislation. Military Criminal Law. Military Police*

## INTRODUÇÃO

A sanção faz parte do direito, sendo um elemento que integra a própria autoridade estatal. Não por menos é que grande parte das normas jurídicas, ou mesmo todas elas, de um modo ou de outro, regula o uso da força. É o imperativismo, que para os jusfilósofos positivistas trata-se justamente do poder investido como necessário para a sustentação de uma estrutura estatal moderna, detentora do monopólio do uso da força (SALGADO, 2010).

Isso significa que, para alcançar os objetivos e manter a coesão social, a organização necessita se amparar em coerção, esta entendida como efeito direto (ou pelo menos da certeza deste pela população) da repressão ao comportamento tido por desviante. A coação também seria identificada como um aspecto psicológico ou pedagógico do uso da força, mas geralmente está mais afeta às relações privadas.

Sem delongas maiores no exame historiográfico da sanção, mais especificamente a pena, imperioso, contudo, se faz afirmar que elas atendem aos anseios sociais da época, amparadas nos princípios adotados pelos povos ao longo do tempo. Dentre as fases mais conhecidas, como a vingança privada, a lei de talião e os primórdios da adoção da *compositio*, passando pela pena corporal

que infligia torturas e suplícios, processos secretos, crueldades, a humanidade evoluiu bastante nesse sentido. No Brasil, durante as Ordenações Filipinas que vigoraram no período colonial, figuravam dentre as principais penas o degrado e a morte, essa podendo ser executada sob diversas formas como fogueira, veneno, força ou pelourinho. Nessa época não havia sequer separação entre deveres cívicos e religiosos, pois também era punida com a morte a bruxaria, a sodomia, dentre outras transgressões de natureza moral. Importante frisar, contudo, que o Rei utilizava de sua soberania para abrandar ou comutar as punições, fazendo-o inclusive com bastante frequência, de forma a centralizar o poder e angariar apoio público (BRETAS; SANT'ANA, 2010).

No caso das instituições militares, em razão da sua natureza de amparo na hierarquia, na ordem e na disciplina, a repressão às condutas inadequadas sempre foi mais severa. Para a doutrina militar, sua atividade precípua de segurança nacional, no exercício das atribuições conferidas na qualidade de longa manus daquele investido no poder estatal, demandariam maior rigor, de maneira que o poder de coerção seja ainda maior.

Assim é que as penas aplicadas em razão de transgressões próprias têm uma específica condição de maior severidade. Segundo Jorge César de

Assis, elas já foram da pena de morte ao desertor e de arrancar a língua ao espião no Egito, de castigos corporais diversos, diminuição compulsória do status social, trabalhos forçados, de decapitação, de degradação e outras igualmente cruéis na Roma Antiga. A França adotava uma pena chamada salto de polé, onde o militar amarrado pelas mãos, preso a uma corda amarrada do mastro de um navio ao convés, era atirado ao mar e içado quantas vezes fosse determinado pelo comandante (ASSIS, 2007).

Quanto ao caso brasileiro, o referido autor cita que os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763 e em vigor no Brasil colonial, previam a pena de morte para a maioria dos delitos militares, variavam apenas as modalidades da execução. Com a proclamação da República, o novo Código Penal Militar – CPM, ainda previa diversas modalidades de pena, dentre as quais ainda se incluía a de morte e a de trabalhos forçados, ainda que em tempo de paz. Segundo Bretas e Sant’Anna, a República Velha destinava a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes políticos e militares, justificadas à época pelo temor de convulsões intestinais que levassem o país de volta ao império. Apenas quando da promulgação do atual CPM (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) é que a pena de morte é transportada para crimes cometidos em tempo de guerra (ASSIS, 2007), além de serem adotados outros benefícios oriundos do Código Penal comum.

Vale salientar ainda, que a aplicação da pena capital para alguns crimes cometidos em tempo de guerra alinha-se à vinculação do Brasil ao Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Inter-

nacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), constante do Decreto Legislativo nº 311/2009, e também ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994 e em vigor desde a promulgação do Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998.

