



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000393222

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501122-98.2024.8.26.0594, da Comarca de Bauru, em que é apelante RAFAELA MARIA LOPES ARAGAO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastada a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal no. 1501122-98.2024.8.26.0594

Apelante: Rafaela Maria Lopes Aragão

Apelado: Ministério Público

Comarca: Bauru

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES ENTRE ESTADOS. Recurso defensivo. Preliminar. Nulidade. Ilegalidade da abordagem policial e das buscas realizadas. A abordagem e as buscas realizadas atenderam aos preceitos legais. Existência de fundada suspeita. Flagrante de crime permanente, situação que torna prescindível o mandado judicial. Preliminar afastada. Mérito. Pleito de afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06. Não acolhimento. Provas seguras. A ré confessou o transporte interestadual da expressiva quantidade de droga. Relatos seguros e coesos dos policiais militares rodoviários nesse sentido. Validade. Tráfico interestadual demonstrado. Fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da expressiva quantidade de droga apreendida (37 tabletes de maconha, pesando 28,60 kg), o que indica probabilidade de comercialização para diversos indivíduos, aumentando a censurabilidade da conduta, conforme o artigo 42 da Lei 11.343/06. Consideração da agravante da reincidência específica e da atenuante da confissão, com compensação entre elas. A majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 foi mantida na última fase. Redutor negado em razão da reincidência. Regime inicial fechado fixado com critério. O montante da pena não permite a substituição da pena corporal. Apelo improvido.

Voto no. 53.003

1. A r. sentença prolatada¹ pelo MM. Juiz de Direito, Dr. CLÁUDIO AUGUSTO SAAD ABUJAMRA, cujo relatório ora se adota, condenou a ré **Rafaela**

¹ Fls. 215/223.

Maria Lopes Aragão como incurso no artigo 33, *caput* c.c artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/2006, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa, no piso legal.

Inconformada, apela a acusada.

Postula a Defesa², preliminarmente, a anulação do processo em razão da produção de provas ilícitas, em virtude da ilegalidade da abordagem policial e da busca realizada, bem como da prova delas derivada, requerendo a absolvição da acusada. No mérito, requer o afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, por insuficiência de provas.

Oferecidas as contrarrazões³, sobreveio r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do Dr. KENZO RICARDO CATELAN YANO, pelo afastamento da matéria preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Afasta-se, desde logo, a matéria preliminar arguida.

Não se vislumbra o vício apontado pela combativa Defesa, consistente na obtenção de prova ilícita, ante a ilegalidade da atuação policial e buscas realizadas.

De ver-se que é atribuição dos policiais militares o exercício das funções de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, conforme estabelecido no artigo 144, §5º, da Constituição Federal.

No presente caso, os policiais estavam realizando a "Operação Impacto", com o objetivo de coibir o tráfico de drogas, localizar pessoas procuradas e fiscalizar outros ilícitos. Nenhuma ilegalidade se verificou na busca realizada nas bagagens da ré, uma vez que os policiais descreveram de forma coesa e consistente que a ré

² Fls. 244/252.

³ Fls. 260/263.

demonstrou confusão quanto ao motivo de sua viagem e às informações sobre sua origem e destino. Destaca-se, especialmente, o relato do policial Marcelo, que observou um "tremor" na ré, evidenciando um excesso de nervosismo. Ademais, a ré informou aos policiais que possuía apenas uma mala no bagageiro do ônibus, quando, na realidade, ela transportava duas malas.

Portanto, a abordagem policial e as buscas realizadas atenderam aos preceitos legais, não se olvidando que, de acordo com o artigo 244, *caput*, do Código de Processo Penal, é prescindível a existência de mandado quando houver fundada suspeita de posse de objetos que constituam corpo de delito.

Ora, a conduta da ré perante os policiais, caracterizada pelo excessivo nervosismo e pela confusão quanto ao motivo de sua viagem e às informações sobre sua origem e destino, bem como ao número de suas malas, justificava plenamente a abordagem e as buscas realizadas.

Assim decidiu recentemente o E. Superior Tribunal de Justiça:

“Tem-se manifesta, dessa forma, a existência de fundadas razões para a abordagem do corréu, uma vez que este passou apressadamente pelo policial, demonstrando nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta, contexto que revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Desse modo, a busca pessoal traduziu exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial.” (HABEAS CORPUS Nº 900035 – RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES FONSECA, j. em 22.03.2024).

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA

DO AGENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA VISÍVEL. NULIDADE PROCESSUAL NÃO ACOLHIDA. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. *Consta dos autos, os policiais estavam em ronda e o paciente demonstrou nervosismo ao avistar a presença dos policiais, situação que levantou a suspeita dos agentes, que fizeram a abordagem, ou seja, havia fundada suspeita de que o mesmo estava cometendo algum ilícito, inexistindo assim, qualquer irregularidade.* 2. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC n. 845.760/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 18/12/2023.)

