



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000410187

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500407-41.2024.8.26.0599, da Comarca de Capivari, em que é apelante DOURIVALDO SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento à apelação, para absolver o réu das imputações das práticas dos crimes previstos nos artigos 12 e 16, ambos da Lei nº 10.826/2003, 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 XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO nº 1500407-41.2024.8.26.0599

VOTO 31000

COMARCA: Capivari

JUÍZO DE ORIGEM: 1ª Vara

APELANTE: Dourivaldo Soares

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. Apelação interposta por réu condenado à pena de 3 anos de reclusão, 1 ano de detenção e 20 dias-multa, por posse de munição de uso restrito, posse de munição de uso permitido, e posse de drogas para consumo pessoal, conforme artigos 12 e 16, ambos da Lei nº 10.826/2006, e art. 28 da Lei nº 11.343/2006. O réu alega ilicitude na busca domiciliar e insuficiência de provas para responsabilização.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se (I) são válidas as provas encontradas fortuitamente em cumprimento de mandado de prisão temporária e de busca e apreensão relacionada a investigação diversa, e se (II) as provas são suficientes para condenação pelos crimes imputados.

III. Razões de Decidir

3. A preliminar de nulidade da busca domiciliar foi afastada, pois a busca foi autorizada judicialmente e as provas foram encontradas de forma fortuita, o que configura o instituto da serendipidade, aceito pela jurisprudência. 4. No mérito, reconheceu-se a posse de drogas para consumo pessoal, mas a posse de munições desacompanhadas de arma de fogo não configura lesividade suficiente para condenação, conforme precedentes desta Corte.

IV. Dispositivo e Tese

5. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento à apelação, para absolver o réu das imputações dos crimes dos artigos 12 e 16 da Lei nº 10.826/2003, mantendo a condenação pelo crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Tese de julgamento: 1. A serendipidade valida provas encontradas fortuitamente. 2. Posse de baixa quantidade de munições desacompanhadas de arma de fogo não configura crime.

Legislação Citada:

Lei nº 10.826/2003, arts. 12 e 16;

Lei nº 11.343/2006, art. 28;
Código de Processo Penal, art. 386, III.
Jurisprudência Citada:
STJ, AgRg no AREsp 2037992/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 06.09.2022;
STJ, AgRg no RHC 154122/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, j. 27.09.2022;
TJSP, Apelação Criminal 1500417-26.2022.8.26.0415, Rel. Alexandre Almeida, j. 09.10.2024.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **Dourivaldo Soares** em face da r. sentença de fls. 305/314, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Capivari, que **julgou parcialmente procedente** a pretensão punitiva, condenando o réu à pena de **3 anos de reclusão, 1 ano de detenção e 20 dias-multa, no valor unitário mínimo**, por incurso nas sanções dos **artigos 12 e 16, ambos da Lei nº 10.826/2003**, e à pena de **advertência sobre os efeitos das drogas** por incurso nas sanções do **art. 28 da Lei nº 11.343/2006**.

O réu pugna (fls. 347/357), preliminarmente, pela declaração da ilicitude da busca domiciliar e, conseqüentemente, das provas das materialidades dos delitos, pois o ingresso dos policiais ocorreu mediante violação de domicílio, sem prova do consentimento válido do morador, além de os agentes terem incorrido em verdadeira pescaria probatória, pois a diligência visava apenas o cumprimento de um mandado de prisão que em nada se relacionava aos fatos aqui apurados.

No mérito sustenta, em síntese, que: as provas produzidas são insuficientes para responsabilizá-lo pelos crimes que lhe são imputados na denúncia; a droga não lhe pertencia, mas, sim, provavelmente pertencia a uma pessoa em situação de rua que pernoitou na casa dos fundos; as munições foram encontradas após uma enchente e não estavam acompanhadas de arma de fogo, o que conduz à atipicidade da conduta; caso mantida a condenação, pugna pelo abrandamento do regime para o aberto, pois se trata de réu primário, de bons antecedentes, sem circunstâncias que agravam os crimes.

Requer seja acolhida a preliminar, absolvendo-se o réu. Caso afastada a preliminar, pugna pelo provimento do recurso, para que seja absolvido, nos termos das

razões expostas.

Regularmente processado e respondido (fls. 362/365), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **parcial provimento do recurso**, para que o crime do art. 12 seja absorvido pelo crime do art. 16, ambos da Lei nº 10.826/2003.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do presente recurso de apelação.

Inicialmente, **afasta-se a preliminar de nulidade da busca domiciliar.**

No caso, **verifica-se que referida preliminar se trata de questão já decidida por esta C. Câmara quando do julgamento do *habeas corpus* nº 2063117-91.2024.8.26.0000.**

De tal modo, ausente prova nova a dar sustentação à alegação de ilegalidade das diligências policiais, mantem-se a rejeição da tese de ilegalidade das buscas.

