



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000315640

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501200-73.2023.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que são apelantes LUCAS GABRIEL PINOTTI e TALISON CAIO DEL PUPO OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram provimento em parte aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 31 de março de 2025.

LEME GARCIA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª Câmara de Direito Criminal

APELAÇÃO n. 1501200-73.2023.8.26.0062

Comarca: BARIRI

**Apelantes: LUCAS GABRIEL PINOTTI e TALISON CAIO DEL
PUPO OLIVEIRA**

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Voto: 32034

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recursos defensivos. Preliminar de reconhecimento de nulidade da prova obtida pelo acesso a aparelho celular do acusado. Não cabimento. Acesso ao conteúdo do aparelho celular realizado mediante prévia autorização judicial. Preliminar rejeitada. Absolvção por insuficiência probatória quanto aos fatos do dia 05.07.2022. Talison não foi flagrado em poder das substâncias apreendidas, além de não ter sido presenciado qualquer ato de entrega ou comercialização de entorpecentes que pudesse ser a ele associado. Réu abordado a uma quadra do local do encontro das drogas e sem nada de ilícito em sua posse. Outros indivíduos avistados no lugar, que fugiram e não foram abordados. Dúvida razoável que deve prevalecer em favor de Talison. Autoria e materialidade bem demonstradas quanto aos fatos do dia 03.11.2022. Confissão do réu LUCAS que estava realizando tráfico de drogas na data dos fatos. Escusas do acusado TALISON que restaram isoladas no conjunto probatório. Palavras dos policiais militares e civis que merecem credibilidade. Policiais civis realizaram vasto trabalho investigativo, com campanhas em viaturas descaracterizadas, registros de relatórios, imagens e vídeos dos acusados em ações delituosas. Policiais que visualizaram os réus vendendo drogas para usuária que, abordada e conduzida à delegacia, afirmou que comprou as substâncias de TALISON e LUCAS. Dosimetria. Mantido o aumento de 1/6 das penas-base em razão de maus antecedentes dos réus. Mantido aumento de 1/6 da pena intermediária em razão da reincidência de TALISON. Devidamente compensada a reincidência de LUCAS com a confissão espontânea. Regime que não comporta reparos. Pedido de detração. Inviabilidade. Réus presos por processo diverso. Pleito para responder em liberdade prejudicado, posto que respondem em liberdade. Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita e afastamento de multa. Inviabilidade. Pleito que deve ser formulado na fase de execução, ocasião em que se afigura possível avaliar, com melhores condições, a real situação financeira do acusado. Recursos parcialmente providos.

Trata-se de recursos de apelação
interpostos por LUCAS GABRIEL PINOTTI e TALISON CAIO DEL

PUPO OLIVEIRA contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Mauricio Martines Chiado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bariri, que condenou o primeiro (LUCAS) à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e condenou o segundo (TALISON) à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 505/510).

Em razões de recurso, a Defesa de TALISON pretende, em síntese, a absolvição do acusado nos termos do artigo 386, incisos II, V e VII, do Código de Processo Penal ou a desclassificação do tráfico para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas. De forma subsidiária, requer: i) a redução da pena-base para o mínimo legal; ii) a fixação de regime semiaberto para início de cumprimento de pena; iii) a aplicação da detração penal; e v) o direito de recorrer em liberdade (fls. 525/536).

Em razões de recurso, a Defesa de LUCAS GABRIEL requer, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade das provas, em razão da ilicitude da prova obtida por meio de acesso ao aparelho celular do acusado, realizado sem o seu consentimento e sem autorização judicial. No mérito, pugna por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia: i) a redução da pena-base para o mínimo legal; ii) a redução da pena intermediária, aquém do mínimo legal, em razão da incidência da atenuante da confissão espontânea; iii) o afastamento da condenação relativa à multa e às custas processuais (fls. 538/544).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 556/560).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Manoel Cirilo Rodrigues, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 569/581).

É o breve relatório.

Os recursos comportam parcial provimento.

