

CRIME MILITAR E ENTORPECENTES: dispositivos despenalizantes do Direito Penal comum em conflito com o Direito Penal Militar

MILITARY CRIME AND DRUGS: decriminalizing provisions of common Criminal Law in conflict with Military Criminal Law

Yasmin S. M. S. R. Azevedo*

Victor Freitas Lopes Nunes**

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar que as normas despenalizantes do Direito Penal Comum se mostram inadequadas à seara Penal Militar. Nesse sentido, serão analisadas as recentes alterações sofridas pelo CPM, bem como os motivos que podem gerar dúvida em relação à aplicabilidade das normas gerais e especiais. Dessa forma, os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, juntamente com a especialidade serão capazes esclarecer essa contenda, especificamente quando o disposto no artigo 28 da lei 11.343/2006, Lei de Drogas, diante da norma especial prevista no CPM, entra em constante conflito com a legislação penal militar que identifica o tráfico ao uso de entorpecentes. Sendo assim, por meio das análises realizadas com base nos princípios basilares deste ramo Direito, o resultado da investigação conclui que não apenas a especialidade das normas do CPM demandam o reconhecimento da sua incidência, mas também que a pouca quantidade de droga não é bastante para desqualificar o delito. A lesividade da conduta em tela se materializa enquanto ofensa à disciplina e, conseqüentemente, expressa-se como atentado à própria missão constitucional das forças militares.

Palavras-chave: Direito Penal Militar. Crime Militar. Dispositivos despenalizantes. Hierarquia e Disciplina. Entorpecentes

ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate that the decriminalizing norms of Common Criminal Law are inadequate to the Military Penal area. In this sense, the recent changes suffered by the CPM will be analyzed, as well as the reasons that may raise doubts regarding the applicability of general and special rules. In this way, the constitutional principles of hierarchy and discipline, together with that of specialty, will be able to clarify that contentment, specifically when the provisions of article 28 of law 11.343 / 2006, Drug Law, in view of the special rule provided for in the CPM, enter into constant conflict with military criminal legislation that identifies trafficking and the use of narcotics. Thus, through the analyzes carried out based on the basic principles of this branch of law, the result of the investigation concludes that not only

*** Acadêmica do 10º período do curso de direito das Faculdades Unificadas Doctum de Leopoldina – Rede de Ensino DOCTUM. Endereço eletrônico: yasmin_cxg@hotmail.com.

***** Professor das Faculdades Unificadas de Leopoldina. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Orientador deste trabalho. Contato: prof.victor.nunes@doctum.edu.br.

does the specialty of the CPM rules demand recognition of its incidence, but also that the small amount of drugs is not enough for disqualify the offense. The damage to the conduct on screen materializes as an offense to discipline and, consequently, is expressed as an attack on the very constitutional mission of the military forces.

Keywords: Military Criminal Law. Military Crime. Depenalizing devices. Hierarchy and Discipline. Drugs.

1 Introdução

Na atualidade a sociedade – e o legislador – brasileira vem desenvolvendo diversas inovações jurídicas, em especial no que tange os dispositivos legais referentes ao uso e consumo de drogas. Esse assunto tão polêmico também faz parte de ocorrências que envolvem as instituições militares, que, por sua vez, possuem normas e regulamentos específicos, exigindo assim que a discussão em relação a tal conduta seja fundamentada em preceitos próprios, baseados na organização hierárquica e, especialmente, na disciplina militar. Nesse sentido ressalta-se que a vida militar é diferente em vários aspectos da vida civil, ela é cercada de regras, normas e valores capazes de ditar o que é feito dentro e fora do quartel. Para os militares, seus princípios, suas condutas e seus valores, preestabelecidos enquanto fundamentos das respectivas instituições, são de extrema importância e direcionam o posicionamento da discussão perante o caso concreto.

Assim sendo, o presente artigo busca definir e descrever fatos, elementos e conceitos diretamente relacionados à vida militar. Logo no segundo capítulo são abordadas questões capazes de distinguir e diferenciar os militares dos cidadãos comuns. Em seguida, no terceiro capítulo, analisam-se as condutas relacionadas à posse de drogas e qual o melhor cenário de aplicabilidade das normas que criminalizam esta conduta, pois, em âmbito penal comum, por vezes, essas condutas são consideradas como de menor potencial ofensivo, diferentemente do disposto no Código Penal Militar, que equipara o ilícito penal do porte para consumo ao crime de tráfico de drogas.

No quarto capítulo, analisam-se os princípios da especialidade e lesividade, em face do Direito Penal Militar, com vistas a responder ao seguinte questionamento: em que medida as medidas despenalizantes previstas pelo Direito Penal comum são aplicáveis também ao Direito Penal Militar quanto ao crime previsto pelo artigo 28 da Lei de Drogas? Acredita-se, como hipótese, que o

enquadramento previsto pelo artigo 9º do Código Penal Militar (CPM) impõem que se aplique, nos termos deste dispositivo, o tipo previsto artigo 290 deste diploma em substituição ao tipo penal comum em razão de sua especialidade.

