

Lei 11.343/06 versus art. 290 do Código Penal Militar: uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à Administração Militar à luz da Lei 13.491/17

Raphael Mello de Andrade

Formando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

RESUMO: O presente artigo tem por escopo contextualizar algumas questões relativas à posse de drogas em lugar sujeito à administração militar, sobretudo diante da nova disciplina penal militar trazida pela Lei 13.491/17, que prevê a possibilidade de que os tipos previstos na legislação penal (o que inclui a extravagante) sejam considerados crimes militares. Nesse contexto, é necessário discutir o aparente conflito entre a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e o art. 290 do Código Penal Militar (que prevê o tipo de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar) nos casos relacionados ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a atualidade do tema, bem como pela sua importância prática, ante a expressiva quantidade de casos que envolvem tais condutas no âmbito da Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Militar. Lei 13.491/17. Art. 290 do CPM. Lei de drogas.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Uma discussão já antiga: uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar e a lei de drogas – 3 Da inaplicabilidade da Lei 11.343/06 e do princípio da insignificância aos crimes militares de drogas – 4 Tráfico e uso de drogas em área sujeita à Administração Militar à luz da Lei 13.491/17 – 4.1 A especialidade do art. 290: lugar sujeito à

Administração Militar – 4.2 Art. 9º, Inc. I, do Código Penal Militar: crime definido de modo diverso na Lei Penal Comum – 5 Da inaplicabilidade das alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º à posse para uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à Administração Militar – 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Com a redação dada pela Lei 13.491/17, o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar passa a considerar como militares não apenas os crimes previstos no Código Penal Militar, mas também os dispostos na legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante), desde que cometidos numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f” do referido inciso.

Dessa forma, os crimes militares deixam de ser apenas aqueles constantes no Código Penal Militar, e se considerara como tais qualquer tipo penal existente no ordenamento jurídico, desde que cometido nas hipóteses das alíneas do inciso II do artigo 9º.

Destarte, retoma fôlego uma discussão há tempos existente na jurisprudência e doutrina penais militares: a possibilidade de aplicação da Lei 11.341/06 (Lei de Drogas) às condutas relativas ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes em áreas sujeitas à administração militar.

O presente artigo justifica-se justamente por conta da atualidade do tema e das inúmeras controvérsias que este tem suscitado. Outrossim, ao atuar na Justiça Militar da União, percebe-se que são inúmeros os casos que envolvem drogas em unidades militares, o que faz o tema merecer especial atenção, sobretudo pelo potencial conflito entre o artigo 290 do Código Penal Militar e os dispositivos da Lei 11.343/06.

Pretende-se demonstrar que, em que pese a Lei 13.491/17 admitir que qualquer crime previsto na legislação penal possa ser considerado como militar, desde que cometido numa das circunstâncias elencadas nas alíneas “a” a “f” do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar

continua sendo aplicável o artigo 290 do supracitado Diploma, e não as disposições da Lei 11.343/06, dada a especialidade do primeiro.

2 UMA DISCUSSÃO JÁ ANTIGA: USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR E A LEI DE DROGAS

As condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar são umas das que mais geram repercussão no âmbito da Justiça Militar da União, não só pela quantidade de casos existentes, mas também pelos intensos debates que circundam o tema.

Como aponta a “Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase”, tráfico, posse ou uso de entorpecentes (art. 290, do CPM) foram enquadrados no quarto crime de maior incidência na Justiça Militar, no período de 2002 a 2012, representando 7,1% do total de casos, atrás apenas da deserção (art. 187, do CPM), que representa 24,9%; do estelionato (art. 251, do CPM), referente a 10,2% dos crimes denunciados; e do furto (art. 240, do CPM), que motivou 7,2% das denúncias.¹

No ordenamento jurídico pátrio, dois diplomas legais tipificam condutas relacionadas ao uso e tráfico drogas, a saber: a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e o Código Penal Militar.

Na Lei 11.343/06, a posse de drogas para consumo pessoal encontra previsão no art. 28, que comina, para esses casos, as penas de: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Dispõe, ainda, o § 6º que, em caso de descumprimento dessas medidas, pode o juiz submeter o agente, sucessivamente, à admoestação verbal e

¹ BRASÍLIA, Distrito Federal. *Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cab189e0bd2dde8e19d39640f46dd5>. Acesso em: 7 jul. 2018.

multa², inexistente, portanto, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

As condutas relacionadas ao tráfico e à produção de drogas, por seu turno, estão tipificadas no art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena de reclusão de cinco a quinze anos e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.³

Ao contrário da “Lei de Drogas”, que tipifica em dispositivos diversos as condutas relativas ao uso e ao tráfico de drogas, conferindo-lhes tratamento legal diverso, o Código Penal Militar, num único dispositivo (art. 290), comina a mesma pena: reclusão de até cinco anos, para o traficante e o usuário. Conforme Enio Luiz Rosseto, tal sistemática acompanha a lógica do Decreto-Lei nº 385/1968, que equipara as condutas de traficar e trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, e se encontra defasada em relação à legislação especial de drogas. (ROSSETO, 2015, p. 968)

A Lei 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), cuja finalidade é articular, integrar, organizar e coordenar atividades relacionadas à prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (ANDREUCCI, 2017, p. 217), apresentando clara distinção no tratamento conferido aos usuários e traficantes, motivo pelo qual é apontada como a visão legal mais atual a respeito do tema.

