

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S)	: EVANILDO COSTA DO NASCIMENTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

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



HC 103.684 / DF

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 postura 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 desaguar 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,*

HC 103.684 / DF

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.

ACÓRDÃO

HC 103.684 / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em indeferir o pedido de *habeas corpus*, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o Presidente.

Brasília, 21 de outubro de 2010.

AYRES BRITTO

-

RELATOR

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S)	: EVANILDO COSTA DO NASCIMENTO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar. Acórdão que manteve a condenação do paciente a 1 (um) ano de reclusão pelo delito do art. 290 do Código Penal Militar – CPM. Dando-se que tal reprimenda se encontra em estado de suspensão, na forma estabelecida pelo art. 84 do mesmo diploma legal.

2. Pois bem, a Defensoria Pública da União sustenta que é de se aplicar em benefício do paciente o princípio da insignificância penal. Isso porque ele, paciente, recruta do Exército quando da ocorrência do delito, foi preso com inexpressiva quantidade de substância entorpecente (maconha), em lugar sujeito à administração militar. Pelo que, ausente qualquer risco de lesão à saúde pública, o caso seria de absolvição do paciente, nos mesmos termos em que julgado o HC 91.074, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa.

3. À falta de pedido de medida liminar e estando os autos devidamente instruídos, abri vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Órgão que opinou pela denegação da ordem, sob o principal fundamento de que (fls. 49):

HC 103.684 / DF

“[...] para receber drogas de terceiros, desconsiderou o fato de estar de serviço em um hospital militar. Assim, independentemente da quantidade da droga apreendida, há que se avaliar as circunstâncias em que cometido o delito e os valores e bens jurídicos atingidos, como a quebra da ordem, da hierarquia e da disciplina, essenciais na vida militar.”

É o relatório.

* * * * *

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL

VOTO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)**

Feito o relatório, o caso é saber se a conduta do paciente constitui, ou não, algo penalmente irrelevante; qual seja, posse de maconha dentro de estabelecimento sob administração militar. Noutros termos, é preciso saber se a posse de reduzida quantidade de substância entorpecente em unidade militar autoriza, ou não, a aplicação do princípio da insignificância penal.

6. De início, consigno que não me impressiona a alegação defensiva de que a pequena quantidade de droga apreendida seria insuscetível de afetar a saúde do paciente¹. Isso diante do seguinte quadro factual, tracejado pelas instâncias precedentes²:

“o Sd. Evanildo, quando solicitado para apresentar o que tinha na mão, **jogou a maconha no chão**, na área do HGB, o que provocou o desperdício de grande parte dela; que utilizando uma lanterna, já que era noite, a testemunha conseguiu recuperar um pequeno fragmento daquele material.”

- 1 Não custa anotar a conclusão do laudo pericial de fls. 11. Conclusão no sentido de que “as análises realizadas nas substâncias recebidas resultaram positivas para a espécie *cannabis sativa* L. (maconha), em face da identificação do *tetrahidrocanabiol* e de outros compostos *canabinóides* na sua composição”.
- 2 Da sentença penal condenatória, a seu turno, extraio o trecho seguinte: “As primeira e terceira testemunhas arroladas na denúncia confirmaram que o material em questão foi passado, por cima da grade externa do HgeB, pelo então Soldado Azismauro para o então Sd Evanildo, e que a substância vegetal foi jogada pelo chão pelo último, logo após a ordem para mostrar o que tinha nas mãos, razão pela qual a maior parte da droga não pôde ser encontrada. Assim, ficou certo que Evanildo Costa do Nascimento recebeu e estava portando a substância na ocasião do flagrante, acondicionada em suas mãos, na área do Hospital Geral de Brasília” (fls. 20). O acórdão impugnado ressalta, ainda, que o paciente, em seu interrogatório, confessou “não ser a primeira vez que portou e usou entorpecente, pois já o havia feito em outras duas oportunidades” (fls. 37).

HC 103.684 / DF

(Trecho do acórdão impugnado, fls. 33.)