TALISON CAIO DEL PUPO OLIVEIRA foi condenado pelo d. juízo *a quo* porque, no dia 05 de julho de 2022, às 15h45, na Avenida José Saltareli, n. 568, Jardim Santa Clara, na cidade de Bariri, guardava, para fins de tráfico, 14 porções de cocaína (2,39g – massa líquida), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta também que, em data incerta, mas até o dia 03 de novembro de 2022, TALISON e LUCAS guardavam, para fins de tráfico, drogas diversas, dentre elas cocaína e maconha, bem como venderam 02 porções de cocaína (0,23g – massa líquida), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

De acordo com a denúncia, no dia 05 de julho de 2022, o policial militar Luis Henrique Augusto visualizou TALISON e outros dois indivíduos identificados apenas como “João Vitor” e “Matheus” no local dos fatos, trafegando fora do seu

horário de serviço. Posteriormente, no mesmo dia, durante o expediente, o policial Luis Henrique e seu colega retornaram ao local para realizar diligências, oportunidade em que avistaram TALISON e outros dois indivíduos, os quais se evadiram ao avistar a viatura. Os policiais conseguiram abordar apenas o acusado e, em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Em busca no local em que TALISON havia sido visto inicialmente pelo policial Luis Henrique, junto ao pé de uma árvore, foram encontradas 14 porções de cocaína.

Segundo a exordial, após os fatos narrados e o registro do boletim DE3811-1/2022, os investigadores do S.I.G. realizaram campanhas, com base em informações anônimas e colaboradores, para monitorar os apelantes TALISON e LUCAS.

Em determinada diligência, os investigadores visualizaram TALISON realizar venda de drogas para a usuária Jéssica Leine Ramiro Ribeiro. Imediatamente, os policiais tentaram abordá-los, mas ambos conseguiram empreender fuga. Foram apreendidas duas porções de cocaína com Jéssica, que afirmou que adquiria entorpecentes dos acusados TALISON e LUCAS.

Por fim, consta que o réu LUCAS deixou cair seu aparelho celular durante a tentativa de abordagem dos recorrentes. Após a perícia, foram encontradas mensagens entre os acusados que indicavam a prática de tráfico de drogas (fls. 106/112).

Preliminarmente, a Defesa de LUCAS sustenta a ilicitude das provas diante de suposto acesso não autorizado pelos policiais civis aos arquivos dos aparelhos celulares do acusado.

Sem razão, contudo.

Com efeito, o acesso ao conteúdo dos arquivos de mensagens no aparelho celular do acusado LUCAS foi precedido de fundamentada decisão judicial autorizando a quebra de sigilo de dados (autos n. 1501535-29.2022.8.26.0062, fls. 35/36) o que torna lícitas as provas dela decorrente.

Não há que se falar, portanto, em ilicitude de provas.

Rejeitada a preliminar, passo à análise do mérito recursal.

A materialidade dos delitos restaram bem demonstradas por meio da portaria (fls. 02/03), dos boletins de ocorrências (fls. 04/05 e 18/20), dos autos de exibição e apreensão (fls. 07 e fls. 08 dos autos n. 1501535-29.2022.8.26.0062), dos laudos periciais (fls. 220/223 e 224/227), do relatório final de inquérito policial (fls. 68/79), bem como pela prova oral produzida.

Contudo, subsistem dúvidas quanto à autoria dos fatos narrados no do dia 05 de julho de 2022 que impedem o édito condenatório em desfavor dos apelantes,

subsistindo incontestemente a autoria do crime ocorrido em 03 de novembro de 2022.

Perante a autoridade policial, o acusado TALISON afirmou ser usuário de drogas e que foi ao local dos fatos para comprar cocaína e maconha. Disse que não estava no local pela manhã (fls. 10). Em juízo, o réu negou a traficância. Disse que foi até o local comprar drogas e que o acusado LUCAS não realizava tráfico de entorpecentes (mídia digital).

O recorrente LUCAS não foi ouvido perante a autoridade policial. Sob o crivo do contraditório, admitiu que estava vendendo entorpecentes na data dos fatos. Afirmou ser usuário de drogas e que, na época, vendia substâncias ilícitas para sustentar o próprio vício. Afirmou que não se lembra se estava presente na situação narrada pelo policial Henrique. Afirmou que TALISON não vendia drogas, mas que as utilizavam juntos (mídia digital).

