



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000390360

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501468-83.2023.8.26.0594, da Comarca de Bauru, em que é apelante JOÃO VITOR DA SILVA OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para reduzir a pena do acusado a 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a r. Sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), ROBERTO SOLIMENE E LAERTE MARRONE.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

ALEX ZILENOVSKI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36158 RELATOR - 2ª Câmara
APELAÇÃO Nº 1501468-83.2023.8.26.0594
COMARCA: BAURU
JUÍZO DE ORIGEM: 1ª VARA CRIMINAL
APELANTE: JOÃO VITOR DA SILVA OLIVEIRA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Caso em Exame

1. João Vitor da Silva Oliveira foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) se houve desvio de finalidade no cumprimento do mandado de prisão temporária; (ii) se é possível a desclassificação para posse de drogas para uso próprio; (iii) se a pena-base deve ser reduzida ao piso legal; (iv) se a minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicada.

III. Razões de Decidir

3. A apreensão de drogas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão para crime diverso não caracteriza "fishing expedition", mas sim encontro fortuito de provas, sendo legítima a utilização das provas obtidas.

4. A desclassificação para posse de drogas para uso próprio foi afastada devido à finalidade mercantil dos entorpecentes ter sido

evidenciada no conjunto probatório.

5. A pena-base foi reduzida ao piso legal, pois a quantidade de drogas não extrapola a tipificação penal a ponto de autorizar a exasperação e investigação em andamento não poderia ser valorada para tal finalidade, observada a Súmula nº 444 do E. STJ. A minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 foi descartada devido à dedicação do réu a práticas delitivas.

IV. Dispositivo e Tese

6. Dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do acusado a 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Tese de julgamento: 1. A apreensão de drogas durante cumprimento de mandado de busca e apreensão para crime diverso é legítima. 2. A desclassificação para posse de drogas para uso próprio é inviável quando os dados probatórios revelam a finalidade mercantil dos entorpecentes.

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 389/401), acrescenta-se que **JOÃO VITOR DA SILVA OLIVEIRA**, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, foi condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 dias-multa.

Inconformado, apela (fls. 408/417) suscitando, preliminarmente, desvio de finalidade no cumprimento do mandado de prisão temporária. No mérito, pugna pela desclassificação para o delito de posse de drogas para uso próprio. Como pleitos subsidiários, requer a redução da pena-base ao piso legal, bem como a incidência da minorante especial do artigo 33, §4º da lei nº

11.343/06.

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 429/435) e a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 444/449).

É o relato do necessário.

A análise da preliminar aventada requer incursão probatória, confundindo-se com o mérito e, portanto, com este será examinada.

Narra a denúncia (fls. 01/04) que, no dia 01 de novembro de 2023, na Alameda Urano, número 2-79, bairro Parque Santa Edwiges, na cidade de Bauru, o apelante foi surpreendido com 52 porções contendo 10,22g de cocaína, 02 pedras contendo 0,58g de crack, 01 porção com 2,55g de maconha, para fins de tráfico.

Segundo consta, em cumprimento ao mandado de prisão temporária, decretado nos autos nº 1506929-53.2023.8.26.0071 (fls. 56/57), da 2ª Vara Criminal da comarca de Bauru, em face da suspeita de seu envolvimento em crime de homicídio, os agentes policiais localizaram os entorpecentes no interior do guarda-roupas do réu.

Apurou-se que o acusado já era conhecido *“como um contumaz comerciante de entorpecentes, fazendo o abastecimento de pontos de vendas na favela do Jardim Europa”*, na cidade de Bauru.

A materialidade ficou comprovada por intermédio do auto de exibição e apreensão de fls. 33/34, pela imagem fotográfica de fls. 35, bem como pelo laudo pericial definitivo de fls. 109/113.

Na delegacia, o apelante afirmou que as substâncias ilícitas seriam suas e que a esposa não sabia que estava guardando (fls. 24).

Em Juízo, negou envolvimento com o tráfico de entorpecentes, alegando que as drogas eram para seu próprio consumo, com exceção do crack,

que daria como forma de pagamento a moradores de rua que limpavam o quintal da residência de sua avó. O restante das substâncias ilícitas levaria para uma viagem, quando pretendia visitar sua genitora.

A testemunha Danilo, policial civil, narrou que *“estava em investigação a respeito de duas tentativas de homicídio contra o acusado. As investigações teriam se dado por conta da morte de um traficante, que era amigo do réu. A vítima confirmou que o réu e Erick foram os autores da tentativa de homicídio. Foram iniciadas as vigilâncias. Já vinha investigando o acusado, e tinha a informação de que o acusado abastecia os pontos de droga do 'Jardim Europa' a mando de um traficante de nome 'Bruno Batista'. Por diversas oportunidades realizou o acompanhamento do réu dentro de um FIAT Mobi, juntamente com sua esposa e uma criança pequena, abastecendo um ponto de venda de drogas, por, pelo menos, três vezes ao dia. Não realizou nenhuma ação, por estar em menor número de pessoas, o que acarretaria riscos tanto ao réu, a terceiros e quanto à equipe. Foi solicitado um mandado de busca para a casa do acusado, para a casa de Erick, e para outro local onde o réu poderia estar retirando as drogas para o abastecimento. Na residência do acusado, dentro do guarda-roupa, foi encontrada uma sacola plástica com 52 eppendorfs com cocaína, 02 pedras de "crack" e uma porção um pouco maior de maconha. No local, o acusado confirmou a propriedade da droga. Negou o envolvimento da esposa em qualquer prática ilícita. Disse que o réu confirmou a primeira tentativa de homicídio defronte a casa de sua avó. O policial que acompanhou a busca na casa do réu foi o policial Alessandro. Consignou que, anteriormente, quando o acusado era menor de idade, foi encontrada, no mesmo local da busca, uma grande quantidade de drogas, e, inclusive, uma arma de fogo utilizada em um homicídio. Não se recorda se, na casa do réu, foram encontrados apetrechos ou dinheiro.”*

A testemunha Alessandro, policial civil, reportou que *“na data dos fatos, acompanhou a busca. Relatou que tinham a informação no sentido de que poderia haver uma arma na residência. A equipe da DISE entrou, pela sala, com o*

apoio do GOE. Na época, era lotado na delegacia de homicídios. Foi feita a varredura na casa por estas esquipes. A equipe da DISE encontrou no guarda-roupa, no meio das roupas, 52 pinos de drogas. A arma não foi encontrada. Foi feita a apreensão de celulares e da droga. Investigava a tentativa de homicídio ocorrida em setembro, e, o outro crime, posteriormente, em outubro. Não foi o depoente quem localizou as drogas.”

Bianca, esposa do acusado, ouvida como informante do juízo, declarou que *“estava presente no dia em que os policiais foram na casa do acusado. Disse que os policiais adentraram na casa, começaram a revistar e encontraram as drogas dentro do guarda-roupa. Foram levados à delegacia. Disse que investigavam a tentativa de homicídio e 'queriam achar a arma', porém, encontraram as drogas. Sabia que o acusado era usuário de drogas e tinha alguns pinos de drogas para uso dele. Disse que tinha arrumado o guarda-roupa e não tinha visto as drogas. Disse, ainda, que iriam viajar para "baixar a poeira" por conta que "Pezão" estaria ameaçando o acusado. Estava grávida. O acusado, no momento da apreensão, assumiu as drogas. Disse que o motivo da briga com Lucas foi por 'algo banal'. Não sabe o motivo da briga entre eles. Não ouviu se o crime de homicídio havia sido praticado por disputa de território por tráfico de drogas, ou por "causa de mulher". O acusado "faz bicos" em um "disk" de bebidas.”*

Essa a prova oral coligida aos autos.

Compulsando os autos, denota-se que, além do mandado de prisão temporária, igualmente houve o deferimento, nos autos do Processo nº 1507093-18.2023.8.26.0071, de mandado de busca e apreensão no endereço do acusado (fls. 54/55), e, ao cumprirem a diligência, os agentes policiais fortuitamente acabaram por localizar os entorpecentes, circunstância perfeitamente admitida na jurisprudência.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA DOMICILIAR. CUMPRIMENTO DE MANDADO D E PRISÃO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. SERENDIPIDADE.

1. Conforme proclamado nesta Corte, [n]os termos do disposto no art. 293 do CPP, o mandado de prisão expedido por autoridade competente é suficiente para autorizar o ingresso dos policiais no domicílio [do paciente], durante o dia, independentemente de permissão específica para a entrada na residência ou do consentimento do morador (HC n. 559.652/MA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Dje 26/6/2020).

2. O fenômeno jurídico da serendipidade, circunstância em que o cumprimento de uma medida judicial produz, fortuitamente, a localização de indícios do cometimento de outro crime, é admitido na jurisprudência pátria. Precedente.

3. No caso em exame, a partir da análise do contexto fático delineado no acórdão impugnado, verifica-se que, embora a medida invasiva tenha sido autorizada judicialmente no curso de processo relativo a delito diverso - em que a busca e apreensão visava ao cumprimento de mandado prisional -, os agentes de polícia encontraram fortuitamente eppendorfs vazios (indícios da prática do delito de tráfico de drogas), com desdobramento das diligências diante do estado de flagrância. Nesse contexto, não há falar em desvio de finalidade no cumprimento do mandado judicial, mas, sim, em descoberta eventual de provas, não se verificando irregularidade na referida medida.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 958594/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/02/2025, DJEN 20/02/2025) (Grifos da reprodução)

E, ainda:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. FISHING EXPEDITION NÃO EVIDENCIADA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ÓBICES DAS SÚMULAS 7 e 83 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a legalidade de provas obtidas durante cumprimento de mandado de busca e apreensão e a dosimetria da pena aplicada por tráfico de drogas.

2. Durante a execução de mandado de busca e apreensão relacionado a crime patrimonial, foram encontradas drogas. As penas foram aumentadas com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas e nas demais circunstâncias do caso. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a apreensão de drogas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão para crime diverso caracteriza "fishing expedition" e se a dosimetria da pena foi adequada.

4. Há também a discussão sobre a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A apreensão de drogas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão para crime diverso não

caracteriza "fishing expedition", mas sim encontro fortuito de provas, sendo legítima a utilização das provas obtidas.

6. A grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas são circunstâncias judiciais desfavoráveis, justificando a elevação da pena-base, em conformidade com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

7. A aplicação do tráfico privilegiado foi afastada com base em elementos concretos que indicam dedicação às atividades criminosas, conforme dados das interceptações telefônicas, que deixaram claro o envolvimento diário sobre o manejo e transporte de entorpecentes, bem como sobre os proveitos do tráfico.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

(AREsp 2714235/SP, Relatora Ministra DANIELA TEIXEIRA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2024, DJEN 03/01/2025)
(Grifos da reprodução)

De todo modo, examinando os autos do pedido de busca e apreensão, depreende-se que a representação da Autoridade Policial chegou a mencionar que *“Tramita por esta 3ª DH de Bauru investigações nos autos em epígrafe que identificou autor de duas tentativas de homicídio ocorridas em datas recentes, tratando-se de JOÃO VITOR DA SILVA OLIVEIRA, vulgo Vitinho, que teve sua prisão temporária já decretada nos autos do Processo 1506929-53.2023 da 2ª Vara Criminal. **Ocorre que o envolvimento do autor com o tráfico de drogas levou a equipe de investigação a identificar outros imóveis que podem estar servindo de esconderijo de drogas e armas pelo mesmo, bem como locais que o mesmo ver pernoitando e que carecem de ordem judicial para ingresso. (...) Assim, visando ingresso nos imóveis visando deter o indivíduo que inclusive já se encontra com mandado de prisão temporária, apreender drogas, armas e outras provas que possam auxiliar no completo esclarecimento do***

***delito** necessário se faz a expedição da Ordem Judicial para cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão nos endereços acima.”*

No mais, os depoimentos dos agentes policiais ouvidos como testemunhas merecem crédito, posto que não existem elementos minimamente sérios que demonstrem que eles tenham desvirtuado a realidade para imputar ao apelante, falsamente, a prática delituosa.

Noutro giro, os dados probatórios concatenados confirmam a finalidade mercantil dos entorpecentes, tendo em vista as circunstâncias da apreensão, a variedade de entorpecentes, a forma de acondicionamento (embalados em porções fracionadas individualmente), além do relato firmado pelo policial Danilo no sentido de que, por diversas vezes, avistou o apelante abastecendo pontos de tráfico, em ao menos três oportunidades diárias.

Destarte, como bem ponderado na r. sentença, *“ficou comprovada a prática do crime do artigo 33, da Lei 11.343/2006. Isso porque o acusado foi surpreendido em poder 52 porções ou 10,22 gramas de “cocaína”, duas pedras ou 0,58 gramas de “crack”, uma porção ou 2,55 gramas de “maconha”. Sendo assim, não há dúvidas de que as substâncias ilícitas eram destinadas a terceiros, visto que o acusado foi visto pelo policial abastecendo pontos de drogas. Vale destacar que esta versão foi dita pelo policial, tanto sob o crivo do contraditório, quanto em solo policial: “Antes da expedição do mandado de prisão, quando já montávamos vigilância e campana nesse indivíduo em pelo menos duas ocasiões nós os seguimos, ele usava um Fiat Mobi de cor branca e João parava o carro e desembarcava para fazer entregas de drogas na comunidade do Jardim Europa, onde Bianca e um filho pequeno o acompanhavam” (fls. 20/21). Ademais, o fato dos entorpecentes estarem acondicionados em pequenas porções, prontos para a distribuição, indica a prática do delito de tráfico de drogas, não se podendo falar em outra conclusão lógica. Assim, resta inviável a desclassificação para o tipo penal do artigo 28, da Lei 11.343/2006.”*

A prova, portanto, é robusta e autorizava a condenação do

acusado pelo crime de tráfico de drogas.

Não há que se falar, portanto, em desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Resta reexaminar as reprimendas fixadas.

A básica foi elevada em 1/6, tendo em vista *“a diversidade de drogas e a inserção do réu no mundo da criminalidade, tanto que envolvido na prática de crimes dolosos contra a vida.”*

Todavia, em que pese a variedade de drogas, a quantidade, embora significativa para evidenciar a finalidade mercantil, não extrapola a tipificação penal a ponto de autorizar a exasperação.

De igual sorte, o envolvimento do acusado em crimes de homicídio, ao que consta, estava ainda em apuração, não podendo ser valorado como vetorial negativa, observada a Súmula nº 444 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Então, a pena-base fica reduzida ao piso legal, ou seja, 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, não incidiram atenuantes ou agravantes.

Na terceira etapa, a redutora especial do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 foi bem descartada.

Ainda que pendente de esclarecimento a participação do acusado em delitos dolosos contra a vida, há nos autos informações de que o réu se dedicava a práticas delitivas, tanto que já era investigado por envolvimento com a comercialização ilícita, tendo sido avistado pelos agentes policiais, por mais de uma vez, em atividade de abastecimento em conhecido ponto de traficância, conforme revelou a prova oral.

Demais disto, relevante destacar trechos do relatório investigativo

que embasou o deferimento do mandado de busca e apreensão: “(...) *Informamos que João Vitor já é bastante conhecido desta unidade especializada, sendo preso por esta equipe no ano de 2018 em posse de grande quantidade de entorpecentes e um revólver Cal.38 de numeração suprimida e que fora utilizado em um Homicídio ocorrido naquele ano e que teve como vítima um desafeto do grupo criminosos do qual Vitor é integrante. **Salientamos que João Vitor é um indivíduo de grande periculosidade e mantém um estreito relacionamento com a criminalidade local, sendo responsável pelo tráfico de drogas em pontos de venda no bairro Sta. Edwirges e Favela do Jd. Europa. (...).***” (fls. 03/05 dos autos do Processo nº 1507093-18.2023.8.26.0071).

Tais elementos permitem concluir que o acusado não se insere no conceito de traficante eventual, portanto, não é merecedor da referida benesse legal.

Por fim, em que pese o afastamento das circunstâncias judiciais valoradas desfavoravelmente, o regime prisional fechado ainda se justifica, em atendimento ao disposto no artigo 33, §3º, do Código Penal, observando-se que o apelante praticou o delito enquanto respondia ao processo nº 1500535-81.2021.8.26.0594 no qual lhe havia sido deferida a liberdade provisória (fls. 65).

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para reduzir a pena do acusado a 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a r. Sentença.

ALEX ZILENOVSKI – Relator