7. Ora, se a quantidade de maconha em poder do paciente era realmente ínfima, tal fato provavelmente se deu por efeito do descarte de parte do material em via de apreensão. Seja como for, o problema, aqui, não é de quantidade, nem mesmo do tipo de entorpecente 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 mesmo em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. Isso porque essa tipologia de relação jurídica é que me parece incompatível com a figura própria da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou da espécie de entorpecente sob a posse do paciente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. E se, diante de tal relação jurídica, não cabe fazer essa distinção hermenêutica, é porque o instituto da irrelevância ou da insignificância penal não tem como operar nas relações jurídico-militares. Simplesmente não tem como incidir.

8. Como sabido, o postulado da insignificância penal é tratado como vetor interpretativo do tipo penal. Vetor interpretativo que exclui da abrangência do Direito Penal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado por esse tipo de Direito. Isso na linha de uma democrática política criminal que visa, para além de uma desnecessária *carcerização*, ao arejamento de uma Justiça Penal que se deve ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa individual quanto aos interesses societários em geral. As duas coisas ao mesmo tempo. Mas que não é o caso dos autos, versante sobre bens e valores jurídicos insuscetíveis de relativização em sua carga de proteção individual e concomitantemente societária.

9. Conforme assentado pela ministra Ellen Gracie, na sessão em que iniciamos o julgamento do HC 94.685,

“[...]”

O tema foi objeto de debates e discussões no Encontro de

HC 103.684 / DF

Magistrados da Justiça Militar da União, realizado no mês de julho de 2007, tendo sido expressamente consignado o seguinte a título de conclusão por grupo de trabalho (texto cedido pelo Juiz-Auditor José Barroso Filho):

Imagine-se a hipótese de um soldado do Exército que é apanhado 'trazendo consigo', dentro de determinada Unidade Militar, substância entorpecentes (ainda que ínfima a sua quantidade), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Neste caso, a conduta do referido soldado não deve ser enxergado apenas dentro da esfera de sua individualidade ou, em outro dizer, no âmbito da sua intimidade. Muito pelo contrário, entendemos que tal conduta atingiu o corpo social, abrangendo-se aqui tanto a coletividade quanto as Instituições Militares.

[...]

Não podemos deixar de considerar que o fato exemplificado narra uma situação ocorrida dentro de uma Unidade Militar, tornando, pois, a conduta do acusado de muito maior potencialidade lesiva, independente da quantidade de substância entorpecente que tenha sido encontrada em seu poder.

[...]

Será que dormiríamos tranqüilos sabendo que os nossos soldados das Forças armadas, dentro estariam portando fuzis automáticos com munição real 7,62mm em seus carregadores e também, concomitantemente, estariam levando no bolso de suas fardas 'fininhos' de maconha ou seja lá qual for a substância entorpecente?

[...]

Será que um graduado, por exemplo, teria confiança em seu superior se soubesse que o mesmo esteve envolvido com drogas? Será que ao menos tal subordinação não teria sequer um receio de cumprir as ordens recebidas deste superior, por desconfiar que o mesmo pudesse estar sob os efeitos de determinada

HC 103.684 / DF

substância entorpecente? Ou, então, será que um capitão não teria receio em advertir verbalmente o sargento – de – dia, durante um serviço, sabendo que este último tem no coldre uma pistola 9 mm, e também em uma de suas mãos, em plena luz do dia, um 'fininho' aceso de maconha, com outros poucos no bolso de sua gandola para uso posteriormente? Em um outro exemplo, imagine-se uma Bateria de soldados artilheiros, que pouco antes da prática de determinado exercício militar de tiro com morteiro 12 mm, reunissem para fumar cigarros de maconha. Será que os demais colegas de caserna que também iriam participar de tal exercício, e que não fumaram coisa nenhuma, se soubessem que tais colegas minutos antes fumaram cigarros de maconha, se sentiriam seguros na realização e pratica de exercício?

[...]"

10. Com efeito, na concreta situação dos autos, reveladora de clara relação jurídico-militar entre o paciente e a instituição em que os fatos ocorreram, o *habeas corpus* é de ser indeferido. Como acertadamente posto pela autoridade impetrada, *"é sabido que a presença de militares sob efeito de drogas afeta a eficiência das Forças Armadas e os valores e princípios da vida na caserna. É inaceitável um militar de serviço portar substância no interior do aquartelamento. Tal conduta fere de morte os princípios de hierarquia e disciplina, essenciais à própria existência das Forças Armadas. Muitos são os casos em que militares têm a percepção e os sentidos alterados quando em serviço, ou sentem um imenso mal estar pelo uso da droga, situação que, no mínimo, prejudica e compromete a segurança do pessoal, e a continuidade do trabalho, ainda quando em pequena quantidade"* (fls. 38).