A investigadora da Polícia Civil Jessica Menezes Barboza, em juízo, afirmou que não participou diretamente das diligências, mas se recordava da situação. Disse que possuía prévio conhecimento de que os acusados LUCAS e TALISON praticavam tráfico de drogas, e passaram a receber denúncias de que eles estariam na Praça da Santa Rosa, conhecida como Praça do "Pininho". Foram realizadas diversas campanhas e avistaram ambos os recorrentes no local. Em novembro do ano anterior, em vigilância, o investigador José da Dalto, juntamente com um policial militar, avistou os dois acusados vendendo para Jéssica Leine. Conduziram Jéssica para delegacia, mas os acusados

conseguiram se evadir. Foi apreendido o aparelho celular do LUCAS. Com Jéssica, foram encontrados dois *ependorfs*, contendo drogas, que ela relatou ter comprado de TALISON. A investigadora afirmou que, autorizada judicialmente, analisou o aparelho celular de LUCAS, em que havia diversas conversas sobre tráfico de drogas, inclusive com TALISON. Relatou que havia diversas fotos na praça conhecida como biqueira e um áudio do LUCAS preocupado com a situação da Jéssica conduzida à delegacia, pois, segundo ele, ela sempre comprava em grandes quantidades (mídia digital).

O policial militar Octavio Lucas Gitek Lopes, sob o crivo do contraditório, relatou que, na data dos fatos, o soldado Henrique, ao chegar ao serviço, avisou que visualizou alguns indivíduos possivelmente escondendo entorpecentes em uma árvore em uma via pública. Foram ao local, onde avistaram três indivíduos que fugiram ao perceber a aproximação da equipe. Conseguiram abordar apenas TALISON e, em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. No pé da árvore, foi encontrada cocaína. Questionado, TALISON negou a traficância e afirmou que estava no local para comprar drogas. Disse que os indivíduos não estavam no pé da árvore no momento da abordagem, mas a cerca de um quarteirão de distância do local (mídia digital).

O policial militar Luis Henrique Augusto relatou em juízo que, na data dos fatos, no horário do almoço, passando por uma via à paisana, observou pessoas acondicionado algo no pé de uma árvore. Na sequência, entrou de serviço e comentou com seu parceiro da situação e se deslocaram ao local. Focaram em um indivíduo de boné azul. No local, visualizaram três

indivíduos, mas só conseguiram abordar TALISON e nada de ilícito foi encontrado em sua posse. No local, foi apreendido um kit de pinos. Afirmou que os indivíduos eram conhecidos no meio policial. Disse que, com certeza, visualizou TALISON. Não sabe informar quem eram os demais indivíduos no momento da abordagem (mídia digital).

Depreende-se do conjunto probatório, em especial dos relatórios policiais e da prova oral, que o policial militar Luis Henrique, à paisana, avistou três indivíduos acondicionando algo em uma árvore em uma via pública, um deles o recorrente TALISON.

De acordo com o boletim de ocorrência (fls. 04/05), o policial militar avistou o acusado juntamente com dois indivíduos identificados como "João Vítor" e "Matheus", e, conforme relatado no B.O., *"avistou João Vítor agachar junto à árvore, mantendo-se os demais em pé"*.

Posteriormente, iniciado o expediente, referido policial diligenciou para averiguar a situação, juntamente com o policial militar Octavio Lucas, oportunidade em que avistou os mesmos três indivíduos a cerca de um quarteirão da árvore, os quais empreenderam fuga. Somente o réu TALISON foi abordado. Nada de ilícito foi encontrado em sua posse e ele declarou ter ido ao local para comprar drogas. Foram apreendidos entorpecentes próximos à referida árvore.

Conforme esclarecido no Relatório de Investigação n. 292/2023 (autos n. 1501535-29.2022.8.26.0062 -

fls. 139/140), após o registro do Boletim de Ocorrência DE3811-1/2022 acerca dos fatos ocorridos em 05.07.2022, investigadores do Setor de Investigações Gerais (SIG) da Polícia Civil passaram a executar campanhas para averiguar o envolvimento de TALISON com o tráfico de drogas, com base em informações anônimas e de colaboradores.

