



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000443390

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1528741-34.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL DUQUE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso; mantida a prisão cautelar pelos motivos antes esposados na fundamentação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E TEIXEIRA DE FREITAS.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

GILBERTO CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1528741-34.2024.8.26.0228
26ª Vara Criminal da Comarca da Capital
Apelante: Daniel Duque Lima
Apelado: Ministério Público
Magistrado: Dr. Marcos Vieira de Moraes

Voto nº 27274

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame.

1. Recurso de apelação interposto contra r. sentença que condenou o réu por tráfico de drogas ao cumprimento de 06 anos, 06 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 655 dias-multa, no piso.

II. Questão em Discussão.

2. Dirimir a preliminar de (i) nulidade por cerceamento de defesa; no mérito, analisar (ii) o direito de recorrer em liberdade; (iii) a insuficiência de provas para condenação; (iv) a fixação das penas-base nos patamares; (v) se possível o reconhecimento de atenuante inominada; (vi) o estabelecimento de regime prisional aberto, observada a detração penal; (vii) a substituição da pena privativa de liberdade; e (viii) a concessão de prisão domiciliar.

III. Razões de Decidir.

3. A prisão está fundamentada e corroborada pela jurisprudência, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado. 4. Não caracterizado cerceamento de defesa, pois a Defensoria Pública não arrolou testemunhas ou requereu diligências em momento oportuno, operando-se a preclusão. Nulidade de algibeira. Prejuízo não demonstrado. Princípio do *pas nullité sans grief*. 5. A materialidade e a autoria foram demonstradas pelos depoimentos dos policiais civis e apreensão de considerável quantidade e variedade de entorpecentes (142 *eppendorfs* contendo *cocaína*, com peso líquido de 61,6 gramas; 30 porções de *cocaína*, sob a forma de *crack*, pesando 5,65 gramas; e 31 invólucros contendo *maconha*, com massa de 36,3 gramas), tudo em contraposição à negativa isolada do acusado, não havendo elementos que sustentem a alegação de flagrante forjado. 6. As iniciais foram corretamente assentadas 1/8 acima dos pisos com fundamento na quantidade e natureza dos psicotrópicos. 7. Atenuante inominada não verificada. 8. A gravidade concreta da conduta, as circunstâncias e a recidiva justificam a manutenção do regime fechado. 9. Competência do Juízo das Execuções para análise da detração penal diante da necessidade de análise dos requisitos objetivo e subjetivo. 10. Inviável a substituição da

pena privativa de liberdade (CP, artigo 44, I, II e III). 11. A concessão de prisão domiciliar não pode ser analisada neste momento processual, sendo matéria de competência do Juízo da Execução Penal.

IV. Dispositivo e Tese.

12. Preliminares rejeitadas e recurso desprovido.

Teses de julgamento: 1. Presentes os requisitos da prisão preventiva e à míngua de fato novo, inviável o recurso em liberdade por réu que permaneceu preso durante todo o processo. 2. A ausência de prejuízo concreto afasta a nulidade por cerceamento de defesa. 3. Os testemunhos policiais têm valor probatório, mormente se em harmonia com os demais elementos coligidos aos autos. 4. Não verificada circunstância relevante anterior ou posterior ao crime apta a configurar a atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal. 5. O regime inicial fechado é adequado devido à gravidade do crime, além da circunstância judicial desfavorável e reincidência. 6. Impertinente o pleito de aplicação da detração penal, em sede de apelação, vez que a análise da benesse – que importa, via indireta, em progressão de regime – não dispensa, na ótica subjetiva, os outros requisitos legais. 7. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando não preenchidos os requisitos legais. 8. A prisão domiciliar é competência do Juízo da Execução Penal.

Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*; CPP, art. 155, 156, 402, 563; CP, arts. 33, § 3º, 44, 66; LEP, art. 66, III, "f", 117.