11. Em palavras diferentes, mas com o mesmo significado técnico, é de se pré-excluir 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

HC 103.684 / DF

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 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 e do Poder Executivo Federal. 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 mais rigorosa ordem hierárquico-disciplinar interna. Donde a seguinte passagem normativa da nossa Lei Fundamental, que faz repousar tal ordem interna, justamente, nos emblemáticos princípios da hierarquia e da disciplina:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

(Sem destaque no original.)

12. Vê-se, portanto, que 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 postura 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

HC 103.684 / DF

importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regramentos que presidem por modo peculiar a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar 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. Tudo conforme especialíssimas disposições normativo-constitucionais, de que serve de amostra o inciso X do art. 142, *in verbis*:

“Art. 142. [...]

[...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.”

13. Tal regime jurídico de especialíssima compleição também se revela no fato em si da abertura de todo um capítulo constitucional para a realidade das Forças Armadas, que é, precisamente, o capítulo de nº II, encartado no Título de nº V, alusivo à defesa do Estado e das instituições democráticas. Capítulo de que fazem parte as sintomáticas regras do serviço militar obrigatório (*caput* do art. 143) e da proibição aos militares dos institutos da sindicalização e de greve, além da filiação a partido político (incisos IV e V do art. 142). Sem que esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta venha a significar perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica, arejamento mental-democrático e otimizada observância dos direitos e garantias individuais que se lêem no art. 5º da nossa Constituição Federal. Sabido que vida castrense longe está de se traduzir em lavagem

HC 103.684 / DF

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).

14. Em síntese, esse é o modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras, ainda que, no mundo do ser (que é o mundo dos fatos), não concordemos com ele. Modelo que parece abonar 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.

15. Daqui se segue, ainda mais focadamente, a seguinte pergunta: se a Constituição Federal erigiu a hierarquia e a disciplina como inerentes às instituições militares, não é do próprio regime da lei ordinária fazer desses dois elementos conceituais um centrado tema de proteção penal? Penso que sim. Por isso que partilho do entendimento de que o tipo penal em causa, *“além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde [...] tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida nesses casos”* (ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 633).

16. Com esse modo de ver as coisas, não estou a desconhecer que parte da doutrina defende que ofensas ao “dever” militar hão de ser tratadas apenas no âmbito disciplinar-administrativo ou administrativo-disciplinar. Tal modo de equacionar o tema, todavia, desborda da própria teoria dos bens jurídicos penalmente relevantes. Teoria que, aplicada à ambiência castrense, importa o reconhecimento de que *“se trata de obter as características especiais do crime militar em confronto com o crime comum, tendo-se em conta que, ainda que derivando o ilícito penal militar das idênticas premissas previstas pelo sistema de direito penal comum, tem a particular característica de não aderir, exclusivamente, ao princípio da moral –*

HC 103.684 / DF

ainda que harmonizados às exigências sociais – mas de basear-se na exclusiva necessidade de garantir vínculos da disciplina e dos princípios da ordem a um instituto autônomo que, pela sua estrutura e seus fins, se afasta, e consideravelmente, de cada outra organização social e política do Estado” (Manlio Lo Cascio, *apud* Campos Junior, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militares. Inabaláveis princípios e fins*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 73).

17. É ainda falar: o maior rigor penal da lei castrense, no caso, é compatível 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 intrínseca subordinação”.

18. Nesse diapasão, também tenho por acertado o entendimento da autoridade impetrada no sentido da inaplicabilidade da Lei 11.343/2006 aos casos afetos à Justiça castrense. É que existe um regramento específico do tema para os militares, que não é outro senão o art. 290 do Código Penal Militar, *in verbis*:

“Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.”