2 O Direito Penal Militar: fundamentos e especificidades

O debate acerca do tratamento jurídico-penal das condutas ligadas ao consumo de drogas avança, em meio ao Direito Penal comum, especialmente quando se consideram as mais recentes discussões relativas à descriminalização. Contudo, o Direito Penal Militar por ser o ramo mais específico à seara criminal, cotando não apenas com uma legislação especial aplicável, a priori, à matéria em comento, mas também com um conjunto de princípios que lhes são próprios. Tais fundamentos contam, inclusive, com amparo constitucional e, por isso, merecem ser considerados. Neste sentido, o presente capítulo promove, na primeira seção, uma apresentação dos princípios da hierarquia e da disciplina, cuja relevância para a discussão em tela se compreende à medida que se assimila a lógica de compromisso com a normativa e com a cadeia de comando inerente ao exercício da atividade militar. Em seguida, o debate se centra na especialidade do Direito Penal Militar, notadamente quando comparado ao Direito Penal comum.

Metodologicamente, este trabalho se desenvolve por meio de uma pesquisa qualitativa, porque se busca extrair do conjunto de fontes secundárias em estudo o sentido latente dos conceitos sob análise. Para tanto, busca-se delimitar um sistema analítico de conceitos baseado nos princípios constitucionais que regem o Direito Penal Militar, a partir da qual se busca compreender as normas criminalizam as práticas comumente ligadas ao consumo de drogas ilícitas. Em função deste sistema serão realizadas inferências, tomando por base as discussões desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos reflexos das noções conceituais extraídas, em especial, do princípio da disciplina, na aplicação da Lei Penal Militar

2.1 Fundamento constitucional da atuação dos militares: hierarquia e disciplina

Hierarquia e Disciplina, conforme previsto nos artigos 42¹ e 142² da

1 *In verbis*: “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” (BRASIL, 1988).

2 *In verbis*: “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

Constituição Federal Brasileira, são princípios constitucionais que regem os servidores militares. Diferente dos órgãos da administração pública, cujas funções devem respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, da Constituição Federal de 1988), dos militares espera-se mais, uma vez que: “se em regra basta ao servidor público civil o rigoroso cumprimento de seus misteres, do servidor público militar espera-se um ‘plus’” (MARTINS, 1996, p. 442).

Este “algo a mais” revela-se em função da observância de um sistema de normas jurídicas organizado com base na hierarquia e na disciplina, voltado à instituição e à gestão das instituições militares. As instituições militares são compostas pelas Forças Armadas e forças auxiliares, nesse sentido entende-se por Forças Armadas, o Exército Brasileiro, a Marinha e a Aeronáutica e por forças auxiliares ou de reserva do exército, as forças de segurança pública, particularmente, os militares estaduais: Polícias e Bombeiros militares. Essa separação de forças se dá pelo fato de haver diferenciações entre as competências e missões constitucionais. Segundo Souza (2001, p. 73):

As Forças Armadas têm suas funções de Defesa da Pátria e garantia dos Poderes Constitucionais. Incumbe-lhe também a manutenção da segurança pública quando convocados por um dos representantes dos Poderes Constitucionais, como Presidente da República, Presidente do STF ou Presidente da Mesa do Congresso. É tarefa excepcional, supletiva.

Nestes termos, as Forças Armadas têm como missão primária a defesa da soberania e a segurança nacional, patrulhando e defendendo as fronteiras do país, notadamente em face de ameaças exteriores, mas podem exercer de maneira subsidiária a defesa interna da lei e da ordem, quando solicitado pelas autoridades competentes. Excepcionalmente, pois, quando as forças auxiliares forem insuficientes para garantia da ordem pública e a da própria segurança interna, as Forças Armadas podem ser convocadas, pois elas também buscam garantir o Estado Democrático de Direito. Neste caso, deve notar que para atingirem esta missão, sua organização guarda especificidades quando comparada à dos órgãos civis, uma vez que se acredita que ela exige, mesmo que excepcionalmente no caso da guerra, a estrita observância da hierarquia e da disciplina.

Já as forças auxiliares, compostas, essencialmente, pelos militares estaduais, têm como missão constitucional a segurança pública. São garantidores disciplina...” (BRASIL, 1988).

imediatos da lei e da ordem, preservação da ordem pública, além da proteção da integridade física e patrimonial dos cidadãos.

As PMs são consideradas tanto uma força auxiliar como Reserva do exército. Teoricamente cada brasileiro é reservista das Forças Armadas. O fato de forças policiais serem auxiliares do Exército é algo comum durante os regimes autoritários.

Nas democracias, repetindo, somente em período de guerra é que as forças policiais tornam-se forças auxiliares do Exército. Em tempo de paz, o Exército é quem se torna reserva da polícia indo em sua ajuda quando esta não consegue debelar gigantescos distúrbios sociais. As democracias traçam uma linha clara separando as funções da polícia das funções das Forças Armadas (ZAVERUCHA, 2010, p. 52).

Nesse sentido, ambas as forças são complementares entre si, uma auxilia em tempo de guerra e a outra apoia a primeira em tempo de paz, mas ambas as forças militares são pautadas pelos mesmos princípios, regras e condutas, diferenciando-se apenas em suas competências e missões constitucionais.

