

DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PERFIL
DO USUÁRIO E PERSECUÇÃO CRIMINAL: A
QUESTÃO DA INCONVENCIONALIDADE
DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Nidival Frota Bitencourt

*DRUGS IN THE ARMED FORCES , USER PROFILE AND CRIMINAL
PERSECUTION: THE QUESTION OF UNCONVENTIONALITY OF
ARTICLE 290 OF THE BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL CODE*

DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PERFIL DO USUÁRIO E PERSECUÇÃO CRIMINAL: A QUESTÃO DA INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

DRUGS IN THE ARMED FORCES, USER PROFILE AND CRIMINAL PERSECUTION: THE QUESTION OF UNCONVENTIONALITY OF ARTICLE 290 OF THE BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL CODE

Nidival Frota Bitencourt

*Capitão do Exército Brasileiro
Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo
São Paulo, Brasil.*

nidival@gmail.com

RESUMO

Este trabalho objetiva traçar o perfil dos usuários de drogas nas Forças Armadas e analisar a inconvencionalidade do art. 290 do Código Penal Militar, que proíbe a posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar. A pesquisa apontou que o referido dispositivo serve majoritariamente à incriminação de usuários de drogas, jovens cabos e soldados de 18 a 21 anos, de baixa renda e baixa escolaridade, a maioria dos quais prestando o serviço militar obrigatório, que, no momento do crime, estavam desarmados, não cumpriam serviço de escala e foram flagrados na posse de ínfima quantidade de maconha para consumo pessoal. Por se tratar de um grupo vulnerável, as Convenções da ONU sobre Drogas e a novel Resolução S-30/1 aprovada na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2016 (UNGASS 2016) exigem a implementação de medidas práticas pertinentes à faixa etária, bem como a proteção da saúde, da segurança e do bem-estar desses indivíduos. No entanto, ao invés de adotar tais medidas sociais e de saúde, o Brasil segue encarcerando usuários de drogas com base no art. 290 do CPM por até cinco anos. Portanto, tal dispositivo obsta o cumprimento do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS 2016 e vulnera as

referidas Convenções da ONU. Ante o exposto, concluiu-se pela inconveniência do art. 290 do CPM e a consequente descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar.

Palavras-chave: Usuário de drogas. Forças Armadas. Grupo vulnerável. Controle de convencionalidade. Descriminalização.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to profile the drug users in the Armed Forces and to analyze the unconventionality of article 290 of the Military Criminal Code (MCC), that criminalize the simple drug possession for personal use in area under military administration. The research pointed out that the aforementioned article mainly serves for the incrimination of drug users, young Privates and Specialists of 18 to 21 years of age, low income and low level of education, most of whom perform compulsory military service, which, at the time of the crime, were unarmed, did not perform service of call and were caught at the possession of a small amount of marijuana for personal use. Since it is a vulnerable group, the three international drug control conventions and the Resolution S-30/1 adopted by the UN General Assembly at the Special Session on Drugs (UNGASS) 2016 require the implementation of age-appropriate practical measures as well as the protection of the health, safety and well-being of these vulnerable members of society. However, instead of adopting such social and public health measures, Brazil continues to imprison drug users based on Article 290 of the MCC for up to five years. Therefore, that article obstructs the fulfillment of the international commitment made by Brazil to UNGASS 2016 and violates the mentioned UN Conventions. In view of the above, it is defended the unconventionality of art. 290 of MCC and the consequent decriminalization of simple drug possession for personal use in area under military administration.

Keywords: Drug user. Armed Forces. Vulnerable group. Conventionality control of law. Descriminalization.

Data de submissão: 20/03/2017

Data de aceitação: 22/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 1.1 Perfil dos envolvidos no crime de drogas do art. 290 do CPM 1.2 Da vulnerabilidade social em face da idade, escolaridade e renda 1.3 Da proteção convencional de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos 2. DA INCONVENIÊNCIA DO CRIME MILITAR DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PERANTE AS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS E A RESOLUÇÃO S-30/1 DA UNGASS 2016 2.1 Da superioridade hierárquica das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos frente às leis nacionais 2.2 Da interseção entre Política sobre Drogas e Direitos Humanos 2.3 A incompatibilidade material entre o art. 290 do CPM e as Convenções de Nova York (1961) e de Viena (1971 e 1988) 2.4 Da prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade 2.5 Do *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do *Habeas Corpus* n°. 103.684/DF. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A **criminalização** da posse de drogas para consumo pessoal em área sob Administração Militar é objeto do art. 290 do Código Penal Militar (CPM). O tema é de suma importância, sobretudo diante da recentíssima discussão no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n° 635.659/SP, acerca da (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que trata da posse de drogas para consumo pessoal.¹ Tal matéria é objeto de acirrados debates, normalmente caracterizados por uma exacerbada polarização entre **proibição e legalização** e, não raro, ignorando-se outras políticas regulatórias intermediárias adotadas por diversos países, notadamente a **despenalização** e a **descriminalização**.²

¹ O citado Recurso Extraordinário encontra-se pendente de julgamento, porém, os três votos já proferidos foram todos no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal tipificada no art. 28 da Lei de Drogas.

² Em linhas gerais, na **despenalização**, a posse de drogas para consumo pessoal mantém a natureza de crime, porém a pena privativa de liberdade é substituída por medidas alternativas à prisão. Já na **descriminalização**, por sua vez, a conduta deixa de ser crime, podendo ficar, no entanto, sujeita a restrições não penais.

Enquanto a Lei de Drogas (Lei 11.343/06, art. 28) adotou uma política regulatória de **despenalização** da posse de drogas para consumo pessoal, o art. 290 do CPM adotou a mais rígida das políticas regulatórias existentes, a **proibição**³, mediante a qual a mera posse de drogas para consumo pessoal é criminalizada, sendo-lhe cominada a sanção penal de um a cinco anos de reclusão, pena idêntica, aliás, à do tráfico de drogas, uma vez que o referido dispositivo dá igual tratamento ao usuário e ao traficante.

O presente estudo pretende, no capítulo seguinte, identificar inicialmente o segmento da população que é alvo da persecução penal militar em face do art. 290 do CPM para, em seguida, analisar se há alguma *condição social* que permita identificar tais indivíduos como membros de um grupo vulnerável. Em havendo, examinaremos as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil para proteção de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos da população usuária de drogas, no marco das Convenções da ONU sobre drogas.

Finalmente, no capítulo terceiro, investigaremos se o modelo de proibição adotado pelo referido art. 290 do CPM é compatível com as referidas Convenções da ONU sobre drogas, sobretudo, com o advento da novel Resolução S-30/1 da UNGASS 2016.

1. DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS, PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

1.1 PERFIL DOS ENVOLVIDOS NO CRIME DE DROGAS DO ART. 290 DO CPM

A recente “Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente”⁴, conduzida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar, do Egrégio Superior Tribunal Militar (STM), trouxe a lume a inquietante realidade do segmento da população alvo das ações penais militares conduzidas pela Justiça Militar da União instauradas

³ **Proibição** é o termo utilizado tanto pelas legislações domésticas, quanto pelo sistema internacional de fiscalização e controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, e refere-se ao estabelecimento de **sanções penais** para combater, de um lado, a oferta (plantio, produção, distribuição e comércio) e, de outro, demanda (consumo) de drogas.

⁴ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união: tráfico, posse ou uso de entorpecente.**

pela suposta prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, no período de 2002 a 2013.

A referida pesquisa constatou um **contundente aumento** da ocorrência de crimes relativos ao porte, uso ou tráfico de drogas (art. 290 do CPM). A taxa de crescimento foi da ordem de **18,5% ao ano**, saindo de 64 crimes no ano de 2002 para 192 casos em 2012. O aumento percentual nesse período foi de **200% (duzentos por cento)**.⁵

Embora o art. 290 do CPM puna não apenas a mera posse e o uso, mas também o tráfico, a pesquisa do STM apontou que os processos penais nos quais ficou evidente a **intenção de traficar** representam apenas cerca de **1,1%** do total. De um total de 996 acusados no período de 2002 a 2013, em apenas 11 (onze) deles ficou evidenciada a finalidade de traficar.⁶

A **maconha** é a substância mais comum, sendo encontrada em 81,6% dos casos, seguida da cocaína e do crack. A pesquisa demonstra que em 23% das apreensões de maconha, o peso da droga apreendida não ultrapassa 0,5 grama. Em **95%** dos casos, a quantidade é diminuta, não superando 15 gramas.⁷

No caso da **cocaína**, em mais da metade das apreensões, o peso da droga não ultrapassa 0,5 grama. Em **84%** dos casos, a quantidade é diminuta e não ultrapassa 2 gramas.⁸

A pesquisa também apontou que a maioria dos acusados **não** estava no exercício de serviço de escala (64%). Dentre os restantes que cumpriam o serviço de escala (36%), apenas um quinto estava **armado**, o que representa **7,3%** do total, i.e., dentre 996 acusados, apenas 73 cumpriam serviço de escala armado.⁹

⁵ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 9.

⁶ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 38.

⁷ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente, pp. 33-34.

⁸ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 35.

⁹ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente, pp. 36-37.

Chama a atenção a faixa etária dos acusados. São, na maioria, **jovens** de até **21 anos** de idade (**92,2%**), sendo que mais de **dois terços (68,2%)** dos crimes são cometidos por **jovens entre 18 e 19 anos**. Ademais, alcança a surpreendente marca de **98,2%** o total de jovens acusados com **até 25 anos**¹⁰, como se pode constatar na Tabela 1, abaixo.

Tabela 1 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por faixa etária, 2002 a 2013

	FAIXA ETÁRIA					TOTAL
	18 a 19	20 a 21	22 a 25	26 ou mais	Não informado	
TOTAL	679	239	58	18	2	996
PERCENTUAL	68,2%	24%	5,8%	1,8%	0,2%	100%

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25.

Da mesma forma, os dados constantes da Pesquisa do STM mostram que o grupo formado por **cabos e soldados** representa **98,1%** do total, conforme a Tabela 2, abaixo.

Tabela 2 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por círculo hierárquico, 2002 a 2013

CÍRCULO HIERÁRQUICO	TOTAL	PERCENTUAL
Oficiais, Subtenentes, Suboficiais, Sargentos	2	0,2%
Cadetes e Alunos de OFOR	7	0,7%
Cabos e Soldados	977	98,1%
Civis	9	0,9%
Não informado	1	0,1%
TOTAL	996	

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 24-25.

Assim, da análise da Tabela 1, percebe-se que cerca de **98%** dos envolvidos com drogas são **jovens** de **até 25 anos**. De igual, a Tabela 2 nos informa que aproximadamente **98%** dos envolvidos são **cabos e soldados**, estamento basilar da hierarquia militar, detentores dos mais baixos soldos. Essa equivalência de percentuais se deve ao fato de que o grupo de jovens

¹⁰ Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25.

militares que integram o círculo hierárquico de cabos e soldados ingressa nas Forças Armadas pelo serviço militar obrigatório aos 18 anos de idade, podendo permanecer incorporados às instituições militares por até 8 (oito) anos, quando terão por volta de 26 anos.

Além disso, cerca de **3/4 (três quartos)** dos acusados possuem, no máximo, o **ensino fundamental completo**. Vejamos:

Tabela 3 – Percentual de crimes associados a drogas nas Forças Armadas por grau de escolaridade, 2002 a 2013

GRAU DE ESCOLARIDADE	TOTAL	PERCENTUAL	
Alfabetizado	91	12,9%	73,9%
Ensino fundamental incompleto	65	9,2%	
Ensino fundamental completo	366	51,8%	
Ensino médio completo	182	25,8%	
Ensino superior completo ou pós-graduação	2	0,3%	
TOTAL	706	100%	

Fonte: adaptado de Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união:** tráfico, posse ou uso de entorpecente, p. 25-26.

Pode-se constatar que **mais da metade** dos acusados com base no art. 290 do CPM (51,8%) concluíram apenas o **ensino fundamental completo**. Se considerarmos o conjunto de envolvidos/acusados que possuem o ensino fundamental completo, o fundamental incompleto e aqueles que, embora alfabetizados, não possuem escolarização formal, o índice chega a surpreendentes **73,9%**, i.e., quase **3/4 (três quartos)** do total possuem, no máximo, o ensino fundamental completo.

Essas informações são indispensáveis para traçar o perfil dos militares (e eventualmente civis) portadores de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar que hoje são condenados a penas privativas de liberdade em razão do que prescreve o art. 290 do CPM:

Constata-se que a Justiça Castrense alcança, sobretudo, um grupo de militares que possui, **pelo menos**, três vulnerabilidades sobrepostas, a saber, a etária, a econômica e a baixa escolaridade: trata-se de **jovens de até 21 anos** do mais baixo estamento da hierarquia militar (cabos e soldados) – a maioria dos quais cumprindo o serviço militar obrigatório –, detentores dos **mais baixos soldos** e com, no máximo, o **ensino fundamental completo**.

1.2 Da vulnerabilidade social em face da idade, escolaridade e renda

É imprescindível considerar o **perfil** dos militares portadores de drogas para consumo pessoal que hoje são condenados a penas privativas de liberdade em razão do que prescreve o art. 290 do CPM. Não se pode, por imperativo de justiça, desconsiderar a situação de **vulnerabilidade social** pregressa ao processo penal e à condenação, o percurso até a entrada no sistema de justiça criminal, o acesso às políticas de saúde e moradia, exposição a violências e restrições ao exercício da cidadania e, sobretudo, a idade, a escolaridade e a renda dos militares que vêm sendo condenados com base no disposto no art. 290 do CPM.