19. É o caso, portanto, de se aplicar o princípio da especialidade normativo-penal, impeditivo da incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). É como dizer: somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei

HC 103.684 / DF

11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Premissa que, no entanto, não se faz presente no caso concreto, pois o Código Penal Militar cuidou de incriminar com maior severidade, ele mesmo, a posse de substância entorpecente. Donde a impossibilidade de se mesclar o regime penal comum e o regime penal castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pois tal postura hermenêutica caracterizaria um hibridismo regratório incompatível com o princípio da especialidade das leis (tal como assentei, ao votar no HC 86.854 – Primeira Turma, Sessão de 14/03/2006).

20. Por tudo quanto posto, denego a ordem.

21. É como voto.

21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, antes de proferir o voto propriamente, complemento a informação de que em movimento rotineiro de segurança, o paciente foi surpreendido recebendo, pelas grades que cercam o hospital militar, maconha de dois outros rapazes. Os rapazes estavam do lado de fora da área do hospital. As testemunhas disseram que presenciaram o momento em que o paciente recebeu a maconha e a manteve numa de suas mãos fechadamente. Quando questionado sobre o que segurava, o paciente se desfez da droga, confessando tratar-se de maconha. De fato pouca quantidade foi recuperada do chão, mas com os outros dois rapazes foram apreendidos um cigarro de maconha já enrolado e uma quantidade de maconha ainda prensada.

Vamos ao voto.

21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, o eminente Defensor Público, quando ocupou a tribuna, e o fez com empenho e competência elogiáveis, falou do princípio da proporcionalidade. Em rigor, no meu voto, eu não toquei nesse princípio da proporcionalidade, porque ele não foi suscitado na inicial, mas, adianto que não desconheço as críticas ao artigo 209 do Código Penal Militar no sentido de que o Código Penal Militar não distingue entre usuário e traficante de substância entorpecente e, por isso, incidiria em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****DEBATE****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - De um ano?****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas, como eu estava explicando a Vossa Excelência, esse tema não foi suscitado na inicial. Eu estou fazendo referência a ele de passagem.****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu enfrente esse tema da legislação penal comum para não incidir no hibridismo.****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O caso aqui não é de civil, Ministro.****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - E o militar só foi apenado com a pena mínima: um ano. E que foi suspensa.**

HC 103.684 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), há um elemento complicador. É que, considerada a lei geral, não se tem, quanto ao uso, a insignificância, o crime de bagatela. A pequena quantidade é elemento para definir-se o crime de uso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É elemento do tipo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caso se entenda caber o empréstimo no campo militar, estaremos criando um terceiro sistema, porquanto, no geral – Lei nº 11.143/05 –, não há, relativamente ao uso, como concluir pela insignificância, ante a pequena quantidade de entorpecente. Esta compõe o delito.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O hibridismo, eu estou evitando isso. No meu voto eu faço essa análise.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Que é da legislação comum, e que estou afastando ao caso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas aqui nós não estamos cuidando do civil.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, mas o próprio artigo 69 deixa ao prudente critério do juiz sopesar as

HC 103.684 / DF

circunstâncias e fazer valer o princípio da individualização da pena.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Temos assentado isso, todos nós, esse terceiro momento da individualização aqui tem sido reconhecido, que é o momento executório já da pena.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), o relator não terminou o voto!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Em síntese, estou aplicando o princípio da especialidade da lei penal militar, não estou incidindo no hibridismo, não estou recolhendo da legislação comum o que há de mais benéfico ao paciente somado com o que há de mais benéfico na legislação penal. Estou aplicando a legislação penal que, embora mais severa, é de incidir em homenagem ao princípio da especialidade normativo-penal. Por isso é que concluo denegando o **habeas corpus**.

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Inicialmente gostaria de destacar que a Primeira Turma já decidiu acerca da aplicação do princípio da especialidade nos casos em que a norma especial penal militar é colocada de frente com a nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06). Esse entendimento se deu no julgamento do HC nº 91.767/SP, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, cuja ementa leio:

“HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA. NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração em razão da superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas sim o da especialidade.

O cuidado constitucional do crime militar – inclusive do crime militar impróprio de que aqui se trata – foi previsto no art. 124, parágrafo único, da Constituição da República. Com base nesse dispositivo, legitima-se o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado.