Com efeito, verifica-se que os policiais civis realizaram a apreensão das provas das materialidades em meio ao cumprimento de mandado de prisão temporária expedido nos autos nº 1500571-70.2024.8.26.0125, cuja decisão também autorizou a busca e apreensão de bens no endereço do réu, conforme fls. 27/28 daqueles autos. E embora aquela investigação se referisse à imputação da suposta prática de estupro de vulnerável, a localização de munições e drogas em posse do réu configura **serendipidade**, caracterizada pelo **encontro fortuito de prova relacionada a fato diverso daquele que está sendo investigado.**

Doutrinariamente a serendipidade também é conhecida como crime achado e consiste na obtenção casual de elemento probatório de um crime no curso da investigação de outro.

Neste sentido, ademais, colacionam-se as seguintes decisões do STJ:

“2. As instâncias ordinárias destacaram que as investigações foram deflagradas para apurar delito imputado a outra pessoa, sendo que, no seu curso, sobreveio o encontro inesperado de provas acerca da ocorrência do crime objeto da presente ação penal. **No contexto, depreende-se dos fundamentos adotados pelo Tribunal**

estadual que não há se falar em fishing expedition, pois, no caso dos autos, as provas foram descobertas de maneira fortuita, a partir de prévia investigação regularmente instaurada, cujos atos invasivos foram realizados e autorizados nos termos da legislação pertinente.

3. Segundo a Teoria do Encontro Fortuito de Provas (princípio da serendipidade), admitida pela jurisprudência desta Corte, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de investigação de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexistam conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado, desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências das quais se originaram os elementos probatórios.” – (AgRg no AREsp 2037992/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, data do julgamento 06/09/2022, DJe 13/09/2022, *grifamos*).

“2. O trancamento prematuro da ação penal pela via estreita do habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando evidenciadas, de plano e sem a necessidade de dilação probatória, a atipicidade da conduta, a existência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade do delito.

3. Afasta-se a ilicitude da prova nas situações em que o procedimento policial de busca e apreensão tenha sido regularmente autorizado e executado dentro dos limites estabelecidos pela autoridade judiciária, desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências.

4. A jurisprudência do STJ adota a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade).” – (AgRg no RHC 154122/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, data do julgamento 27/09/2022, DJe 30/09/2022, *grifamos*).

Superada a preliminar, **passa-se à análise do mérito.**

No mérito **o recurso comporta parcial provimento.**

Reconheceu-se que no dia 26 de fevereiro de 2024, por volta das 18:00h, na Rua João Moretti, nº 223, Residencial São João, comarca de Capivari/SP, o réu mantinha em depósito, para consumo pessoal, 4 invólucros de *crack* (0,8g) e 2 invólucros de cocaína (0,7g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Reconheceu-se ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, o réu possuía munição de arma de fogo de uso permitido, consistente em 9

cartuchos íntegros de calibre 380 e 11 cartuchos íntegros de calibre 38 SPL, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Reconheceu-se, por fim, que nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, o réu possuía munição de arma de fogo de uso restrito, consistente em 5 cartuchos íntegros de calibre 7,63 Mauser, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apurou-se que policiais civis em cumprimento a mandado de prisão temporária e busca e apreensão localizaram na residência do réu 4 porções de *crack* e 2 *ependorfs* de cocaína. Ato contínuo, os policiais localizaram 25 munições de arma de fogo.

A materialidade do crime de posse de drogas para consumo pessoal restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 8/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 20/21), e pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 88/90), que atestou as substâncias apreendidas como sendo cocaína, de uso proscrito.

A autoria se revelou inequívoca.

Em Juízo **o réu negou a prática do crime**, afirmando, em suma, que viajou e deixou sua casa aos cuidados de um amigo de nome *Evaldo*, o qual, contudo, permitiu que uma pessoa em situação de rua lá dormisse, certo que referido indivíduo era um usuário de drogas. Sobre as munições, o réu confessou a posse, consignando, contudo, que as encontrou no lixo, às margens do rio, e não viu qualquer utilidade nelas.

Em Juízo, as testemunhas policiais civis que participaram das diligências ratificaram o constante da denúncia e dos elementos de informação, esclarecendo, de maneira firme, segura e uníssona, que: realizaram o cumprimento de mandado de prisão e busca e apreensão em desfavor do réu, fazendo-o na companhia do canil da Guarda Civil Municipal; os cães localizaram as drogas e munições; na casa também havia um simulacro; o réu disse que encontrou as munições no rio; também foi apreendido um caderno com possíveis anotações referentes a tráfico de drogas.