Vulnerabilidade é definida como o estado de indivíduos ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham sua capacidade de resistência ou de autodeterminação reduzida ou impedida, podendo apresentar dificuldades para proteger seus próprios interesses devido a “déficits de poder” (político, econômico, jurídico, institucional etc.), força, inteligência, representatividade, oportunidades, pouca idade, educação, recursos financeiros ou outros atributos.¹¹

A noção de vulnerabilidade está umbilicalmente unida à proteção dos **direitos humanos**. São vulneráveis aquelas pessoas que têm diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos fundamentais¹², de direitos humanos. Essa diminuição de capacidades, i.e., essa vulnerabilidade está associada a determinada condição que permite identificar o indivíduo como membro de um grupo.¹³

No que diz respeito ao público-alvo do art. 290 do CPM, a pesquisa do STM aponta que há, **pelo menos** três vulnerabilidades sobrepostas: a etária, a econômica e a baixa escolaridade. Vejamos, a seguir, suas implicações.

¹¹ Em sentido aproximado, o conceito adotado pelo Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, na Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012, que define vulnerabilidade como o “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

¹² Entendem-se aqui **direitos fundamentais** como direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional.

¹³ Detalhadamente, Rede DHES (Direitos Humanos e Ensino Superior). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 13. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016. Cf. Castro, Mary Garcia; Abramovay, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 143-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14402.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

1.2.1 Vulnerabilidade etária

A **idade** é a condição que determina que os jovens estejam em especial situação de vulnerabilidade em relação aos direitos humanos, vulnerabilidade esta que resulta do déficit de poder que os jovens possuem quando comparados com os adultos. Não é difícil constatar que, numa sociedade **adultocrática**, por razões de ordem cultural, social e estrutural, os espaços de poder político, econômico, jurídico e institucional são ocupados majoritariamente por adultos, ficando a juventude, não raro, alheia ao processo de tomada de decisões na sociedade.

Essa condição é catalisada no âmbito das Forças Armadas, instituições cuja operacionalidade e eficiência dependem, de um lado, do respeito irrestrito à hierarquia e disciplina e, de outro, do conhecimento técnico-profissional e da experiência de seus chefes.

No círculo dos Oficiais, não se verá um tenente-coronel comandante de batalhão com idade inferior a um tenente ou capitão, comandantes, respectivamente, de pelotão ou de companhia. A experiência adquirida com a idade é um fator – embora não absoluto – que convém ser considerado para o exercício do poder e da autoridade na estrutura hierárquica das instituições militares.

Se isso é assim, a idade é a condição que determina que os jovens militares, ainda mais os cabos e soldados, que compõem o mais baixo estamento da estrutura hierárquica militar, estejam em especial situação de vulnerabilidade social, vulnerabilidade esta que decorre do seu déficit de poder (institucional, legal e regulamentar) quando comparados com militares mais experientes ou de graus hierárquicos superiores.

Além disso, no que diz respeito à vulnerabilidade às drogas, os jovens são apontados como o grupo etário mais suscetível à toxicodependência.¹⁴

¹⁴ Ilustrativamente, a pesquisa promovida por uma equipe do Baylor College of Medicine, nos Estados Unidos, descobriu que há razões de ordem biológica que explicam o fato de os adolescentes serem mais propensos à toxicodependência do que adultos: “a capacidade de produzir ou sintetizar novas proteínas, regulada por uma molécula chamada eIF2, é o que justifica a hipersensibilidade dos jovens à cocaína e nicotina”. Além disso, a pesquisa constatou que, diferentemente dos adultos, os jovens possuem um limiar mais baixo para os efeitos das drogas sobre os neurônios responsáveis pelo armazenamento de dopamina, uma substância crítica para a formação da toxicodependência, ou seja, os jovens precisam de menos quantidades de droga para desenvolverem o vício. Para mais detalhes, v. <<http://doutorjairo.blogosfera.uol.com.br/2016/03/01/estudo-explica-por-que-jovem-e-mais-vulneravel-ao-vicio-por-drogas/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Parte-se da ideia de ser esta faixa etária mais suscetível a comportamentos de risco, de um modo geral. Isso decorre das características comuns a esta fase da vida, apontadas por diferentes áreas do conhecimento. Citamos algumas: momento de transitoriedade e, portanto, de ambigüidade (nem criança, nem adulto); autonomia e responsabilidade relativas; conflito com o mundo adulto (necessidade de opor-se para autoafirmar-se no processo de construção de identidade); crise potencial com emergência de um novo corpo, nova imagem de si mesmo e vivência da sexualidade; sentimento de invulnerabilidade e potencialidade para autodestruição; ansiedade frente às exigências pouco definidas e às demandas difíceis de serem cumpridas em relação à família, trabalho, lazer e consumo¹⁵

1.2.2 Vulnerabilidade econômica

Adicionalmente, a **baixa renda** representa inequivocamente uma condição determinante de vulnerabilidade social, que concorre para a exclusão e marginalização social e impede o acesso a direitos humanos fundamentais, como moradia digna, saneamento básico, saúde, educação, trabalho digno, previdência, acesso à justiça, acesso à informação, lazer, cultura, dentre outros.

Como apontado supra, mais de **98%** dos militares processados com base no art. 290 do CPM são **cabos e soldados**, estamento basilar da hierarquia militar, detentores dos **mais baixos soldos** dentro da estrutura remuneratória das Forças Armadas, segundo a Lei de Remuneração das Forças Armadas (Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001) e a Lei nº 13.321/2016. Os cabos e soldados formam a base socioeconômica da pirâmide hierárquica militar, cujos vencimentos não ultrapassam **três salários mínimos**.

Além disso, é imprescindível uma distinção complementar: **dois terços** dos envolvidos com drogas (**68,2%**) são **jovens** com apenas **18** ou **19 anos** de idade. Em regra, nessa faixa etária, os soldados estão cumprindo os doze meses de **serviço militar obrigatório**; são os chamados “recrutas”, militares de menor grau hierárquico na estrutura militar, cujos vencimentos são **inferiores ao salário mínimo**. Portanto, dentro do grupo de cabos e soldados, há um subgrupo ainda mais economicamente vulnerável: os jovens recrutas de 18 e 19 anos, que cumprem, em regra, o serviço militar obrigatório, cujos vencimentos são **inferiores a um salário mínimo** e que representam sozinhos **dois terços** dos envolvidos com drogas nas Forças Armadas.

1.2.3 Vulnerabilidade em face do baixo grau de escolaridade

¹⁵ PAULILO, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, 2000, p. 41-42.