Desse modo, desde a entrada em vigor da “Lei de Drogas”, discute-se se as disposições de tal diploma legal teriam aplicação aos casos relacionados ao uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

3 DA INAPLICABILIDADE DA LEI 13.343/06 E DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES MILITARES DE DROGAS

Na seara do Direito Penal Militar, muito se discutia, antes mesmo da Lei 13.491/17, acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignifi-

² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em: 8 jul. 2018.

³ Idem, *Ibidem*.

cância, bem como da Lei 11.343/06, aos casos de uso de drogas em lugar sujeito à administração militar, em virtude da existência de entendimento segundo o qual, o art. 290 é desproporcional e defasado em relação às disposições da “Lei de Drogas”.

Contudo, dado o caráter especial do Código Penal Militar, vinham-se aplicando aos delitos relacionados ao uso e tráfico de entorpecentes em área sujeita à administração militar os dispositivos presentes nesse Diploma, predominando o entendimento de que os crimes militares de drogas não estavam sujeitos ao Sisnad.⁴

Nesse sentido, a Súmula nº 14 do Superior Tribunal Militar: “Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União”⁵

Como bem sinaliza a supratranscrita Súmula, a inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes de drogas em locais sujeitos à Administração Militar decorre da própria especialidade da legislação militar. Deve-se ter em mente que, nesses casos, mais do que a saúde pública, também se tutela, enquanto bem jurídico, a regularidade das instituições militares. (NEVES, 2012, p. 1309)

A doutrina especializada também posicionava-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, bem como da Lei 11.343/06, aos casos envolvendo tráfico e uso de drogas em locais sujeitos à administração militar (situação que pode mudar a partir da Lei 13.491/17), apesar dos discursos daqueles que entendem por desproporcional a resposta dada pelo Direito Penal Militar ao usuário de drogas.

Carlos Frederico de Oliveira Pereira, por exemplo, entende como justa a criminalização não apenas do tráfico, como também da posse para

⁴ GALVÃO, Fernando. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmulas. Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

uso, e, mais acertada ainda, a previsão de pena idêntica para o usuário e traficante. Ademais, salienta que:

Em meio à caserna, o tráfico e uso de entorpecentes têm efeitos muito mais funestos. É prática que atinge em cheio a disciplina militar, sem contar que, lembre-se, militar usa normalmente arma. Pense-se no risco para os colegas de farda e até para o meio civil. (PEREIRA, 2007, p. 30)

Aos menos afeitos às peculiaridades do Direito Penal Militar e da vida na caserna, pode parecer irrazoável a previsão de pena restritiva de liberdade em relação à conduta de trazer consigo drogas para uso próprio, e desproporcional a imposição, em abstrato, da mesma quantidade de pena tanto para o usuário quanto para o traficante. Contudo, o Direito Penal Militar é um ramo especializado do Direito Penal, que possui disciplina legal própria, de modo a afastar institutos a ele estranhos e incondizentes com seus princípios.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 11.343/06, a partir do ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a demonstrar duas posições diferentes quanto a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares de porte de pequenas quantidades de drogas em local sujeito à administração militar.

Nessa esteira, a 2ª Turma do Supremo passou a ter posicionamento favorável à aplicação do referido princípio, bem como do art. 28 da Lei de Drogas (superveniente e mais benéfico) aos crimes militares de drogas. Em sentido contrário, pela inaplicabilidade da bagatela, a 1ª Turma (ASSIS, 2017, p. 892), quando se tratasse de crime cometido em área sujeita à administração militar.

Encaminhada a questão ao Pleno, o Pretório Excelso, no HC 103.684, decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, bem como pela especialidade do art. 290 do Código Penal Militar, em relação à posse de drogas em lugar sujeito à administração militar, conforme ementa abaixo transcrita.

EMENTA: 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. 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.

3. A hierarquia e a disciplina militares 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, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desagar 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.

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143).

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-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 ao País pela

via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”.

6. No caso, 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 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. 7. Ordem denegada.⁶ (grifos nossos).

Irretocável, no caso, o entendimento da Suprema Corte que, em atenção à especialidade, aos valores e aos princípios próprios do Direito Penal Militar, tutor de bens jurídicos inerentes à vida na caserna e às suas constitucionais missões, afastou institutos jurídicos estranhos e incompatíveis com esse ramo especializado do Direito.

