



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000349743**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501541-44.2023.8.26.0630, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante LUCAS LIMA MARQUES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), RODRIGUES TORRES E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

**LUÍS GERALDO LANFREDI**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Apelação Criminal nº 1501541-44.2023.8.26.0630**

**Juízo de Origem:** 1ª Vara Criminal da Comarca de Hortolândia

**Apelante:** Lucas Lima Marques da Silva

**Apelado:** Ministério Público do Estado de São Paulo

**Órgão Julgador:** 13ª Câmara de Direito Criminal

**Voto nº 3534**

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTRODUÇÃO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 33, CAPUT, C.C. O ARTIGO 40, INCISO III, AMBOS DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DAS PENAS-BASE. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

#### **I. CASO EM EXAME**

Apelação criminal interposta contra a r. sentença que condenou o apelante como incurso no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa, no padrão unitário mínimo. A defesa postula a absolvição do apelante forte na tese do crime impossível, em razão da ineficácia absoluta do meio, uma vez que a droga jamais passaria despercebida por um scanner corporal. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação para o artigo 28 da Lei de Drogas, sob o fundamento de que a quantidade de entorpecentes apreendida era pequena e compatível com o consumo

pessoal. Por fim, pleiteia-se a concessão da gratuidade de justiça.

## II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

São três as questões a serem analisadas: (i) saber se a tentativa de ingresso de drogas em estabelecimento prisional configura crime impossível, dada a fiscalização realizada por scanner corporal; (ii) aferir se a conduta do apelante pode ser desclassificada para uso próprio, a teor do artigo 28 da Lei 11.343/06; e (iii) verificar a correção da dosimetria penal, especialmente quanto ao acréscimo nas penas-base e o reconhecimento da confissão espontânea.

## III. RAZÕES DE DECIDIR

A materialidade e a autoria estão devidamente comprovadas. Depoimentos dos agentes penitenciários e laudo pericial acreditam a imputação. Inviável o acolhimento da tese de crime impossível. O fato de parte dos visitantes serem submetidos à fiscalização eletrônica [fiscalização por amostragem] demonstra que a conduta não se trata de meio absolutamente ineficaz para a prática criminosa. A quantidade de drogas apreendida (150g de maconha, distribuídas em 54 porções) e as circunstâncias da apreensão evidenciam que a substância não se destinava ao consumo próprio, inviabilizando a desclassificação. Na dosimetria, é indevido o acréscimo das penas-base com fundamento na quantidade de droga apreendida. Porém, correto o reconhecimento dos maus antecedentes. Ademais, a confissão espontânea do acusado deve ser reconhecida como atenuante, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal. Mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e dos antecedentes criminais do apelante. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, forte da contra-indicação dos elementos subjetivos.

## IV. DISPOSITIVO E TESE

Apelação conhecida em parte e, na parte conhecida, parcialmente provida para afastar a exasperação das penas-base pela quantidade da droga e reconhecimento da confissão espontânea. Penas

redimensionadas para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

**Tese de julgamento:** "A tentativa de ingresso de drogas em estabelecimento prisional por meio de ingestão de entorpecentes configura tráfico, desestimando o crime impossível, bem como a desclassificação para uso próprio, quando as circunstâncias do caso concreto indicam a destinação varejista da substância."

**Dispositivos relevantes citados:** Código Penal, artigos 29 e 65, inciso III, alínea "d"; Lei 11.343/06, artigos 33, caput, 40, inciso III e 28.

**Jurisprudência relevante citada:** STJ, AgRg no AREsp n. 1.648.640/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 17/2/2021; STJ, AgRg no HC n. 698.792/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.

Trata-se de apelação criminal interposta por **Lucas Lima Marques da Silva** contra r. sentença que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa, no padrão unitário mínimo (fls. 134/138).

Ao réu foi indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Insurge-se a defesa contra a sentença (fls. 155/157).

Em razões recursais, prateando a absolvição do apelante, afirma tratar-se o episódio de crime impossível, mercê da ineficácia absoluta do meio. Aponta que réu jamais teria condições de consumir o crime

ao passar pelo *scanner* corporal da penitenciária. Subsidiariamente, postula a desclassificação do delito de tráfico para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas. Destaca que quantidade de drogas sob posse do réu é mínima, não indicativa traficância. A propósito, joga luzes sobre a confissão do acusado, quem confirmou sua condição de usuário. Ressalta a inexistência de elementos comprobatórios indicativos de que o réu iria comercializar ou repassar entorpecentes a terceiros, a qualquer título. Ao final, requer [também] seja concedida a gratuidade da justiça ao acusado, em razão de sua hipossuficiência.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 162/169).

Não houve oposição ao julgamento virtual (artigo 1º da Resolução TJSP nº 903/2023).

A d. Procuradoria de Justiça encartou parecer a fls. 188/194, opinando pelo improvimento do recurso defensivo.

**Eis a síntese do quanto importa.**

**Lucas Lima Marques da Silva** foi denunciado por infração do artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, e com o artigo 29 do Código Penal.

Assim está vazada a inicial acusatória (fls. 61/63):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 19 de dezembro de 2023, no interior do Centro de Progressão Penitenciária de Hortolândia, situado na Rodovia Campinas Monte Mor, Km 05, Jardim Novo Ângulo, nesta cidade e comarca de Hortolândia, LUCAS LIMA MARQUES DA SILVA, qualificado a

fls. 23, trazia consigo, para fins de tráfico no interior do presídio, 54 (cinquenta e quatro) porções de maconha, pesando aproximadamente 186 g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo se apurou, na data dos fatos, o denunciado cumpria pena no estabelecimento prisional situado no local dos fatos, sendo certo que, durante o período de exercício de trabalho externo, o denunciado obteve, em circunstâncias ainda não esclarecidas, a posse das drogas acima de descritas, ingerindo as porções como forma de diminuir o risco que fossem encontradas e apreendidas, por ocasião de seu retorno ao presídio.

Ocorre que, ao retornar ao presídio, LUCAS foi submetido a revista corporal de scanner, ocasião em que os agentes penitenciários observaram volume estranho no interior do corpo do detento.

Indagado acerca do fato, o denunciado admitiu ter ingerido as drogas, confessando a prática da conduta criminosa.

Após ser submetido a procedimento médico as porções de drogas foram retiradas e apreendidas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08, foto de fls. 20 e alta de fls. 25

Diante da quantidade da droga apreendida, da forma como embalada e das circunstâncias da apreensão, patente que se destinava ao tráfico de drogas no interior do estabelecimento prisional onde o denunciado encontrava-se detido.”

Finda a instrução, a pretensão acusatória foi julgada procedente.

### **Das provas produzidas**

Os fatos estão documentados em boletim de ocorrência (fls. 06/07).

A droga encontrada em poder do acusado foi apreendida (fls. 08 e 20) e periciada (fls. 13/14).

Tratava-se de 150g de maconha.

Foi elaborado laudo definitivo (fls. 71/72).

E [igualmente] produzida prova oral.

Em juízo, a testemunha **Leandro Conrado Gimenez**, agente penitenciário, afirmou que, acompanhado de seus colegas de trabalho, realizava a revista de praxe no retorno do trabalho dos detentos. Lucas passou pela máquina de “scanner” corporal, oportunidade em que foi constatada a existência de um volume estranho em seu estômago, o qual a forma quadriculada. Indagado, o acusado confirmou tratar-se de porções de maconha. Imediatamente, conduziram Lucas até o hospital. Em exame de raio-x, restou confirmado que realmente se tratava de maconha. O réu precisou regurgitar a droga pela grande quantidade que havia em seu estômago, iminente o risco de afetar a sua integridade física. Acompanhou o apelante no banheiro, onde o viu regurgitar a droga. Retornaram ao “scanner”, o qual apontou não haver outros indícios de entorpecentes no corpo do réu. Por fim, apresentaram Lucas e a droga apreendida no distrito policial de Hortolândia. Nem todos os detentos passam pelo *scanner* corporal durante a revista. Para fins de comparação, acredita que, se 600 sentenciados saem para trabalho externo, apenas 50% são submetidos a este tipo de revista, ou seja, cerca de 300 homens passam pelo scanner

após a jornada de trabalho. A reação nervosa e a mudança de comportamento do réu levantou suspeitas. Há apenas um *body scanner* na penitenciária. As chances de o *scanner* falhar são muito baixas. Nos dois anos em que trabalhou no local nunca viu a máquina falhar. Já encontrou objetos muito pequenos com os detentos (mídias audiovisuais).

A testemunha **Carlos Eduardo Franco de Brito**, agente penitenciário, aduziu que, juntamente com seu colega de trabalho, conduziu o réu ao hospital. O acusado foi encaminhado ao banheiro, onde expeliu os entorpecentes. Aproximadamente 800 presos retornavam de trabalho externo para a unidade prisional, por dia, e cerca 200 sentenciados passam pelo *scanner* corporal. São muitos os presos que estão no regime semiaberto e há apenas uma máquina para realizar essa revista, motivo pelo qual poucos sentenciados passam pela máquina de *scanner*. Nunca viu acontecer uma falha na máquina de *scanner* corporal. Quando existem dúvidas sobre os objetos detectados pela máquina, encaminha-se o preso para um médico, a fim de realizar raio-x para ver o que foi constatado (mídias audiovisuais)

Em solo policial, o acusado **Lucas Lima Marques da Silva** silenciou (fls. 05).

Interrogado em juízo, **Lucas** confirmou a versão narrada pelos agentes. Estava trabalhando, enquanto cumpria pena no regime semiaberto. Encontrou a droga no interior de um quarto, na regional de onde trabalhava. Não sabe a quem pertencia os entorpecentes. Afirma



que é usuário de substâncias ilícita. Passou muito tempo no regime fechado, em que o acesso ao entorpecente é escasso. Quando teve a oportunidade de ir para o regime semiaberto, o acesso às substâncias era vasto. No trabalho, o acesso à maconha também era fácil. Decidiu engolir a droga, a fim de usá-la na penitenciária. Tem um filho de quatro anos de idade. Não tem condições financeiras. Cometeu um erro ao ingerir a droga. Declara que “não chegou a sair em nenhuma saidinha” [sic]. Em nenhum momento dificultou o trabalho dos agentes penitenciários. Foi a primeira vez que entrou na penitenciária com drogas. Exteriorizou nervosismo diante da revista. Está arrependido. Sua família precisa de seu auxílio. Deseja ver seu filho crescendo. Há oportunidades de emprego para si fora da prisão. Possui bons antecedentes, a traficância foi apenas um deslize. Não tinha a intenção de distribuir a droga aos demais pessoas (mídias audiovisuais).

**Esses são os subsídios que decorrem da prova processual.**

**Passo a valorá-los.**

### **Da valoração das provas**

O conjunto probatório é robusto.

Confirma e garante a condenação.

Ao que consta, agentes penitenciários estavam em seus postos de serviço, ocasião em que o apelante, submetido à revista de praxe na data dos fatos, foi escolhido para passar pelo “scanner” corporal.

Neste ensejo, os agentes observaram a existência de um corpo estranho no estômago do acusado.

Interrogado pelos agentes, o réu prontamente confessou tratar-se de entorpecentes [maconha].

Diante do episódio, os agentes penitenciários conduziram o acusado ao hospital, a fim de assegurar sua integridade física e confirmar a natureza do objeto ingerido pelo réu.

As substâncias ilícitas foram expelidas por **Lucas**.

E com a apreensão das drogas, foi o réu conduzido ao distrito policial.

Esse é o cenário desenhado pelos agentes penitenciários responsáveis pela ocorrência.

A propósito, as circunstâncias do crime e sua consumação estão devidamente denotados do testemunho submetido ao contraditório.

Para além do relato consistente e pleno em detalhes dos agentes de segurança, que narraram com clareza as circunstâncias da apreensão da droga [detectada por *scanner* corporal, em procedimento de fiscalização de entrada no presídio], é de se reconhecer que o próprio acusado confessou a propriedade das drogas [a despeito da controvérsia acerca da destinação das substâncias].

É dizer: a confissão do apelante aperfeiçoou o conjunto probatório, também constituído pelos exames periciais da droga.

De outro vértice, nada obstante a argumentação ventilada pela defesa, descabido o acolhimento da tese do crime impossível.

Em atenção aos depoimentos patrocinados em juízo, observo que ambos os policiais afirmaram a impossibilidade de revista de todos os apenados.

Salientaram que diversos sentenciados em regime semiaberto retornavam para a penitenciária após trabalho externo. E frisaram que a unidade prisional conta com apenas uma máquina de *scanner* corporal.

Circunstância que, invariavelmente, enseja a seleção e escolha de alguns (e não todos) os indivíduos, decisão essa tomada por amostragem, para que sejam submetidos à revista mediante a utilização do aparelho.

Ou seja, poderia [sim] ter o réu ingressado na unidade penal com a droga em seu estômago sem ter sido flagrado, descartando-se [via de consequência] a hipótese de absoluta ineficácia do meio.

Até mesmo porque não são poucas as notícias de localização de entorpecentes e objetos proibidos no interior de penitenciárias, tudo a denotar a falibilidade dos métodos de revista e inspeção empregados pelas unidades penais.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.  
Sentença condenatória. Irresignação da defesa.  
Preliminares. Nulidade por inversão dos atos

processuais. Oitiva de testemunha da defesa determinada após o interrogatório do réu, nos termos do art. 402 do CPP. Ausência de pedido de reinquirição do acusado após o depoimento da testemunha. Prejuízo não comprovado. Nulidade por cerceamento de defesa. Indeferimento da acareação entre réu e testemunha de defesa. Quebra de expectativa com o depoimento da testemunha de defesa não é motivo suficiente para a realização do procedimento do art. 229 do CPP. Inviável a acareação com testemunha que apenas disse não se recordar dos fatos. Prejuízo não comprovado. Nulidade da sentença por ter sido juntada minutos após a audiência e por magistrada que não presidiu o processo. Inocorrência. Prejuízo não comprovado. Mérito. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Réu confessou ter ingerido porções de drogas, mas por ter sido ameaçado por traficantes. Coação irresistível não comprovada. Agente prisional confirmou a identificação das substâncias no aparelho digestivo do preso após o retorno do trabalho externo, mas não relatou qualquer indício de o réu teria sido coagido. **Crime impossível não configurado. Scanner corporal e vigilância no presídio não são métodos infalíveis. Condenação mantida.** Dosimetria não alterada. Confissão já considerada para compensar a agravante da reincidência. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502881-75.2023.8.26.0548; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/11/2024; Data de Registro: 12/11/2024) [g. n.].

Mais a mais [e apenas para que se encerre a controvérsia], forçoso convir que os contornos que circundam a apreensão das drogas em

poder do apelante afastam a conduta por ele patrocinada daquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Os entorpecentes foram [por ele] ingeridos.

Encontravam-se em seu trato digestivo.

Tudo a evidenciar o propósito de transpor a segurança das contenções penitenciárias, a qual, ressaltado, é um ambiente incompatível e improvável para um consumo (exclusivo e inocente) de substâncias ilícitas.

Mas não é só.

Conforme infere-se do bojo processual, em posse de Lucas foram apreendidas 54 (cinquenta e quatro porções) de maconha [peso líquido de 150 gramas], que, nos termos de sua narrativa, destinar-se-iam a sua rotina de consumo pessoal.

No entanto, questionado acerca do acesso às drogas no ambiente prisional, o apelante confirmou que, muito embora enfrentasse uma escassez de entorpecentes no regime fechado, tinha fácil acesso a essas substâncias no meio intermediário.

Justificativa que, bem se vê, descredencia os argumentos que visam ao reconhecimento da condição de usuário do réu, desabilitando a necessidade de internalização de quantidade tão excepcional de entorpecentes para o interior do sistema carcerário, em face “das facilidades” de alcance desses suprimentos em ambientes externos.

Em outras palavras: uma vez agraciado com o trabalho externo,

oportunidade em que poderia ter acesso às substâncias ilícitas, poucas razões havia para que o réu carregasse consigo quantidade tão desproporcional de drogas, tão-somente para consumo próprio no âmbito da unidade prisional.

Conjuntura assim desenhada, ainda que o acusado não tenha sido flagrado em ato típico de mercancia, inviabiliza qualquer possibilidade de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Aliás, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas, trata-se de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos.

Digo de outra forma: de todo dispensável a comprovação da mercancia das drogas, quando resta evidente a prática do tráfico de drogas em razão do esgotamento de outros verbos nucleares do tipo penal, no caso em comento, “trazer consigo”.

Enredo assim apresentado torna certo os termos da imputação.

As provas produzidas têm densidade para firmar a responsabilidade do acusado e encrespá-lo com o crime.

Correta, também, a qualificação jurídico-penal conferida ao contexto, pelo douto magistrado de origem.

Irrepreensível, nestes aspectos, a decisão *a quo*.

Isso posto, passo à análise das reprimendas.

### Da individualização das penas

Na primeira etapa da dosimetria, as básicas foram entabuladas 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, atingindo totais de **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) diárias**, a pretexto da quantidade apreendida das substâncias [maconha] encontradas na posse do réu, bem como dos maus antecedentes do apelante.

Discrecionariade que, a despeito de irresignação defensiva, comporta parcial ajuste.

Inicialmente, inviável a desconsideração dos maus antecedentes.

Isso porque, como bem observado pela autoridade judiciária *a quo*, o acusado ostenta condenação definitiva no processo-crime nº 1501856-79.2022.8.26.0542 (tráfico de drogas), cujos fatos são anteriores àqueles que ora se apuram [04 de agosto de 2022], mas com posterior trânsito em julgado para a defesa [que se deu em 24 de maio de 2024] (certidão de antecedentes de fls. 119/121).

Cenário assim desenhado torna perfeitamente cabível a manobra adotada pelo douto magistrado sentenciante, a qual não comporta quaisquer alterações.

Em contrapartida, o acréscimo aplicado em face da quantidade dos entorpecentes apreendidos, de fato, revela-se impróprio.

Sem embargo dos fundamentos apresentados pelo douto

magistrado sentenciante, **observo que o peso líquido da droga em nada extrapola os limites do tipo penal, a ponto de ensejar o recrudescimento das penas-base.**

De fato, tratava-se de 150g de maconha.

Em que pese a nocividade do narcótico constricto, o sopesamento negativo deste único atributo, especialmente diante da quantidade pouco expressiva das substâncias apreendidas, revela-se imoderado e insuficiente para recomendar a exasperação das penas, mesmo diante das diretrizes do artigo 42 e 43 da Lei Antitóxicos e entendimentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal se deu unicamente em razão da natureza do entorpecente. No entanto, a despeito da natureza da droga apreendida (crack), a quantidade, na hipótese, - 25,2 gramas de crack -, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta. Em hipóteses assemelhadas, o Superior Tribunal de Justiça considerou desproporcional a



**majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria.**

2. O art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. No caso, as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum fundamento para aplicar a fração mínima de 1/6 (um sexto). E, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida - 25,2 g de crack-, entendendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços), ainda mais quando os Acusados são primários, com a pena-base fixada no mínimo legal.

4. Redimensionadas as reprimendas dos Acusados e tratando-se de Agravados primários, com a pena-base estabelecida no mínimo legal, tendo sido condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, foi aplicada a causa de diminuição da pena em seu patamar máximo e, não sendo expressiva a quantidade de drogas apreendidas (25,2 g de crack), conclui-se que o regime prisional cabível é o inicial aberto.

5. De igual maneira, diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.648.640/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 17/2/2021.) [g.n.]

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.  
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE.  
NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.  
QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA.  
DESpropORCIONALIDADE. DECISÃO  
MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Embora a exasperação da pena-base possa ter como fundamento a nocividade da droga apreendida, se a quantidade não for considerada expressiva, é desproporcional sopesar negativamente tal circunstância.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 698.792/ES, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) [g.n.]

Desta feita, mantenho tão-somente um dos dois acréscimos entabulados pelo juízo *a quo* [em referência aos maus antecedentes do apelante], o que exige recalibrar a fração de acréscimo adotada.

Por conseguinte, tomo por parâmetro a fração de 1/6 (um sexto), elevando as sanções aos patamares de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Na etapa seguinte, a autoridade judiciária *a quo* nada considerou.

Deixou, neste ensejo, de sopesar a confissão espontânea do acusado.

E, aqui, malgrado a ausência de insurgência defensiva [por mais uma vez], forçoso convir acerca da admissibilidade da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal.

De fato, houve confissão, ainda que parcial, iniciativa que empresta alguma certeza moral para a condenação.

Inexorável, assim, a sua valoração.

Tudo isso porque o réu admitiu a posse das drogas encontradas em seu estômago.

Negou, tão-somente, a prática de tráfico, atestando sua condição de usuário, assertiva que, todavia, segue isolada diante do robusto elenco probatório constante deste caderno procedimental.

Repiso: a versão do réu contribuiu para melhor elucidar o desenrolar dos fatos e, via de consequência, acreditar o édito condenatório de maneira segura e livre de dúvidas.

É certo que o C. Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento no sentido de que a atenuante encartada no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, deve ser reconhecida, mesmo que o agente a tenha revelado de forma parcial.

Esse, aliás, é o teor da Súmula nº 545 do Colendo Superior

Tribunal de Justiça.

Além disso, a atual posição da Corte Superior de Justiça, firmada no julgamento do REsp n. 1.972.098/SC (Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022), é no sentido de que, confessada a prática delitiva, impõe-se a redução da pena na segunda fase da dosimetria (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal), independentemente de a confissão ter sido utilizada pelo Juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória.

Considero, portanto, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, de maneira que se diminuem as penas de 1/6 (um sexto), tornando-as aos patamares originais: **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

Na terceira etapa da métrica penal, a causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, restou afastada, forte nas condições subjetivas desfavoráveis do apelante, notadamente os maus antecedentes.

Mas ainda nesta etapa, bem aplicada ficou a majorante descrita no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual as sanções elevaram-se da fração de 1/6 (um sexto), cristalizando-se definitivamente nos totais de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Discrecionalidade que não merece revisão.

Em arremate, a autoridade judicial *a quo* entabulou o regime

fechado como momento inicial para o cumprimento da pena corporal, máxime em razão das circunstâncias anteriormente sopesadas.

E não há que se pretender a correção da discricionariedade judicial.

Sobretudo diante das condições subjetivas do apelante, que demonstram a insuficiência e ineficácia de qualquer outro regime que não o mais gravoso.

Inviável a aplicação dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, forte no *quantum* de pena final aplicado, bem como nas condições pessoais nada favoráveis.

Corretamente entabulado, ainda, o valor do dia-multa no piso legal, à míngua da comprovação de uma melhor capacidade econômica do apelante.

Cumprir observar, finalmente, que o pedido de gratuidade de justiça formulado pela defesa não merece, sequer, ser conhecido, haja vista que a concessão do mencionado benefício já se operou em primeira instância (fls. 138).

### **Do voto**

Mercê do exposto, **conheço em parte do apelo defensivo** e, na parte conhecida, **dou-lhe parcial provimento**, tão somente, para (i) afastar a exasperação das reprimendas na primeira fase, e (ii) reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea,

reestimando as penas impostas ao apelante **Lucas Lima Marques da Silva**, que deverão se ater aos patamares de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentas e oitenta e três) diárias**.

Mantenho, no mais, a bem lançada sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Permanece inalterado o *status libertatis* do réu.

Procedam-se às anotações pertinentes no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), nos termos da Resolução Nº 417, de 20 de setembro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça.

Após o trânsito e julgado, determino a expedição de guia de execução em nome do réu, anotando-se o regime de pena fixado, e o cumprimento das recomendações elaboradas pela Resolução 474, de 2022, editada pelo CNJ.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

É como voto!

**LUÍS GERALDO LANFREDI**

Relator