De acordo com a já referida pesquisa do STM, **73,9%**, i.e., cerca de **3/4 (três quartos)** do total possuem, no máximo, o ensino fundamental completo.

A **baixa escolaridade** representa uma situação de vulnerabilidade social, uma vez que esta condição impõe barreiras de acesso ao pleno exercício de diversos direitos humanos, tais como o acesso à informação, à justiça, à saúde, ao trabalho digno, dentre outros. Além disso, há estudos que reconhecem uma forte correlação entre a baixa escolaridade e o consumo de droga.

A vulnerabilidade às drogas é potencializada para os jovens de baixa renda e baixa escolaridade – a maioria em nosso país – por fatores como a exposição diária à violência; a desmotivação em relação à escola; a falta de perspectivas de um futuro melhor; e os infindáveis apelos de consumo e lazer – sempre inalcançáveis.

Seguramente o risco representado pelas drogas será avaliado e hierarquizado de forma comparativa aos outros tantos riscos presentes em suas vidas. A capacidade de se proteger estará também, sem dúvida, aí contextualizada.¹⁶

Daí porque o investimento em educação e informação é sabidamente uma importante medida preventiva para o enfrentar o problema do consumo de drogas.

Em síntese, pode-se concluir que o art. 290 do CPM tem servido de instrumento para incriminação, eminentemente, de um grupo vulnerável da sociedade, nomeadamente, o grupo de **jovens** militares de **baixa renda** e de **baixa escolaridade** do **mais baixo estamento hierárquico** (cabos e soldados) que cumprem o serviço militar obrigatório (ou as prorrogações do tempo de serviço).

Nesse sentido, o referido dispositivo penal castrense, quando comparado com o conjunto da sociedade, gera um impacto desproporcional nesse grupo de militares, que já é **socialmente vulnerável**, violando, portanto, o **princípio da não discriminação**.

1.3 Da proteção convencional de grupos vulneráveis e da promoção de direitos humanos

¹⁶ Paulilo, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, 2000, p. 57.

No Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Judiciário, no exercício de sua *função* contramajoritária, é incumbido da responsabilidade institucional de proteger minorias contra eventuais excessos da maioria e de garantir a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna e dos direitos humanos reconhecidos nos Tratados e Convenções Internacionais.¹⁷

O Poder Judiciário, no exercício da função contramajoritária, busca a **proteção** de minorias, hipossuficientes ou **grupos vulneráveis** contra excessos cometidos pela maioria, inclusive no plano legislativo, quando da análise da compatibilidade de leis nacionais com a Carta Magna e com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Assim, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade exercidos pelo Poder Judiciário tornam-se importantes instrumentos de promoção de direitos fundamentais e dos direitos humanos internacionais dos grupos vulneráveis.

No caso vertente, não se pode ignorar que o público-alvo do art. 290 do CPM é um grupo vulnerável que demanda especial atenção por parte do Poder Público: militares do mais baixo estamento hierárquico (cabos e soldados), majoritariamente **jovens** com até **21 anos de idade**, de **baixa renda** e de **baixa escolaridade**.

Em matéria de drogas, não apenas no plano constitucional, mas também no plano convencional, o Estado brasileiro assumiu a obrigação internacional de proteger grupos vulneráveis. É o que passaremos a analisar no capítulo seguinte, ao mesmo tempo em que verificaremos a compatibilidade entre a proibição da posse de drogas para consumo pessoal em área sob administração militar (CPM, art. 290) e as medidas sociais e sanitárias previstas no sistema jurídico-convencional de controle de drogas da ONU ao qual o Brasil se obrigou internacionalmente a cumprir.

2. DA INCONVENCIONALIDADE DO CRIME MILITAR DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PERANTE AS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS E A RESOLUÇÃO S-30/1 DA UNGASS 2016

¹⁷ Nesse sentido, o RE 477.554 AgR/MG, da lavra do Ministro Celso de Melo, 2ª Turma do STF, em 16/08/2011, no qual restou assentado que “Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.

A emissão de um juízo qualquer de inconvenção sobre o art. 290 do CPM em face das Convenções da ONU sobre Drogas depende da resposta afirmativa das quatro questões seguintes, as quais estão lógicas e sequencialmente encadeadas:

- i) O sistema normativo brasileiro admite o controle de convencionalidade de leis nacionais em face de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos?
- ii) As Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade?
- iii) Há incompatibilidade material entre as Convenções da ONU sobre Drogas e o art. 290 do CPM?
- iv) Havendo incompatibilidade material, o princípio da hierarquia deve prevalecer sobre o princípio da especialidade?

Os quatro tópicos a seguir cuidam justamente de cada uma das questões acima levantadas.

2.1 Da superioridade hierárquica das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos frente às leis nacionais

A primeira questão diz respeito à admissão (ou não) do controle de convencionalidade de leis nacionais em face de leis internacionais de direitos humanos.

É cediço que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, segundo o qual, as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, uma vez aprovados, na Câmara de Deputados e no Senado Federal, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, adquirem o status de emendas constitucionais. Além desses atos normativos internacionais equiparados a emendas constitucionais, as demais convenções e tratados que discorrem sobre matéria de direitos humanos incorporados antes da referida da EC nº 45/04, possuem hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE 466.343-SP e HC 87.585-TO.

Assim, tanto as convenções e tratados internacionais de direitos humanos aprovados segundo o rito do § 3º, do art. 5º, da CF/88 (atos normativos internacionais equiparados a emendas constitucionais), quanto aquelas convenções e tratados internacionais de direitos humanos aprovados até o advento da EC nº 45/04 (de estatura infraconstitucional, porém supralegal), por se situarem **hierarquicamente acima das leis nacionais**, ensejam a possibilidade de aferição da compatibilidade entre as leis nacionais e tais convenções/tratados internacionais. Daí se falar em **controle de convencionalidade** das leis nacionais, à semelhança do controle de constitucionalidade. Enquanto neste, o parâmetro do controle é a Constituição, naquele, são as convenções e tratados internacionais que contenham normas de direitos humanos que funcionam como parâmetro do controle de convencionalidade. Assim, quando uma lei nacional afrontar uma lei internacional de direitos humanos, deve sobre aquela recair o juízo de inconvenção e, por conseguinte, deve a lei nacional conflitante ser expurgada do ordenamento jurídico, por violação ao princípio da hierarquia.

