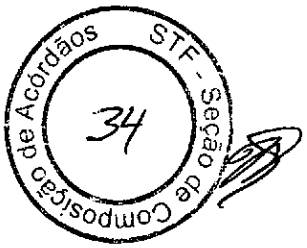
26/10/2010 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.923 RIO DE JANEIRO



REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. AYRES BRITTO
RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S)	: PAULO DA GAMA BAHIA
IMPTE.(S)	: CARLOS NICODEMOS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. 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 que se instaura no ambiente castrense é incompatível com a figura própria 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 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-profissional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 910398.

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 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.

3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo peculiar a estruturação e 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.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 910398.

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 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 intrínsecas de 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 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.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o pedido, vencido o Ministro-Relator, determinando-se, ainda, a cassação da

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 910398.

medida cautelar anteriormente deferida, o que fazem por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas..

Brasília, 26 de outubro de 2010.

AYRES BRITTO - RELATOR

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 910398.

05/10/2010 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.923 RIO DE JANEIRO

RELATOR	:	**MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S)	:	PAULO DA GAMA BAHIA
IMPTE.(S)	:	CARLOS NICODEMOS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	:	SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **ao opinar pela concessão** da ordem de *"habeas corpus"*, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (fls. 344/346):

> *"**Senhor Ministro-Relator:***
>
> ***1. Em 19.11.2009**, durante revista de rotina na cela do III Comar, no Rio de Janeiro, foram encontradas com o paciente, soldado do Exército, que cumpria pena de prisão disciplinar, 2,5 gramas de cocaína. Em consequência, foi instaurada ação penal por infringência ao art. 290 do Código Penal Militar.*
>
> ***2. Buscando o trancamento da ação penal foi impetrado 'habeas corpus' no Superior Tribunal Militar**, que denegou a ordem (fl. 250):*
>
> > *''**HABEAS CORPUS'. ART. 290 DO CPM. PACIENTE RESPONDENDO A PROCESSO POR PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (COCAÍNA) NO INTERIOR DO XADREZ, ONDE CUMPRIA PENA DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI Nº 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROCESSO REGULARMENTE INSTAURADO. AUSÊNCIA DE ATO ABUSIVO. INADEQUADA DISCUSSÃO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL PELA VIA ELEITA.***

As informações trazidas pela autoridade coatora *indicam ter sido a mencionada ação penal regularmente proposta pelo Ministério Público Militar, não havendo justificativa plausível para trancá-la. A denúncia aponta os indícios mínimos de autoria e da materialidade, apoiada em laudo preliminar indicando a quantidade de 2,5 gramas de cocaína, somada à confissão do Paciente de ser usuário dessa droga desde os quinze anos de idade. Conforme entendimento da remansosa jurisprudência, o instrumento ora manejado não é meio próprio para análise do mérito da ação penal em curso.*

Ordem denegada.

Decisão Unânime.'

3. O presente 'habeas corpus' dirigido ao Supremo Tribunal Federal *invoca a Lei 11.343/2006 e argumenta com o princípio da insignificância, pedindo o reconhecimento da atipicidade da conduta.*

4. Observo*, inicialmente, que o princípio da especialidade afasta a repercussão da Lei n. 11.343/2006 em relação aos crimes militares (**HC 91.759/MG**, rel. Min. Menezes Direito, e **HC 91.767-SP**, rel. Min. Cármen Lúcia).*

5. E, quanto à inconstitucionalidade do artigo 290 do Código Penal Militar *já invoquei, em manifestações anteriores, também em prol do princípio da especialidade, o seguinte precedente dessa Suprema Corte: 'o tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos' (**RE 115.770-RJ**, rel. Min. Aldir Passarinho, **DJU** 21.02.92).*

6. Cabe*, no entanto, evoluir para reconhecer que o tipo penal em questão não mostra conformidade com princípio da proporcionalidade. Com efeito, ainda que invocado o princípio da especialidade, afigura-se desarrazoado equiparar o tráfico de entorpecentes ao simples porte para consumo pessoal ('valendo ressaltar que o exame de sanidade mental indicou que, em razão da dependência, paciente necessita de tratamento especializado'). Mais evidencia essa desproporcionalidade o fato de, para ambas as condutas, ser cominada a pena mínima de um ano de reclusão, solução drástica para o simples porte e por demais*

liberal para o traficante, mormente aquele que atua dentro da unidade militar.

***7. Embora o princípio da especialidade privilegie a autonomia do Direito Penal Militar**, isso não pode significar, pelo menos em relação aos crimes impropriamente militares, uma total falta de sintonia com a lei penal comum ('note-se que a legislação comum já não prevê pena privativa da liberdade para o usuário, enquanto que a pena mínimo do traficante é cinco anos de reclusão (igual ao máximo cominado na lei penal militar').*

***8. Em decorrência, considerando a mínima quantidade de entorpecente** apreendida em poder do paciente, **que necessita** de tratamento especializado, **tem-se como suficiente enquadrar** a conduta como simples infração disciplinar, **solução que não é desconhecida** no Código Penal Militar para outras situações de mínima ofensividade (**CPM** art. 209, § 6º; 240, § 1º; 249, 253, 254 e 260).*

***9. Isso posto**, opino **pelo deferimento** da ordem."* (**grifei**)

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A presente impetração **insurge-se** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal Militar, **encontra-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado (fls. 250):

> "***'HABEAS CORPUS'. ART. 290 DO CPM. PACIENTE RESPONDENDO A PROCESSO POR PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (COCAÍNA) NO INTERIOR DO XADREZ, ONDE CUMPRIA PENA DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI Nº 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROCESSO REGULARMENTE INSTAURADO. AUSÊNCIA DE ATO ABUSIVO. INADEQUADA DISCUSSÃO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL PELA VIA ELEITA.***
>
> ***As informações trazidas pela autoridade coatora*** *indicam ter sido a mencionada ação penal regularmente proposta pelo Ministério Público Militar, não havendo justificativa plausível para trancá-la. A denúncia aponta os indícios mínimos de autoria e da materialidade, apoiada em laudo preliminar indicando a quantidade de 2,5 gramas de cocaína, somada à confissão do Paciente de ser usuário dessa droga desde os quinze anos de idade.*
>
> ***Conforme entendimento da remansosa jurisprudência,*** *o instrumento ora manejado não é meio próprio para análise do mérito da ação penal em curso.*
>
> ***Ordem denegada.***" (**grifei**)

A parte ora impetrante postula a aplicação da Lei nº 11.343/2006 ao caso ora em exame **ou**, então, a incidência, na espécie, do princípio da insignificância (fls. 05/11).

Passo a examinar o pedido de aplicação do princípio da insignificância **formulado** na presente sede processual. **E**, ao fazê-lo, **tenho para mim** - **na linha** de decisões **proferidas** *em causas idênticas* à que ora se examina, **das quais fui Relator** (**HC** 93.822/SP - **HC** 94.085/SP - **HC** 94.809/RS, **v.g.**) - **que** assiste razão à parte ora impetrante quanto **à tese de aplicabilidade**, ao crime **militar** de porte e guarda de substância entorpecente (**CPM**, art. 290), **do postulado da insignificância**, que tem o condão **de descaracterizar** a tipicidade penal do fato em referência, **analisada** em sua perspectiva material.

Tenho por aplicável, desse modo, ao caso, **o princípio** da insignificância, **cuja utilização tem sido admitida**, em inúmeros precedentes, **pelo Supremo Tribunal Federal**:

> "***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 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."

(HC 84.687/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa assinalar, neste ponto, que esse entendimento encontra suporte em expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**", "*in*" Revista dos Tribunais, vol. 789/439-456; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "**Princípios Básicos de Direito Penal**", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Código Penal Comentado**", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Direito Penal - Parte Geral**", vol. 1/10, item n. 11, "*h*", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES,

"**Princípio da Insignificância no Direito Penal**", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, **v.g.**).

Revela-se significativa a lição de EDILSON MOUGENOT BONFIM **e** de FERNANDO CAPEZ ("**Direito Penal - Parte Geral**", p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva) **a propósito** da matéria em questão:

> "***Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância*** *(...)* ***não tem*** *previsão legal no direito brasileiro (...),* ***sendo considerado****, contudo, princípio auxiliar de determinação* ***da tipicidade****, sob a ótica da objetividade jurídica.* ***Funda-se*** *no brocardo civil '****minimis non curat praetor****' e na conveniência da política criminal.* ***Se*** *a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão,* ***de tão insignificante****, torna-se* ***imperceptível****, não será possível proceder a seu enquadramento típico,* ***por absoluta falta*** *de correspondência* ***entre*** *o fato narrado na lei* ***e*** *o comportamento iníquo realizado.* ***É que****, no tipo, somente estão descritos os comportamentos* ***capazes de ofender*** *o interesse tutelado pela norma.* ***Por essa razão****, os danos* ***de nenhuma monta*** *devem ser considerados* ***atípicos****. A tipicidade penal* ***está a reclamar*** *ofensa* ***de certa gravidade*** *exercida sobre os bens jurídicos,* ***pois nem sempre ofensa mínima*** *a um bem ou interesse juridicamente protegido* ***é capaz*** *de se incluir no requerimento* ***reclamado*** *pela tipicidade penal,* ***o qual exige ofensa de alguma magnitude*** *a esse mesmo bem jurídico."* (**grifei**)

Na realidade, **e considerados**, de um lado, **o princípio** da intervenção penal mínima do Estado (**que tem por destinatário** o próprio legislador) **e**, de outro, **o postulado** da insignificância (**que**

se dirige ao magistrado, **enquanto** aplicador da lei penal ao caso concreto), **na precisa lição** do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI ("**Curso de Direito Penal - Parte Geral**", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), **cumpre reconhecer** que 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.

Cumpre acentuar, por relevante, que a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte **tem prestigiado** o entendimento ora exposto na presente decisão, **reconhecendo** aplicável **o princípio** da insignificância **aos crimes militares**, **mesmo** que se cuide de delito de posse de quantidade **ínfima** de substância entorpecente, **para uso próprio**, **e ainda** que se trate de ilícito penal **perpetrado** no interior de Organização Militar (**HC 90.125/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU - **HC 92.961/SP**, Rel. Min. EROS GRAU - **HC 94.085/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **HC 94.583/MS**, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO, **v.g.**):

> "***PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE*** - ***QUANTIDADE ÍNFIMA*** - ***USO PRÓPRIO*** - *DELITO* ***PERPETRADO DENTRO*** *DE ORGANIZAÇÃO MILITAR -* ***CRIME MILITAR*** *(**CPM**, ART. 290) -* ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA*** - ***APLICABILIDADE*** - ***IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES*** *CUJA PRESENÇA* ***LEGITIMA*** *O*

*RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - **CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO** DA TIPICIDADE PENAL **EM SEU ASPECTO MATERIAL** - **DOUTRINA** - **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **PEDIDO DEFERIDO**.*

***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.*

. . . . . .

***APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFIMA 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**."*
(**HC 93.822/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Entendo importante destacar, neste ponto, **fragmento** do voto (**vencido**) do eminente Ministro FLÁVIO BIERRENBACH (**que tem o**

beneplácito da jurisprudência **da colenda** Segunda Turma **desta** Suprema Corte), **proferido** no julgamento, pelo E. Superior Tribunal Militar, dos embargos infringentes na Apelação nº 2007.01.05037-7/RS:

> "***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 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.*
>
> .....
>
> ***À toda evidência****, o fato dito criminoso no caso em apreço* ***não apresenta real ofensa*** *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."* (**grifei**)

Vale ter presente, ainda, **um outro** fundamento que se revelaria aplicável ao caso, **na eventualidade de reconhecer-se inadmissível**, na espécie, a incidência do postulado da insignificância.

Refiro-me à tese, sustentada **na presente** impetração, que se fundamenta **na aplicabilidade**, ao crime **militar** de porte e guarda de substância entorpecente (**CPM**, art. 290), da disciplina penal **mais** benéfica **consubstanciada** na Lei nº 11.343/2006, **que se qualifica**, sob tal perspectiva, **considerado** o disposto **no art. 28** desse **novo** diploma legislativo, **como verdadeira** "*lex mitior*".

É importante registrar, neste ponto, que, **com o advento** 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.

É por essa razão que os autores **qualificam** como juridicamente **mais** benigna essa **nova** legislação penal (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**", p. 303/310, 2ª ed., 2007, RT; RENATO MARCÃO, "**A Nova Lei de Drogas e seus Reflexos na Execução Penal**", "*in*" Consulex, ano XI, nº 258, p. 58/62; LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**", p. 155, item n. 7, 2ª ed., 2007, RT; **e** JOSÉ GERALDO DA SILVA, WILSON LAVORENTI e FABIANO GENOFRE, "**Leis Penais Especiais Anotadas**", p. 186/200, item n. 4, 9ª ed., 2006, Millennium, **v.g.**).

É certo, no entanto, que a incidência, no caso, da norma penal benéfica **supõe a resolução** de uma antinomia **que se registra entre** o que prescreve **o art. 290** do CPM ("*lex specialis*") **e** o que dispõe **o art. 28** da Lei nº 11.343/2006 ("*lex generalis*"), **a reclamar**, portanto, **como fator de superação** desse (**aparente**) conflito normativo, **a aplicação** do critério da especialidade.

Assentadas tais premissas, **torna-se imperioso salientar que assume** expressivo relevo **a alegação** de que a cláusula da aplicabilidade dos estatutos penais **benéficos**, **impregnada** de caráter

mandatório, **por ostentar** natureza **eminentemente** constitucional, **tem precedência** sobre **quaisquer** diplomas legislativos, **independentemente** de estes se subsumirem à noção mesma de "*lex specialis*".

Foi por tal motivo que o eminente Ministro GILMAR MENDES, **na condição** de Relator **do HC** 91.356-MC/SP, **deferiu** o provimento cautelar **então** postulado, **fazendo-o com apoio** em seu entendimento **de que** "*o art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, poderia ser aplicado com relação ao ora paciente*" (**grifei**), **não obstante se tratasse**, no caso que examinou, **de condenação pelo crime militar** de porte de substância entorpecente (**CPM**, art. 290).

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, **apreciando** essa mesma questão, **deferiu** ordens de "*habeas corpus*" **em casos rigorosamente idênticos** ao que se examina **na presente** sede processual (**HC 90.125/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU - **HC 97.131/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **valendo destacar**, por relevantes, **decisões** consubstanciadas em acórdãos assim ementados, **nos quais** esta Corte, em caráter **mais** abrangente (**pois fez projetar** seu julgamento **para além** da questão concernente ao art. 28 da

Lei nº 11.343/2006), **reconheceu possível** a aplicação, a situações como a de que ora se trata, **do postulado da insignificância**:

> "'*HABEAS CORPUS*'. *PENAL MILITAR*. *USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE*. *PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA*. *APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR*. *ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL*. *PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*.
>
> *1. **Paciente**, militar, preso em flagrante **dentro** da unidade militar, **quando fumava** um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.*
>
> *2. **Condenação por posse e uso de entorpecentes** (...).*
>
> .....
>
> *4. **A Lei n. 11.343/2006** - **nova** Lei de Drogas - **veda a prisão do usuário**. **Prevê**, contra ele, **apenas** a lavratura de termo circunstanciado. **Preocupação**, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.*
>
> *5. **Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes**, **não alcançando os usuários**. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.*
>
> *6. **O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006**. **Não obstante**, **cabe** a esta Corte fazê-lo, **incumbindo-lhe** confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, **óbice** à aplicação da nova Lei de Drogas, **com o princípio** da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).*
>
> *7. **Paciente jovem**, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar **quando há lei que**, em vez de apenar - **Lei n. 11.343/2006** - **possibilita a recuperação** do civil que praticou a mesma conduta.*
>
> *8. **Exclusão** das fileiras do Exército: **punição suficiente** para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, **indispensáveis** ao regular funcionamento de qualquer instituição militar.*
>
> *9. **A aplicação do princípio da insignificância** no caso se impõe, **a uma**, porque presentes seus requisitos,*

de natureza objetiva; ***a duas****, em virtude da dignidade da pessoa humana.*

Ordem concedida."

(**HC 92.961/SP**, Rel. Min. EROS GRAU - **grifei**)

"***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* ***LEGITIMA*** *O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL -* ***CONSEQÜENTE 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 97.131/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale ter presente, ainda, que essa orientação veio a ser reafirmada em **recentíssimos** julgamentos proferidos por esta colenda Segunda Turma (**HC 97.131/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **HC 101.759/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Devo registrar, *finalmente*, que, **enquanto** o Plenário do Supremo Tribunal Federal **não concluir** o julgamento (*já iniciado*) **do HC** 94.685/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **em cujo âmbito** discute-se o **mesmo** tema ora versado na presente impetração, **há que se preservar** a

jurisprudência, por mim **anteriormente** referida, **que a colenda** Segunda Turma desta Corte **firmou** na matéria em causa.

Sendo assim, pelas razões expostas, **e acolhendo**, ainda, **o parecer** da douta Procuradoria Geral da República, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para determinar a extinção definitiva** do procedimento penal instaurado contra o ora paciente (**Processo** nº 0000168-31.2009.7.01.0401 - 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição judiciária Militar), **invalidando** todos os atos processuais **desde** a denúncia, *inclusive*, **por ausência de tipicidade material** da conduta que lhe foi imputada, **considerado**, para esse efeito, **o princípio da insignificância**.

É o meu voto.

05/10/2010 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.923 RIO DE JANEIRO

VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, só uma lembrança. Neste caso foi cocaína?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (PRESIDENTE E RELATOR): Cocaína, dois gramas e meio. Uma quantidade ínfima, tal como reconhecida pela própria Procuradoria Geral da República, em seu douto parecer.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Ele carrega um fuzil FAL, presta serviço como sentinela. Se nós estendermos a todas as Forças Armadas, ele poderá estar dirigindo um jato da Força Aérea.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (PRESIDENTE E RELATOR): Tal situação, eminente Ministra Ellen Gracie, **não** se registra no caso, **eis** que o paciente **estava em prisão disciplinar**, impossibilitado, por óbvias razões, de pilotar *"um jato da Força Aérea"* **ou**, então, de carregar *"um fuzil FAL"*...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu consulto a douta Turma. Não seria melhor que eu mesmo pedisse vista, porque aí faremos um julgamento, pois em breve iremos julgar o outro e eu o trarei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (PRESIDENTE E RELATOR): Mostra-se oportuno esse pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, peço vista.

* * *

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 843274.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 104.923
PROCED. : RIO DE JANEIRO
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : PAULO DA GAMA BAHIA
IMPTE.(S) : CARLOS NICODEMOS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: Depois do voto do Relator, **deferindo** o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi **adiado** em virtude de pedido de vista formulado pelo eminente Ministro Ayres Brito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 05.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 765203

26/10/2010 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.923 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Cuida-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar. Acórdão que rechaçou o pleito de insignificância penal da conduta imputada ao paciente, bem como a alegada incidência do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

2. Pois bem, a defesa renova a tese de atipicidade material da conduta alegadamente protagonizada pelo paciente (porte de 2,5 gramas de cocaína no interior de uma cela do Terceiro Comando Aéreo Regional da Aeronáutica). Estes os fundamentos da impetração: a) o simples de fato de "guardar em cela substância tóxica para uso próprio" não enseja nenhum risco à sociedade; b) aplicabilidade da Lei 11.343/2006, que "aboliu a privação de liberdade para o agente que adquire, guarde ou traga consigo, para uso próprio, substância entorpecente"; c) a quantidade "ínfima de droga em suposta posse do paciente [...] obsta a configuração do delito do art. 290 do Código Penal Militar, diante da ausência de potencialidade lesiva a ponto de não merecer, objetivamente, a intervenção do sistema penal". Daí o pedido de sobrestamento da ação penal até a conclusão do julgamento deste HC. No mérito, o pedido é de concessão da ordem para "determinar o trancamento da ação penal, por falta de justa causa" (fls. 13).

3. Prossigo para anotar que o Relator da causa, Ministro Celso de Mello, deferiu a ordem de *habeas corpus*. O que fez, com apoio no parecer ministerial público, para determinar "a extinção definitiva do procedimento penal instaurado contra o ora paciente [...] por ausência de tipicidade material da conduta que lhe foi imputada, considerado, para esse efeito, o princípio da insignificância."

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

4. Diante da delicadeza da questão — a envolver militar acusado de portar substância entorpecente no interior de uma unidade castrense —, e tendo em vista que a matéria fora submetida à análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Hcs 94.685 e 103.684), pedi vista dos autos para melhor examinar a controvérsia. O que me permitiu elaborar o voto que trago a julgamento.

5. Muito bem. Feito este breve retrospecto da causa, passo a decidir. Fazendo-o, peço vênia ao eminente Relator para divergir de Sua Excelência. É que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da matéria discutida neste processo, dando pela caracterização, em tese, do crime do art. 290 do Código Penal Militar, independentemente da reduzida quantidade de entorpecente eventualmente encontrada em poder do militar. Noutras palavras: prevaleceu o entendimento de que o porte de uma quantidade, ainda que reduzida, de substância entorpecente no interior de uma unidade militar não autoriza a adoção do princípio da insignificância penal. Entendimento que é de ser aplicado, então, na concreta situação dos autos.

6. Com efeito, tenho que não me impressiona o fato de, no momento da apreensão da droga, o paciente se encontrar formalmente em "prisão disciplinar". Isso porque, no caso dos autos, a denominada "prisão disciplinar" do paciente se deu na modalidade "fazendo serviço"[1]. Modalidade prisional em que o militar se recolhe ao local previsto para a prisão apenas "após o término do expediente". Em suma: o acusado permanecia em plena atividade militar durante o dia, encontrando-se enclausurado apenas no período noturno. Pelo que não se trata, aqui, de punir alguém que não causaria nenhum risco às atividades genuinamente militares. Tudo a acentuar o grau de reprovabilidade da conduta em causa. Confira-se a seguinte passagem do Termo de Diligência de fls. 86:

1 É o que evidencia o art. 23 do Decreto 76.322/1975, que aprova o regulamento disciplinar da Aeronáutica: "Art. 23. A prisão, ao ser imposta, deve implicar em uma das modalidades constantes do número 3 do artigo 15, observando o seguinte: 1 - O militar preso, fazendo serviço, deverá recolher-se ao local previsto da reclusão logo após o término do expediente. [...]"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

"[...]

...no dia dezenove de novembro de dois mil e nove, datga do Auto de Prisão em Flagrante do S1 PAULO DA GAMA BAHIA, o mesmo encontrava-se preso, na modalidade fazendo serviço, por cometimento de transgressão disciplinar (faltas ao expediente).

Desta forma, ele cumpria o expediente normalmente no Serviço Regional de Engenharia do Terceiro Comando Aéreo Regional, tendo acesso às dependências desta Organização Militar, durante o período de oito às dezesseis horas, sendo que, ao término do expediente, era encaminhado para pernoitar na cela.

Ao se remeter aos autos do processo, verifica-se que, de acordo com o flagrado, ele se encontrava com o porte da substância entorpecente desde a data da sua prisão disciplinar, no dia treze de novembro de dois mil e nove, tendo-a escondido na moto, posteriormente, no uniforme no qual cumpria o expediente, até levá-la ao xadrez, na data do APF.

[...]"

7. Presente esta moldura, e compartilhando das ponderações externadas pela ministra Ellen Gracie, tenho que 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

da irrelevância ou da insignificância penal não tem como operar. 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, nos autos do HC 94.685 (Plenário),

> "[...]
>
> O tema foi objeto de debates e discussões no Encontro de 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

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 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?

[...]"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

10. Deveras, 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 consignei ao votar no HC 103.684 (Plenário), *"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"*.

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 militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-profissional. 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

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 compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo 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, a teor destas especialíssimas disposições normativo-constitucionais:

> "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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

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 número 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 restritivas 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 e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – *"às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar"* (§ 1º do art. 143).

14. Em síntese, esse é o modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras, ainda que, no mundo do ser (que é o mundo dos fatos), venhamos a discordar desse ou daquele aspecto focadamente castrense. 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 especificamente, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

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 – 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 intrínsecas de subordinação".

18. Nesse ritmo argumentativo, 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*:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

> "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 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, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, meu voto é pela denegação do *habeas corpus;* **cassada a liminar deferida.**

21. É o meu voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 863384.

26/10/2010 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.923 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Resta vencido o Ministro Celso de Mello; e eu, também, registro a minha posição nesse sentido.

Faço as ressalvas, mas acompanho o voto, agora, do Ministro Ayres Britto, tendo em vista a manifestação no Plenário.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 953859.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 104.923
PROCED. : RIO DE JANEIRO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. AYRES BRITTO
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : PAULO DA GAMA BAHIA
IMPTE.(S) : CARLOS NICODEMOS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: Depois do voto do Relator, **deferindo** o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi **adiado** em virtude de pedido de vista formulado pelo eminente Ministro Ayres Brito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 05.10.2010.

Decisão: A Turma, por votação majoritária, indeferiu o pedido, vencido o Ministro-Relator, determinando-se, ainda, a cassação da medida cautelar anteriormente deferida. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Ayres Britto. **2ª Turma**, 26.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 828406