Noutro viés argumentativo, independentemente da quantidade apreendida, mesmo nos casos de posse para uso pessoal, é inaplicável o

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, PLENO. Habeas Corpus 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 21.10.2010, DJe 13.04.2011. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=13/04/2011&incidente=3873761&codCapitulo=5&numMateria=50&codMateria=1> >. Acesso em: 9 jul. 2018.

princípio da insignificância, visto que, por se tratar de crime de perigo abstrato, e que tutela a saúde pública, não é exigível a efetiva lesão ao bem jurídico ou sua colocação em risco real e concreto, para que esteja configurado o crime, de modo que, impossível é a aplicação do princípio da bagatela, pois, independentemente da existência de resultado material, a lesão já se encontra caracterizada.

Como adverte Adriano Alves-Marreiros, o tipo penal (art. 290 do CPM), bem como a norma penal que o complementa (Portaria 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde), não exige qualquer quantidade para que se configure o crime, de sorte que, “qualquer quantidade encontrada nas condições do crime militar oferece o perigo exigido pelo crime de perigo abstrato de que estamos tratando” (ALVES-MARREIROS, 2015, p. 1304).

Noutra senda, com base em argumentos que não se afastam dos expostos anteriormente, a doutrina penal militar relativa ao tema também concluía pela inaplicabilidade da Lei de Drogas no Direito Penal Militar (situação que, repita-se, pode ser modificada após a vigência da Lei 13.491/17).

Conforme bem assinala Guilherme de Souza Nucci, no confronto com a Lei 11.343/06, prevalece o disposto no art. 290, do Código Penal Militar, em face do critério da especialidade. A distinção entre tráfico de drogas e posse para uso feita pela Lei de Drogas não se aplica ao contexto militar, tendo em vista a diversidade de situações e a exigência, na vida da caserna, de maior rigor (NUCCI, 2014, p. 444).

Esse maior rigor da norma penal militar, mesmo no caso de posse para uso pessoal, decorre dos basilares princípios da hierarquia e da disciplina, que restam comprometidos toda vez que drogas são inseridas no ambiente militar, seja pelo traficante, seja pelo usuário. Impossível pensar que exista qualquer compatibilidade (ou mesmo aceitabilidade social), entre o tráfico e uso de drogas e o dever militar, de modo que, dado o grau de reprovabilidade da conduta, esta merece sim tratamento penal distinto.

Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial; não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos ou não posterior condução de uma viatura policial em emergência. Dessa forma, ainda que o cigarro de maconha não seja consumido dentro do quartel, mas apenas lá guardado, parece obrigatória a repressão da atitude pela aplicação do Direito Penal Militar. (NEVES, 2012, p. 1310)

O enquadramento, num mesmo tipo penal, da conduta do usuário e do traficante, conferindo-lhes, em abstrato, o mesmo tratamento penal, não viola, necessariamente, o princípio da proporcionalidade, pois, foi opção do legislador, que considerou como igualmente reprováveis as condutas de portar para uso próprio e traficar drogas em local sujeito à administração militar, em atenção às peculiaridades da vida na caserna.

Inobstante a reconhecida inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, é possível o uso da principiologia (a exemplo da razoabilidade), a fim de conferir melhor aplicação às leis. Contudo, a interpretação não pode se afastar da *ratio legis* e desvirtuar, desta maneira, legítimo instrumento de um Estado de Direito. Outrossim, como bem sinaliza Jorge Cesar de Assis, a Lei 11.343/06 apenas revogou de forma expressa as Leis 10.490/02 e 6.638/76, razão por que, não houve alteração nos arts. 290 e 291 do Código Penal Militar. (ASSIS, 2017, p. 892)

Percebe-se, portanto, que, em atenção aos princípios da hierarquia e disciplina, bem como à especialidade do Direito Penal Militar, não se admitia a aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares envolvendo drogas, sobre os quais incidiam, exclusivamente, o regramento do art. 290 do Código Penal Militar. Contudo, em face da Lei 13.491/17, que estende a legislação penal extravagante ao Direito Penal Militar, a situação pode ganhar novos rumos e debates, conforme passaremos a discutir.

4 TRÁFICO E USO DE DROGAS EM ÁREA SUJEITA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR À LUZ DA LEI 13.491/17

A Lei 13.491/17 alterou a redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, de modo a ampliar o rol dos tipos penais militares, albergando crimes inexistentes nesse Diploma legal, mas previstos na legislação penal comum. (ROTH, 2017, p. 30)

Por crimes previstos na legislação penal, conforme a nova redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar⁷, deve-se entender os tipos penais previstos tanto no Código Penal, quanto em toda legislação esparsa. Nessa senda, reavivou-se a discussão iniciada na primeira década do século passado a respeito da aplicabilidade da Lei 11.343/06 aos casos de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

Conforme anteriormente demonstramos, a entrada em vigor da Lei 11.343/06 não teve o condão de afastar a aplicabilidade do art. 290 do Código Penal Militar aos casos envolvendo o ingresso ilícito de drogas em locais sujeitos à administração militar. Contudo, com o advento da Lei 13.491/17, já surge entendimento, segundo o qual, a partir da novel Lei, a situação deve ser alterada, de modo que, aos crimes militares de drogas passam a ser aplicáveis os dispositivos da “Lei de Drogas”.