Em que pese a penologia<sup>1</sup> brasileira mostrar a evolução social no que tange à reação jurídica do ato delituoso, no caso dos delitos militares ainda há situações delicadas que demandam reflexão. Há casos em que a punição para o civil e para o militar são completamente distintas, da mesma forma que o tratamento de determinadas questões processuais pelas justiças comum e especial encontra-se bastante discrepante.

Assis (2007) cita como exemplo as discussões que sobrevieram com a Lei nº 9.099/95 e também posteriormente com a instalação dos juizados especiais federais e aplicabilidade de seu rito à caserna, que embora superada no âmbito das reiteradas decisões judiciais, não deixa de suscitar o clamor pela criação de institutos similares na justiça castrense. A celeuma não é sem razão: há doutrina farta que critica a Lei nº 9.839/99, a qual inseriu o art. 90-A na Lei dos Juizados vedando a aplicação desta no âmbito militar, afirmando que tal diferenciação afronta o princípio da igualdade de maneira desarrazoada (GOMES, 1997).

No mesmo passo está a discussão sobre a aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) — em especial seus institutos despenalizadores —, que embora igualmente pacificada na juris-

<sup>1</sup> Penologia é uma ciência fática (logo, empírica), que observa e analisa os acontecimentos e processos que se desenvolvem na realidade material da punição, sendo que seu objeto de estudo são as reações sociais perante condutas ou sujeitos percebidos como perigosos pela coletividade, segundo Ney Fayet Junior e Carlos Thompson Flores. *Penas e Punição*. In: *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. 2014, p. 370.

prudência pátria sobre a sua não incidência nos delitos militares, ainda encontra vozes discordantes na doutrina, que atentam para uma necessária reflexão sobre a matéria.

De fato, a discussão tem sua razão de ser. Com a nova Lei de Drogas, o porte de substância ilícita deixou de ser punido com prisão. Isso não significou um enfraquecimento da política de combate aos entorpecentes ilícitos; pelo contrário, de 2005 a 2012, o número de presos por tráfico no Brasil passou de 9% para 23% da população encarcerada no país (LEMGRUBER; BOITEUX, 2014). Entretanto, no meio militar vige o rigor que iguala o porte ao tráfico, açambarcando-os no mesmo instituto penal e isolando o aparato estatal militar da discussão sobre a epidemia das drogas no Brasil e no mundo. Ademais, o Supremo Tribunal Federal e os demais Tribunais pátrios já alinhavaram a decisão de não aplicar o princípio da insignificância a esse tipo de delito.

A questão subjacente é: seria tal rigidez necessária, proporcional e útil diante de um quadro generalizado de intenso estresse profissional, como é caso daquele vivenciado pelos policiais militares brasileiros?

É essa, pois, a temática do presente trabalho: refletir sobre a questão amparando-se em fatos sociais, opondo-os ao tratamento jurídico dispensado pelos tribunais pátrios. O objetivo geral é resgatar a discussão sobre a política no caso da criminalização do porte de drogas e as funções declaradas da pena: ressocialização e retribuição.

Como metodologia, trabalha-se com dados empíricos secundários, extraídos de publicações especializadas, mostrando que o consumo de entorpecentes por agentes do sistema de segurança revela-se como um problema sério e silencioso. A outra linha metodológica contempla a pesquisa

bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema no país. O método é o descritivo exploratório, sugerindo ligações entre a situação fática encontrada nos dados empíricos e as suas reverberações não só no âmbito da doutrina e das decisões judiciais, mas também em como esses elementos são pressupostos para o objetivo geral: discutir a função social da pena para esse crime.

Adianta-se, desde já, que o presente trabalho não tem o condão de defender despenalização ou de moderar a rigidez que a disciplina militar exige dos seus quadros, mas de incluir a justiça militar no universo de discussão de um grave problema social que não pode ser simplesmente ignorado.