2.2. Da interseção entre Política sobre Drogas e Direitos Humanos

A segunda questão a ser levantada é justamente se as Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos, a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade. A resposta é afirmativa. É tamanha a proximidade entre Direitos Humanos e Política sobre Drogas, que a novel **Resolução S-30/1**, adotada pela **Sessão Especial das Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS)** em **19 de abril de 2016**, em Nova York, especialmente convocada para rediscutir a Política Mundial sobre Drogas objeto das três Convenções da ONU sobre Drogas, dedicou um eixo temático especificamente ao tema dos direitos humanos, nomeadamente o eixo **“Recomendações operacionais sobre questões intersectoriais: as drogas e os direitos humanos, os jovens, as crianças, as mulheres e as comunidades”**.¹⁸

A referida Resolução S-30/1 da **UNGASS 2016** foi produto do consenso global que reconhece que a solução para o problema mundial das drogas está em uma abordagem que coloque as pessoas em primeiro lugar, orientada pela saúde pública e pelos direitos

¹⁸ Aliás, a referida Resolução está em consonância com o posicionamento do Brasil adotado no texto final elaborado pelo CONAD (Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas) especialmente para a UNGASS 2016, que, por sinal, também dedicou um eixo temático exclusivamente à matéria de Direitos Humanos. Cf. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS (CONAD). **Posicionamento do CONAD frente à UNGASS 2016**. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/Posicionamento_CONADUNGASS_consolidado.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

humanos.¹⁹

Uma vez que se reconhece que os atos normativos que tratam da **Política sobre Drogas**, seja no âmbito nacional, seja no âmbito internacional, congregam inúmeros dispositivos que, substancialmente, tratam de matéria de Direitos Humanos, a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade de leis nacionais materialmente incompatíveis, em obediência ao princípio da hierarquia.

2.3 A incompatibilidade material entre o art. 290 do CPM e as Convenções de Nova York (1961) e de Viena (1971 e 1988)

A terceira questão a ser enfrentada é o teste de compatibilidade material entre o art. 290 do CPM, sobretudo no que diz respeito à criminalização do usuário de drogas, e as três Convenções internacionais que conformam a chamada Política Mundial sobre Drogas, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU).²⁰ Saliente-se, inicialmente, que as referidas convenções são complementares e conformam o Sistema de Fiscalização Internacional de Drogas, cabendo ao United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) – **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime** a atribuição de apoiar os países na implementação de tais convenções.

É de se destacar que um dos objetivos declarados das convenções internacionais de controle de drogas é proteger a **saúde** dos indivíduos e da sociedade contra os efeitos adversos do consumo de drogas. As convenções exigem que os governos limitem o uso de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas a fins médicos e científicos, a fim de

¹⁹ Nesse sentido, o pronunciamento de Yury Fedotov, diretor-executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), durante a UNGASS 2016, após a adoção pelos Estados-membros da Resolução S-30/1. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-politicas-globais-sobre-drogas-devem-ter-vies-de-saude-e-direitos-humanos/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

²⁰ As referidas convenções foram incorporadas ao ordenamento pátrio: **Convenção de Nova York de 1961**, emendada pelo Protocolo de 1972 (Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 5/164, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 54.216/1964); **Convenção de Viena de 1971** (Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 90/1972, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 79.388/1977); e **Convenção de Viena de 1988** (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 162/1991, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto n° 154/1991).

proteger as pessoas, especialmente as mais vulneráveis, das consequências sociais e à saúde do uso de drogas, incluindo a dependência e disfunções relacionadas com as drogas que fragilizam a coesão social e as oportunidades para o desenvolvimento social. A posse, o cultivo e a venda ilícita de drogas são crimes de acordo com as disposições da Convenção de 1988.

No entanto, o artigo 14, § 4º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), afirma que “as partes adotarão as medidas apropriadas para eliminar ou reduzir a procura ilícita por entorpecentes e por substâncias psicotrópicas, com vistas a **reduzir o sofrimento humano** e eliminar os incentivos financeiros ao tráfico ilícito” (grifa-se). Neste dispositivo, a Convenção se concentra em **reduzir o sofrimento humano** decorrente das consequências sociais e à saúde decorrente do uso de drogas, bem como combater os ganhos ilícitos das organizações criminosas.

Além disso, em consonância com a abordagem voltada à saúde, o artigo 38, § 1º da Convenção Única sobre Entorpecentes (Convenção de Nova York de 1961), emendada pelo Protocolo de 1972, afirma que as Partes se comprometem a dar especial atenção e tomar todas as medidas necessárias para a **prevenção** do abuso de drogas e para a **identificação precoce, tratamento, educação, acompanhamento médico após o tratamento (pós-tratamento), reabilitação e reintegração social** das pessoas envolvidas, sublinhando o papel crucial das **intervenções sociais** e de **saúde** (tanto psicossociais, quanto farmacológicas), sob os auspícios do Sistema de Saúde, e não do Sistema Criminal.

De acordo com esta abordagem, a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), reconheceu expressamente a necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade nos crimes relacionados às drogas e dedicou o Relatório anual de 2007 (E/INCB/2007/1) especificamente ao tema. De acordo com esse documento, no caso de posse, aquisição ou cultivo de drogas para consumo pessoal, as medidas penais podem ser substituídas por “programas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social”.²¹ Este parece ser o caso dos autos.

De mais a mais, a supracitada Resolução S-30/1 da UNGASS 2016, ao tratar da **justiça criminal**, também abraçou a tese da proporcionalidade das penas e rompeu o silêncio sobre

²¹ Organização das Nações Unidas. Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE). **Informe 2007**. Disponível em: <https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

a questão das condições dos cárceres, garantias legais em relação à justiça criminal e **medidas alternativas ao encarceramento**, que agora estão entre as diretrizes da política de drogas mundial. O documento reconhece ainda a dependência como um problema de saúde, com causas e consequências sociais, e não mais como um problema criminal.

Resta salientar que, dentre as principais diretrizes da Política Mundial sobre Drogas delineada pelas três Convenções da ONU, está a distinção entre usuário e traficante. Enquanto o comércio ilícito de drogas (tráfico) e a lavagem de dinheiro são tratados como crimes passíveis de pena privativa de liberdade, o uso indevido de drogas é tratado como uma questão de saúde pública, e não uma questão de direito penal. Isso fica deveras evidente a começar pela estrutura da supracitada Resolução S-30/1 da UNGASS 2016: dentre os sete eixos temáticos, um deles é dedicado ao **usuário** (eixo da “redução da demanda”), ao passo que outro eixo é dedicado ao enfrentamento do **comércio ilegal** (eixo “redução da oferta”).²²

Como dito, o tratamento como uma alternativa às sanções penais é especificamente incentivado nas convenções internacionais de controle de drogas e provou-se mais eficaz do que a prisão no sentido de incentivar a recuperação da dependência de drogas e reduzir a criminalidade relacionada com as drogas. E há base científica para que as Nações Unidas adotem tal posicionamento, conforme aponta o documento **“Da coerção à coesão: Tratamento da dependência de drogas por meio de cuidados em saúde e não da punição”**, produzido em Viena, em 2009, sob os auspícios do UNODC:

Há evidências de que o tratamento eficaz da dependência de drogas que oferece intervenções clínicas (hospitalar ou ambulatorial) como uma **alternativa a sanções penais** aumenta substancialmente a recuperação, incluindo a **redução da criminalidade e os custos da justiça penal**. Os melhores resultados em comparação ao efeito das sanções penais isoladamente são evidentes tanto para a pessoa com o transtorno por uso de drogas como para comunidade. **Esta opção deve, portanto, ser considerada no caso de todas as pessoas condenadas por crimes relacionados com drogas. (grifam-se).**²³

A defesa da **descriminalização do uso das drogas para consumo pessoal** foi, aliás, o posicionamento do Estado brasileiro adotado no texto final elaborado pelo CONAD especialmente

²² No primeiro eixo temático, quando a Resolução da UNGASS 2016 trata da redução da demanda (consumo de drogas), as recomendações contemplam apenas medidas de prevenção, tratamento e questões relacionadas à saúde do usuário. Nenhuma palavra destinada à criminalização do consumo ou do usuário. Diferentemente, quando, no terceiro eixo temático, passa-se a tratar da redução da oferta (produção, distribuição e comércio de drogas), é que as recomendações abrangem medidas penais contra a delinquência (tráfico) e a lavagem de dinheiro.

²³ KOETER, M.; Bakker, M. Effectevaluatie van de Strafrechtelijke Opvang Verslaafden (SOV), 2007.

para a UNGASS 2016.²⁴ Vale apontar que, além do CONAD e da UNGASS, outros organismos internacionais recomendam o modelo de **redução de danos** como política mais adequada para a proteção da saúde do usuário de drogas, a exemplo da Organização Mundial de Saúde (**OMS**), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (**UNAIDS**), o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (**ACNUDH**) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (**PNUD**).²⁵

No mesmo sentido, a descriminalização do uso das drogas foi uma das principais recomendações do Relatório sobre Uso de Drogas nas Américas 2015, da **Organização dos Estados Americanos (OEA)**. O documento foi fruto do pedido feito à OEA por 34 Chefes de Estado e de Governo, incluindo os Estados Unidos, para que diferentes alternativas para a política de drogas fossem discutidas²⁶. Em 2009, a **Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia**, composta pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, um dos mais respeitados intelectuais da atualidade, ao lado de ex-dignatários como o mexicano Ernesto Zedillo e o colombiano Cesar Gaviria, além de diversas outras personalidades, avaliou o impacto das políticas de “guerra às drogas” e formulou recomendações para estratégias mais eficientes, seguras e humanas, entre as quais “tratar o consumo de drogas como uma questão de saúde pública”.²⁷

Fernando Henrique Cardoso também integra a **Comissão Global de Políticas sobre Drogas**, ao lado de personalidades como o ex-Secretário Geral da ONU Kofi Annan, Asma

²⁴ O referido documento assentou que a postura do Brasil seria “Encorajar a UNGASS a discutir alternativas à criminalização do porte de drogas e seu cultivo para consumo próprio. A criminalização do porte e plantio para consumo pessoal de drogas ilícitas tem contribuído para estigmatizar usuários de drogas, dificultando o acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social” (CONAD, **Posicionamento**, op. cit.).

²⁵ Boiteux, Luciana; Castilho, Ela Wiecko Volkmer de; Vargas, Beatriz; Batista, Vanessa Oliveira; Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de drogas e Constituição**. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009, p. 23; Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2016**: avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁶ Organização dos Estados Americanos (OEA). **Informe sobre Uso de Drogas en las Américas 2015**. Disponível em: <<http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3209>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁷ Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. **Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma**. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/07/drugs-and-democracy_book_PT.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016. No mesmo sentido, o posicionamento da Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), na Declaração “Hora de Debater e Inovar” (Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia. **Hora de Debater e Inovar**. Declaração. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016).

Jahangir, Mario Vargas Llosa, Javier Solana, Marion Caspers-Merck, John Whitehead. No primeiro relatório, divulgado em 2011, a supracitada comissão recomendou “acabar com a criminalização, a marginalização e a estigmatização das pessoas que usam drogas, mas que não causam nenhum dano a outros”.²⁸

Para além da proteção dos usuários em geral, a Resolução S-30/1 da UNGASS 2016 dá especial ênfase a um grupo de usuários em particular: os **jovens e membros vulneráveis** da sociedade. No eixo temático nº 4 (“As drogas e os direitos humanos”), no tópico intitulado “As drogas e os direitos humanos, os **jovens**, as mulheres, as crianças e adolescentes, os **membros vulneráveis da sociedade** e as comunidades” (**grifa-se**), há recomendações operacionais aos Estados-Partes específicas:

4. (...)

Las drogas y los derechos humanos, los jóvenes, las mujeres, los niños, los miembros vulnerables de la sociedad y las comunidades.

a) Ampliar los conocimientos de los encargados de formular políticas y la capacidad, según proceda, de las autoridades nacionales competentes en relación con diversos aspectos del problema mundial de las drogas, a fin de que las políticas nacionales en materia de drogas, como parte de un enfoque amplio, integrado y equilibrado, respeten plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y protejan la salud, la seguridad y el bienestar de las personas, las familias, los miembros vulnerables de la sociedad, las comunidades y la sociedad en su conjunto, y, con ese fin, alentar la cooperación con y entre la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras entidades pertinentes de las Naciones Unidas, en el marco de sus respectivos mandatos, incluidos los relativos a las cuestiones antes mencionadas, y las organizaciones regionales e internacionales pertinentes, así como la sociedad civil y el sector privado, según proceda;

(...)

f) Aplicar medidas prácticas apropiadas para cada edad, adaptadas a las necesidades específicas de los niños, los jóvenes y otros miembros vulnerables de la sociedad, a nivel legislativo, administrativo, social, económico, cultural y educativo, que incluyan medidas que les ofrezcan la oportunidad de llevar una vida saludable y autónoma, a fin de evitar que abusen de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas y que se vean implicados y sean utilizados y explotados en el cultivo ilícito y en la producción y fabricación y el tráfico ilícitos de estupefacientes y

²⁸ Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2011**: Guerra às Drogas. Disponível em <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2012/03/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

sustancias sicotrópicas y otras formas de delincuencia relacionada con las drogas, incluidas la delincuencia urbana y la violencia y delincuencia relacionadas con los jóvenes y las bandas, en cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño y teniendo en cuenta las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); (grifam-se)

Aliás, a referida **Resolução está em consonância com o posicionamento do Brasil adotado no texto final elaborado pelo CONAD especialmente para a UNGASS 2016²⁹, que, também no eixo temático dedicado especificamente à matéria de Direitos Humanos**, reconheceu “a necessidade de que as políticas públicas priorizem a atenção a **grupos vulneráveis**” (grifam-se).

A nosso sentir, o compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS 2016 de proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos membros vulneráveis da sociedade (nº 4, alínea “a” da Resolução S-30/1 da UNGASS 2016), bem como de aplicar medidas práticas apropriadas para cada faixa etária, adaptadas às necessidades específicas dos jovens (nº 4, alínea “f” da Resolução S-30/1 da UNGASS 2016), *in casu*, dos militares **jovens de baixa renda e de baixa escolaridade** que cumprem o serviço militar obrigatório e suas prorrogações, vem sendo obstado por um dispositivo do CPM que, ao invés de propiciar intervenções sociais e de saúde apropriadas à sua faixa etária, intervém, ao revés, na liberdade desse grupo vulnerável de jovens, condenando-o a penas privativas de liberdade que variam de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, violando visceralmente o princípio da **dignidade da pessoa humana** e contribuindo para estigmatizar esses jovens militares usuários de drogas, dificultando o seu acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social.

Por todo o exposto, com todo respeito às eminentes opiniões em contrário, o art. 290 do CPM, sobretudo no que diz respeito à criminalização do usuário de drogas, apresenta insanável vício de incompatibilidade material com os marcos legais sobre drogas do Sistema das Nações Unidas que conformam a chamada **Política Mundial sobre Drogas** (i.e., as três Convenções da ONU sobre Drogas c/c a Resolução S-30/1 da UNGASS 2016).

2.4 Da prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade

²⁹ Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). **Posicionamento do CONAD frente à UNGASS 2016.**

Nos três apartados antecedentes, vimos (i) que o sistema normativo brasileiro admite o controle de convencionalidade de leis nacionais em face de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos; (ii) que as Convenções da ONU sobre Drogas tratam de matéria de Direitos Humanos a ensejar, portanto, a possibilidade de controle de convencionalidade; (iii) que há incompatibilidade material entre as Convenções da ONU sobre Drogas e o art. 290 do CPM (apenas no que diz respeito à posse de drogas para consumo pessoal).

Resta, ainda, a quarta e última – e também decisiva – questão a ser enfrentada. Como resolver o conflito antinômico entre o art. 290 do CPM e as Convenções da ONU sobre Drogas? Temos, de um lado, uma norma inferior especial (o CPM) e, de outra, uma norma superior geral (as Convenções da ONU sobre Drogas). Trata-se, como se pode constatar, da chamada antinomia de segundo grau, hipótese em que não mais é suficiente invocar os clássicos critérios ou regras da cronologia, da especialidade e da hierarquia.

As regras supracitadas, como é cediço, são meta-normas que cuidam do conflito entre normas, nomeadamente, as antinomias de primeiro grau. Assim, segundo o critério **cronológico**, a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat legi priori*); segundo a regra da **especialidade**, norma especial derroga norma geral (*lex specialis derogat legi generali*); finalmente, pela regra da **hierarquia**, a norma superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).

Neste caso, no entanto, essas meta-normas, por si só, não solucionam o conflito. Pelo princípio da especialidade, deve prevalecer o CPM, por ser norma especial, sobre as Convenções da ONU sobre Drogas, já que estas são normas gerais. Entretanto, uma vez manejado o princípio da hierarquia, devem prevalecer as Convenções sobre o CPM, em função da superioridade hierárquica daquelas sobre este.

Aqui, a antinomia situa-se, com efeito, noutra plano: o conflito normativo se dá não exatamente entre normas jurídicas (CPM vs. Convenções da ONU), mas entre meta-normas. No vertente caso, o que conflitam são as meta-normas da especialidade e da hierarquia. A questão de fundo é: diante da antinomia entre especialidade e hierarquia, qual dos critérios deve prevalecer?

Bobbio, na clássica obra Teoria do Ordenamento Jurídico afirma que, embora não se possa estabelecer a priori uma regra geral que estabeleça a prevalência de um critério sobre

outro, deveria, teoricamente, **prevalecer o critério hierárquico**, salvo quando imperativos de justiça assim justificassem seu afastamento³⁰. Segundo o jusfilósofo italiano,

se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo.”³¹

Na mesma linha, se aceitássemos, no presente caso, a prevalência do princípio da especialidade em face do princípio da hierarquia, isso significaria admitir que uma lei ordinária nacional – portanto, inferior – pudesse revogar princípios convencionais de direitos humanos, que são formalmente superiores. Também no plano material, deve ser dada prevalência ao princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade, pois, ao fim e ao cabo, negar prevalência ao princípio da hierarquia de uma Convenção Internacional que contempla normas de Direitos Humanos significaria, por via de consequência, negar prevalência dos direitos humanos nas relações que o Brasil trava no cenário internacional, o que afronta o princípio fundamental da República fixado no inciso II, do art. 4º da Constituição Federal, segundo o qual a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais dentre outros, pelo **princípio da prevalência dos direitos humanos**.

2.5 Do *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do Habeas Corpus nº 103.684/DF

Apenas a título de esclarecimento, a questão jurídica objeto do presente apartado não se confunde com aquela outra questão objeto do HC nº 103.684/DF, julgado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, de relatoria do eminente Ministro Ayres Britto. Sobre isso, é deveras conveniente realizar o devido *distinguishing*, pois a situação *sub judice* não é análoga ao caso paradigma objeto do citado HC.

No referido caso paradigma, o Plenário do STF resolveu o conflito normativo manejando o critério da especialidade, segundo o qual o art. 290 do CPM consistia numa norma especial em face da norma geral disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

³⁰ BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 1995, pp. 108 et seq.

³¹ Nesta senda, DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2007, p. 92.

No entanto, o conflito normativo objeto do citado Habeas Corpus era substancialmente distinto do constante dos presentes autos. Ali foi submetido à apreciação do Pretório Excelso não apenas a solução de uma distinta antinomia de segundo grau, mas também distinta era a lei com a qual o CPM conflitava. Entendeu o STF que, de um lado, havia uma norma geral posterior (o art. 28 da Lei de Drogas) e, de outro, uma norma especial anterior (o art. 290 do CPM). Nesse caso paradigma, posicionou-se o STF pela prevalência do critério da especialidade ante o critério cronológico, como sintetizado a seguir.

Em primeiro lugar, como realçado, tratou-se de verificar se o art. 28 da Lei de Drogas – e não as Convenções da ONU sobre Drogas – revogara ou não o art. 290 do CPM. Entendeu o Supremo que havia, portanto, de um lado, uma lei nacional anterior e especial (o CPM) e, de outro, outra lei nacional, porém posterior e geral (a Lei de Drogas).

Em segundo lugar, a antinomia de segundo grau do caso paradigma é distinta da existente no caso *sub judice*. No caso paradigma, as duas leis conflitantes são de mesma hierarquia, e a antinomia de segundo grau se dá entre o critério cronológico (segundo o qual, a Lei de Drogas, por ser posterior, deveria prevalecer sobre do CPM) e o critério da especialidade (segundo o qual, o art. 290 do CPM, por se tratar de norma especial, deve prevalecer sobre a norma geral estampada no art. 28 da Lei de Drogas). No caso paradigma, ficou o STF – em perfeita sintonia com a doutrina, aliás – com o princípio da especialidade.³²

Como se pode constatar, o caso paradigma (HC n° 103.684/DF) é substancialmente distinto da situação *sub judice*, daí porque não convém invocar tal precedente para elucidação do caso vertente. Enquanto, no caso paradigma, havia um conflito entre o CPM e a Lei de Drogas, no caso *sub judice*, por sua vez, há um conflito entre o CPM e as Convenções da ONU sobre Drogas; enquanto, no caso paradigma, havia um conflito entre duas leis nacionais de mesma hierarquia, no caso *sub judice*, há um conflito entre leis que se situam em distintos planos hierárquicos (de um lado, normas internacionais que promovem direitos humanos e, de outro, uma norma nacional que restringe direitos humanos); enquanto, no caso paradigma, a antinomia se dava entre o critério da especialidade e o critério cronológico, no caso *sub judice*, o critério da especialidade conflita essencialmente com o critério hierárquico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

³² 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). (...) (STF HC n° 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto) [**grifam-se**]

Ante o exposto, (i) considerando a obrigação internacionalmente assumida pela República Federativa do Brasil de prevenir e tratar o usuário de drogas de que tratam o art. 38, § 1º da Convenção de Nova York de 1961 e o art. 14, § 4º da Convenção de Viena de 1988 c/c a novel Resolução S-30/1, da UNGASS 2016, a saber, a prevenção do abuso de drogas e identificação precoce, tratamento, educação, acompanhamento médico após o tratamento (pós-tratamento), reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas; (ii) considerando que as medidas sociais e de saúde (tanto *psicossociais*, quanto *farmacológicas*) objeto dos supracitados atos convencionais conflitam com a medida penal de encarceramento do usuário de drogas prevista no art. 290 do CPM; (iii) observado o *distinguishing* do caso *sub judice* em relação ao caso paradigma objeto do HC nº 103.684/DF, reconhecida a prevalência do princípio da hierarquia em face do princípio da especialidade e, em consequência do brocardo *lex superior derogat legi inferior*, e com arrimo no princípio da prevalência dos direitos humanos; assim, inclinamo-nos no sentido da inconveniência parcial do art. 290 do CPM, na parte em que criminaliza a posse de drogas para consumo pessoal, por ofensa às Convenções da ONU sobre Drogas c/c a Resolução S-30/1 de 2016 da UNGASS, nº 4, alíneas “a” e “f”.

O referido dispositivo do CPM obsta o cumprimento do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil perante a UNGASS de proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos membros vulneráveis da sociedade (nº 4, alínea “a” da citada Resolução), bem como de aplicar medidas práticas apropriadas para cada faixa etária, adaptadas às necessidades específicas dos jovens (nº 4, alínea “f” da citada Resolução), in casu, dos militares jovens de baixa renda e de baixa escolaridade que cumprem o serviço militar obrigatório e suas prorrogações. O art. 290 do CPM determina o recolhimento ao cárcere desse grupo vulnerável pelo prazo de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, ao invés de propiciar intervenções sociais e de saúde apropriadas à faixa etária dos jovens cabos e soldados, violando visceralmente o princípio da dignidade da pessoa humana e contribuindo para estigmatizar esses jovens militares usuários de drogas, dificultando o seu acesso ao tratamento quando necessário e a sua inclusão social.

Anote-se, ademais, que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal gera um impacto desproporcional sobre um grupo vulnerável de jovens militares, a saber, aqueles de baixa renda e de baixa escolaridade que compõem o mais baixo estamento da hierarquia militar (cabos e soldados), violando, portanto, o princípio da não discriminação.

Finalmente, não se pode ignorar que em apenas 1,1% dos casos, ficou evidenciada a

intenção de traficar. É dizer, embora o art. 290 sirva à repressão do tráfico e da posse para consumo pessoal, os dados empíricos são conclusivos no sentido de que o referido dispositivo serve eminentemente à criminalização não de traficantes, mas de usuários e pequenos usuários de maconha, que é a substância mais comum, sendo encontrada em 81,6% dos casos, cuja quantidade encontrada em posse dos usuários não supera 15 gramas em 95% dos casos. No caso da cocaína, em mais da metade das apreensões, o peso da droga não ultrapassa 0,5 grama; em 84% dos casos, a quantidade é diminuta e não ultrapassa 2 gramas. A pesquisa também apontou que apenas 7,3% dos envolvidos cumpriam serviço de escala armado.

Em apertada síntese, o art. 290 do CPM serve majoritariamente à incriminação de jovens cabos e soldados de 18 a 21 anos, de baixa escolaridade e de baixa renda, a maioria dos quais prestando o serviço militar obrigatório, que, no momento do crime, estavam desarmados, não cumpriam serviço de escala e foram flagrados na posse de ínfima quantidade de maconha para consumo pessoal.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, L.; CASTILHO, E. W. V. de; VARGAS, B.; BATISTA, V. O.; PRADO, G. L. M. **Tráfico de drogas e Constituição**. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, 2009.

CASTRO, M. G.; Abramovay, Miriam. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 143-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14402.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia. **Hora de Debater e Inovar**. Declaração. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016

Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2011: Guerra às Drogas**. Disponível em: <http://www.globalcommissiondrugs.org/wp-content/uploads/2012/03/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

Comissão Global de Políticas sobre Drogas. **Relatório 2016**: avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. **Relatório 2011**: Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/07/drugs-and-democracy_book_PT.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). **Posicionamento do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) frente à UNGASS 2016**. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/Posicionamento_CONADUNGASS_consolidado.pdf>. Acesso em 12 dez. 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 24 ed.

Organização das Nações Unidas. Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE). **Informe 2007**. Disponível em: <https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Informe sobre Uso de Drogas en las Américas 2015**. Disponível em: <<http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3209>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

PAULILO, M. A. S.; e Jeolás, Leila Solberger. Jovens, Drogas, Risco e Vulnerabilidade: aproximações teóricas. **Serviço Social em revista**, v. 3, n. 1, jul./dez. 2000, p. 39-60. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n1_jovens.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Rede DHES (Direitos Humanos e Ensino Superior). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 13. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Superior Tribunal Militar. Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar. **Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar da união**: tráfico, posse ou uso de entorpecente. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX_fk554DQAhWBgJAKHbedDMQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stm.jus>.