Registre-se que os depoimentos prestados pelos policiais civis são de relevante valor probante. De se frisar que os policiais, na condição de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade e veracidade em suas alegações, e apresentaram declarações seguras e coerentes, não havendo qualquer mínimo indício de que queiram

prejudicar o réu.

Sobre a validade dos testemunhos policiais, confira-se o seguinte precedente do C. STJ:

[...] De outro lado, 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. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ: AgRg no HC 695991. Quinta Turma: Relator Ministro Jesuíno Rissato. Publicado no DJe em 17/11/2021).

Portanto, está devidamente comprovado que o réu portava cocaína para seu consumo pessoal, bem como munições de arma de fogo, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

E estando o réu na posse de **cocaína para seu consumo próprio**, trata-se de conduta **típica** mesmo após o julgamento do RE 635.659 (**Tema 506**), em que o E. STF declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, para o fim de **não tipificar como o crime a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”**, restando incólume a tipicidade da conduta daqueles que possuem outras substâncias proscritas para consumo pessoal.

Ademais, faz-se consignar que o réu não está sendo responsabilizado pelo mal que causou a si mesmo, mas pelo mal em potencial que sua conduta causa à sociedade, pois o consumo de drogas financia o tráfico, cujos recursos, em grande parte, são destinados a organizações criminosas, estruturando-as, equipando-as com armas de fogo e ensejando, reflexamente, o aumento da criminalidade, **expondo a risco toda a coletividade, o que, outrossim, não pode ser tido como conduta de somenos importância a ensejar a aplicação do princípio da insignificância**.

A propósito: " 4. *O princípio da insignificância não se aplica ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, por se tratar de crime de perigo abstrato, conforme jurisprudência do STJ. [...]*" (AgRg no AREsp n. 2.832.549/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em

18/3/2025, DJEN de 26/3/2025, *grifamos*).

Acertada, portanto, a responsabilização do réu pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Todavia, a despeito da relevância das provas colhidas sob o crivo do contraditório, vê-se que elas não autorizam a responsabilização do réu pelas condutas relativas aos crimes dos artigos 12 e 16 da Lei nº 10.826/2003.

Isso porque, verifica-se que com réu foram encontradas 25 munições, mas desacompanhadas de arma de fogo apta a deflagrá-las, o que conduz à conclusão de que neste ponto a conduta carece de potencialidade lesiva mínima suficiente a ensejar a condenação criminal.

De acordo com o entendimento desta C. Câmara, a conduta praticada pelo réu não ofende ao bem jurídico tutelado pela norma.

Assim confira-se:

Posse de munição – Acusada que portava projéteis de uso permitido – Conduta que não se reveste de maior lesividade – Precedentes dos Tribunais Superiores – Absolvição decretada; Tráfico de entorpecentes – Transporte entre Estados da Federação – Apreensão de grande quantidade de crack e maconha – Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Redução da pena de 1/6, em face da quantidade e variedade de entorpecente – Pena final superior a 4 anos – Substituição da carcerária por restritivas de direitos – Não cabimento – Regime semiaberto mantido – Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500417-26.2022.8.26.0415; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Palmital - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/10/2024; Data de Registro: 09/10/2024)

Apelação criminal defensiva. Posse ilegal de munições de uso restrito. Provimento. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. Todavia, pela quantidade de munições (12), existe atipicidade da conduta. Absolvição por força do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Recurso livre.

(TJSP; Apelação Criminal 1506366-26.2023.8.26.0664; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Votuporanga - 2ª Vara Criminal e Da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 02/09/2024; Data de Registro: 02/09/2024)

Posse de munição de uso restrito – Apreensão de um projétil – Falta de lesividade – Absolvição mantida – Recurso improvido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(TJSP; Apelação Criminal 0001942-92.2014.8.26.0223; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarujá - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 25/05/2022)

Assim, nos termos da fundamentação supra, **mister a absolvição do réu da imputação da prática dos crimes dos artigos 12 e 16, ambos da Lei nº 10.826/2003**, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, restando prejudicado o pedido de revisão do regime inicial de cumprimento das respectivas penas corporais.

Quanto à pena do art. 28 da lei de drogas, sobre a qual não houve impugnação do recorrente, a sentença não comporta reforma, pois se trata da sanção mais branda cominada ao tipo, não havendo como torná-la mais benéfica ao recorrente.

Ante o exposto, **rejeitada a preliminar, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO à apelação, para absolver o réu das imputações das práticas dos crimes previstos nos artigos 12 e 16, ambos da Lei nº 10.826/2003, mantida, no mais, a r. sentença.**

RENATO GENZANI FILHO

Relator