Jurisprudência Citada: STJ, Súmula nº 440; STF, Súmulas nº 718 e 719.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 137/153, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou **Daniel Duque Lima** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 ao cumprimento de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo. Mantida a prisão cautelar processual.

Inconformado, apela o réu arguindo, 1) preliminarmente, 1.1) a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, em razão da impossibilidade de arrolar testemunhas e realizar diligências, ou, subsidiariamente, 1.2) a reabertura da instrução probatória. No mérito, pugna 2) absolvição por falta de provas, sob o argumento que a condenação foi fundada somente 2.1) nos depoimentos dos policiais, em

evidente “flagrante forjado”; 2.2) nos elementos colhidos na fase inquisitiva (CPP, artigo 155). Alternativamente, pleiteia 3) o redimensionamento das reprimendas mediante 3.1) a recondução das penas-base aos mínimos legais; 3.2) o reconhecimento da atenuante inominada (art. 66 do CP), porquanto “*trata-se de apelante egresso do sistema penal, com diversas vulnerabilidades socioeconômicas*”; 4) a fixação de regime aberto, observada a detração; 5) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; 6) a prisão domiciliar, pois é pai de criança com 03 anos de idade; e 7) o direito de recorrer em liberdade (fls. 162/194).

A insurgência foi regularmente processada e contrariada (fls. 204/213).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 241/255).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prima facie, o pedido do recurso em liberdade será recebido como preliminar, mas não prospera.

Incabível se mostra nesta fase de julgamento da apelação, o conhecimento do pleito para o apelante recorrer em liberdade – também não há constrangimento ilegal a justificar *habeas corpus* de ofício, ressalte-se. Por outro vértice, não há fato novo e, assim, inalterados apresentam-se os requisitos da prisão preventiva ratificados na r. sentença, cujos fundamentos estão sedimentados (fl. 151) e são amplamente

corroborados pela jurisprudência¹.

Noutro vértice, descabida a alegação de violação à ampla defesa. Conforme se verifica no termo de audiência, às fls. 89/92, a Defensoria Pública não suscitou qualquer matéria preliminar ou tese de absolvição sumária em sua resposta à acusação, inclusive, arrolando as mesmas testemunhas constantes na denúncia.

Ademais, deixou de requerer a realização das diligências que alega serem imprescindíveis à elucidação dos fatos em momento oportuno, seja no início referido ato solene ou mesmo ao final da colheita da prova da acusação, antes do interrogatório do réu ou, ainda, na fase do artigo 402 do CPP.

Com efeito, conforme pontuado pelo Magistrado sentenciante, a Defensoria Pública ficou-se inerte nas diversas oportunidades processuais, vindo a suscitar a nulidade do feito por cerceamento de defesa somente após o encerramento da instrução, em suas alegações finais orais e por ocasião da apresentação de seu recurso de apelação. Ora, tivesse, de fato, vislumbrado prejuízo deveria, sob pena de preclusão, tê-lo feito na primeira oportunidade.

Afinal, ressaí à evidência que a *“jurisprudência dos*

¹ (...) 6. Outrossim, verifica-se que o entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o agravante permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, lhe fosse deferida a liberdade. 7. Ora, “a existência de éditto condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade” (RHC n. 105.918/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019). 8. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. 10. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no HC n. 824.787/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 14.08.2023).

Tribunais Superiores não tolera a chamada 'nulidade de algibeira' - aquela que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada, como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura. Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais. Precedentes. 8. A marcha processual avança rumo à conclusão da prestação jurisdicional, sendo inconciliável com o processo penal moderno a prática de atos processuais que reprimem fases já superadas”².

No mesmo sentido, destaca-se trecho da r. sentença, *in verbis*:

[...] anoto que, sendo nomeado Defensor Público somente na data da audiência, não estava obrigado a apresentar defesa preliminar no mesmo dia, podendo invocar o prazo previsto no artigo 55 da Lei de Drogas, ocasião em que o ato seria redesignado para data futura, após o oferecimento da defesa prévia, e confirmado se esta fosse rejeitada, como é praxe ocorrer neste Juízo Criminal, caso requerido pela Defesa constituída ou Defensoria Pública, sempre em respeito ao princípio da ampla defesa.

Não obstante, o digno Defensor Público assumiu o feito no estado em que se encontrava e, após contato prévio com o acusado, apresentou defesa preliminar, ocasião em que não requereu qualquer diligência, tampouco informou que iria arrolar testemunhas, a não ser aquelas já constantes do rol acusatório e que estavam presentes na data.

² STJ, HC 200.558/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019. Com idêntico pensar: STJ, AgRg no HC n. 825.657/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023.

Igualmente, em momento algum, alegou que precisava de prazo para estudar melhor o processo e, por isso, iria exercer o direito de apresentar a defesa no prazo legal de dez dias a contar da data da notificação do denunciado.

Assim, foram ouvidos os policiais civis e, após contato com a prova da acusação, o digno Defensor Público novamente não formulou pedidos, passando-se à entrevista reservada com o réu, ocasião em que, mesmo ciente da sua versão, também não requereu fosse postergado o ato de interrogatório para data futura, para que pudesse arrolar testemunhas ou requerer a realização de diligências relevantes.

Por fim, acrescenta-se que, mesmo após o interrogatório do acusado, em fase processual prevista justamente para produção de diligências ou novas provas cuja necessidade surgissem ao término da instrução, nada requereu na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, razão pela qual foi declarada encerrada a instrução processual. [...] – fls. 141/142.

Ad argumentandum tantum, ainda que fosse o caso, eventual declaração de nulidade exige a demonstração da existência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* – consoante artigo 563 do CPP, o que não ocorreu neste caso³.

Superadas estas questões prefaciais, no mérito a irresignação não comporta acolhida.

³ (...) 5. De mais a mais, há que se lembrar que "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, somente se reconhece vício que enseje a anulação de ato processual a partir da efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal - CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese" (AgRg no REsp n. 1.954.888/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.). Situação em que não foi demonstrado prejuízo. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS n. 71.174/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 08.08.2023).

Restou comprovado que **Daniel Duque Lima**, no dia 03 de dezembro de 2024, por volta de 11h30, na rua Rick Nelson, nº 01, com a rua René Castera, nº 561, Chácara da Enseada, nesta Capital, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 142 (cento e quarenta e dois) *ependorfs* contendo *cocaína*, com peso líquido de 61,6 gramas; 30 (trinta) porções de *cocaína*, sob a forma de *crack*, pesando 5,65 gramas; e 31 (trinta e um) invólucros contendo *maconha*, com massa de 36,3 gramas, substâncias estas entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade está consubstanciada no auto de exibição e apreensão (fl. 05), laudo de constatação (fls. 18/21) e, principalmente, no exame químico-toxicológico (fls. 70/72) – positivo para as substâncias *tetrahydrocannabinol (THC)* e *cocaína* (em pó e sob a forma de *crack*), de uso proscrito no Brasil conforme listas da Portaria SVS/MS nº 344/1998 e atualizações posteriores (Portaria SPTC nº 136/2020) –, bem como na prova oral.

A autoria, igualmente, é incontroversa.

Daniel refutou a imputação. Explicou que, após deixar seu sobrinho na escola, foi detido pelos policiais e levado à delegacia, onde foi informado que estava sendo acusado por tráfico de drogas, pois encontraram entorpecentes em uma sacola. Trazia somente uma caixa de isopor contendo garrafas de água e ficou nervoso porque permaneceu muito tempo preso. Mora próximo ao local onde foi abordado; estava no mesmo bairro quando foi preso pela primeira vez pelo mesmo crime. Não reconheceu os policiais na audiência como os que o detiveram; o policial Maurício “seria o delegado”. Foi abordado na rua Evair Santos Costa. Na delegacia, os agentes públicos indagaram “onde estava seu patrão” e pediram o número de contato (gravação disponível à fl. 42).