Com relação a estas instituições, a hierarquia, no sentido militar do termo, é traduzida como sendo capaz de garantir a sequência da autoridade, mantendo os postos e graduações, prevalecendo a ordem dada em uma cadeia de comando. Leirner (1997, p. 111) explica que, “olhar para a hierarquia significa olhar para um fenômeno capaz de traduzir um mapa desse mundo, entender uma conexão entre a fala e a conduta, entre o indivíduo e o grupo”, razão pela qual possui um papel fundamental na vida castrense, já que garante o fiel cumprimento das normas vigentes, bem como a correção de atitudes, uma vez que auxilia os militares a realizarem suas atividades de maneira organizada. A hierarquia, considerada como meio para promoção da organização, foi o meio previsto pelo constituinte para que as militares fossem eficientes na efetivação das missões para as quais foram criadas, isto é, a garantia da segurança pública e da soberania demandam, ao menos na visão da Constituição, uma estrutura hierárquica capaz de promover a ordem dentro e fora das corporações militares.

A disciplina, por sua vez caminha junto à hierarquia, ela regula a observância de normas, a obediência das regras, a organização no geral. Buscando assegurar que a hierarquia seja respeitada, bem como a normativa que rege as instituições militares, observando seu fiel cumprimento. Caso se pergunte: “para que serve a disciplina?”, poder-se-ia responder: “para cumprir a hierarquia” (LEIRNER, 1997, p. 108). Mas a disciplina vai muito além disso, ela é quem garante a observância das condutas prescritas não apenas pela cadeia de comando, mas essencialmente pela

normativa. Ela sozinha é capaz de ditar o cumprimento das normas, manter o domínio do poder por meio da imposição da autoridade, mas aliada à hierarquia, ela promove, entre os militares, um grau mais elevado de obediência, une-os por meio de tarefas e atividades que necessitam do espírito de equipe, transformando o indivíduo antes isolado e indefeso em uma máquina potente através da força que um grupo pode proporcionar.

A atividade militar se desenvolve conforme uma doutrina própria, a qual orienta os indivíduos a seguir seus manuais e regras de conduta, justamente para evitar que esses hajam de maneira contrária a vida castrense, inclusive atuando mais incisivamente sobre o conjunto de liberdades que recaem sobre o cidadão comum, em especial, no que se refere à prática de ilícitos, particularmente os criminais. Isto se justifica, pois a aplicação de penalidades próprias e, em muitos casos, mais severas do que aquelas aplicáveis à pessoa civil comum, revela que, ao cometer um crime, tal conduta fere diretamente um de seus princípios basilares, no caso o da disciplina militar.

2.2 Especificidade do Direito Militar

Regidos por tais princípios, os militares no geral são submetidos a normas e regras diferentes da pessoa civil, ou seja, o meio militar tem suas particularidades, uma vez que o serviço prestado por aqueles que integram estas instituições envolve deveres específicos às atividades que a elas competem. Exemplo desta especificidade pode ser percebida quando se analisa a aplicação das punições disciplinares. Com relação a estas, percebe-se que, em função de sua severidade, a preservação da hierarquia e da disciplina são tão essenciais ao braço armado do Estado que se permite, inclusive, o emprego de sanções de caráter administrativo que cerceiam a liberdade, o que não é cabível quando se comparam estas às sanções administrativas aplicadas ao funcionalismo público em geral.

Neste sentido, a constituição afirma ainda que as forças militares são instituições normais, permanentes e regulares, destinadas à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais, além de serem detentoras do monopólio do uso legítimo força, o que justifica o tratamento rígido dado a estas instituições, uma vez que a inobservância dos princípios da hierarquia e da disciplina, essenciais ao meio militar, são potencialmente danosas à segurança nacional e pública, bem como aos indivíduos e à coletividade em geral. O rigor presente na administração militar

não pode, no entanto, ser confundido com autoritarismo, uma vez que seja traçado um paralelo com instituições civis, pois tal característica deve ser interpretada como forma de comando ou, até mesmo, de obediência visando corrigir o militar, encaminhando-o para o fiel cumprimento dos objetivos institucionais.

Para Martins (1996, p. 24), a disciplina militar é o que se pode denominar de “disciplina qualificada”, se tomada em relação à disciplina exigida de servidores não militares, já que detentora de institutos próprios, “com a imposição de comportamentos absolutamente afinados aos imperativos da autoridade, do serviço e dos deveres militares, o que em regra não se exige do serviço público civil”. Fica evidenciada a especificidade do Direito aplicável aos militares quando, mesmo com a Constituição cidadã vigente no Brasil, no âmbito penal militar existem penas capitais, ou vulgarmente conhecidas como penas de morte, nos termos do artigo 5º, XLVII, a³. Trata-se na verdade, de hipótese excepcional, aplicável a determinados crimes apenas, ainda assim, quando praticados em tempo de guerra. De todo modo, esta previsão destaca, ao recepcionar normas penalizantes do Código Penal Militar (CPM) o papel constitutivo que a disciplina – e também a hierarquia, uma vez que, por exemplo, o crime de recusa de obediência, previsto no art. 387 c/c art. 163 do CPM é passível de pena capital – na instrução das forças militares.