A partir dos trabalhos de monitoramento, foram identificadas ações suspeitas dos apelantes TALISON e LUCAS na região do bairro Santa Rosa e os policiais civis passaram a vigiar o local com viatura descaracterizada, realizando registros de imagens e vídeos (autos n. 1501535-29.2022.8.26.0062 - fls. 116).

Em 03.11.2022, de acordo com os autos, os policiais civis José da Dalto e Leonardo Tadeu Braga, em diligências investigativas acerca da atuação dos acusados, utilizando viatura descaracterizada, visualizaram Jéssica Leine Ramiro Ribeiro comprando entorpecentes do réu TALISON, enquanto o réu LUCAS se encontrava um pouco mais distante.

Com a aproximação da equipe policial, ambos os indivíduos se evadiram e os agentes públicos apenas conseguiram abordar Jéssica Leine, com quem foram apreendidos dois pinos de cocaína. Ela foi conduzida à delegacia, onde afirmou que comprou os entorpecentes de TALISON, que estava acompanhado de LUCAS (autos n. 1501535-29.2022.8.26.0062 – fls. 10).

Após a condução de Jéssica à delegacia, os agentes públicos retornaram ao local em outra viatura descaracterizada, em diligências para encontrar os réus, os quais foram avistados na Rua Luis Furlaneto. Os acusados desrespeitaram a voz de prisão e fugiram no momento em que seriam abordados pela equipe policial. Durante a perseguição, o réu LUCAS deixou cair seu aparelho celular, que foi apreendido.

Em análise dos dados extraídos do aparelho celular do réu LUCAS no Relatório n. 276/2023 (fls. 21/59), foram identificadas mensagens que demonstraram sua atuação no tráfico de drogas, além de interações diretas com o réu TALISON acerca de entorpecentes e dinheiro, conforme fls. 22/23.

Nas mensagens, ainda é possível verificar que o acusado LUCAS tentou vender a sua "boca" (*"Aí eu abaixei o preço da boca minha agora da minha parte eu quero 3000"*; *"Aí sabe quem que compra uma lojinha"* – fls. 27 e 32). Diversas vezes, é identificado o ponto de drogas referido como "loja" (*"Tam bem amanhã eu tem que acorda sedo para ir para a loja BB"*; *"Boa tava atrais de mim vida tô decendo na loja mais o Juninho falo que tá moído"* - fls. 26 e 32), além de tratativas de venda e compra de maconha e cocaína, referidos como "branca", "verde", "chá", e de petrechos para o tráfico (*"Aí vc tem 30 pino para vender para min vazio"* – fls. 33), assim como acerca da movimentação das vendas de drogas (*"Aí meu mano para vc entender do giro não tem com fala pq vamo lá nois ni um dia que era para ser fraco nois vendeu 1000 de dia aí hoje nois vendeu 900 hj que nois pensou que ia estrala não supriu Nei oq nois vendeu ontem"* - fls. 35) e de aviso de equipe policial na região (*"Tatica na quebrada"* – fls. 30).

Também foi identificado um áudio enviado pelo réu LUCAS no dia 03.11.2022, após a abordagem policial, no qual demonstra preocupação com a abordagem em Jéssica Leine: *"Respondeu nada hein mano, agora eu tô cabrero, sabe porque? Tem... pode dela... ela... da Jéssica lá, cê tá ligado né cuzão? Cato ela, se pá ela cata sempre bastante mano, e agora?"*, ao que foi respondido pelo usuário 5514981090192@s.whatsapp.net: *"Ele falo q pego só 2 pinos com ela. Ele correu"* (fls. 35/36).

Verifica-se, dessa forma, que quanto aos fatos relatados no dia 05.07.2022, subsistem dúvidas quanto à autoria do crime que impedem o édito condenatório em desfavor dos apelantes.