A versão do apelante não se sustenta.

Isso porque os policiais civis Marcelo de Freitas e Maurício Barbosa Pereira Vianna, responsáveis pela prisão do apelante e apreensão das drogas, narraram os fatos de forma harmônica e segura. Estavam em patrulhamento de rotina no local dos fatos – conhecido ponto de tráfico – e observaram **Daniel** com uma sacola plástica, o qual tentou se evadir ao notar a presença dos agentes. Realizada a abordagem, localizaram entorpecentes no interior da mencionada sacola. Interpelado, o acusado confessou a traficância (gravação disponível à fl. 42).

Está pacificado na jurisprudência que a condição de policial – seja militar ou civil, estadual ou federal – por si só, não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer⁴.

Anote-se, pois importante, que não há nos autos qualquer indício de animosidade entre o apelante e os policiais – e nenhum motivo concreto foi apontado pela defesa que justificasse uma falsa acusação. Ademais, a idoneidade da versão apresentada pelos agentes públicos é presumida, cabendo à defesa comprovar sua imprestabilidade no caso concreto, ônus do qual não se desvencilhou⁵. E ao contrário do aduzido, não se vislumbram elementos aptos a dar suporte à alegação de flagrante “*forjado*”, não tendo a defesa se desincumbido do ônus que lhe pesava a este respeito, a teor do artigo 156 do CPP.

Não há que se falar que o édito condenatório se

⁴ Confira-se, a propósito, o sedimentado entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: “Sobre o tema, registre-se, por oportuno, que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão dos recorrentes constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, como ocorreu no presente caso. (...) A jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso” (STJ – AgRg no AREsp nº 2.256.875/MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 06.06.2023, DJe 12.06.2023). No mesmo sentido: AgRg no HC nº 672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 28.06.2021.

⁵ A propósito, confira-se: “Registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes” (STJ – AgRg no HC nº 744.555/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 29.05.2023, DJe 01.06.2023).

fundamentou exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação – em afronta ao artigo 155 do CPP – mormente porque a estes foram devidamente corroborados pelos depoimentos dos policiais civis em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa⁶.

Consolidadas no caso, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico, ou seja, os elementos da prova testemunhal e pericial, bem como a considerável quantidade e variedade de entorpecentes, aliadas à forma profissional como eles estavam acondicionados (142 *ependorfs* contendo *cocaína*, com peso líquido de 61,6 gramas; 30 porções de *cocaína*, sob a forma de *crack*, pesando 5,65 gramas; e 31 invólucros contendo *maconha*, com massa de 36,3 gramas – cf. laudos às fls. 18/21 e 70/72).

Registre-se, pois oportuno, que o crime de tráfico de drogas se consuma com a prática de quaisquer das condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo despicienda a comprovação de atos de mercancia para sua caracterização⁷.

Portanto, a prova colhida é suficiente e segura para demonstrar a responsabilidade penal de **Daniel Duque Lima** pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases foram adequadamente fixadas 1/8 (um oitavo) acima dos pisos com fundamento na quantidade e natureza de

⁶ É esse o entendimento do C. STJ: (...) 2. *No caso dos autos, não havendo o Togado sentenciante e a Corte Estadual se fundado apenas em elementos de convicção reunidos no inquérito para motivar a condenação, não há que se falar em utilização de prova não sujeita ao crivo do contraditório e, pois, em violação ao art. 155 do CPP.* (...) (AgRg no AREsp 281524/CE – Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.04.2018; DJe 25.04.2018. No mesmo sentido: AgRg no HC 592194/SP – Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25.08.2020; DJe 03.09.2020).

