

## REFLEXOS DA NOVA LEI DE DROGAS FACE AO CÓDIGO PENAL MILITAR\*

JOSÉ ALMIR PEREIRA DA SILVA

REFLEXOS DA NOVA LEI DE DROGAS FACE AO CÓDIGO PENAL MILITAR (LEI 11.343/06)

**JOSÉ ALMIR PEREIRA DA SILVA** é Bacharel em Direito, havendo colado grau em janeiro 2004, foi conciliador do Juizado Especial Civil – Anexo São Miguel Paulista – SP e Conciliador no Juizado Especial Criminal no Fórum de Itaquera (2000-2003). Aprovado no Exame de Ordem nº 122 - OAB/SP. Atualmente é pós-graduando *Lato Sensu* em Direito Militar, curso iniciado no 1º semestre de 2006.

### 1 - INTRODUÇÃO

A sociedade sempre repudiou o tráfico ou uso ilícito de drogas, não obstante, no decorrer dos anos não podemos fugir da realidade de que houve uma mudança radical dos conceitos sociais, por conseqüência, influenciaram diretamente na legislação penal e na política criminal atual.

Neste mister devemos manter uma racionalidade, pois questões que versam sobre substâncias entorpecentes devem ser observadas, principalmente, como uma questão de saúde pública, logo, devemos quebrar os *tabus* sociais e arrostar a verdadeira problemática que diuturnamente nos afeta.

Importante destacar as sábias lições dos Professores Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller, que de forma inexorável asseveram em sua obra *Legislação Penal Especial*:

“A dependência química já reconhecida pela Organização Mundial de Saúde, e são de conhecimento geral as funestas conseqüências da disseminação do uso de entorpecentes como gerador de violência, desde a familiar até a formação de organizações criminosas que servem do vício alheio”.<sup>1</sup>

O Direito Penal, considerado como instrumento regulador do Estado Democrático de Direito, também não pode deixar de enfrentar a complexa situação das drogas ilegais – que, geralmente, traz consigo a violência e dramáticos danos à família e a sociedade em geral – destarte, se deve buscar ferramentas racionais para resolver esta complexa situação.

Neste diapasão, podemos dizer que o ordenamento jurídico penal brasileiro sempre buscou de forma veemente combater as drogas de um modo geral, adotando medidas enérgicas, pactos internacionais e conscientização social, no entanto, sempre deparamos com a forte resistência ilícita, sociais e políticas que consegue se manter, muitas vezes através do dito “crime organizado”.

Em apertada análise, constata-se que Lei Penal Comum em época pretérita não conseguia distinguir o viciado do traficante, tratando ambos com rótulo de “maconheiro, cheirador, drogado...”, sendo que pessoas surpreendidas na situação de usuários eram imediatamente lançadas ao cárcere, independentemente de provado a sua situação de dependente químico ou não.

Ocorre que com as mudanças sociais e conscientização nacional e internacional, declinou-se no entendimento que o usuário necessitava verdadeiramente de um tratamento médico e não da reprimenda corporal, neste sentido houve uma mudança radical na política criminal, respaldada pela conscientização social, e com o surgimento da Lei nº 9.099/95 e 10.259/01 adotou-se penas alternativas.

Agora, realmente sedimentou-se uma nova política criminal minimalista com o advento da nova Lei de Drogas nº 11.343/06, que em seu artigo 28 furtou-se da aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, preferindo a reinserção social.

Cumpri esclarecer, que este moderno ordenamento não descriminalizou “o uso de drogas”, apenas vedou a aplicação de pena privativa de liberdade, entretanto, esta conduta não deixou de ser considerado delito penal.

O Doutor Luiz Flávio Gomes em seu artigo jurídico intitulado “Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória”,<sup>2</sup> assevera de forma veemente que houve uma descriminalização formal adotado agora pela Lei 11.343/06 em relação ao usuário, de modo firme e resoluto, embora não tenha transformado tal fato em infração administrativa, sem sombra de dúvida constitui uma opção político-criminal minimalista (que se caracteriza pela mínima intervenção do Direito penal), em matéria de consumo pessoal de drogas.

Já o Direito Penal Militar, sempre primou pela reprimenda corporal para o usuário de entorpecente, rotulado-o, muitas vezes, como um criminoso odioso, esquecendo-se de lançar sobre o usuário ou dependente químico abrangido por esta legislação castrense uma ótica sócio-educativa a fim de entender que se trata de um doente, que necessita de tratamento médico imediato.

O artigo 290 do Código Penal Militar traz no seu bojo todas as hipóteses: tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, impondo reprimenda de reclusão, até cinco anos. Senão vejamos:

“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 a administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. (grifamos)

Veja, no Direito Penal Militar, a aplicação da pena, hipoteticamente, pode ser a mesma tanto para o traficante como para o usuário, tratando-os de forma similar, é claro que no caso concreto, certamente os nobres juízes sopesarão as circunstâncias de fatos e de direito, com escopo de determinar uma pena justa e equânime, no entanto, pena de reclusão.

## 2 - FUNDAMENTAÇÃO

Destas considerações preliminares surge à discussão jurídica, deve-se ou não aplicar as benesses da Legislação Especial de Drogas, Lei nº 11.343/06 nos crimes expresso no artigo 290 do Código Penal Militar, quando a conduta é destinada ao “uso de entorpecentes”, certamente, este tema ecoará nos Tribunais Superiores e será discutido amiúde por vários juristas.

Salutar deixar claro, que não queremos aqui, descaracterizar ou maquiagem a relevância da aplicação da pena imposta às condutas previstas no artigo 290 do Código Penal Militar, pois, compreendemos como extremamente repudiadas, além de saber que sua previsão e reprimenda tem por escopo a defesa precípua da disciplina e hierarquia militar, bem como, a preservação das instituições militares, que direta ou indiretamente é afetada quando um delito desta natureza é praticado.

Por este motivo, trouxemos a discussão tão-somente, à conduta do usuário ou dependente químico, que muitas vezes sua doença não foi notada pela instituição, e teve seu quadro médico evoluído, por motivos diversos, oriundos de vários fatores que pode até fugir da seara do direito e galgar espaço no campo da Saúde Pública.

Ora, embora não aceitáveis quaisquer condutas ilícitas em locais sob a administração militar ou prevista como assimilados desta natureza, não podemos olvidar que todo nosso ordenamento jurídico tem por norte a Constituição Federal, logo, o operador do direito deve ter a cautela de aplicar os institutos jurídicos em conformidade com este diploma máximo.

A Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, traz como fundamento primordial à dignidade da pessoa humana, e, como direitos e garantias individuais em seu artigo 5º, tutela em seu *Caput* que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A nova Lei de Drogas, em observância a esses direitos e garantias, consignou:

“Art. 3º O Sisnad tem por finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social de usuário e dependentes de drogas”;<sup>3</sup> (grifamos)

Ainda, sem deixar de mira a Constituição Federal, a Lei em estudo deixou expresso alguns princípios fundamentais, entre eles podemos destacar:

“Art. 4º São princípios do Sisnad:

I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

(...)” (grifamos)

Sem muito esforço, constata-se que uma das finalidades precípua da Lei nº 11.343/06 é buscar preservar a dignidade da pessoa humana e fazer com que o usuário ou dependente químico seja recolocado na sociedade, através de esforços dos seguimentos sociais e instituições governamentais, fomentando adoção de medidas sócio-educativas, políticas de formação continuada e implantação de projetos pedagógicos de preservação do uso indevido de drogas.

Neste mister, não se torna razoável que somente o Direito Penal Militar se afugente desta realidade social, agindo como se todas as medidas e mudanças nada afetasse este segmento especializado do direito. Admitir essa hipótese, é o mesmo que admitir que o Direito Penal Militar existe por si só, num mundo “isolado e repleto de dogmas”, o que não é verdade.