Devido à natureza específica da função, os princípios basilares das instituições militares e o esperado comprometimento para com os resultados das organizações, algumas ações e omissões, no próprio plano administrativo, por exemplo, apresentam-se como alternativa a aplicação de sanções que envolvem a prisão do infrator. A vida militar é regulada através de um regime especial de sujeição, em que ele deve obedecer todo o ordenamento jurídico vigente e, particularmente, aqueles cujo objeto é a disciplina militar, no sentido de cumprir “as normas internas, os regulamentos de serviço, incumbidos de disciplinar a aplicação dos serviços públicos, ditando prescrições aos usuários, depois de sua admissão” (OLIVEIRA, 2010, p. 65).. Este regime, “abrange as pessoas que mantêm com o ente estatal uma especial vinculação jurídica, que dá ensejo a um regime específico, caracterizado pela sujeição mais estreita do que do particular perante o Estado (OLIVEIRA, 2010, p. 64)”.

Diante disso, o princípio da disciplina deve sempre ser observado de forma

3 *In verbis*: “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (BRASIL, 1988).

primária a qualquer militar, pois este deve sempre obedecer a todos os conjuntos de normas e leis vigentes, dele é esperado ampla e absoluta correção de atitudes, que esse militar seja sempre um exemplo de conduta ilibada. Contudo, no caso do militar vir a faltar contra o princípio da disciplina e cometer qualquer infração penal, não deve-se aplicar institutos despenalizantes presentes no direito penal comum, pois deste agente não se espera tal ato, isso fere diretamente sua instituição, bem como seus princípios, além de que seu cometimento quando enquadrado no artigo 9º da lei 13.491/17 é puramente considerado crime militar, não restando assim dúvidas da gravidade em caso de violação.

3 O Bem Jurídico Penal-Militar: consumo de entorpecentes no CPM

O militar representa sua instituição mesmo fora dos espaços submetidos à administração militar, ele carrega consigo o nome e o dever do militar. É ensinado que, perante a sociedade, representa a força pública, sua instituição, o Estado e a federação. Diante disso, ele deve sempre zelar pela correção de suas condutas, pelos valores e pelos princípios dele demandados, buscando defender a sociedade e proteger a nação acima de seus próprios desejos. Em função das especificidades inerentes às atividades militares, o legislador brasileiro desenvolveu um regramento próprio a estas instituições, não apenas com relação às práticas inerentes ao exercício das competências constitucionalmente asseguradas, mas também quanto àquelas condutas ilícitas que, quando praticadas por militares ou em locais sob a administração militar, ensejam enquadramento jurídico próprio.

Neste caso, quando o assunto é consumo de entorpecentes por militares devem ser analisadas as previsões relativas a tal conduta, bem como as suas especificidades em meio à seara castrense. É necessário, contudo, antes mesmo que se avance na discussão das prescrições expressas no art. 290 do CPM, a realização de estudos voltados à compreensão das hipóteses de incidência das normas proibitivas contidas neste código. Trata-se, na verdade, de passo essencial, sem o qual a própria análise do debate acerca da despenalização ficaria prejudicada, afinal, caso se deseje afastar a incidência da normativa especial, deve-se, antes, estudar a sua incidência, isto é, as circunstâncias que dão ensejo à aplicação do Código Penal Militar, entendido como conjunto de previsões distintas ao Direito Penal comum.

3.1 Hipóteses de incidência do Código Penal Militar

Para compreender a incidência dos tipos penais incriminatórios previstos no Decreto-Lei n. 1.001/1969 é preciso compreender o conceito de crime militar, o que é tarefa complexa, uma vez que exige, de um lado, o estudo dos tipos penais previstos na parte especial do CPM, bem como a classificação proposta nos termos do art. 9º deste diploma legal. Este dispositivo prevê, de maneira taxativa, as condições capazes de definir um fato como sendo crime militar ou não, uma vez que envolve previsões de sujeição especial dadas pela legislação, pelo lugar ou pela pessoa, conforme os incisos I, II e III do art. 9º. Deve-se compreender a relevância desta discussão, em razão da necessidade de solução de eventual conflito de normas envolvendo o Código Penal Militar e o Código Penal comum, ou mesmo, a legislação penal comum como um todo.

Neste caso, o enquadramento do crime como militar pode envolver, notadamente nos casos dos incisos II e III, a necessidade de demonstração de requisitos específicos, para além da lesão a bem jurídico militar, o que é essencial ao conceito de crime militar. É o caso da prática do crime de violação de correspondência, previsto no art. 227, *caput* do CPM, que exige, nos termos do seu § 4º, a demonstração da condição de militar da ativa tanto como agente quanto como paciente do delito, porquanto não se presume que a violação do sigilo de correspondência privada, no caso, envolva uma ofensa às instituições militares e, mais improvável ainda, à soberania e/ou à segurança nacionais.