⁷ Nesta toada: “Ademais, este Tribunal Superior entende que a **subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia**, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal” (STJ – AgRg no AREsp nº 1.803.460/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022 – g.n.); “O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que ‘para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente’ (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014)” (STJ – AgRg no HC n. 801.250/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 17.04.2023, DJe 24.04.2023).

entorpecentes apreendidos⁸, perfazendo 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na segunda fase, as reprimendas foram exasperadas em 1/6 (um sexto) diante da reincidência⁹ e, à míngua de outras modificadoras, tornaram-se definitivas em **06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Não se verifica circunstância relevante anterior ou posterior ao crime apta a configurar a atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal.

De grande valia a exposição do percuciente parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, *litteris*:

[...] O apelante é reincidente específico e, durante a execução de pena relativa à primeira condenação pelo crime de tráfico de drogas, cometeu falta grave consistente em evasão/ abandono (cf. certidão de fls. 61 - em 03 de janeiro de 2022, nos autos de execução nº 0008708-18.2020.8.26.0041), tendo sido recapturado e regredido de regime.

Em nova oportunidade, foi novamente progredido de regime, agora para o regime aberto (em 29 janeiro de 2024), ocasião em que, ainda durante o cumprimento de pena, descumpriu as condições impostas, tendo em vista que, advertido das suas obrigações - dentre as quais, a de comparecimento em Juízo para informar e justificar suas atividades - nunca se apresentou ao setor

⁸ "(...) considerando a razoável quantidade de droga (tanto em número de porções como em peso líquido) e potencialidade lesiva ímpar de um dos tipos de entorpecentes apreendidos (...)" - fl. 150.

⁹ Cf. certidão unificada de fls. 61/63 - processo nº 1500182-07.2019.8.26.0628, trânsito em julgado em 09.12.2020.

de fiscalização. Não bastasse, o apelante não apenas deixou de se apresentar para justificar suas atividades e cumprir com as obrigações impostas como cometeu novo crime (o delito apurado nestes autos) ainda em cumprimento de pena no regime aberto, demonstrando completo descaso com a aplicação da lei penal e com o cumprimento da ordem jurídica.

Assim, ao contrário de se mostrar “vítima do estado de coisas inconstitucionais existente no sistema penitenciário brasileiro”, o acusado revelou personalidade indisciplinada e dedicada à atividade do crime – lembrando que, antes mesmo de incorrer no delito aqui apurado, o réu já havia incorrido em falta grave de evasão/abandono, tendo sido recapturado.

Desta forma, a necessidade de melhoria no sistema penitenciário não pode ser utilizada como subterfúgio para a prática de crimes e descumprimento das regras impostas no sistema prisional, tanto mais quando falamos de pessoa contumaz na prática delitiva e sequer respeita as regras da unidade prisional, incorrendo em falta grave anterior de evasão. [...] – g.n.

Reincidente – como acima visto –, o apelante de fato não faz jus ao benefício do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sem, contudo, qualquer configuração de *bis in idem*, porquanto o impedimento da aplicação da benesse decorre de expressa disposição de lei, consoante o

¹¹ *Exempli gratia*: “Outrossim, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a existência de maus antecedentes impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 diante da ausência de preenchimento dos requisitos legais, como no caso” (AgRg no AREsp n. 2.261.881/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, j. 08.08.2023).

forte posicionamento do C. STJ¹¹ e desta C. Câmara¹².

Correto o regime inicial **fechado**, pois, no caso *sub judice*, a gravidade concreta da conduta – já minuciosamente analisada – a circunstância judicial desfavorável e a recidiva (ademais específica e, portanto, indicativa do descaso para com a Justiça, completa ausência de assimilação da terapêutica criminal e desinteresse na plena reintegração social daquele que optou por perpetuar a atividade criminosa como modo de vida) desautorizam e incompatibilizam o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º do Código Penal).