Nesse sentido, posiciona-se Fernando Galvão, para quem, no conflito entre a norma incriminadora do art. 290 do Código Penal Militar e os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, devem prevalecer as disposições mais recentes, que são as da Lei de Drogas.⁸

⁷ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017) (BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.)

⁸ GALVÃO, Fernando. *Novos crimes militares de drogas*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Conforme Galvão, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de sucessão de leis no tempo, de modo que, a previsão típica posterior (Lei 11.343/06), que possui a visão mais atual sobre o tema das drogas, revogaria a anterior (art. 290, do CPM), com ela incompatível. Assegura ainda não ser possível sustentar a aplicação do art. 290 com base na especialidade, pois, a partir da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei 11.343/06 também são militares. Nas palavras do autor:

Com a mudança promovida pela Lei 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei 11.343/2006.⁹

Também favorável à aplicação da Lei 11.343/06 aos crimes militares de entorpecentes se apresenta Ronaldo João Roth, para quem, algumas condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, como “exportar” e “importar”, se praticadas numa das hipóteses do inciso II art. 9º do Código Penal Militar, serão crimes militares, assim como todas as outras condutas típicas previstas na Lei de Drogas quando praticadas durante o serviço ou em razão da função (art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM).(ROTH, 2017, p. 30)

⁹ GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Data máxima vênia, impossível concluir, como fazem Fernando Galvão e Ronaldo João Roth, pela aplicabilidade da Lei 11.343/06, isso porque, ao contrário do que afirma o primeiro, não se trata de mera sucessão de leis no tempo, mas sim especialidade da norma penal. Outrossim, os eminentes magistrados conferem interpretação que consideramos equivocadas quanto às alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, conforme analisaremos à frente.

Ademais, incabível a combinação de tipos penais, como parece sugerir Roth, ao afirmar que se aplicam condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal Militar (a exemplo de “exportar” e “importar”), mas previstas na Lei 11.343/06, desde que praticadas nas hipóteses do inciso II.

4.1 A especialidade do art. 290: lugar sujeito à Administração Militar

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, uma norma é considerada “especial” em relação a outra quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de outros denominados “especializantes”, ou seja, acrescenta elementar própria à descrição típica prevista na norma geral. (BITENCOURT, 2011, p. 225)

Ensina Rogério Greco que:

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *Lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. (GRECO, 2014, p. 30)

Nessa senda, a norma disposta no art. 290 do Código Penal Militar é especial em relação aos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, por possuir elementar

“especializante”, qual seja, exigir, para perfeita subsunção da conduta ao tipo, que o fato seja cometido em lugar sujeito à administração militar.

Outra não é a visão de Coimbra Neves e Streinfinger que, ao analisarem o art. 290 do Código Penal, asseveram que, “na figura do *caput* há necessidade de que a conduta seja praticada em local sujeito à administração militar”. Tal imprescindibilidade resta evidente da simples leitura do tipo penal.

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:¹⁰ (Grifamos).

Embora não possua todos os elementos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 (como pressupõe Bitencourt), até mesmo pela quantidade de verbos presentes nesses dispositivos legais, sobretudo no segundo, o art. 290 do Código Penal Militar possui elementar especializante, consubstanciada na expressão “lugar sujeito à administração militar”.

Mais do que o simples ato de vender, produzir, fornecer, trazer consigo, etc., exige-se, para que se amolde ao tipo penal previsto no art. 290, que a conduta seja realizada em local sujeito à administração militar, circunstância inexistente nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas, apta a configurar a “elementar especializante”, que torna o tipo do Código Penal Militar especial em relação aos previstos na Lei 11.343/06, afastando assim a aplicação dessa legislação extravagante.

Apesar das especificidades da lei penal militar, já havia, antes mesmo da Lei 13.491/17, quem defendesse a revogação do art. 290 do Código Penal

¹⁰ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

Militar, ante a previsão constante no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas¹¹, que institui uma causa de aumento de pena para o caso em que o crime de tráfico fosse cometido, entre outras hipóteses, em unidades militares (PEREIRA, 2007, p. 30). Agora, com a extensão da legislação penal para o Código Penal Militar, pode-se reavivar tal argumento, com o qual não se pode concordar.