Neste sentido, deve-se consignar que as previsões do art. 9º, I prescrevem a aplicação do CPM em tempos de paz e *ratione legis*: “I – Os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial” (BRASIL, 1969). Esse enquadramento demonstra que “os crimes previstos na lei penal militar serão considerados militares independentemente da qualidade do agente, desde que definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos” (ROSA, 2013, p. 16), excepcionando-se, os casos em que a própria lei penal militar determina a não aplicação do tipo a quem não seja militar. Neste sentido, ou o tipo tem previsão substantivamente diversa no CPM ou ele é previsto apenas neste diploma normativo. Nota-se, pois, que, ao menos nos casos em que o tipo não é exclusivo do Direito Penal Militar, tem-se que conjugar a previsão do tipo com a natureza especial da conduta do agente que, ao praticá-la, dolosamente infringe a segurança ou a

soberania nacional ou, ainda, as instituições militares.

O art. 9º, II prescreve as circunstâncias em que a aplicação do CPM se dá *ratione personae*:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar (BRASIL, 1969).

Qualquer crime, esteja ele previsto no CPM, seja ele previsto em legislação penal comum, desde que praticados por militar em atividade ou assemelhado, isto é, pessoa no exercício de atividade ou função militar, em face de pessoas ou circunstâncias envolvidas pelas instituições militares, serão considerados militares e, por isso, passíveis de julgamento pela Justiça Penal Militar. Neste caso, importa, particularmente, a condição de militar do agente, uma vez que o paciente ou objeto do ilícito penal variam, nos termos das alíneas do dispositivo em tela. Ainda assim, quanta aos últimos cumpre destacar que as condutas precisam atingir a segurança e/ou a soberania nacional ou as próprias instituições militares. A alteração central promovida pelo legislador em 2017 neste caso permitiu a aplicação a legislação penal, inclusive, extravagante, pela Justiça Militar, notadamente quanto aos casos em que o ilícito não tem previsão no CPM, mas está descrito no Direito Penal comum e é praticado por militar da ativa atingindo as instituições ou sua função precípua.

Enfim, o art. 9º III, prevê as condições *ratione loci*, em razão das quais deve-se considerar o crime militar, mesmo que previsto apenas Direito Penal Comum, quando praticado por alguém que não é militar da ativa:

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de

atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior (BRASIL, 1969).

Envolvendo, inclusive, a coautoria nas hipóteses previstas no inciso II, o dispositivo em tela prevê a possibilidade do militar da reserva, reformado e até mesmo civil incorrer no crime militar, nos casos em que o delito atinge as instituições militares, isto é, o patrimônio sob a administração militar, a ordem administrativa militar, se praticado contra militar exercendo sua função, mesmo que fora de local sujeito a administração militar. Nesta hipótese, em que pese o próprio inciso I já previsse, ainda que não de modo tão expreso como no inciso III, a possibilidade de sujeição de civil à jurisdição penal militar, o que se destaca neste último é o objeto atingido pelo delito, a própria instituição militar, independente da condição do agente.

Assim sendo, considerando-se as hipóteses de prática de crime militar por civil, deve-se tomar cuidado e não negligenciar o art. 125, § 4^o da Constituição de 1988, uma vez que este impede a Justiça Militar Estadual de tratar de crimes militares cujos agentes não sejam, eles próprios, militares, isto é, a Justiça Militar Estadual não tem competência para o julgamento de civis. Deste modo, caso que o ilícito esteja previsto especificamente pelo CPM, enquadrando-se nas hipóteses de competência da justiça militar estadual, se for praticado por civil, o fato é atípico. Por outro lado, se houver previsão do ato também no Direito Penal comum ou somente neste, o civil será julgado na Justiça Comum e o militar na Justiça Militar Estadual.

Diante destas prescrições, deve-se ainda destacar que a alteração do inciso II promovida pela Lei n. 13.491/2017 resulta na ampliação da definição de crime militar, alargando inclusive a incidência do inciso III, uma vez que se passou a considerar crime militar todo e qualquer crime cometido por militar, seja ele da ativa ou não, estando de serviço ou não, e também por civil quando o ilícito é praticado contra o patrimônio ou a ordem administrativa militar ou contra militar em serviço,

4 *In verbis*: “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 incompetência 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” (BRASIL, 1988).

ainda que não tenha previsão específica no CPM, hipótese em que a Justiça Penal Militar aplicará a legislação penal comum.

3.2 A posse de entorpecentes: comparativo entre a Lei de Drogas e o CPM.

A Lei n. 11.343 de 2006, também conhecida como a nova Lei de Drogas, substitui a Lei n. 6.368 de 1976, que, por sua vez, alterava a Lei n. 5.726 de 1971. Esta última tornará a repressão ao tráfico e ao uso de entorpecentes extravagante ao Código Penal Comum. Até a Lei n. 6.368/1976, cujo tipo penal contido no art. 12 tratava da posse de substância entorpecente ilegal, a redação das proibições penais se assemelhava ao art. 290 do Código Penal Militar de 1969. Analisando ambos os artigos é possível observar que não havia distinção em relação a posse da substância entorpecente como sendo para uso ou para venda, distinguindo-se os delitos no tocante ao usuário notadamente pela especificidade de que se reconhecia o crime como militar em função do ofensa a bem jurídico propriamente militar.