### O Consumo de Drogas Lícitas e Ilícitas por Policiais

Segundo Salomão Shecaira (2014), o uso de drogas sempre foi constante na espécie humana, tendo se tornado um problema epidêmico com a consolidação do capitalismo sustentada na expansão colonial europeia. Além disso, o desenvolvimento farmacêutico potencializou os efeitos dos entorpecentes, tornando-se um componente essencial para catalisar as suas consequências no âmbito social.

O proibicionismo, movimento que, ora mais forte, ora mais brando, prega pela proibição do consumo de entorpecentes, passou a integrar o âmbito do feixe de atribuições estatais por questões que nada tinham a ver com saúde pública ou qualquer outra natureza de proteção ao indivíduo. As leis proibicionistas no Ocidente surgiram na época em que a Inglaterra, tendo perdido a Guerra do Ópio para a China, deixou de lutar pelo controle da droga para lutar contra ela, no exclusivo intento de sufocar comercialmente o oponente (LEMGRUBER; BOITEUX, 2014).

Ainda em matéria de proibicionismo, hoje se separam as substâncias em lícitas e ilícitas por questões de natureza eminentemente política. A bebida alcoólica já foi proibida no mundo ocidental (v.g. a famosa Lei Seca americana) e os efeitos sempre foram negativos: o tráfico foi imediato, as mortes o seguiram; conseqüentemente, a falência da medida logo se anunciou. Em questões de saúde pública, contudo, não há estudo conclusivo que indique ser o álcool etílico mais ou menos gravoso à saúde que outras substâncias entorpecentes, inexistindo critério objetivo que justifique sua liberação ou proibição.

Tanto que a bebida é hoje o maior problema quando se fala em drogadição no universo policial militar. De acordo com artigo publicado em 2013 por Edinilsa Souza (SOUZA, 2013), um estudo estatístico realizado na cidade do Rio de Janeiro mostrou que 48,9% dos militares declararam beber semanalmente, enquanto 11% chegam a beber diariamente. Esse dado está diretamente relacionado com o absentismo no meio militar – 4,4% dos policiais afirmam já terem se atrasado ou faltado em função da bebida.

Descobriu-se, ainda, que 6,4% dos militares mesclam drogas lícitas com drogas ilícitas, ou seja, de um universo de mais de 10 mil profissionais, esse dado representa mais de 640 envolvidos diretamente em uma prática criminosa punida com rigor pela lei penal militar.

Tais substâncias estão geralmente associadas à lida com situações de elevado estresse e sobrecarga emocional decorrentes de uma profissão que fácil e rapidamente esgota mentalmente o seu ocupante. Daí a referida pesquisa ter encontrado que o principal motivo para o uso de drogas do tipo ansiolíticos, calmantes e remédios para o sono são justamente as dificuldades na lida diária no labor policial.

Essa não é uma informação que causa surpresa no meio militar. Lee Robins (1974) afirmou que, durante a Guerra do Vietnã, o consumo de narcóticos chegou a ser identificado em 43% da tropa americana em combate. Mesmo depois de terminada a missão, 10% do efetivo continuava sob o uso de drogas ilícitas. Anfetaminas e derivados do ópio eram as preferidas.

Em outro estudo, Darryl Arfsten e outros revelaram que, entre 2009 e 2010, 9% dos policiais no Afeganistão testaram positivo para algum tipo de droga ilícita, predominantemente tetrahydrocannabinol (maconha). Em Goiás, no Brasil, Sérgio Costa e outros mostraram em artigo publicado em 2015, que 2,34% da tropa, em uma pesquisa por amostragem, foi testada positivo para algum tipo de entorpecente ilícito (COSTA, et al., 2015). Há ainda a questão de outras drogas proibidas como anabolizantes, remédios de uso controlado, ansiolíticos e estimulantes que comumente são utilizados por policiais militares, diretamente ligadas à profissão.