Devemos arrostar esta nova realidade e discutir qual a melhor forma de tratar o usuário de drogas, mesmo que este usuário seja surpreendido em uma prática ilícita envolvendo entorpecente para uso próprio, em local sob administração militar ou nos casos assimilados.

Essa situação atualmente é tratada com todo vigor exigido pela legislação castrense, podendo o usuário que é surpreendido na posse de droga destina ao consumo, ser preso em flagrante delito, e imediatamente recolhido ao cárcere, onde permanecerá, até que sua prisão cautelar seja revogada por autoridade competente.

Fato totalmente diferente ocorre com o usuário que recebe as benesses da nova Lei de Drogas, que será processado e julgado na forma do artigo 60 e seguinte, da Lei 9.099/95, consoante defluiu o artigo 48, parágrafo 1º da Lei em comento, sendo vedada expressamente a prisão em flagrante, pelo parágrafo 2º do mesmo artigo.

Ora, será que a pessoa (dependente químico) que é surpreendida em local sob administração militar ou aquela, descrita nos casos assimilados, é diferente das outras pessoas que recebem a tutela da Lei nº 11.343/06, só porque aquela não conseguindo dominar sua doença, porta entorpecente para uso próprio nas hipóteses descritas do artigo 290 do Código Penal Militar?

Será legal e razoável, não utilizar as benesses da Lei nº 11.343/06 que proíbe a adoção de penas privativas de liberdade, ferindo de morte os princípios da isonomia, da racionalidade e da aplicação da pena mais benéfica ao réu, além de tratar com indiferença todo arcabouço da nova Lei de Drogas que busca a reinserção social do usuário de drogas?

Em uma análise crítica e sistemática, prefiro optar pelo entendimento da aplicação do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 290 do Código Penal Militar, uma vez que a política criminal e a sociedade elegeram como premissa à não adoção de pena privativa de liberdade quando se tratar de usuário ou dependente de drogas devidamente comprovado, logo, não se torna tolerável e razoável a aplicação de pena de reclusão como a prevista no diploma castrense.

Neste sentido, podemos ainda abarcar de forma analógica as sábias lições do ilustre juiz de direito militar Doutor Ronaldo João Roth, que ao tratar da Lei nº 9.807/99 (delação premiada), fundamentou:

“(…) como as de *lei esparsa*, irradiam-se e alcançam todo ordenamento jurídico – harmonizando-se à disciplina legislativa criminal -, ocasionando, dessa forma, fato que justifica a sua aplicação na Justiça Militar e, em especial, no Código Penal e no Código de Processo Penal Militares (COM e CPPM, respectivamente), e ao encarregado do inquérito policial militar (IPM)”<sup>4</sup>

Assim, torna-se de bom alvitre entender que não pode o Direito Penal Militar fugir desta realidade, pois como mencionado alhures, se deve respeitar a Constituição Federal, outrossim, a Lei de Drogas é, sem embargos, uma Lei autônoma e mais benéfica, logo, deve ser aplicada diante de um caso concreto, máxime em fiel observância aos princípios constitucionais, que sempre devem ser pugnados por todos operadores do direito.

Jamais podemos perder de mira a relevância dos princípios e garantias constitucionais que transcendem as muralhas da aplicação da norma “fria”, consoante preleciona o excelso Professo Damásio E. de Jesus:

“Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para correta interpretação e justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto. Dentre

esses princípios limitadores da pretensão punitiva destaca-se o da dignidade humana”.<sup>5</sup>

Na seara do Direito Penal Militar, torna-se imperioso destacar as pertinentes lições do Professor Cícero Robson Coimbra Neves que destaca sabiamente em sua obra:

“Podemos afirmar, agora especialmente voltados ao Direito Penal Militar, que os princípios informadores do ramo estudado são proposições que alicerçam o sistema penal, garantindo-lhe validade, porquanto buscam a limitação de seu espectro de incidência, em plena concatenação com um Direito Penal moderno, alinhado com o Estado Social e Democrático de Direito”.<sup>6</sup>

Mesmo com todas as ponderações consignadas, alguns podem se insurgir, não admitido à aplicação da Lei 11.343/06 em detrimento ao artigo 290 do Código Penal Militar, sob argumentos dos mais diversos, entre eles, que se torna impossível à aplicação da nova Lei de Drogas em detrimento do Direito Penal Militar, porque o artigo 48 da Lei remete o procedimento a Lei 9.099/95, sendo conhecido por todos, que essa Lei Especial em seu artigo 90-A veda expressamente a sua aplicabilidade nos delitos militares, sendo pertinente comentar que existe quem defendam a inconstitucionalidade deste dispositivo.<sup>7</sup>

No entanto, o artigo 48, parágrafo 1º, tão-somente, direciona o procedimento que deve ser adotado pelo juízo competente, ou seja, versa sobre direito processual e não sobre o direito material, ademais, a Lei nº 11.343/06 em todo seu arcabouço não traz expressa nenhuma vedação de aplicabilidade ao Direito Penal Militar ou Processual Penal Militar.<sup>8</sup>

Noutro prisma, o parágrafo 2º do artigo 48 da Lei 11.343/06, veda a prisão em flagrante encaminhando o autor dos fatos imediatamente ao juízo competente, porquanto podemos entender que não existe patente nenhum óbice que este juízo, por seu turno, seja os juízos Militares Estaduais ou da União, que diante do caso concreto processará e julgará o militar usuário ou dependente de drogas, sem que sofra a imposição da prisão em flagrante delito, com base nas benesses deste novo diploma jurídico.

### **3 - CONCLUSÃO**

Diante de todas as circunstâncias apontadas torna-se forçoso admitir que a nova Lei de Drogas nº 11.343/06, em especial o artigo 28, possui reflexos veementes em todo arcabouço jurídico penal e, deve sim ser aplicada de forma *in bonam partem*, sempre que comprovadamente se tratar de

situações de uso de entorpecente, sob pena de se afrontar flagrantemente os princípios e direitos constitucionais garantidos, entre eles, o princípio da isonomia, da racionalidade, da proporcionalidade e da aplicação da pena mais benéfica.

Por derradeiro, torna-se necessário ressaltar que somente respeitando a Constituição Federal e as nossas Leis, que poderemos fomentar o verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana, princípio máximo e basilar, protegido e difundido por todas as Instituições Militares do Brasil, com escopo de tutelar todos os cidadãos, civis e militares.

## NOTAS

\* Este artigo foi apresentado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Militar da Universidade Cruzeiro do Sul – UNICSUL, como avaliação do módulo 2 (Direito Penal Militar – Parte Especial).

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação penal especial. Vol. 1, São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 117.

<sup>2</sup> GOMES, Luiz Flávio. Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória. disponível em: < <http://jus.uol.com.br/index.html> >

<sup>3</sup> Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

<sup>4</sup> ROTH, Ronaldo João. Temas de direito militar. 1ª ed., São Paulo: Suprema Cultural, 2004. p. 74.

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. Temas de direito criminal. 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14.

<sup>6</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Apontamentos de direito penal militar. Vol. 1, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34.

<sup>7</sup> Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

<sup>8</sup> Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

JESUS, Damásio E. de. Temas de direito criminal. 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação penal especial. Vol. 1, São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

**NEVES**, Cícero Robson Coimbra; **STREIFINGER**, Marcello. Apontamentos de direito penal militar. Vol. 1, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2005.

**ROTH**, Ronaldo João. Temas de direito militar. 1ª ed., São Paulo: Suprema Cultural, 2004.

JUS NAVIGANDI. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/index.html> > Acessado em 23 Nov. 2006.

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8