3. **Habeas corpus denegado**” (DJ de 14/9/07).

HC 103.684 / DF

Esse posicionamento foi reafirmado no julgamento do HC nº 91.759/MG de relatoria do saudoso Ministro **Menezes Direito**, *in verbis*:

“Habeas corpus . Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. **Habeas corpus** denegado. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. **Habeas corpus** denegado e liminar cassada” (Primeira Turma, DJe de 30/11/07).

Não desconheço que a Segunda Turma vem se posicionando em sentido contrário. Por exemplo, no HC nº 94.809/RS, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 24/10/08, cuja ementa reproduzo:

“EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’ IMPETRADO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS

VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFINITA, PARA USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. 'HABEAS CORPUS' IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. - O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar 'habeas corpus', originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA

HC 103.684 / DF

INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFINA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes."

Ainda, no mesmo sentido, da Segunda Turma, destaco: HC nº 97.131/RS, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 27/8/10; HC nº 91.074/SP, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 19/12/09; e HC nº 94.583/MS, Redator para acórdão o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 15/8/08, entre outros.

Entretanto, entendo que o princípio da especialidade suplanta a aplicabilidade da Lei nº 11.343/06 aos crimes relacionados a entorpecentes em lugar sujeito à administração militar, bem como o postulado da insignificância ou da bagatela.

A meu ver, trata-se de política criminal que, antes de ofender os

HC 103.684 / DF

princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, visa tutelar não só o bem jurídico “saúde” no ambiente da caserna, como também a “operacionalidade das Forças Armadas”, cuja base organizacional, definida no art. 142 da Carta da República, é marcada pelos princípios da hierarquia e da disciplina, que, também, devem ser levados em conta na interpretação do tipo penal.

Aliás, como bem observado pelo Ministro **Menezes Direito** (HC nº 91.759/MG, DJ de 30/11/07), são esses aspectos peculiares da carreira castrense, dentre outros, que dão ensejo a edição de códigos de conduta e processo específicos, considerando que, se assim não fosse, aplicar-se-iam sem grandes dificuldades os Códigos Penal e de Processo Penal, bem como as leis extravagantes em matéria criminal.

Nas palavras da eminente Ministra **Ellen Gracie**, em voto que proferiu no HC nº 91.356/SP, “*devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas irrelevantes penais para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. ‘Desrespeitando-se a hierarquia através da aplicação errônea ou açodada do princípio da insignificância, o aplicador da lei estará estimulando futuras condutas desobedientes por parte do infrator, terminando por vulnerar as próprias instituições militares, afetando-as na capacidade de cumprir eficazmente o seu papel constitucional’ (...)*” (Segunda Turma, DJe de 21/8/08).

Essas peculiaridades, a meu sentir, afastam do cenário um dos vetores necessários na aferição do relevo material da tipicidade penal para a aplicação do princípio da insignificância, qual seja, a mínima ofensividade da conduta do agente (HC nº 90.747/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 17/12/09).

Daí porque, analisando a conduta do paciente - em ambiente que se pressupõe um comportamento conforme normas estritas de disciplina e hierarquia - à luz dos valores e dos bens jurídicos em jogo, entendo ser ela, independentemente da quantidade de droga apreendida, relevante para o Direito Penal Militar. Esse argumento ganha lastro se considerada

HC 103.684 / DF

a ofensividade desse tipo de conduta às instituições militares e à própria operacionalidade das Forças Armadas, tal como posto.

Com essas singelas considerações, prestigiando o princípio da especialidade, denego a ordem.

É como voto.

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, mantenho entendimento, que venho adotando na Turma, de inaplicação do princípio da insignificância aos casos militares, em razão da especialidade da norma que faz com que, para mim, não seja aplicada aqui a Lei nº 11.343/06.

Acompanho, portanto, o Relator.

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também me mantenho fiel ao que tenho decidido na Turma. Entendo, tal qual o eminente Relator, que as Forças Armadas, por força do artigo 142 da Constituição, organizam-se com base na hierarquia e na disciplina. Estão sujeitas a um regime especial, diria até especialíssimo. Por exemplo, não cabe *habeas corpus* contra punições disciplinares, não têm os militares direito à sindicalização ou à greve. De outro lado, também não podem filiar-se, quando na ativa, a partidos políticos. Portanto, têm um regime todo especial.