Seria possível listar uma enormidade de estudos sobre o tema demonstrando que, embora proibido e punido severamente, o uso de drogas existe e não pode ser ignorado no meio policial militar. Quando se fala em álcool e tabagismo, a preocupação é ainda maior, pois os resultados demonstram verdadeiro abuso em todos os espectros das corporações. Esses dados, associados aos padrões de respostas dos entrevistados nas diversas pesquisas, mostram que os policiais estão propensos ao problema em virtude de fatores ligados à função, como o alto nível de estresse ou a impossibilidade de se habituar a situações de violência constante. A válvula de escape encontrada pelo profissional é justamente a drogadição ou o alcoolismo, ou seja, de matéria de direito penal militar, passa-se também a uma questão de medicina do trabalho e de saúde pública.

É como conclui Ednilsa Souza, no artigo acima citado:

O uso de drogas é um fenômeno que acontece na sociedade e não será diferente nas Corporações. É importante que as Polícias Civil e Militar reflitam sobre esta questão de forma a poder oferecer a seus membros um atendimento de qualidade para o uso de substâncias, tendo em vista que têm como missão oferecer segurança à população em geral (SOUZA, 2013).

Efetivamente, frente à realidade que se apresenta, parece razoável tratar a questão de maneira mais abrangente, também como questão de saúde pública. Não só pelo olhar de atenção e cuidado ao policial, mas também com a atenção do risco associado ao poder de corrosão das faculdades mentais e físicas decorrentes do uso de qualquer substância psicoativa por alguém armado e treinado. Ou seja, o problema está relacionado também a uma prestação de serviço público adequado, sendo que esse serviço lida diretamente com direitos fundamentais sensíveis como a vida, a liberdade e a integridade física do ser humano.

### A Sanção Penal Militar para o Porte de Drogas Frente a Lei de Drogas

O Código Penal Militar (CPM) aplica-se aos crimes militares<sup>2</sup>. Previsto de formas diferentes na Lei de Drogas e no código castrense, este não distingue entre a conduta da pessoa que possui quantidade ínfima de entorpecente e a conduta do que trafica. Ipso facto ambos serão abrangidos pelo art. 290 do CPM que assim dispõe:

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.

A Lei de Drogas, por sua vez, despenalizou a conduta do usuário comum, que seria considerado aquele portador de pequena quantidade da substância, de modo que se deduza ser para consumo próprio. Daí a celeuma que logo veio à tona: seria essa lei, específica, derogadora do art. 290 do CPM? Ou seria o caso de tê-lo por inconstitucional por não considerar critérios de individualização, ultima ratio, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, conforme prevê a Carta Magna? E quanto à aplicação do princípio da insignificância, seria possível identificar os atributos que o definem (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada) a depender da quantidade de droga apreendida?

Por algum tempo houve divisão jurisprudencial. Embora o Superior Tribunal Militar sempre entendesse que a Lei nova em nada impactava no mundo castrense, dada a especialidade do direito militar, o Supremo Tribunal Federal divergiu.

<sup>2</sup> O crime militar segue, no Brasil, o critério do *ratione legis*, sendo aquele tipificado pelo Código Penal Militar no seu art. 9º. Como diria Lobão (2011, p. 31), “crime militar é a infração penal prevista na Lei Penal Militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar, e ao serviço militar.”

A Segunda Turma do Pretório Excelso reconhecia a aplicação do princípio da insignificância, amparando-se na justificativa de que o art. 290 está incluído no Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde, do diploma castrense. Ou seja, o bem tutelado pela norma seria, primordialmente, a incolumidade pública e em segundo plano estaria a preservação da administração militar, daí porque afirmar que a quantidade ínfima de droga seria uma lesão inexpressiva (à saúde). Senão veja-se o julgado a seguir:

Porte de substância entorpecente. Crime militar (cpm, art. 290). Invocação do princípio da insignificância como fator de descaracterização material da tipicidade penal. Possibilidade de sua aplicação aos crimes militares. Precedentes da segunda turma do supremo tribunal federal. Medida cautelar deferida. (...) 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, (...) Cumpre acentuar, por relevante, que a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte tem prestigiado o entendimento ora exposto na presente decisão, reconhecendo aplicável o princípio da insignificância aos crimes militares, mesmo que se cuide de delito de posse de quantidade ínfima de substância entorpecente, para uso próprio, e ainda que se trate de ilícito penal perpetrado no interior de Organização Militar (HC 90.125/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau - HC 93.822/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 94.085/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 94.583/MS, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso) STF - HC 97131/RS, Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 10/08/2010.