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
Pena – Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (BRASIL,1976).

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
Pena – reclusão, até cinco anos. (BRASIL,1969).

Nota-se, portanto, que até então ambas as condutas, tanto do usuário, quanto do traficante eram previstas em ambos os dispositivos de forma semelhante. Contudo, com a nova Lei de Drogas de 2006, a política legislativa quanto ao usuário foi alterada no Direito Penal comum, o qual passara a tratar em tipo específico esta circunstância, bem como despenalizara a conduta do porte para consumo⁵. Tal

⁵ *In verbis*: “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” (BRASIL, 2006).

política, não se estendeu, no entanto, ao Direito Penal Militar, cujo art. 290 do CPM permanecera prevendo ambas as condutas em um mesmo dispositivo e tratando-as com o mesmo rigor.

Merece destaque inclusive, o fato do parágrafo 1º do art. 290 prescrever a mesma pena do *caput* para militar praticar tais condutas mesmo que em local não sujeito à administração castrense e, neste caso, também, permite a aplicação da norma a civil que ofereça a militar em serviço substância entorpecente⁶. Trata-se, assim, de hipótese que reconhece a aplicação da norma penal militar a quem não seja militar, em razão da ofensa que se realiza face à instituição em si, nos termos do art. 9º, III.

Cumprido destacar, que o tipo penal militar, ao menos quanto aos militares da ativa, é distinto quando comprado à legislação comum, podendo, no entanto, ainda assim não se especificar quando comprado à legislação penal comum como um todo, ainda que possa sê-lo caso se limite a análise apenas ao Código Penal ou a dispositivos isolados da nova Lei de Drogas. Neste sentido, de uma forma ou de outra, seja nos termos do art. 9º, I; seja os do II, se o agente é militar da ativa e encontra-se, no momento da prática do delito, no exercício de suas atribuições funcionais, o crime é militar. Quanto às demais pessoas, por outro lado, restariam apenas as hipóteses do art. 9º, III, uma vez que, de outro modo, parece possível identificar o dolo específico da conduta essencial à eventual configuração do inciso I do art. 9º.

O CPM, baseado em princípios e preceitos de matriz constitucional, continuou com sua redação anterior, na qual considera ambas as condutas, a do usuário e do traficante, como sendo igualmente graves, pois para este diploma normativo mesmo aquele que for pego portando drogas em local sujeito a administração militar ou, no caso do militar, mesmo fora deste espaço, desde que em serviço, diante de sua missão, colocará em risco a sua saúde, o nome da instituição, seus colegas e toda a população, tudo o que deveria em primeiro lugar proteger.

⁶ *In verbis*: “Art. 290. § 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”. (BRASIL, 1969).

4 O Direito Penal comum na esfera Penal Militar

Busca-se, enfim, analisar aplicação da legislação penal militar em detrimento da legislação penal comum no caso do usuário de drogas. Conforme os princípios da especialidade e da lesividade, diante do cenário de um conflito entre as normas, ou seja, quando duas ou mais normas tratam o mesmo assunto de formas diferentes, há a necessidade de resolver a controvérsia relativa a qual delas aplicar. Em regra, prevalecerá aquela que mais específica, segundo o brocardo *lex specialis derogat generali*. Diz-se em regra, porque a própria aplicação dada em função da especialidade da norma não é absoluta, porquanto em conflitos que possam ser classificados como de segundo grau, isto é, que envolvem norma superior e geral e inferior e especial, no caso, deve-se cotejar em que medida a aplicação da norma especial não é ofensiva à norma geral. Isto se dá, porque se pode imaginar circunstâncias em que a norma inferior, mesmo que especial ofenda a geral e, conseqüentemente, poder-se-ia estar diante de hipótese de inconstitucionalidade, o que justifica o recurso à análise da lesividade. Na verdade, esta lógica parece passível de aplicação ao caso.

Isto posto, no que tange aos casos que o militar for pego utilizando ou portando substância entorpecente ilícita para consumo em local sujeito a administração militar ou praticando ato de serviço, o Código Penal Militar não distinguirá o crime como sendo de uso ou tráfico de drogas, diferente da legislação penal comum que faz essa distinção e minimiza a pena para aquele que seja considerado apenas usuário, reconhecendo seu menor potencial ofensivo. Neste caso, a lesividade da conduta é ponto central da diferenciação promovida pelo legislador através da Lei de Drogas, o que se relaciona com o próprio fundamento constitucional da norma e, por isso, merece consideração.

4.1 A especialidade da aplicação do CPM em face da Lei de Drogas

Conforme apresentado até o momento, o Código Penal Militar possui artigo próprio em que trata conjuntamente dos casos de porte de drogas para consumo e tráfico, razão pela qual o tratamento é mais rígido em relação ao atual Direito Penal comum. Tal diferença é causa de ambigüidade e diferentes posicionamentos sobre qual norma deve ser aplicada (FOUREAUX, 2012). Além disso, diante do princípio do *in dubio pro réu*, em que no caso de dúvida, aplica-se ao ato a norma mais benéfica ao réu, muitas vezes outros princípios caem no esquecimento, como o da

especialidade, que pode ser até mais importante do que outros a depender do caso. Sendo este último expresso pelo brocardo: *lex specialis derogat generali*; princípio segundo o qual a lei especial derroga a geral, prevalecendo assim aquela que for mais específica.