Creio que este regime abrange também as normas penais a eles aplicáveis. Portanto, acompanho integralmente o Relator, entendendo que não se aplica o princípio da insignificância à espécie.

21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Presidente, peço vênua ao eminente Relator e aos que o acompanham. Para mim, o que é decisivo é o fato de que essa quantidade ínfima de droga é insuscetível de pôr em risco o bem jurídico protegido por essa norma, que é a saúde.

Portanto, mantendo-me na linha do que já venho decidindo na Segunda Turma, concedo a ordem.

21/10/2010

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, o Ministro Relator trouxe um voto muito bem fundamentado e sem dúvida alguma trouxe razões bastante fortes no sentido de justificar a sua premissa básica quanto às características que ornaram, que marcam as atividades das Forças Armadas.

Na Turma, todavia, nós temos tido algumas discussões a partir das provocações feitas pelo Ministro Celso de Mello, que votou em outro sentido, citando, inclusive, debate havido no próprio Superior Tribunal Militar e a posição, é verdade, vencida, do Ministro Flávio Bierrenbach, notório por sua competência e honestidade. E ele, nesse caso citado pelo Ministro Celso, dizia:

“Este é mais um caso de porte de entorpecente no interior de uma organização militar. Tenho sustentado sistematicamente, nesta Corte, a atipicidade da conduta de trazer consigo pequena quantidade de maconha. Sou convencido de que o porte de quantidade insignificante daquela substância específica é conduta incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

.....

Reputa-se insignificante um fato, ainda que formalmente típico, quando o seu resultado é desvalorizado, quando a lesão ao bem jurídico tutelado é considerada ínfima. Nessa hipótese, entende a jurisprudência que tal fato ou conduta é materialmente atípico e, portanto, não suscetível de gerar punição estatal.

Disso depreende-se que o chamado ‘delito de bagatela’ está intrinsecamente associado ao nível de lesão ao bem jurídico tutelado. A avaliação da tipicidade da conduta, portanto, exige a individualização do bem jurídico protegido pela norma

HC 103.684 / DF

incriminadora e a avaliação do grau de lesão por ele sofrido.

.....

É sob essas premissas que a conduta de portar ou usar substância entorpecente, em área sob administração militar, deve ser analisada. Tal conduta encontra-se tipificada e definida no art. 290 do Código Penal Militar, com o 'nomen juris' de tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeito similar.

A toda evidência, o fato dito criminoso no caso em apreço não apresenta real ofensa" - dizia então Flávio Bierrenbach - "ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. O soldado do Exército, Alex Silva de Campos, foi surpreendido com 3,0g (três gramas). Trata-se de quantidade ínfima, risível, incapaz de gerar a menor ameaça que seja à saúde e incolumidade públicas, bem jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora.

É nesse sentido a jurisprudência dominante dos tribunais, aplicando a casos semelhantes o princípio da insignificância, por ausência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente protegido, quando a quantidade encontrada é incapaz de gerar dependência química ou psicológica."

O Ministro Celso ainda chamava a atenção:

"É importante registrar, neste ponto, que, com a superveniência da Lei nº 11.343/2006 - e ainda que mantida, por esta, a criminalidade do porte de drogas para consumo pessoal (RE 430.105-QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) -, tal conduta, agora, não mais sofre a incidência de pena privativa de liberdade, expondo-se, ao contrário, a penas meramente restritivas de direitos".

E daí a questão da lei mais benévola, mais benigna; da benignidade desse tratamento. Por isso, então, encaminhou-se no sentido de reconhecer também aqui a aplicação do princípio da insignificância.

O Relator, como nós vimos, trouxe argumentos muito ponderáveis, que tentam contrapor a essa ideia do princípio da insignificância os

HC 103.684 / DF

valores que marcam, como já disse, a organização militar, inclusive a questão relativa à hierarquia, à disciplina. E, do ponto de vista fático, inclusive eu li, em manifestações que nos foram trazidas, algumas considerações sobre alguns riscos eventualmente existentes, quanto a envolvimento de pessoas prestadoras do serviço militar com setores específicos de organização criminosa.