Contudo, a partir da decisão no HC

103.684/DF, o Pleno do STF consolidou o entendimento que o bem principal tutelado pela norma é a autoridade militar, sendo incabível a adoção do princípio da insignificância, conforme transcrição a seguir:

Habeas corpus. Crime militar. Conscrito ou recruta do exército brasileiro. Posse de ínfima quantidade de substância entorpecente em recinto sob administração castrense. Inaplicabilidade do postulado da insignificância penal. Incidência da lei civil nº 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 de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da 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 adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. STF HC 103.684/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento em 21/10/2010.

Com este *decisum*, o STF orientou paradigmaticamente seu entendimento, não afastando a tipicidade em razão da formalidade. É que, por englobar bens distintos, a atipicidade deveria estar amparada em todos os espectros da conduta, o que seria possível em matéria de saúde do agente, mas impossível em sede de preservação da autoridade, pois esta inadmite ponderação. No caso, como afirma Luz (2012), a tipicidade

formal da norma impediria a valoração material da conduta.

O resultado da aplicação dessa teoria é uma punição que desconsidera questões subjetivas do autor e do fato, em desalinho com outros direitos previstos na Constituição como a proporcionalidade, a humanidade e a individualização da pena. Desproporcional também se comparada com o tratamento dispensado ao civil portador de droga em quantidade ínfima, que sequer enfrenta constrição da sua liberdade.

É evidente que a grandeza do bem tutelado pela norma penal militar deve ser protegida. Segurança, vida e defesa das instituições, dos cidadãos e garantia de direitos. Hierarquia e disciplina, sobretudo. É extensa a lista de deveres do militar, em especial do policial militar cujo labor é diuturno, íntimo da população. Por ser detentor do direito ao uso da força para cumprimento de sua função precípua, a evasão da condição psíquica normal pelo uso de substâncias entorpecentes, principalmente quando em serviço, representa perigo certo por natureza. Valorosa, pois, a lição de Jorge César de Assis nesse sentido:

Se a sociedade e a Pátria lhes outorgam a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, curial que ao lado de tais garantias que muitas vezes escapam ao servidor público civil lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres. Esta severidade legal, entretanto, não deve passar daqueles dispositivos que realmente o especificam, em salvaguarda do serviço militar, da hierarquia, da condição de superior, não devendo ser estendida aos princípios informadores que regem o direito penal brasileiro, seja ele comum ou militar (ASSIS, 2007)

A manutenção da disciplina e hierarquia justificam a rigidez da norma. É com base nessa prerrogativa que a aplicação pelos tribunais pátrios adota o viés igualmente rígido. Dentro das casernas, inclusive, paira sobre os policiais a ideia que as auditorias são rigorosas na apuração e punição de crimes que importem justamente na subversão desses valores tidos como mais caros.

São caros pois encontram guarida na própria Constituição Federal, quando esta impede a concessão de habeas corpus para punições disciplinares ou quando prevê a prisão administrativa disciplinar. Nestes casos, vê-se que a prerrogativa da norma é garantir à administração o total controle do mérito de seus atos, o que se coaduna com a disciplina da matéria seja em âmbito civil ou militar. A separação necessária entre a jurisdição e os critérios que privilegiam a discricionariedade administrativa mostra-se plenamente na esfera castrense, contudo, mesmo diante da expressão da Carta Magna, hoje se tem que o remédio heroico do habeas corpus não pode discutir o mérito da punição, mas seus critérios de legalidade, competência (RE 338.840).

Ou seja, em um estado democrático de direito, a proteção aos direitos fundamentais é empregada na medida de garantir a unidade da Constituição. A ela permeiam os princípios de humanização da pena, de intranscendência, do devido processo legal, da vedação à tortura e à escravidão, e com eles convive harmoniosamente a disciplina militar em tempos de guerra ou de paz.

Entretanto, aqui cabe abrir o tema para incluirmos a discussão sobre as funções declaradas da pena: a retribuição e a ressocialização. Retribuição no sentido de atribuir um 'castigo' ao in-

frator da norma<sup>3</sup>; ressocialização na medida em que busca dentro da prevenção positiva geral e especial atribuir um papel etiológico ao direito penal, elegendo comportamentos condizentes com o devido convívio em sociedade. Para Salo de Carvalho, tais espectros, contudo, ainda que sejam elementos claros da atual política criminal, se desfacelaram com a crise do encarceramento em massa. As prisões não cumprem seu papel, ainda que tenham servido como anteparo para o emprego de castigos ainda mais severos:

O século XX assistiu ao processo de edificação, de consolidação e de crise das instituições totais punitivas (manicômios e cárcere). Se na constituição do projeto político-criminal oficial da Modernidade a prisão aparece como importante mecanismo humanizador, deixando de ser espaço de sequestro preventivo para substituir as penas cruéis, sobretudo, à pena capital, ao longo do século passado a penitenciária perderá, gradual e definitivamente, a legitimidade auferida pelas teses racionalizadoras de intervenção. A mudança de rumo dos discursos retributivista e preventivo geral negativo (coação psicológica) em direção à ideia de prevenção especial positiva é marcada pela alteração da feição estatal absentista pela intervencionista (CARVALHO, 2010).

Conforme tratado no item anterior, o consumo da droga é um problema social grave, cultivado por uma sociedade que ainda não consegue garantir direitos básicos para todos. Populações marginalizadas são as mais vulneráveis aos efeitos nocivos da droga e o encarceramento não representou solução real para o problema. Nesse sentido é que Fernando Salla e Luiz Claudio Lourenço, ao discutirem a obra de Foucault, afir-

mam que

(...) a prisão não fracassa. Ela cumpre outra tarefa na sociedade e é por isso que ela não é desarmada ou abolida. Ela produz os delinquentes [...], com isso, serviria a uma estratégia de poder dentro da sociedade que ao identificar determinado tipo de delinquência reprimiria e condenaria também certos tipos de ilegalidade, permitindo que outras ilegalidades, especialmente as ilegalidades das elites e outros grupos privilegiados, não fossem reprimidas (SALLA; LOURENÇO, 2014).

As palavras dos autores resumem, em linhas gerais, o que diz a teoria do etiquetamento (ou labelling approach), que em criminologia significa justamente isso: a aproximação da figura do crime à do criminoso.

É possível, contudo, pensar em uma solução que trabalhe o problema de saúde pública e laboral, pensada com fulcro na solução real do problema e não somente no enrijecimento da lei penal.

Parece também ser o caso de incluir a ideia na perspectiva dos direitos humanos dos policiais. José Lauri Bueno de Jesus afirma que a nova tipologia do policial frente aos ditames da democracia implicam no reconhecimento de categorias de direitos universais à profissão. Em suma, a cidadania é um direito extensível a todos, também aos militares, senão vejamos:

A garantia dos direitos humanos é condição incontestável para o exercício da cidadania, inclusive para os policiais militares, o que se constitui num processo contínuo de conquista, cuja via de aces-

<sup>3</sup> Para a corrente do funcionalismo moderado, cujo precursor é Claus Roxin, a função retributiva ampara-se na proteção do bem jurídico, sendo o direito penal a ultima ratio em matéria de defesa social. Já para Jakobs, o descumprimento da norma fratura o sistema e, portanto, a pena o restaura, por isso ser mandatário sua devida aplicação.

so é, sem dúvida, o saber que supõe informação e educação. Os policiais militares, antes de serem policiais, são cidadãos e, como tais, têm direitos e deveres que lhe são inerentes como pessoas humanas (JESUS, 2004).