Inicialmente, cumpre salientar que o Ministério Público, ao apresentar as alegações finais, entendeu ser o caso de absolvição de TALISON no tocante aos fatos ocorridos no dia 05 de julho de 2022, expondo que: *"tendo em vista que os policiais não souberam identificar se as drogas de fato eram de TALISON, visto que em nenhum momento viram este as manusear, apesar da existência de provas de materialidade, a autoria delitiva não é certa, cabendo a absolvição de TALISON por esses fatos"* (fls. 485).

De fato, o réu TALISON não foi visto manuseando ou escondendo os entorpecentes apreendidos em 05.07.2022, e dois outros indivíduos não identificados foram visualizados no local, conforme a prova oral e a narrativa constante do boletim de ocorrência (fls. 04/05). O policial militar Octavio

Lucas, inclusive, afirmou em juízo que o réu foi abordado a uma quadra de distância do local em que o entorpecente foi encontrado.

Considerando que, nesse dia, os policiais militares não visualizaram os réus em poder das substâncias apreendidas, além de não terem presenciado qualquer ato de entrega ou comercialização de entorpecentes que pudesse ser associado aos acusados, não há nos autos elementos que comprovem a prática do crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 em relação aos fatos ocorridos em 05 de julho de 2022.

De modo completamente distinto, os eventos ocorridos em 03 de novembro de 2022 foram objeto de investigação minuciosa e detalhada com a realização de campanhas e registros audiovisuais, além de ter sido instruída com a análise de dados extraídos de aparelho celular, a colheita de depoimento de uma usuária, que identificou nominalmente TALISON e LUCAS como vendedores das drogas e a confissão espontânea do réu LUCAS, elementos que, conjugados, revelam de maneira inequívoca a autoria e a materialidade delitiva.

Ressalte-se que inexistente razão para que seja colocada em dúvida a versão a respeito dos fatos fornecida em uníssono pelos policiais militares e civis. Nada há nos autos no sentido de que eles tivessem a intenção deliberada de prejudicar os apelantes.

Cumprido destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos dos referidos policiais militares e civis, especialmente por estarem em harmonia

com os demais elementos do conjunto probatório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse a conduta moral ou funcional desses profissionais a ponto de tornar suspeitas suas narrativas.

Sobre o tema, este é o firme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ENTORPECENTES DISPENSADOS PELO SUSPEITO ANTES DA ABORDAGEM POLICIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. O entendimento neste Tribunal Superior é o de que "o ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (REsp n. 1.574.681/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017). 2. No caso em apreço, contudo, o Tribunal de origem concluiu que havia fundadas razões para o ingresso dos policiais no domicílio do acusado em razão de ele ter dispensado, antes de correr em direção ao interior do imóvel, uma sacola onde foram encontrados os 26 papétes de maconha, conduta suspeita que, associada às demais circunstâncias, motivou a abordagem dos policiais. Inexiste, portanto, a nulidade alegada pelo ora agravante. Precedente. 3. **A jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que "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" (HC n. 477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). 4. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020)

Portanto, a ação criminosa dos réus foi visualizada pelos policiais civis em diligências investigativas na forma de campanhas, que foram rigorosamente registradas nos relatórios policiais e investigativos, além de capturadas em imagens de vídeos. Aliado a isso, há consta a apreensão de droga a usuária Jéssica Leine, que apontou nominalmente LUCAS e TALISON como os vendedores da substância que havia acabado de adquirir, as mensagens extraídas do aparelho celular e a confissão do recorrente LUCAS.

Destarte, era mesmo de rigor a condenação dos apelantes pelo crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, não se podendo cogitar de absolvição ou desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei n.11.343/06, conforme pretendido pela Defesa de TALISON.

Passo à análise da dosimetria penal.