Não é possível compreender a causa de aumento supramencionada como uma especializante apta a afastar a aplicação do art. 290 do Código Penal Militar. Primeiro porque, a previsão do inciso III, do art. 40, da Lei 11.343/06, não é elementar típica, mas mera causa de aumento, genérica aos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, e não acolhida pela legislação penal militar, que apenas albergou, a partir da Lei 13.491/17, os tipos penais (preceitos primários e secundários) da legislação penal.

Ademais, o conceito de “lugar sujeito à administração militar” (presente no art. 290 do CPM) é mais amplo que o de unidade militar (constante na causa de aumento da Lei 11.343/06), de modo que, o abarca.

Nas palavras de Lobão,

Local sob administração militar é o que pertence ao patrimônio das Forças Armadas, da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militares ou encontra-se sob a administração dessas instituições militares, por disposição legal ou ordem igualmente legal de autoridade competente. O local pode ser móvel ou imóvel, como veículo, embarcação, aeronave, etc. (LOBÃO, 2006, p. 126)

¹¹ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm > Acesso em: 8 jul. 2018).

Unidade militar, por outro lado, como se depreende do art. 14 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais do Exército (RISG), é a Organização Militar da Força Terrestre “cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior, exceto as subunidades independentes, podendo ser regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque, base ou depósito”.¹²

Comparando-se o conceito de lugar sob administração militar dado por Lobão com a definição de unidade militar prevista no RISG, percebe-se que o segundo está contido no primeiro, que é muito mais amplo, abarcando não somente organizações militares, mas também todo o patrimônio que pertence ou está sob a administração das instituições militares. Desse modo, por exemplo, uma viatura policial seria local sujeito à administração militar, mas não uma unidade militar, de modo que, o art. 290 do Código Penal seria aplicável, enquanto o art. 40, III, da Lei 11.343/06, não.

Por tudo exposto, é impossível não concluir pela aplicação do princípio da especialidade no aparente conflito entre o art. 290 do Código Penal Militar e os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, aplicando-se o primeiro quando se trate de uso e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar.

4.2 Art. 9º, Inc. I, do Código Penal Militar: crime definido de modo diverso na lei penal comum

A Lei 13.491/17 não alterou o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar, razão pela qual, permanecem crimes militares os previstos nesse Código, “quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”¹³.

Segundo Ione de Souza Cruz e Claudio Amim Miguel, o art. 9º divide-se em três incisos:

¹² BRASIL. EXÉRCITO. Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1). Disponível em: < <http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf> >. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹³ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

- I – crimes tipicamente e propriamente militares;
- II – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da ativa;
- III – crimes impropriamente militares, sendo que o sujeito ativo será sempre o militar da reserva, reformado ou civil. (CRUZ; MIGUEL, 2005, p. 24) (Grifamos)

Ainda conforme os autores, o inciso I deve ser analisado por partes, sendo que, a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”) refere-se aos crimes definidos no Código Penal Militar que possuem todas as elementares dos descritos no Código Penal, com algo a mais, que caracteriza sua natureza militar. Como exemplo, o crime de incêndio, que possui previsão em ambos os códigos. (CRUZ; MIGUEL, 2005, pp. 30-31)

Código Penal – “Art. 250 – Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”¹⁴.

Código Penal Militar – “Art. 268. Causar incêndio em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”¹⁵. (Grifamos)

Desse modo, percebe-se que, o crime de incêndio possui previsão típica tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar, tratando-se de crime militar quando a conduta do agente, civil ou militar, for praticada em lugar sujeito a administração militar.

Também ao comentar o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar, Enio Luiz Rosseto o decompõe em duas partes, tratando a primeira (“os crimes que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum”), como a que radica os crimes impropriamente militares, que encontram previsão na legislação penal comum e no Código Penal Militar, sendo que, neste caso, a definição do delito possui especializante no tipo penal que o distingue

¹⁴ BRASIL. Lei n. 2.848. 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 13 jul. 2018.

do crime comum. Tal é o caso do ato obsceno (art. 238 do CPM e art. 233 do CP), que adotou como elemento especializante o local do crime, de modo que, o fato é considerado crime militar se o civil ou militar “praticar ato obsceno em lugar sujeito à administração militar”.

Sem entrar na discussão quanto à classificação que deve ser atribuída aos crimes de que trata a primeira parte do inciso I, certo é que, nesses casos, o tipo incriminador previsto no Código Penal Militar, possui elementar especializante que o difere da prevista na lei penal comum e que torna o crime militar. Pensamos que, como já exposto, seja esse o caso do art. 290 do Código Penal Militar, que possui a especializante “lugar sujeito à administração militar”. Tal, também, é o entendimento adotado por Carlos Frederico de Oliveira Pereira, para quem,