Arremata o autor afirmando que são imprescindíveis o controle e o equilíbrio psicológico do policial, fatores determinantes para a saúde emocional da instituição. Há uma necessária transferência desse ambiente na prestação do serviço público, em especial no que tange ao nível de agressividade dispensado ao público (JESUS, 2004).

Nesse sentido é que o agente encarregado da aplicação da lei é também produto do seu meio. Daí deriva-se que o rigor excessivo em determinadas matérias, como esta ora tratada, pode ser um dos afluentes que desbordam no embrutecimento do policial militar. Refletir sobre a questão é, pois, essencial.

### Conclusão

A adoção do princípio da insignificância depende da adequação formal e da inadequação material da conduta de maneira que só assim é que se afasta a tipicidade e, por sua vez, o crime. É certo que o bem tutelado pelo Código Penal Militar em seu art. 290 é híbrido; visa tanto à saúde quanto à proteção da autoridade militar, e no caso do policial militar tem ainda uma especial carga de desvalor da conduta em virtude da atuação desse agente na repressão direta desta atividade criminosa no dia-a-dia.

Mas a realidade fática mostra uma situação complicada que talvez não seja resolvida somen-

te pelo olhar do direito criminal. Afinal, estaria o militar excluído da sociedade geral que o rodeia de maneira que não se imiscui ou toca nos graves problemas sociais da atualidade? E além disso, é a privação de liberdade solução? A sanção estipulada trará o conforto e paz sociais necessários, terá função efetiva na coesão social e será mesmo dotada da coercitividade que impede os outros de praticar o mesmo ato?

O fato é que desde a entrada em vigor da Lei de Drogas, foi despenalizado o crime de porte de substância proibida para consumo próprio em pequena quantidade para o usuário comum. Entretanto persiste no meio militar a dura igualdade formal entre este e o traficante, em que pese a evolução do tratamento dado ao meio civil.

A natureza deste trabalho é reflexiva dessa questão. O consumo de drogas e álcool no meio policial e militar também está ligado ao alto nível de estresse da profissão, e esse tema demanda soluções que passem por contornar o problema para além do direito penal e das penitenciárias. É necessário humanizar o direito penal militar e inseri-lo no contexto atual em que a sociedade luta para resolver um de seus mais graves problemas. A justiça e as instituições militares devem mais que nunca ser parceiras da sociedade nesse processo, pois dele não estão isentas.

É, por fim, matéria de medicina laboral, de direitos humanos do profissional policial e de incluir a categoria na resolução conjunta de uma verdadeira epidemia que afeta milhões de pessoas mundo afora.

## Referências Bibliográficas

ARFSTEN, Darryl P ; MORALEZ, Joe F ; CHESTER, Linnes L ; MOHAMAD, Pir ; WEBER, Timothy H. Drug use among the Afghanistan National Police: a national assessment. **Military Medicine**, v. 177, n.1, 2012, pp. 85-90.

ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Jurua Editora, 2007.

BRETAS, Marcos Luiz; SANT'ANNA, Marilene Antunes. Crime e punição na história. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 2, n. 1, 2010.

COSTA, Sérgio Henrique Nascente; YONAMINE, Maurício; RAMOS, Andrea Luciana Martins; OLIVEIRA, Fernando Gomes Ferreira; RODRIGUES, Caroline Rego; CUNHA, Luiz Carlos da. Prevalência do uso de drogas psicotrópicas em unidades da polícia militar. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.20, n.6, 2015, pp. 1843-1849.

FAYET JUNIOR, Ney; FLORES, Carlos Thompson. Penas e Punição. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, 2012, pp. 203-233.

ROBINS, Lee N. et al. How permanent was Vietnam drug addiction? **American Journal of Public Health**, v. 64, 1974, pp. 38-43.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. Jurua Editora, 2010.

SHECAIRA, Salomão. Drogas e Criminologia. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

SOUZA, Ednilsa Ramos de. Consumo de substâncias ilícitas e ilícitas por policiais da cidade do Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.18, 2013, p. 667-676.





ISSN 1981-1659