Na primeira fase, diante dos maus antecedentes dos acusados (LUCAS: autos n. 1500395-96.2018.8.26.0062, sentença de extinção da pena em 13.02.2024; TALISON: autos n. 1500821-69.2022.8.26.0062, trânsito em

julgado em 27.06.2023, e autos n. 1501222-73.2019.8.26.0062, sentença de extinção da pena em 21.06.2023 – fls.384/388 e 373/376), adequada a fixação das penas-base 1/6 acima do mínimo legal, cada uma em 05 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, adequado o reconhecimento da agravante da reincidência para ambos os acusados (LUCAS: autos n. 0000645-09.2018.8.26.0062, condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para Defesa em 13.08.2018; TALISON: autos n. 1500372-82.202.8.26.0062, condenação por tráfico de drogas, com trânsito em julgado para Defesa em 12.07.2021 – fls.385 e 374/375), ensejadora de aumento em 1/6 da pena intermediária do réu TALISON, e compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea em relação ao réu LUCAS.

Na terceira fase, não era mesmo o caso de reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, na medida em que os acusados ostentam condenações anteriores aptas a configurar reincidência, o que impede a incidência da sobredita causa de diminuição de pena.

Como é cediço, a reincidência, como agravante genérica prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, reflete maior reprovação do agente que, após sofrer sanção penal anterior, não incorporou os valores sociais necessários. Além disso, afasta a primariedade e os bons antecedentes, demonstrando a ausência dos requisitos para a causa especial de diminuição de pena, reservada a quem pratica o delito como fato isolado."

Destaco que não há caracterização de *bis in idem* com o agravamento da pena em função da reincidência e, ainda, sua consideração para obstar a aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, uma vez que não se trata de duplo aumento da pena, mas tão somente de não aplicação do benefício, porquanto não preenchidos os respectivos requisitos.

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, pacífica quanto ao tema. Senão, vejamos:

EMENTA Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art.40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido.

1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus.

2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em bis in idem.

4. Recurso não provido.

(STF, RHC 121598/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 21/10/2014, Órgão Julgador: Primeira Turma).

Assim, confirmo as penas definitivas de 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em relação a LUCAS, e de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, no tocante a TALISON.

O regime inicial fixado para ambos os réus não comporta reparos.

Isso porque, a teor do que prevê o artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal, o regime inicial semiaberto é cabível para os condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a 04 anos e não exceda a 08 anos. *In casu*, entretanto, os réus são reincidentes, motivo pelo qual o regime inicial fechado se mostra adequado e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

No presente caso, a despeito de ter sido decretada a prisão preventiva em desfavor do apelante TALISON, não é possível, ao menos por ora, analisar a detração penal. Isso porque, em consulta ao Sistema ESAJ, verifico que ele foi solto após expedição de alvará (HC n. 866270/SP) e responde em liberdade, estando preso por processo diverso. Portanto, não é possível concluir, com a certeza necessária, o tempo que ele permaneceu preso exclusivamente por este feito, de modo que eventual análise dessa questão deve ser submetida ao Juízo das Execuções Criminais.

Nesse ponto, observo prejudicado o pleito defensivo visando o direito do réu TALISON de recorrer em liberdade, uma vez que os réus já se encontram nessa condição.

Por fim, não se pode acolher, no presente momento processual, o pleito de LUCAS de concessão dos benefícios da justiça gratuita e isenção do pagamento de multa, uma vez que tal pedido deve ser formulado na fase de execução, ocasião em que se afigura possível avaliar, com melhores condições, a real situação financeira do réu.

Nesse sentido, já decidiu esta 16ª Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL DOLOSA. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. Sentença condenatória. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. Dosimetria escorreita. Valor da pena pecuniária que, no entanto, se mostra exacerbado. Ausência da demonstração de condições econômicas favoráveis do apelante. **Pedido de concessão da justiça gratuita. Tema afeto ao Juízo da Execução Criminal.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 0006449-97.2016.8.26.0297; Relator: Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jales - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/08/2019; Data de Registro: 21/08/2019, V.U.)

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento aos recursos defensivos, para absolver TALISON CAIO DEL PUPO OLIVEIRA com relação aos fatos ocorridos no dia 05 de julho de 2022, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsistem, de resto, as penas de 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dias-multa, no valor unitário mínimo legal, no tocante a LUCAS GABRIEL PINOTTI, e de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, no tocante a TALISON CAIO DEL PUPO OLIVEIRA, pelos fatos ocorridos em 03 de novembro do 2002.

LEME GARCIA

Relator