No caso de tráfico e posse ilícita de entorpecentes tem-se crime de definição diversa na lei penal comum, art. 9º inciso I do CPM, o que caracteriza automaticamente o crime militar, pouco importa se o sujeito ativo é militar ou civil, caso o comportamento, é claro, ajuste-se à norma incriminadora, dando ensejo à fixação da competência castrense, posto que, à luz dos artigos 124 e 125 § 4º da Constituição Federal, somente a Justiça Militar julga crimes militares, excetuadas as hipóteses de foro privilegiado por prerrogativa de função. (PEREIRA, 2007, p. 30)

Desse modo, em virtude da elementar especializante prevista no art. 290 do Código Penal Militar, que exige, para perfeita subsunção ao tipo, que as condutas relativas ao uso ou tráfico de drogas sejam praticadas em lugar sujeito à administração militar para que se configure o crime militar, percebe-se que o referido tipo penal está entre as hipóteses do inciso I do art. 9º, que não sofreu qualquer alteração por parte da Lei 13.491/17.

Nesse caminhar, aduz Coimbra Neves que, assim como os artigos que preveem crimes militares em espécie, o inciso I do art. 9º do Código Penal Militar não foi alterado ou revogado pela Lei 13.491/17, de sorte que, os tipos existentes apenas nesse Código, ou nele tipificados de maneira subs-

tancialmente diversa, ainda são crimes militares, com subsunção marcada, exclusivamente, pelos elementos típicos da Parte Especial do Código Castrense, tais como a violência contra inferior (art. 175 do CPM); e o tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeitos análogos (art. 290 do CPM) (NEVES, 2017, p. 23). Desse modo, atendidas as elementares do art. 290 do CPM, está-se diante de um crime militar, sem necessidade atender qualquer outra condição.

Conclui-se, portanto, que, a vigência da Lei 13.491/17 não implicou na revogação, ou mesmo em qualquer alteração no art. 290 do Código Penal Militar, que continuará a ser o dispositivo penal aplicável aos casos de tráfico e uso de entorpecente em lugar sujeito à administração militar.

5 DA INAPLICABILIDADE DAS ALÍNEAS “B” E “C” DO INCISO II DO ART. 9º À POSSE PARA USO E TRÁFICO DE DROGAS EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Como já exposto, Fernando Galvão e Ronaldo João Roth entendem que, após a entrada em vigor da Lei 13.491/17, os crimes previstos na Lei de Drogas podem ser considerados militares.

Conforme Galvão, realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei 11.343/2006 será militar.¹⁶

Roth, por sua vez, entende que as condutas não tipificadas no art. 290 do Código Penal Militar, como “importar” e “exportar”, mas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, se praticados numas das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, serão crimes militares, assim como as demais condutas típicas previstas na Lei 11.343/06, quando praticadas na forma do art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM. (ROTH, 2017, p. 30)

¹⁶ GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul. 2018.

Em que pese o esforço doutrinário expendido pelos autores, por tudo quanto exposto, não cremos ser possível a adoção de tais entendimentos. Como já sinalizado, o art. 290, por possuir redação diversa da lei comum, encaixa-se à hipótese do inciso I do art. 9º, também do Código Penal Militar, de modo que, basta que sejam satisfeitas as elementares previstas no tipo para que se esteja diante de um crime militar. Outrossim, Galvão e Roth conferem, respectivamente, às alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 9º errônea interpretação.

Do exposto por Fernando Galvão, depreende-se que, para o autor, após a Lei 13.491/17, a elementar “lugar sujeito à administração militar”, prevista no art. 290 do Código Penal Militar, não mais confere especialidade ao referido tipo, isso porque, aos crimes previstos na Lei 11.343/06 aplica-se a alínea “b” do inciso II do art. 9º do CPM, segundo a qual, consideram-se crimes militares os previstos nesse Código e na legislação penal, quando praticados “por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.”¹⁷(Grifamos).

Desse modo, para Galvão, os crimes previstos na Lei de Drogas (o que inclui os arts. 28 e 33), quando praticados em lugar sujeito a administração militar seriam crimes militares, afastando a incidência do art. 290 do Código Penal Militar. Para o autor, a combinação dos arts. 28 e 33 com o art. 9º, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, por questão de sucessão da lei no tempo, afastaria o art. 290 do CPM.

De igual modo, Ronaldo João Roth entende pela aplicabilidade dos tipos previstos na Lei 11.343/06 aos crimes militares de drogas, quando combinados com o art. 9º, inciso II, alínea “c”, do Código Penal Militar.

Com todo respeito aos ilustres doutrinadores, as conclusões a que chegam, e que afastam a aplicação do art. 290 do CPM aos casos de posse para consumo pessoal e tráfico de drogas em lugar sujeito à administração

¹⁷ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul. 2018.

militar, decorrem de equivocadas interpretações das alíneas “b” e “c”, do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar.

Inicialmente, cabe advertir, como já expusemos, que o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, na forma do *caput* do art. 290 do Código Penal Militar, pode ser cometido tanto por militar, quanto por civil. O inciso II do art. 9º do CPM, por outro lado, apenas cuida de condutas que têm como sujeito ativo o militar em atividade (SARAIVA, 2014, p. 46).

Na forma da alínea “b” do referido inciso, considera-se crime militar, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar e na legislação penal quando praticados por militar em situação de atividade, “em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil”¹⁸. Desse modo, para que o crime seja considerado militar, na forma da alínea “b”, a conduta deve atender, cumulativamente, a todos os requisitos previstos:

- a) praticado por militar em atividade;
- b) em lugar sujeito à administração militar;
- c) contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

Não é suficiente, portanto, que a conduta seja praticada em lugar sujeito à administração militar, ao contrário do que parece sugerir Fernando Galvão.

Das lições de Célio Lobão, é possível, no particular, extrair o que segue:

Nos termos da alínea b do inc. II, são requisitos do crime militar: local do crime sob administração militar, sujeito ativo militar e sujeito passivo civil. Indispensável o atendimento dos três requisitos para a militarização do delito com igual definição na lei penal comum.
(...)

¹⁸ BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm >. Acesso em: 14 jul. 2018.

Temos, na alínea b, o critério *ratione loci*, acrescido da condição de militar do agente e de civil do ofendido, subordinado, no entanto, ao critério *ratione legis* sempre presente na conceituação do delito militar. (LOBÃO, 2006, p. 125) (grifamos)

Silvio Martins Teixeira, em comentário à alínea “b” do inciso II do art. 6º do Código Penal Militar de 1944, cuja redação é idêntica à da alínea “b” do inciso II do art. 9º do atual Código Penal Militar, explicava que “razoável é que se considerem atentatórios das instituições militares os crimes praticados por militar ou assemelhado contra qualquer pessoa, em lugar sujeito à administração militar” (TEIXEIRA, 2015, p. 117). Desse modo, percebe-se que, para Martins Teixeira, os crimes praticados por militares em lugar sujeito à administração militar devem-se dirigir contra pessoas para que se configure a hipótese da alínea em apreço.

Importante lembrar que, nos crimes relativos ao uso e tráfico de drogas, tutela-se a saúde pública, de maneira que, não é possível que tais crimes preencham todos os requisitos da alínea “b”, pois, embora possa ser cometida por militar (a) e em local sujeito à administração militar (b), não é possível que a conduta seja dirigida contra uma pessoa, seja militar da reserva, reformado ou civil (c), pois fere bem jurídico da coletividade, e não de pessoa determinada.

Raciocínio semelhante é aplicável à alínea “c” do inciso II do art. 9º, que caracteriza como crime militar o fato de a conduta ser praticada por militar em situação de atividade, ainda que fora de local sujeito à administração militar, contra militares inativos ou contra civis, desde que ajam em razão do serviço, função que desempenha ou comissão recebida (SARAIVA, 2014, p. 48). Dessa maneira, para que se amolde à alínea “c”, a conduta, além de ser praticada por militar em razão do serviço, deve ser dirigida contra civil (pessoa física determinada), que não é, como já dito, o bem jurídico tutelado pelos crimes de drogas.

Ainda que não se concorde com tudo quanto aqui expusemos, necessário atentar para o fato de que, como já advertimos, o inciso II do art.

9º do Código Penal Militar apenas trata das hipóteses cujo sujeito ativo é o militar em atividade, de modo que, pugnar pela aplicação dos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, combinados com qualquer das alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, em detrimento do art. 290, do mesmo diploma legal, seria o mesmo que tornar a posse para uso e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar crime propriamente militar, desvirtuando a própria lógica da legislação penal militar.

A posse e o tráfico de drogas em lugar sujeito à administração militar são condutas que ferem mais do que a saúde pública, atingindo também a regularidade das instituições militares (NEVES, 2012, p. 1309), de modo que, devem ser consideradas crimes militares, quer sejam cometidas por militar, quer sejam cometidas por civil, pois colocam em xeque os basilares princípios da vida castrense.

Por tudo quanto argumentado, apenas é possível concluir pela permanência da aplicação do tipo de “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, presente no art. 290 do Código Penal Militar, pois, além de não ter sido revogado pela Lei 11.343/06 ou pela Lei 13.491/17, é o dispositivo penal aplicável aos crimes de drogas em lugar sujeito à administração militar, dada a sua especialidade, que lhe capacita a melhor tutelar a hierarquia e disciplina militar, afastando-se assim a aplicação da Lei de Drogas, afeita à legislação comum.

Ainda que anteriores à Lei 13.491/17, permanecem atuais as lições do Procurador de Justiça Militar da União, Luciano Moreira Gorrilhas, para quem:

A hierarquia e disciplina, supedâneos indispensáveis para a operacionalidade das Forças Armadas, constituem-se no bem jurídico imediato a ser protegido, razão pela qual comungo com a ideia de que não devem ser aplicados, no âmbito da justiça castrense, alguns institutos de direito penal comum, notadamente aqueles que, por suas características intrínsecas, estão mais afeitos à citada legislação e, portanto, não se coadunam com a índole da legislação penal militar. (GORRILHAS, 2011, p. 13)

O argumento de que o art. 290 do Código Penal Militar encontra-se defasado, sobretudo em relação às disposições previstas na Lei 11.343/06, que traz a visão legal mais atual a respeito das drogas, não é suficiente para afastar o tipo especial previsto no CPM, que não fora revogado, e continua a ser o dispositivo apto e que melhor tutela os interesses inerentes às instituições militares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da entrada em vigor da Lei 13.491/17, reaviva-se a discussão quanto à possibilidade de que os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 possam ser considerados crimes militares, de forma a afastar a incidência do art. 290 do Código Penal Militar, que tipifica o crime de “tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar”, que condensa, num mesmo dispositivo, as condutas ligadas ao uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar, conferindo-lhes igual reprimenda penal.

Embora se argumente que o art. 290 do Código Penal Militar é norma defasada e injusta, conforme demonstramos, ela não foi revogada, vez que é tipo penal especial e se enquadra à hipótese do inciso I do art. 9º desse Diploma Castrense, que não sofreu qualquer reflexo em decorrência da Lei 13.491/17, de modo que, deve continuar sendo a norma penal aplicável aos casos que envolvem posse para uso e tráfico de drogas, em lugar sujeito à administração militar.

Ainda que pareça injusto que a pena aplicável ao usuário e ao traficante seja a mesma e, mais ainda, que o civil se submeta ao mesmo tipo penal, é importante lembrar que, está-se diante de um crime de perigo abstrato, que visa reprimir os possíveis e nefastos efeitos do ingresso de drogas em locais sujeitos à administração militar. Como se advertiu, o tipo do art. 290 do Código Penal Militar tutela mais do que a saúde pública, promovendo, também, a proteção à regularidade das instituições militares.

A inserção de drogas no âmbito castrense, seja promovida pelo militar, seja promovida pelo civil, seja para uso próprio, seja para tráfico, representa

enorme risco ao regular funcionamento das instituições militares, baseadas nos princípios da hierarquia e disciplina, que restam comprometidos quando a capacidade cognitiva do militar está alterada pelo uso de substâncias entorpecentes.

Nessas situações, a própria sociedade, que depende da proteção conferida pelas Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, é colocada em situação de vulnerabilidade.

Por isso, impossível tolerar que drogas sejam inseridas no âmbito das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, a quem foram constitucionalmente incumbidos, respectivamente, a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, a preservação da ordem pública e a defesa civil.

Ao prever, como elementar típica do art. 290, que o crime seja cometido em lugar sujeito à administração militar, a intenção do legislador parece clara no sentido de evitar, especificamente, que as condutas relacionadas ao uso e tráfico de entorpecentes sejam cometidas nesse local, a fim de tutelar, assim, a regularidade das instituições militares. A Lei 11.434/06, por outro lado, é legislação atinente ao direito penal comum, que não leva em consideração as peculiaridades próprias que envolvem a vida na caserna.

O art. 290 do Código Penal Militar deve, portanto, continuar sendo aplicado aos casos que envolvam o uso e tráfico de drogas em lugares sujeitos à administração militar, pois é norma especial em relação ao tema e que não foi revogada pelas disposições da Lei de Drogas, mesmo com a entrada em vigor da Lei 13.491/17.

Insta consignar que, embora, em abstrato, a pena prevista pelo art. 290 para o usuário e traficante seja a mesma, é possível que o juiz, sem se desvincular dos parâmetros legais estabelecidos pela norma (pena de até cinco anos), faça um juízo de razoabilidade à luz do caso concreto, proporcionando, dentro das balizas legais, o justo tratamento a cada situação específica.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempos de guerra*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BITENCOURT, Cezer Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto Lei n. 1.001., de 21 de agosto de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Exército Brasileiro. Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1). Disponível em: <<http://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 8 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM) – Segunda Fase. Disponível em: < https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cab189e0bd2dde8e19d39640f46dd5 >. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmulas. Disponível em: < <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 21.10.2010, DJe 13.04.2011. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=13/04/2011&incidente=3873761&codCapitulo=5&numMateria=50&codMateria=1> >. Acesso em: 9 jul. 2018.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Fernando. Novos crimes militares de drogas. Disponível em: < <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/12/Novos-crimes-militares-de-drogas> >. Acesso em: 12 jul. 2018.

GORRILHAS, Luciano Moreira. A incidência do uso de drogas ilícitas nos quartéis das forças armadas. *Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 87, jan./fev. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O tráfico e a posse de entorpecentes. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, ano XI, nº65, maio/jun. 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (lei 13.491/17). *Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Código Penal Militar Comentado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Silvio Martins *Apud* ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015.