Conforme Bittencourt (2012), os demais princípios “somente devem ser lembrados quando o primeiro não resolver satisfatoriamente os conflitos”. Nesse sentido, o CPM por se tratar de lei especial tem prevalência sobre o Direito Penal comum. Considerando-se, como afirma Fernando Capez (2010, p.90), que:

O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto em concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

O conflito neste caso é aparente, na medida em que diante do bem jurídico tutelado, a estrutura jurídica na qual o militar se encontra, seus princípios, normas e valores, dele não é esperado tal atitude, inclusive quanto ao uso ou porte de droga para consumo. É como se o militar abusasse da confiança que lhe foi depositada, como se ele não entendesse o caráter de importância na qual lida, manuseia, e tem acesso a equipamentos de segurança, em especial armamento letal, por meio do qual realiza a atividade precípua da respectiva instituição, atentando assim contra toda a população brasileira.

Deste modo, observando o princípio da especialidade, não se pode afastar a prevalência da prescrição punitiva do CPM, uma vez que este tem fundamento na própria estrutura constitucional, notadamente, a disciplina inerente às organizações militares. Neste sentido, cumpre destacar, que a hipótese em comento, o militar que, no exercício da atividade, é flagrado usando ou portando droga para consumo, permite afastar, primeiramente, o problema da aplicação de norma mais gravosa a civil. Por outro lado, permite reconhecer a gravidade da conduta do agente face a ofensa à instituição que o abriga, em função da sua relação de sujeição especial dada pela disciplina que é inerente à sua posição.

Assim sendo, conforme as disposições do próprio CPM, o militar que pratica conduta criminosa, nos termos do artigo 9º, não comete o crime disposto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, mas sim, crime militar, devendo responder conforme previsão do art. 290 segundo o caráter de sua especialidade, em respeito aos fundamentos que são constitutivos das instituições militares. Isto se dá, pois a Lei de Drogas, por

se tratar de uma norma geral, que busca tratamento igualitário, é dirigida a todos, sem qualquer distinção, ou seja, quando acontece de ser confundida com situações específicas, como no caso do militar que for pego agindo conforme a conduta disposta no art. 28 da lei 11.343/2006, em respeito ao princípio da especialidade e buscando assegurar os meios para que as organizações militares cumpram sua missão constitucional, deve prevalecer a aplicação da norma especial dirigida diretamente aos militares, em função da sua relação especial de sujeição que eles mantêm com as instituições que representam e com relação às quais faltaram com a disciplina.

4.2 A hipótese de aplicação do princípio da ofensividade ou lesividade à esfera Penal Militar

Diante das conclusões da seção anterior, é possível afirmar que o bem jurídico aqui defendido vai além da saúde pública, ele trata da missão, dos valores, dos deveres institucionais, da defesa da pátria da segurança de todos os cidadãos. Agir contrário aos princípios basilares da instituição e principalmente cometendo o crime disposto no artigo 290 do CPM, ofende e lesiona todo um sistema jurídico pautado na disciplina, além de pôr em risco todos a sua volta.

Posto isto, aplicar qualquer outra penalidade ou, pior, deixar de aplicar, no caso, a previsão especial em detrimento do disposto artigo 28 da Lei de Drogas, feriria não só o princípio da especialidade, bem como também o da ofensividade ou lesividade. Princípio este que visa, em primeiro plano, a proteção efetiva do bem jurídico tutelado e, em segundo, a garantia de punibilidade adequada a conduta ofensiva ante a lesão produzida.

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. (BITENCOURT, 2009, p. 22)

No caso em tela, a ofensividade não é mínima e não pode ser equiparada ao princípio da insignificância, pois diante do fato de que o militar deve sempre zelar pela correção de atitudes e em observância à disciplina, é notória a diferença do peso da infração penal quando cometida por civil e quando se trata de crime militar.

O professor Jorge Cezar de Assis (2014, p. 66) ensina que:

De nossa parte, o “frisson inebriante” causado pela edição da Nova Lei de Drogas não contagiou, sendo que em nossa atividade ministerial sempre entendemos inaplicável o princípio da insignificância aos crimes relacionados com o porte e uso de drogas por militares. Assim, nos alinhamos à pacífica jurisprudência do Superior Tribunal Militar, reconhecendo que, em termos de entorpecentes não há que se falar em insignificância, pois além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde, o Código Penal Militar, ao tipificar a conduta, tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida.

