



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.287 - SP (2010/0031742-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : A J DA S
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A J DA S (PRESO)
ADVOGADO : ANTONIO DA SILVA FILHO E OUTRO(S)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. ART. 16 DA LEI 6.368/76. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. MERA DESPENALIZAÇÃO. SUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA NESSE PONTO.

1. Com o advento da nova Lei de Drogas, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. Precedentes do STF e deste Superior Tribunal.

2. Verificado que os fatos antes disciplinados no art. 16 da Lei 6.368/76 não deixaram de ser crime, já que o advento da Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* dessa conduta, e constatando-se a existência de uma condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente pelo cometimento desse delito, inviável acoimar de ilegal a consideração da sua condição de reincidente.

SEMI-IMPUTABILIDADE. ALMEJADO RECONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, do almejado reconhecimento da semi-imputabilidade do paciente, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância, tendo em vista que essa questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ANTONIO DA SILVA FILHO (P/



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACTE.).

Brasília (DF), 14 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.287 - SP (2010/0031742-6)

IMPETRANTE : A J DA S
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A J DA S (PRESO)
ADVOGADO : ANTONIO DA SILVA FILHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por A. J. DA S., em favor próprio, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.09.028011-5).

O impetrante-paciente narra que foi condenado, em primeiro grau, à pena de 15 (quinze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no antigo art. 214 do CP, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do CP, e no art. 213, c/c o art. 69, *caput*, ambos do CP (Processo n.º 460/2007, da 1ª Vara Criminal de São João da Boa Vista-SP).

Contra essa decisão, foi interposta apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para, diante da edição e entrada em vigor da Lei n.º 12.015/09, afastar o concurso material de crimes e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte impetrada teria considerado equivocadamente que o paciente seria reincidente, em razão de condenação anterior nos autos da Ação Penal n.º 317/05, em que lhe foi aplicada a pena de 4 (quatro) meses de detenção, pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76.

Defende ser contraditório poder-se considerar como reincidência a condenação anterior pelo delito de porte de substância entorpecente, para consumo próprio, quando o art. 28 da Lei n.º 11.343/06 sequer comina pena privativa de liberdade para tal crime.

Argumenta que as instâncias ordinárias teriam deixado de reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda do paciente em decorrência da semi-imputabilidade, visto que é dependente químico em tratamento até os dias atuais, a qual teria sido devidamente comprovada em exame de sanidade mental, realizado nos autos do referido Processo n.º 317/05.

Menciona, ao final, que tramitam em seu favor, perante este STJ, os HC ns. 133.191 e 137.858 (e-STJ fl. 14).

Requeru, liminarmente e no mérito, fosse reduzida a reprimenda do paciente, em razão do afastamento da reincidência e do reconhecimento da causa geral de diminuição relativa à semi-imputabilidade, nos termos do art. 26 do CP e dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 11.343/06.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, pela denegação da ordem.

O impetrante ingressou com petição, aduzindo que, em razão do parecer ministerial apontando a ausência de manifestação do Tribunal indicado como coator no tocante à semi-imputabilidade do paciente, aforou *habeas corpus* perante a Corte originária, pretendendo o exame da questão apontada, informando que o mandamus não foi conhecido, sendo determinada a remessa do pleito a este Superior Tribunal de Justiça (e-STJ fls. 597-598).

Postula, assim, pela juntada do acórdão proferido no julgamento do HC 2011.0000054383, "*proferido pelo TJSP, para que fique sanada a alegada ELIMINAÇÃO DE INSTÂNCIA*" (e-STJ fls. 598), bem como que o referido aresto fosse distribuído à esta Quinta Turma, por prevenção, quando aportasse neste STJ, reiterando ainda o pedido de brevidade no julgamento do presente writ, assim como a intenção de realizar sustentação oral em defesa do paciente (e-STJ fls. 598).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.287 - SP (2010/0031742-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 15 (quinze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no antigo art. 214 do CP, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do CP, e no art. 213, na forma do art. 69, *caput*, ambos do CP (Processo-Crime n.º 460/2007, da 1ª Vara Criminal de São João da Boa Vista-SP), porque, no dia 22-9-2007, mediante violência e grave ameaça pelo emprego de arma de fogo, forçou a vítima. mulher, a entrar em seu carro, sendo levada a lugar ermo, onde, novamente mediante violência física - tapas, apertos e puxões de cabelo - e grave ameaça pelo uso de revólver, obrigou-a a com ele manter conjunção carnal e também a praticar atos libidinosos violentos diversos da conjunção carnal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para, diante da edição e entrada em vigor da Lei n.º 12.015/09, afastar o concurso material de crimes e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda do paciente para **7 (sete) anos de reclusão**, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No que se refere ao pretendido afastamento da agravante genérica da reincidência, ao argumento de que a condenação anterior definitiva seria pelo delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio (art. 16 da Lei n.º 6.368/76), crime para o qual não é mais cominada pena privativa de liberdade, colhe-se do édito condenatório o trecho a seguir descrito, no que interessa:

[...] anoto que a condenação anterior por porte de entorpecente (art. 16 da Lei 6.368/76 - fls. 765) gera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, não sendo possível albergar a tese da ab-rogação ou 'abolitio criminis', diante do advento da Lei 11.343/06.

Com efeito, o artigo 28 da Lei 11.343/06, equivalente ao antigo artigo 16 da Lei 6.368/76, também é considerado crime. Basta lembrar que, topograficamente, aquele artigo está inserido no capítulo que trata "Dos crimes e das Penas".

Ademais, o fato de não se cominar, na atual legislação, a pena privativa de liberdade não descaracteriza o crime.

O artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, enumera as penas que podem ser cominadas nos mais diversos tipos penais e que variam da privação da liberdade, multa, prestação social e suspensão e interdição de direitos.

Logo, o artigo 28 da Lei 11.343/06 é crime que prevê pena não privativa de liberdade, sendo que, nos casos de condenação, gera os efeitos da reincidência, nos exatos termos do artigo 63 do Código Penal. (e-STJ fl. 81)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o entendimento de que estaria caracterizada, na espécie, a agravante genérica da reincidência, reportando-se, para tanto, aos mesmos fundamentos expendidos pelo juiz singular, pois, *"conforme destacado pelo julgador de primeiro grau, impossível albergar a tese de ab-rogação ou 'abolitio criminis', diante do advento da Lei 11.343/06"* (e-STJ fl. 36).

O cerne da controvérsia cinge-se em saber se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente, relativa ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/1978 - porte de substância entorpecente para consumo pessoal -, poderiam subsistir, mesmo com o advento da Lei n.º 11.343/2006, que passou a não mais cominar pena privativa de liberdade para o delito em questão - agora previsto no art. 28 da nova Lei de Drogas.

Com o advento da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, foram expressamente revogadas as Leis ns. 6.368/1976 e 10.409/2002, ensejando acirrados debates, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da natureza jurídica da conduta prevista no art. 28 da nova Lei de Drogas, antes prevista no art. 16 da Lei n.º 6.368/1976, haja vista a ausência de previsão, no atual diploma normativo, de imposição de pena privativa de liberdade.

É certo que, com a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.343/2006, parte da doutrina passou a sustentar que o art. 28 desse diploma normativo teria abolido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da Lei n.º 6.368/1976, porquanto a nova lei passou a cominar para esse delito somente as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sendo que, em caso de recusa injustificada do agente ao cumprimento dessas medidas educativas, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e multa.

Nesse contexto, os professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches defendiam a ideia de que a natureza jurídica do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 seria uma infração penal *sui generis*, pois, segundo sustentavam, teria havido uma descriminalização formal da conduta e, ao mesmo tempo, uma despenalização, já que, agora, não haveria mais a possibilidade de se impor pena de prisão ao usuário de drogas. (GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal**: crime, infração penal *sui generis* ou infração administrativa? Disponível em: <http://www.lfg.com.br>)

Ou seja, para esses doutrinadores, a posse de droga para consumo pessoal teria deixado de ser formalmente crime, porque essa conduta não mais seria punida com reclusão ou detenção, e, segundo o disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal: "*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*".

Também não vislumbravam na conduta em questão uma infração administrativa, porquanto as sanções cominadas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 deveriam sempre ser aplicadas por juiz de direito.

Assim, consideravam que, se não se trata nem de crime nem de contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), tampouco de infração administrativa, outra conclusão não haveria senão a de que estar-se-ia diante de uma infração penal *sui generis*.

Diante desse novo cenário jurídico, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito do tema, rejeitando a tese de que teria havido *abolitio criminis*, bem como a de que a infração penal em comento teria natureza *sui generis*, firmando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento no sentido de que a conduta antes descrita no art. 16 da Lei n.º 6.368/76 - usuário de drogas - continuava sendo crime (vide Informativo n.º 456 do STF).

Com efeito, quando do julgamento da Questão de Ordem no RE n.º 430.105-9/RJ, destacou a Corte Suprema que a norma contida no art. 1º da LICP apenas limitou-se a estabelecer um critério que permitisse distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção penal, nada impedindo que lei ordinária superveniente adotasse outros critérios gerais de distinção ou estabelecesse para determinado crime - como o fez no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, dentro daquelas opções constitucionalmente passíveis de serem adotadas pela lei, ex vi do art. 5º, incisos XLVI e XLVII da CF. (Questão de Ordem no RE n.º 430.105-9/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13-2-2007, publicado em 27-4-2007).