Aliás, a fundada suspeita foi devidamente comprovada, uma vez que os policiais militares rodoviários efetuaram a revista nas bagagens da ré e encontraram 37 tabletes de *maconha*, com peso líquido de 28,60kg.

Não há dúvida, nesse quadro, de que as circunstâncias tornavam presente a situação de flagrância de crime permanente.

Justificada, portanto, a realização da busca, independentemente de mandado judicial.

De outra parte, anote-se que, no momento da abordagem, os agentes públicos não são obrigados a advertir o averiguado acerca de seu direito de permanecer calado.

Nesse sentido já decidiu esta C. Corte de Justiça:

"TRÁFICO. Preliminares. Nulidade na fundamentação da sentença. Valoração pejorativa do direito ao silêncio. Nulidade relativa. Condenação amparada em outros suficientes elementos de convencimento. Subsistência da decisão. Prova ilícita por derivação. Confissão informal tomada sem prévia comunicação do direito ao silêncio. Inocorrência da nulidade apontada. Ausência do dever legal de advertir o

acusado sobre o direito ao silêncio durante a prisão em flagrante. (...)" (TJSP – Apelação no. 0043158-38.2012.8.26.0050 – 16ª C. Criminal – Rel. OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO).

A advertência quanto ao direito ao silêncio é medida que se impõe quando da realização do formal interrogatório do indiciado e/ou acusado.

Não é por outra razão que o artigo 186 do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela Lei no. 10.792/03, em consonância com o preceito insculpido no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, determina ao juiz – e à autoridade policial, por força do artigo 6º, inciso V, do CPP – que informe o acusado, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

De qualquer forma, no caso em análise, conforme os relatos dos policiais militares na fase judicial, a ré declarou, após a apreensão da droga em suas bagagens, que receberia a quantia de R\$ 2.000,00 pelo transporte da substância, a qual havia recebido de uma pessoa desconhecida na rodoviária de Três Lagoas/MS, com a instrução de entregá-la a outra pessoa, igualmente desconhecida, na rodoviária de São Paulo.

Portanto, descabida a alegação de ilicitude da prova.

Rejeita-se, pois, a matéria preliminar suscitada.

3. Passo à análise do mérito.

A acusação é de que no dia 13 de outubro de 2024, no trecho rodoviário de Cuiabá/MT até São Paulo/SP, principalmente às 22h10, na Rodovia Marechal Rondon, KM 338, Jardim Guadalajara, na cidade e comarca de Bauru, Rafaela Maria Lopes Aragão transportava, para fins de tráfico, 37 tabletes de *maconha*, com peso

líquido de 28,60kg (vinte e oito quilos e seiscentos gramas).

Nos exatos termos da denúncia, "(...) policiais militares rodoviários realizavam fiscalização na rodovia já mencionada em razão da operação Impacto Padroeira, quando pararam um ônibus, que vinha de Cuiabá/MT e tinha como destino a cidade de São Paulo/SP. Os policiais adentraram o ônibus e deram ciência aos passageiros que se tratava de abordagem de rotina. Nesse momento, observaram que o denunciado RAFAELA, que estava sentado na poltrona número 39, demonstrou certo nervosismo ao ser questionada a respeito de questões simples do seu itinerário e respostas desconexas. Assim, indagaram-na de onde estava vindo e onde desembarcaria e onde trabalhava, tendo ela, inicialmente, dito que "era garota de programa e depois que era manicure" (fl. 4). Questionada se possuía bagagens na parte inferior do ônibus, a denunciada disse que possuía uma, porém ao ser solicitada a respeito dos tickets, ela apresentou dois aos policiais. Diante desse cenário, RAFAELA passou a demonstrar muito nervosismo, razão pela qual os policiais convidaram-na para que desembarcasse e os acompanhasse até o bagageiro para lhes indicar sua mala. No interior de uma delas, de cor verde, foram localizados 17 tijolos de maconha e no interior de uma caixa de papelão, outros 17 tijolos da mesma droga, totalizando 34 tabletes. Informalmente, a Denunciada disse que uma pessoa a contatou pelo celular para que levasse as drogas de Três Lagoas a São Paulo, pelo valor de R\$ 2.000,00. Então ela teria saído de Sumaré com destino a Três Lagoas, onde recebeu as drogas e regressava para São Paulo. Diante do contexto, os policiais deram voz de prisão em flagrante à denunciada, conduzindo-a à Delegacia. Perante a Autoridade Policial, RAFAELA optou por permanecer em silêncio (fl. 10). Assim, ante a grande quantidade de maconha apreendida, sua forma de acondicionamento (34 tabletes pesando nada menos do que vinte e oito quilogramas e seiscentos gramas), o contexto e o local da abordagem, a versão informal da denunciada de que levaria as drogas para um indivíduo residente em São Paulo e os depoimentos coerentes e harmônicos dos policiais militares rodoviários, são elementos indicativos de que

*RAFAELA perpetrrou o crime de tráfico de drogas."*⁴

A insurgência recursal, quanto ao mérito, não diz respeito ao reconhecimento de materialidade e autoria. Estas restaram plenamente demonstradas, tal como concluiu a r. sentença, ora adotada, tendo em vista o exame químico-toxicológico⁵ e a prova oral coligida, notadamente a confissão da apelante e os depoimentos dos policiais militares rodoviários Arni Vítor Stripari e Marcelo Sales Dias Nascimento, os quais esclareceram como se deu a apreensão da substância entorpecente.