Em que pese a literalidade do artigo 387, § 2º, do CPP, que trata da definição de regime inicial, impertinente o pleito de aplicação da detração penal, em sede de apelação, vez que a análise da benesse – que importa, via indireta, em progressão de regime – não dispensa, na ótica subjetiva, os outros requisitos legais (comportamento adequado e, eventualmente, exame criminológico), daí a reafirmação, dentro de uma ampla exegese, da competência do Juízo da Execução Penal, consoante prevê a Lei nº 7.210/84, em seu artigo 66, inciso III, alínea c¹³.

¹¹ *Exempli gratia*: “Outrossim, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a existência de maus antecedentes impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 diante da ausência de preenchimento dos requisitos legais, como no caso” (AgRg no AREsp n. 2.261.881/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, j. 08.08.2023).

¹² A propósito, é assente neste E. Colegiado o entendimento de que “o fato de se considerar a recidiva na segunda etapa da individualização não impede sopesá-la como óbice à minorante, isso porque a circunstância reflete ou repercute em momentos e para fins distintos, por força de dispositivos legais expressos (artigos 68 do Código Penal e 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06)” (Apelação Criminal 1500265-87.2023.8.26.0626, Rel. Farto Salles, j. 19.07.2024). Adotando análoga conclusão: Apelação Criminal 1526233-52.2023.8.26.0228, Rel. Zorzi Rocha, j. 07.05.2024; Apelação Criminal 1500550-76.2024.8.26.0228, Rel. Eduardo Abdalla, j. 18.07.2024; Apelação Criminal 1514914-92.2020.8.26.0228, Rel. Airton Vieira, j. 06.06.2023; Apelação Criminal 1507308-08.2023.8.26.0228, Rel. Marcos Correa, j. 25.08.2023; Apelação Criminal 1500108-08.2022.8.26.0608, Rel. Machado de Andrade, j. 27.07.2023.

¹³ (...) 3. Ainda assim, o entendimento do Tribunal a quo encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que “apesar de a detração penal poder ser objeto de antecipação na própria condenação, trata-se de matéria de competência do d. Juízo da Execução Penal” (AgRg no HC n. 741.880/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 23/6/2022). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 2.026.647/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 23.05.2023).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas nº 440 do C. STJ; 718 e 719 do E. STF, independentemente da quantificação da pena-base.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, I, II e III).

Quanto ao pleito para concessão de prisão domiciliar formulado por **Daniel**, cumpre mencionar que com a prolação do r. *decisum*, sua aplicação se torna matéria da competência do Juízo da Execução Penal, nos termos dos artigos 66, III, “f”; e 117 da LEP¹⁴.

Em epílogo, persistem os fundamentos da prisão preventiva decretada em desfavor do apelante, já ratificados na r. sentença (fl. 151) e agora reforçados neste julgamento¹⁵.

Ex positis, **rejeitadas as preliminares, nego provimento** ao recurso; mantida a prisão cautelar pelos motivos antes esposados na fundamentação.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator

¹⁴ Confira-se posicionamento desta C. Câmara: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PREVALÊNCIA DA PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. ATOS DE MERCANCIA. DESNECESSIDADE. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. PENA E REGIME MANTIDOS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. (...). 5. A possibilidade da concessão da prisão domiciliar, nos termos do art. 117, LEP, deverá ser analisada pelo Juízo de Execução Penal. 6. Recursos desprovidos. (TJSP – Apelação Criminal 1502768-70.2022.8.26.0544, Rel. Toloza Neto, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 22.09.2023).

¹⁵ Nesse caminho segue a jurisprudência, *verbi gratia*: “Não há lógica em permitir que o réu, preso (...) durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (STF – HC nº 89.824/MS, Rel. Min. Ayres Britto, Dje. 28.08.2008). No mesmo sentido: HC nº 138.120/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 06.12.2016, Dje. 16.12.2016; STJ – RHC nº 111.421/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03.10.2019, Dje 10.10.2019; RHC nº 34.998/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 20.03.2013; AgRg no HC nº 824.787/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 14.08.2023, Dje 16.08.2023.