Na ocasião, destacou o Relator, Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que o legislador incluiu a infração relativa ao usuário em um capítulo específico denominado "Dos crimes e das penas" (Lei n.º 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30), de maneira que concluir-se que a conduta descrita no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 não seria mais crime implicaria, no mínimo, presumir, equivocadamente, um excepcional despreço do legislador pelo rigor técnico.

Some-se a isso o fato de haver previsão na Lei n.º 11.343/06, como regra geral, de aplicação do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei n.º 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras dos artigos 107 e seguintes do Código Penal (art. 30 da Lei n.º 11.343/06).

Assim, com essas considerações, a Corte Suprema firmou o entendimento de que o que houve, na verdade, foi uma mera despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo, de imposição de pena privativa de liberdade como sanção principal, e não uma descriminalização.

Seguindo a mesma orientação, a Sexta Turma deste Superior Tribunal já firmou posicionamento no sentido de que, com o advento da nova Lei de Drogas, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumo pessoal, mas mera despenalização, conforme demonstra o seguinte julgado:

PORTE DE ENTORPECENTE. ART. 16 DA LEI 6.368/76. CONDENAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO EM FACE DA LEI 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE DESPENALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A nova lei de drogas não descriminalizou a conduta do porte de entorpecente. Assim, se o paciente foi condenado pelo art. 16 da Lei nº 6.368/76, caberá a substituição dessa pena por uma das medidas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

2. Doutrina e jurisprudência se afinam, para declarar que não houve descriminalização da conduta do porte de entorpecente.

3. Ordem denegada. (HC n.º 121.145/SP, Re. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), julgado em 10-6-2010, DJe 9-8-2010)

No mesmo norte, a Quinta Turma deste Sodalício:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 C.C. 18, IV, DA LEI 6.368/76. REINCIDÊNCIA. ART. 28 DA LEI 11.343/06. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização" (REsp 872.153/MG).

2. Ordem denegada. (HC n.º 90.090/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3-12-2009, DJe 1-2-2010)

Por essas razões, justamente porque verificado que os fatos antes disciplinados no art. 16 da Lei n.º 6.368/1976 não deixaram de ser crimes, já que o advento da Lei n.º 11.343/2006 não implicou *abolitio criminis* dessa conduta, e constatando-se a existência de uma condenação anterior transitada em julgado em desfavor do impetrante-paciente pelo cometimento desse delito (Processo n.º 317/2005, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João da Boa Vista/SP) - e-STJ fl. 419 -, inviável afastar-se a agravante genérica da reincidência, como pretendido.

Quanto ao almejado reconhecimento, em favor do impetrante-paciente, da causa geral de diminuição de pena relativa à semi-imputabilidade - art. 26 do CP -, verifica-se que essa matéria não foi expressamente analisada pelo Tribunal de origem - **nem quando do julgamento da apelação criminal ora impugnada, nem quando da deliberação acerca do HC 2011.0000054383, posteriormente aforado perante a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte originária e trazido pela defesa quando o presente *mandamus* já se encontrava concluso para julgamento - o que impede a apreciação dessa questão diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Cumpra esclarecer que o referido *habeas corpus*, posteriormente ajuizado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando discutir a questão da pretendida redução da pena do paciente em razão de sua semi-imputabilidade reconhecida em outra ação penal, não foi conhecido pela Corte apontada, uma vez que a sentença proferida nos autos da ação penal ora em exame havia sido objeto de apelação, a qual foi provida parcialmente, para reduzir o *quantum* da pena privativa de liberdade a que condenado o paciente, entendendo o colegiado, por isso, que a autoridade coatora agora seria aquele TJSP, sendo, portanto, incompetente para apreciação do remédio constitucional, nos termos do art. 105, I, c, da CF/88, determinando, outrossim, a remessa dos autos a este STJ (e-STJ fls. 615).

Assim, nada falou acerca da aludida semi-imputabilidade, mantida, assim, a ausência de exame, pela Corte impugnada, da aventada ilegalidade no não reconhecimento, em favor do paciente, do previsto no art. 26 do CP.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0031742-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.287 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3172005

4602007

990090280115

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : A J D A S

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : A J D A S (PRESO)

ADVOGADO : ANTONIO DA SILVA FILHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ANTONIO DA SILVA FILHO (P/ PACTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.