Mas, todavia, Presidente, embora bastante impressionado com os argumentos trazidos pelo eminente Relator, eu estou convencido de que, ainda aqui – nós sabemos bem que o princípio da insignificância é uma aplicação do princípio da proporcionalidade –, haveria, sim, possibilidade de o julgador fazer a devida avaliação para por ventura distinguir as situações em que eventual prática ou contumácia pudesse sugerir algo que descaracterizasse a situação de insignificância.

Portanto, com essas ressalvas e reservas, estou pedindo vênias ao Relator, para divergir e acompanhar já a manifestação antecipada do Ministro Celso de Mello, acompanhando a manifestação que Sua Excelência havia já desenvolvido na Turma.

Eu concedo, portanto, a ordem.

21/10/2010**TRIBUNAL PLENO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, a minha posição sobre a matéria é bastante conhecida, o eminente Relator inclusive me fez a honra de citar uma das decisões.

Com vênua do nosso decano, também agora do Ministro Gilmar Mendes, e do Ministro Joaquim Barbosa, que o acompanham, eu mantenho a minha posição inicial e acompanho o Relator.



21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ninguém tem dúvida quanto ao critério da especialidade: o Código Penal Militar é aplicável à espécie. Não podemos, como ressaltai, mesclar os dois sistemas para chegar a um terceiro. Causa certa perplexidade, como disse, não haver, sob o ângulo da legislação geral quanto ao uso, o crime de bagatela, e passar a existir, em que pese ao bem protegido, que é a organização e disciplina militares, esse mesmo instituto no campo penal militar.

Não me impressiona muito a questão alusiva ao civil, porque dificilmente, tendo em conta a definição do artigo 9º, inciso III, do Código Penal Militar, cometerá o crime mencionado no artigo 290 do Código Penal. Tentei elucubrar situação jurídica em que possível esse enquadramento e não consegui.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não. Cabe a interpretação sistemática do artigo 290 com o artigo 9º para haver a definição como crime militar. Revela ser impossível a prática pelo civil. O civil que, de alguma forma, por exemplo, introduza tóxico em um quartel estará sujeito à lei geral, porque não há, nas situações concretas reveladoras de crime contra militar, essa hipótese, e devemos interpretar o preceito de forma estrita, sem qualquer elastecimento, para sabermos se o crime é militar ou não.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite, Ministro Marco Aurélio? Os outros dois envolvidos no delito eram civis e foram encaminhados e julgados pela Justiça Comum Civil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí a procedência do que lancei. Tenho certeza de que o Ministro Celso de Mello, para definir

HC 103.684 / DF

se o crime é militar ou não, interpreta o artigo 9º do Código Penal Militar de forma estrita.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: De forma cada vez mais estrita, **porque, reafirmo**, tenho por anômala a jurisdição penal de tribunais militares sobre civis, **notadamente** em tempo de paz...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para ele, não é sequer estrita; é restritiva.

Mas continuamos a conviver com esse sistema, tendo-se, inclusive, em tempo de paz, os órgãos judicantes especiais.

Agora, Presidente, não posso desconsiderar – muito embora o crime esteja em capítulo cuja nomenclatura é a proteção à saúde – o bem protegido pelo artigo 290, o citado artigo 90.

Por isso, observando a premissa maior, que é o bem protegido, afasto a teoria da insignificância e acompanho o relator, indeferindo a ordem.

21/10/2010

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERALV O T O


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para, dissentindo, conceder a ordem de "habeas corpus", eis que tenho por inteiramente aplicável ao caso em exame o postulado da insignificância, sendo irrelevante, para tanto, a circunstância de se tratar de delito militar.

Tenho assim entendido em diversos julgamentos na colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, como o evidencia decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PORTE (OU POSSE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO.

- Aplica-se, ao delito castrense de porte (ou posse) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes."

(HC 104.803/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)



HC 103.684 / DF

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de "habeas corpus".

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized initial 'A' followed by a long horizontal stroke.

21/10/2010**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 103.684 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A mim me parece, com o devido respeito, que a divergência de soluções depende sobretudo da perspectiva e do ângulo em que se coloque o julgador em relação à questão jurídica inerente ao caso concreto, e que é o fato incontroverso de que foi apreendida a quantidade de 0,1 grama de maconha no interior de estabelecimento controlado pelas autoridades militares.

Não faço nenhuma objeção, antes concordo inteiramente com todas as premissas do doutíssimo e brilhantíssimo voto do eminente Relator, seja em relação à aplicação do princípio da especialidade, seja em relação à importância e à relevância dos valores jurídicos envolvidos na tipificação dos chamados crimes militares, sobretudo dos crimes militares propriamente ditos, tais como a necessidade de manutenção da ordem, da hierarquia, da disciplina, das condições objetivas de eficiência da atuação da organização militar; não faço nenhuma objeção a esse respeito. Acho que os tipos penais do Código Penal Militar têm que ser de fato interpretados à luz desses valores, à luz desses princípios.

Mas, com o devido respeito, eu me ponho em ponto de vista um pouco diverso, que é o seguinte. Na verdade, aquilo que a doutrina costuma chamar princípio da insignificância é, nada mais nada menos, nome que se dá a uma metodologia ou a um instrumento dogmático que permite ao juiz controlar a tipicidade criminal quanto à existência, ou não, do pressuposto jurídico-político do Direito Penal, que é a ofensividade ou a lesividade, seja ela atual, seja ela potencial, isto é, concebida em termos de risco. Ou seja, não se pode reconhecer tipicidade penal, sem que haja ofensividade, pelo menos virtual nos chamados delitos de risco.

Noutras palavras, é impossível conceber numa ordem jurídica,

HC 103.684 / DF

sobretudo de um Estado Democrático de direito, delitos que não representem de fato nenhuma ofensa a bem jurídico, nenhuma ofensa sequer longínqua a um valor substancial à convivência em sociedade.

Ora, o que significa a aplicação, em concreto, do princípio da insignificância? Nem precisaria ser usado esse nome. O que esse princípio, na verdade, convalida é o juízo de controle que o magistrado tem que exercer, perante as circunstâncias do caso concreto, para averiguar se, de fato, o delito se tipificou pela realização da ofensa pressuposta no tipo penal.

Isso significa, aplicado ao caso, que o reconhecimento da admissibilidade da aplicação do princípio da insignificância ou do princípio da irrelevância, na matéria de Direito Penal Militar, de modo algum põe em cheque aqueles valores e princípios, inclusive de índole constitucional, que dizem respeito à organização, à eficiência e à sobrevivência das Forças Armadas.

Ele simplesmente vai permitir que o magistrado não fique impossibilitado, em concreto, de, examinando o caso e verificando que não há ofensa a qualquer uma das objetividades jurídicas, porque o Código Penal Militar inclui esse delito no capítulo de delitos contra a saúde, absolver o réu.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não importa. O que estou querendo dizer é que, ainda que a objetividade penal aqui seja a disciplina militar, a eficiência, enfim, da atuação, etc., no campo militar, qualquer que ela seja, jamais poderia ser posta em situação de dano com a posse de 0,1% de substância entorpecente.

O que significa também que, se se retira do magistrado, em matéria de delito penal militar, a possibilidade de reconhecer, perante as circunstâncias, vamos dizer, a hipótese de atipicidade por falta de ofensa, o juiz não terá a liberdade de, num caso como este, em que se verifica que 0,1% não põe em risco seja a saúde do paciente, seja a organização militar

HC 103.684 / DF

em qualquer dos seus aspectos, vai ser obrigado a condenar o réu! Ao passo que o reconhecimento da admissibilidade desse princípio no campo do Direito Penal Militar vai permitir que o juiz, quando verifique que o fato concreto represente realmente risco à disciplina, ou represente risco à saúde do agente militar no exercício de suas funções, o condene e, com isso, preserve, enfim, o bem jurídico que é objeto da tutela penal militar.

De modo que, com o devido respeito, e com essas considerações, sobretudo ao eminente Relator com seu belíssimo voto e a todos os demais Ministros que o acompanharam, eu também concedo a ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 103.684

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

PACTE.(S): EVANILDO COSTA DO NASCIMENTO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 21.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário