



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004148-80.2014.815.2003 – 3ª Vara Regional de Mangabeira

RELATOR: Exmo. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos

APELANTE: Joseilton Melquíades de Oliveira

ADVOGADOS: Gilson de Brito Lira e Maria do Socorro dos Santos Silva

APELADO: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. QUESTÃO PRELIMINAR. CERCEAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INCIDENTE DE INSANIDADE. INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PELA DEFESA E ESTADO DO RÉU QUE NÃO INDICAVA DÚVIDA QUANTO A SUA HIGIDEZ MENTAL. REJEIÇÃO. INCONFORMISMO QUANTO À PENA. APLICAÇÃO CORRETA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 28, § 2º, CP E ART. 46 DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO TRIFÁSICO DEVIDAMENTE ANALISADO, CONSOANTE OS REQUISITOS DOS ARTS. 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA IRRETOCÁVEL. DESPROVIMENTO.

- Não há falar nulidade pela não instauração de incidente de insanidade, quando não formulado requerimento pela defesa, bem como o estado do réu, quando da prática do crime, não levanta dúvidas quanto a sua higidez mental.

- Descabe, no caso em deslinde, a aplicação do art. 28, § 2º, do Código Penal, uma vez que existe causa específica de redução da pena para o caso de dependência química do sujeito ativo.

- É do réu o ônus de provar que se encontrava sob efeito de substância alucinógena que lhe retirava/diminuía a capacidade para compreender a ilicitude da sua conduta, afetando a sua consciência e vontade, para fins de aplicação do art. 46 da Lei 11.343/06. Logo, não se desincumbindo de tal encargo, não há falar em incorreção da pena cominada.

- Se o magistrado obedeceu à operação trifásica de fixação da pena, com base em seu poder discricionário, sob a observância

dos limites previstos em lei, não há falar em injustiça no quantum da reprimenda corporal.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados.

ACORDA a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, **à unanimidade, em** rejeitar a preliminar e, no mérito, **por maioria**, negar provimento ao apelo, contra o voto do revisor, que dava provimento parcial para reduzir a fração referente à continuidade delitiva para 1/6. Lançará declaração de voto vencido o Des. João Benedito da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Joseilton Melquíades de Oliveira contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Regional de Mangabeira, que julgou procedente a ação penal, tendo o condenado, à pena de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa (fls. 94/97v).

Em suas razões recursais de fls. 99/104, o apelante aduz que a sentença padeceria de vício de nulidade, em face da não instauração de incidente de insanidade do denunciado. Assevera, ainda, que o julgador, na aplicação da pena, não considerou o disposto no art. 28, § 2º, do Código Penal e art. 44 da Lei 11.343/06.

O apelado, em suas contrarrazões, pugna pelo desprovimento do apelo (fls. 106/109).

A Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 117/125, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO:

Exsurge do caderno processual que o incriminado retromencionado foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I c/c o art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, uma vez que ele foi preso, no dia 21.05.2014, logo após assaltar a vítima Bruna Thaís de Macedo Viegas, constatando-se no curso do flagrante que, momentos antes, o réu teria roubado a vítima Venilda Torres Martins.

A título de preliminar, o recorrente arguiu a nulidade da sentença vergastada, por cerceamento da prestação jurisdicional, em razão da não instauração do incidente de sanidade mental requerido pela defesa.

Sem razão, todavia.

Explico. Não há falar em nulidade na sentença guerreada, uma vez que a instauração do incidente de insanidade pressupõe dúvida acerca da higidez mental do réu, o que comprometeria a sua capacidade de compreensão de suas atitudes.

Nesse sentido, aponta a jurisprudência:

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSANIDADE MENTAL. EXAME PERICIAL. DÚVIDA RAZOÁVEL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Para a instauração do incidente de sanidade mental do acusado é imprescindível a existência de dúvida razoável, pelo magistrado, acerca da sua higidez.

2. Nas hipóteses em que a decisão de primeiro grau ou o acórdão recorrido entendam pela inexistência de dúvida razoável acerca da saúde cerebral do réu, não há como acolher, em sede de recurso especial, alegações da parte em sentido contrário, pois tal procedimento exigiria, inevitavelmente, a incursão nos elementos fático/probatórios contidos nos autos, providência incabível ante o disposto no Enunciado Sumular de n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 587.632/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 12/11/2014)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NEGA O DIREITO DO PACIENTE APELAR EM LIBERDADE. QUESTÃO JÁ ANALISADA EM OUTRO MANDAMUS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT QUANTO A ESTE PONTO. ALEGAÇÃO DE SEMI-IMPUTABILIDADE. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A SAÚDE MENTAL DO PACIENTE.

1. Correto o acórdão ora impugnado quanto ao fundamento de que não seria possível aferir, na espécie, a semi-imputabilidade do Paciente, pois nem sequer foi instaurado, em qualquer fase do processo, o incidente de insanidade mental - única forma possível de se aferir o estado mental do Acusado. Além disso, não consta nos autos qualquer insurgência quanto à ausência de instauração do referido incidente.

2. Observa-se, da análise dos documentos colacionados aos autos, que não houve, durante a instrução criminal, e tampouco restou demonstrado neste mandamus, dúvida relevante acerca da saúde mental do ora Paciente capaz de justificar a instauração do incidente de ofício pelo Magistrado de primeira instância.

3. A dúvida relevante sobre a integridade mental do acusado enseja a instauração do incidente de insanidade mental, sendo que o requerimento pela defesa, por si só, não obriga o Juiz a determinar a sua realização, nem tampouco a instauração do procedimento de ofício.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 142.344/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)

Ora, conforme bem pontuou a representante do *parquet*, a mera alegação de que o réu seria usuário de drogas, não impõe ao magistrado o dever de instaurar o incidente de insanidade mental, o qual, diga-se, sequer foi requerido pela parte no bojo do processo.

Rejeito, pois, a preliminar ventilada.

No tocante ao mérito do recurso, destaque-se o inconformismo do apelante em relação a pena cominada, uma vez que o Juiz primevo não teria considerado o art. 28, § 2º, do Código Penal e o art. 44 da Lei 11.343/06.

Com relação ao art. 28, § 2º, do Código Penal, tenho que tal alegação não se mostra pertinente, uma vez que, no caso de dependência química, existe causa específica de diminuição prevista no art. 46 da Lei 11.343/06.

No que tange ao pleito de aplicação do art. 44 da Lei 11.343/06, constato o erro material por parte do causídico, já que tal dispositivo não guarda relação alguma com o caso em tela, podendo inferir que, na verdade, queria a aplicação do art. 46 da mesma lei, este sim relativo a causa especial de diminuição de pena.

Feito este esclarecimento, quanto à aplicação do art. 46 da Lei nº 11.343/06, não verifico a sua pertinência no caso aqui examinado, já que o referido dispositivo trata de hipótese de diminuição da pena em razão da dependência química, a qual destaca impossibilidade do sujeito ativo de entender o caráter ilícito da sua conduta.

Há que se destacar, todavia, que é do réu o ônus de provar referida condição. Assim, não tendo o incriminado se desincumbido de tal encargo, não há falar em incorreção da sentença guerreada, cuja pena foi aplicada levando em consideração os elementos constantes no caderno processual.

Do exame do caderno processual, sobretudo o depoimento das testemunhas e interrogatório do réu perante a autoridade policial (fls. 05/09), não se constatou qualquer comportamento do incriminado que indicasse a sua falta de higidez mental, tendo ele, inclusive, confessado o crime e explicado as suas razões.

Nesse jaez, a mera alegação do réu, ora apelante, de que seria viciado em drogas não justifica a aplicação da causa de diminuição previstas no art. 46 da Lei 11.343/06, uma vez que não logrou êxito em demonstrar que se encontrava sob efeito de substância alucinógena, a qual afetaria sua consciência e vontade, quando da prática da conduta.

Nesse sentido, aponta a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES EM CONSONÂNCIA COM O ACERVO PROBATÓRIO E COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO. DESTINAÇÃO AO TRÁFICO DEMONSTRADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS-BASE E QUANTUM DE REDUÇÃO RELATIVO À MINORANTE DO §4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. FIXAÇÃO CONFORME O ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. [ART. 46 DA LEI Nº 11.343/06](#). INSUFICIÊNCIA DA MERA ALEGAÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ÓBICE LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(...)Para a aplicação da minorante prevista no [art. 46 da Lei nº 11.343/06](#), não basta a simples alegação de que o réu é toxicômano, sendo imprescindível a comprovação de que ele, em razão da alegada dependência química, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ônus que incumbe à defesa. A fixação de regime carcerário diverso do fechado para o início de cumprimento da pena nos crimes de tráfico de drogas encontra óbice no [art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90](#), com as alterações da [Lei nº 11.464/07](#), sendo certo que o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, não conduz à configuração de novo tipo penal, subsistindo a tipificação da conduta do agente no *caput* do referido dispositivo legal, e, portanto, a condenação por crime equiparado a hediondo.

O benefício do [art. 44 do CP](#) só se aplica quando se tratar de pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos. (TJMG; APCR 1.0223.13.007236-4/001; Rel. Des. Alberto Deodato Neto; Julg. 19/08/2014; DJEMG 29/08/2014)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NÃO CARACTERIZADO. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI Nº 11.343/2006 NÃO CONFIGURADA. USO NÃO COMPROVADO DE DROGAS E TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA. DOSIMETRIA DA PENA. PENABASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM FAVOR DE APENAS UM RÉU. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA, NOS TERMOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL. 1. A conduta do acusado não revela a intenção de desprestigiar ou atentar contra o prestígio e a dignidade da administração pública, mas o intuito de escapar de uma prisão em flagrante, em evidente exercício de autodefesa. Ausente o dolo do agente, não se configura o delito do [art. 330 do Código Penal](#). 2. Materialidade delitiva do delito de tráfico comprovada pelo laudo preliminar de constatação e pelo laudo de exame de material vegetal, que atestam ser maconha a substância apreendida. Autoria demonstrada pela prova oral produzida em contraditório judicial. 3. Ficou demonstrado que o réu teodoro tinha pleno conhecimento de que transportava maconha, motivo pelo qual não lhe socorre a alegação de erro de tipo. **Não há qualquer indício nos autos de que esse réu estivesse sob efeito de drogas, de modo que a simples alegação destituída de qualquer elemento de prova não pode ser aceita, por ser ônus exclusivo da defesa a prova da excludente de culpabilidade prevista nos arts. 45 e 46 da Lei nº 11.343/2006.**

(...).10. Apelações a que se dá parcial provimento. (TRF 3ª R.; ACr 0001570-23.2009.4.03.6002; MS; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 28/10/2014; DEJF 11/11/2014; Pág. 655)

Desta feita, não há falar na aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei n.º 11.343/2006 à espécie, uma vez que não há, nos autos, elementos que indiquem que o paciente não ostentava plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato a ele imputado e de determinar-se consoante esse entendimento.

No que toca à pena aplicada, entendo que esta não merece retoques, uma vez que o magistrado, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixou corretamente a pena-base, tendo, em seguida, reconhecido a atenuante de confissão. Por fim, aplicou, de maneira acertada, o aumento de 1/3, em razão da continuidade delitiva (art. 71 do CP), com outro crime de roubo igualmente qualificado.

Ante o exposto, **rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.**

É como voto.

Presidiu o julgamento, Com voto, o Excelentíssimo Senhor

Desembargador **João Benedito da Silva**, Presidente da Câmara Criminal e revisor, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Márcio Murilo da Cunha Ramos, relator**, e Marcos William de Oliveira (*Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Sr. Des. Luiz Sílvio Ramalho Júnior*).

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Doutor Francisco Sagres Macedo Vieira, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Desembargador Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 02 de junho de 2015.

Márcio Murilo da Cunha Ramos
Relator