



Princípio da insignificância se aplica a crime militar

O princípio da insignificância também se aplica para os casos de porte de entorpecente em área sujeita à administração militar. O entendimento, que começa a ser consolidado no Supremo Tribunal Federal, foi usado pelo ministro Celso de Mello para suspender a condenação imposta a um militar por posse de drogas e colocá-lo em liberdade até que seja julgado o mérito do pedido de Habeas Corpus. A decisão alcança também o co-réu do processo.

“O Direito Penal não deve se 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”, reconheceu o ministro Celso de Mello.

O pedido de Habeas Corpus chegou ao Supremo depois de o Superior Tribunal Militar afirmar que seria impossível aplicar ou a nova Lei de Tóxicos ao caso (Lei 11.343/06) ou o princípio da insignificância. O ministro Celso de Mello considerou o contrário. Segundo ele, o Direito Penal deve sempre buscar a incidência de normas penais menos gravosas, observando o que determina o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, prevê a regra constitucional.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 aplica para o acusado de posse de drogas advertência, prestação de serviços e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Já o Código Penal Militar, no artigo 290, determina que o tráfico, posse ou uso de substância entorpecente ou de efeito similar deve ser punido com reclusão de até cinco anos, portanto mais gravosa.

O ministro só não se estendeu mais na questão por entender que a matéria poderá ser discutida no julgamento do mérito do pedido de Habeas Corpus por se tratar de conflitos normativos. “A incidência, no caso, da cláusula constitucional 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 11.343/2006 (*‘lex generalis’*). Tal matéria, contudo, deverá constituir objeto de oportuno exame, quando do julgamento final da causa por esta Suprema Corte”, decidiu.

Quanto ao princípio da insignificância, Celso de Mello afirmou que se deve sempre considerar o princípio da intervenção penal mínima do Estado. “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”, observou.

Para o ministro, o porte de entorpecente não representa prejuízo importante. Portanto, não merece tamanha atenção do Estado. “Cumprir acentuar, finalmente, por relevante, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido, na matéria em questão, a inteira aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares”, concluiu Celso de Mello.



A condenação do militar e do co-réu fica suspensa até que o mérito do pedido de Habeas Corpus seja julgado. Os dois ficarão em liberdade.

Leia o voto

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 94.085-4 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACIENTE(S): DEMÉTRIOS DE ARAÚJO

IMPETRANTE(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

EMENTA: PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CRIME MILITAR (CPM, ART. 290). SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006, CUJO ART. 28 – POR NÃO SUBMETER O AGENTE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – QUALIFICA-SE COMO NORMA PENAL BENÉFICA. CONTROVÉRSIA EM TORNO DA APLICABILIDADE, OU NÃO, A ESSE DELITO MILITAR (CPM, ART. 290), DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA “LEX MITIOR” SOBRE REGRAS PENAS MAIS GRAVOSAS, MESMO QUE INSCRITAS EM DIPLOMA NORMATIVO QUALIFICADO COMO “LEX SPECIALIS”. DOUTRINA. PRECEDENTE DO STF (2ª TURMA). INVOCAÇÃO, AINDA, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: A presente impetração **insurge-se** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal Militar, **encontra-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado (fls. 16):

“APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA . APLICAÇÃO DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE.

– *Não há que se falar da não aplicação do ‘caput’ do art. 290 em razão da edição da nova Lei de Tóxicos.*

– *O princípio da insignificância igualmente não se aplica aos casos de porte de entorpecente em área sujeita à administração militar.*

– *Recurso improvido. Decisão unânime.” (grifei)*

A parte ora impetrante **postula** a anulação da “(...) condenação, para aplicar-se o disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006



” (fls. 04).

Passo a examinar o pedido de medida cautelar formulado pela Defensoria Pública da União. **E**, ao fazê-lo, **tenho para mim, na linha** de decisão por mim proferida **no HC 93.822-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **não obstante** julgamentos em sentido contrário **emanados** da colenda **Primeira Turma** do Supremo Tribunal Federal (**HC 91.759/MG**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **HC 92.462/RS**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), **que se reveste** de plausibilidade jurídica **a 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 **novos** diploma legislativo, **como verdadeira** “*lex mitior*”.

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.

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.), **o que legitima** a aplicação da cláusula **inscrita no inciso XL** do art. 5º da Constituição da República, **cuja eficácia** tem o condão **de inibir** a incidência de normas penais **mais** gravosas, **à semelhança** do que se registra **com o art. 290** do CPM (“*lex gravior*”).

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a norma penal benéfica – **como aquela** inscrita **no art. 28 da Lei nº 11.343/2006** (**notadamente** se confrontada com a regra **consubstanciada** no art. 290 do CPM) – **reveste-se** de eficácia retroativa, **apta** a torná-la incidente, **enquanto** “*lex mitior*”, a fatos delituosos **praticados** em momento **anterior** ao de sua vigência.

Impende reconhecer, por necessário, **que a eficácia retroativa** da lei penal benéfica **possui** extração constitucional, **traduzindo**, sob tal aspecto, **inquestionável** direito público subjetivo **que assiste** a qualquer **suposto** autor de infrações penais.

Esse entendimento – **decorrente** do exame do significado **e** do alcance normativo da regra consubstanciada **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal – **reflete-se** no magistério jurisprudencial **firmado por esta** Suprema Corte (**RTJ 140/514**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 151/525**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.) **e**, também, **por outros** Tribunais da República (**RT 467/313** – **RT 605/314** – **RT 725/526** – **RT 726/518** – **RT 726/523** – **RT 731/666**):



“LEI Nº 9.099/95 – CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS – NORMAS BENÉFICAS – RETROATIVIDADE VIRTUAL.

– Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, têm por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei nº 9.099/95, arts. 88 e 91).

– A Lei nº 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal.

Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, atribui, de modo conseqüente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89).

As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe, à ‘lex mitior’, uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.”

(RTJ 162/483-484, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

“O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da ‘lex gravior’.

A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.”

(RTJ 186/252, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que a circunstância de ordem temporal decorrente da sucessão de leis penais no tempo revelar-se-ia apta a conferir aplicabilidade, no caso, às disposições contidas no art. 28 da Lei nº



11.343/2006 (“*lex mitior*”).

É certo, no entanto, que a incidência, no caso, **da cláusula constitucional** 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.

Tal matéria, contudo, **deverá constituir** objeto de oportuno exame, **quando** do julgamento final da causa por esta Suprema Corte, **eis que este provimento cautelar** tem, como suporte, um mero juízo de delibação.

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 (CF, art. 5º, XL), **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 – **e tal como sucede** na espécie ora em análise –, **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** ordem de “*habeas corpus*” **em caso rigorosamente idêntico** ao que se examina **na presente** sede processual, **e no qual** proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“‘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)

Há a considerar, ainda, para efeito de exercício da jurisdição cautelar, um outro fundamento que me parece juridicamente relevante.

Refiro-me à aplicabilidade, ao caso, do postulado da insignificância, cujá utilização tem sido admitida, em inúmeros casos, 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), **cumprido 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.

Cumprido acentuar, finalmente, por relevante, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem admitido**, na matéria em questão, **a inteira** aplicabilidade **do princípio** da insignificância **aos crimes militares** (HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU – HC 92.634/PE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 89.624/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA).

Sendo assim, em juízo **de estrita** deliberação, **e sem prejuízo** de ulterior reexame da questão suscitada **nesta** sede processual, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a suspender**, cautelarmente, **até** final julgamento **da presente** ação de “*habeas corpus*”, **a eficácia** da condenação penal **imposta**, ao ora paciente, **nos autos do Processo** nº 18/06-5 (2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar), **sustando**, em consequência, **qualquer** medida de execução da pena em referência, **mantido íntegro** o “*status libertatis*” de Demétrios de Araújo, **medida esta que estendo**, ainda, **ao co-réu** Ademir Schultz de Carvalho Filho (fls. 06).

Caso o paciente **ou** o seu co-réu, por algum motivo, tenham sido presos **em decorrência** de mencionada condenação penal (**Processo** n 18/06-5), **deverão** eles ser **imediatamente** postos em liberdade, **se** por al não estiverem presos.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal Militar (**Apelação** nº 2007.01.050568- -7/SP) **e** à 2ª Auditoria da 2ª CJM (**Processo** nº 18/06-5).

2. **Solicite-se**, à 2ª Auditoria da 2ª CJM (São Paulo/SP), **informação** sobre a fase em que se acha, **presentemente**, a execução da condenação penal **imposta** ao ora paciente **e** ao seu co-réu.

Publique-se.

Brasília, 28 de março de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Date Created

31/03/2008