Assim sendo, ainda que a materialidade do crime seja ínfima, essa não pode ser confundida como insignificante, pois o militar nessas condições não age apenas contra a incolumidade pública e a saúde, mas também contra o bem jurídico ali tutelado: a disciplina militar. Pensar o contrário, seria presumir que não há ilicitude, na hipótese, quanto a ato que, mesmo que possa ser considerado, do ponto de vista da saúde, inofensivo ou autolesivo, atinge diretamente a ordem militar, uma vez que contrário não apenas à literalidade do tipo pela do art. 290 do CPM, mas ao bem jurídico, por ele tutelado, qual seja: a higidez das instituições castrenses. Aliás, este posicionamento é reconhecido, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

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 (BRASIL, 2011).

Como já se apontou anteriormente, essa não é uma questão de quantidade, portanto, não pode ser confundida com insignificante, no caso em tela a conduta exigida não permite que o militar porte qualquer substância entorpecente sendo ela em quantidade ínfima ou não. Tal conduta além de não ser adequada, ao passo que fere, os princípios basilares da instituição, notadamente a disciplina, também prejudica a segurança pública e a defesa da soberania nacional, pois o indivíduo em questão necessita estar sóbrio para operar, por exemplo, materiais bélicos condizentes e essenciais com seu serviço. Nesse sentido reforçando o pensamento aqui exposto:

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. 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. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna (BRASIL, 2011).

Ou seja, é considerada pelo próprio constituinte que a execução das atividades precipuamente exercidas pelas forças militares, são de extrema importância, afinal se voltam à garantia das condições necessárias à própria manutenção da ordem jurídico-constitucional, razão pela qual a tolerância com relação a condutas que, por menos lesiva que possam parecer – e, eventualmente, talvez o sejam quando praticadas por civis –, tem o potencial de por em risco a capacidade das instituições militares desenvolverem suas atividades de maneira regular e, com ela, a segurança nacional.

5 Conclusão

Ao longo do presente estudo foi possível perceber que o Direito Penal Militar é um ramo especial do Direito Penal Brasileiro, o qual busca garantir que sejam cumpridas as normas e regras jurídicas destinadas às instituições militares. Diante disso, talvez por falta de conhecimento sobre a dinâmica da vida castrense e por desconhecimento do bem jurídico tutelado, as penas aplicáveis àqueles militares que, durante o serviço, fazem uso ou simplesmente portam para consumo substâncias entorpecentes, passaram a ser questionadas. Tem-se como base deste questionamento, os movimentos despenalizantes do Direito Penal comum, particularmente aquele expresso no art. 28 da Lei de Drogas. Punha-se, com isso, em risco os princípios basilares e constitucionais da própria instituição militar.

Nesse sentido, o Código Penal Militar especialmente, em seu artigo 290, que trata do porte ilegal de substância entorpecente, reconhece a gravidade do delito que, em hipótese alguma, deixa de atentar diretamente contra a hierarquia e a

disciplina militar. Por isso, partido do princípio da especialidade, reconhece-se que o art. 290 do CPM que, nesse caso, trata-se de norma especial em relação ao art. 28 da Lei de Drogas, não pode ser confundido ou mesclado ao regime penal comum, uma vez que para além do debate sobre a autolesão e da possibilidade do Direito Penal comum regular aspectos ligados à privacidade do cidadão, quanto se trata de um militar em serviço, a ofensa que este ato promove se manifesta em face da própria disciplina militar.

Tampouco se pode acolher o argumento de que a conduta do porte para uso configura, eventualmente, conduta atípica porque lhe falta lesividade. Na verdade, uma vez determinada a materialidade delitativa, a conduta do militar é reprovável em razão do potencial de por em risco a capacidade das instituições militares desenvolverem suas atividades de maneira regular e, com ela, a segurança nacional. Assim sendo, respeitando os critérios de especialidade diante da matéria, dados em função do regime especial de sujeição ao qual se submetem os militares, especialmente durante o período em que se encontram de serviço. A leniência com relação a esta conduta vai contra todos os princípios de justiça, ética e disciplina do Direito Militar e da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra, 8. ed., Curitiba: Juruá, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código Penal Militar*, Decreto-Lei nº. 1.001 de 21 de outubro de 1969 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 05 de outubro de 1988 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 103.684 do Distrito Federal*. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 21 de out. de 2010. Brasília: Diário de Justiça eletrônico, 2010: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621935>>. Acesso em 25 de out. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 112.932 do Rio de Janeiro*. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 13 de mai. de 2014. Brasília: Diário de Justiça eletrônico, 2014: Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=237432571&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 25 de out. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUREAUX, Rodrigo. *Justiça Militar: aspectos gerais e controversos*. São Paulo: Fiuza, 2012.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996.

NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação especial de sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar no Exército (Decreto n. 4.346/2002). *Revista da SJRJ*. n. 27. Rio de Janeiro, 2010, p. 57 – 77.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Comentários aos arts. 1º a 37 do Código Penal Militar, Decreto-lei 1001, de 1969*. 1. ed. Belo Horizonte: [online], 2013. Disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/fotos_noticias/jan-2013/paulo-tadeu-comentarios-aos-arts-01-a-37-do-codigo-penal-militar-ebook.pdf>. Acesso em 12 de nov. de 2020.

SOUZA, R. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Áudio, 2011.

ZAVERUCHA, J. *Relações Civis Militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In. ILHA, M.; PIRES, P. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.