Objetiva a Defesa, apenas, o afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, por insuficiência de provas.

Sem razão.

É indiscutível — à luz do interrogatório da ré e dos depoimentos dos policiais militares rodoviários — que a droga seria transportada de Três Lagoas/MS para a cidade de São Paulo.

Tratava-se, pois, de tráfico interestadual.

Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo — 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa -, tendo em vista a expressiva quantidade de droga.

De fato, não se pode olvidar que foram apreendidos 37 tabletes de *maconha*, com peso líquido de 28,60kg, com probabilidade de comercialização para vários indivíduos, o que acentua a censurabilidade incidente sobre a conduta, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06.

⁴ Fls. 2/4.

⁵ Fls. 192/194.

Ora, a exacerbada quantidade da droga não é ínsita ao próprio tipo do tráfico de entorpecentes, que pode envolver desde poucos gramas da droga até toneladas, o que faz variar a sua censurabilidade concreta.

Na segunda fase, foram corretamente compensadas a agravante da reincidência (específica)⁶ e a atenuante da confissão espontânea.

Na derradeira etapa, em virtude de uma majorante - do artigo 40, inciso V, da Lei nº. 11.343/06 -, adequado o aumento mínimo de 1/6, atingindo a pena definitiva de **6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa**.

A reincidência, de fato, impede a aplicação do redutor do artigo 33 § 4º da Lei nº. 11.343/06.

Não há falar-se, outrossim, em *bis in idem*, na esteira do entendimento desta C. 14ª Câmara Criminal⁷, por funcionar a reincidência como circunstância agravante genérica e fator impeditivo à incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/06, já que se trata de efeitos diversos, legalmente previstos, provenientes do mesmo instituto, produzidos em fases distintas da dosimetria da pena.

Nessa esteira já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. (...)” (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

⁶ Fl. 35.

⁷ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

Finalmente, o regime inicial de cumprimento da pena somente pode ser o fechado.

A reincidência específica e as graves circunstâncias concretas que envolveram o crime, já enfatizadas - notadamente a dedicação à atividade criminosa, que se evidencia, sobretudo, pelo tráfico de grande quantidade de droga – determinam a opção pelo regime mais gravoso.

O E. Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade de impor-se o regime mais gravoso com base em vultosa quantidade de entorpecente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CABÍVEL O REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo reiterada manifestação desta Corte, não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do Relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do Órgão Colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. 2. Para ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a elevada quantidade de droga apreendida pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas. 3. Na hipótese, a Corte de origem negou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 com a justificativa de que o Agravante se

dedicava a atividades criminosas, em razão da elevada quantidade de droga apreendida, de modo que não há constrangimento ilegal a ser sanado. 4. Considerando o quantum da pena imposta - 5 (cinco) anos de reclusão - e a gravidade concreta da conduta, baseada na quantidade de droga apreendida, é cabível a fixação do regime inicial fechado. 5. É indevida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 6. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 631.077/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 19/03/2021⁸).

Por fim, a quantidade da reprimenda aplicada impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou concessão de “sursis”.

Não há falar-se em estipulação imediata de regime menos severo, considerado o lapso da prisão cautelar, tendo em vista as circunstâncias já apontadas, que determinam o regime mais gravoso.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387 § 2º do CPP, a teor do que vem decidindo o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não enseja uma progressão antecipada, que prescindiria da presença do requisito de ordem subjetiva.

O cômputo dessa detração, na sentença, permite apenas que se considere a reprimenda já despojada do período da prisão cautelar, exclusivamente para estabelecimento dos limites do artigo 33 § 2º do Código Penal.

No entanto, o regime inicial remanesce vinculado não apenas a desses limites, mas à consideração das circunstâncias judiciais e da reincidência, tal como determina o artigo 33 §§ 2º. e 3º do Código Penal.

É o que ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

⁸ Negrito nosso.

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código

de Processo Penal Comentado, 13.^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse sentido o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL. (...) A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o habeas corpus a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.” (AgRg no HC 479.279/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019);

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)”
(HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em
26/03/2019, DJe 10/04/2019).

**4. Isto posto, pelo meu voto, afastada a matéria preliminar, nega-se
provimento ao recurso.**

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator