



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000401619

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500300-97.2024.8.26.0598, da Comarca de Jaú, em que são apelantes ODAIR JOSE DA COSTA e OSMAR HERNANDEZ PAGNI GELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a questão preliminar, negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), JUSCELINO BATISTA E LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 24 de abril de 2025

MAURICIO VALALA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500300-97.2024.8.26.0598

Voto nº 33.872 (9)

Apelantes: ODAIR JOSÉ DA COSTA e OSMAR HERNANDEZ PAGNI GELLI.

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú.

Magistrada: Ana Virginia Mendes Veloso Cardoso.

Illicitude da prova – Inocorrência – Legalidade da atuação dos policiais.

Tráfico de drogas e associação para tal fim – Coesão e harmonia do quadro probatório – Validade dos depoimentos policiais – Condenação mantida.

Penas – Critérios dosimétricos inalterados – Acréscimo à base diante da quantidade das drogas apreendidas.

Tráfico privilegiado – Não concessão – Benefício que não se coaduna à espécie – Condenação por tráfico de drogas e associação para tal.

Confissão – Não reconhecimento – Agente que não admite o tráfico.

Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos – Hediondez do delito de tráfico e gravidade da conduta de associar-se para tal fim que não se coadunam com a natureza das penas alternativas.

Regime prisional inicial fechado – Subsistência, ante a gravidade concreta dos delitos perpetrados, a par da hediondez do tráfico, certa a apreensão de expressiva quantidade de droga, de reconhecida nocividade, afora seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora.

Apelos defensivos improvidos, rejeitada a preliminar.

A r. sentença de fls. 585/596, do d. juízo de direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando Osmar Hernandez Pagni Gelli e Odair José da Costa por infração ao artigo 33, “caput”, e ao artigo 35, “caput”, ambos da Lei 11.343/06, em concurso material, respetivamente, às penas de 10 anos de reclusão e de 1.500 dias-multa e de 10 anos e 08 meses de reclusão e de 1.599 dias-multa, com penas privativas de liberdade sob regime prisional fechado e pecuniárias no piso legal, além do perdimento, em favor da União, dos valores e objetos apreendidos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelou, o inculpado Odair, em suas razões, ofertadas pela D. Defesa, argumentando, preliminarmente, com a ocorrência de nulidade na busca pessoal realizada. No mérito, bateu-se pela absolvição, ante a fragilidade das provas. Alternativamente, requereu a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, com a incidência do redutor máximo a esse título e a fixação de regime prisional aberto.

A sua vez, o apenado Osmar, nas razões de apelo ofertadas pela D. Defesa, bateu-se pela absolvição, ante a fragilidade das provas. Subsidiariamente, requereu a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, o reconhecimento da confissão espontânea como atenuante, requereu afastamento da causa de aumento do artigo 40, V, da lei especial, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Os apelos foram regularmente processados.

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos apelos, rejeitada a preliminar.

É o relatório.

Descabida a preliminar suscitada.

Não se verificou ilicitude alguma na diligência realizada pelos policiais.

E é com esse fundamento que se pretende a anulação das provas e a consequente absolvição dos apelantes, sob a ponderação de que a prova produzida é inapta, porque obtida de maneira ilícita.

Com efeito, ao admitir, o artigo 301 do CPP, que a prisão em flagrante poderá ser efetuada por qualquer pessoa do povo, estabeleceu, *prima facie*, que a todos, sem distinção, é dado prender em tal situação.

E aos policiais civis, agentes públicos que são, subsiste o dever de assim proceder, a fim de se evitar, mormente em casos que tais, em plena visualização da possível ocorrência de crime, omissão e eventual responsabilização nas esferas administrativa e criminal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Lícitas, pois, as provas oriundas de diligência bem sucedida, perpetrada por policiais, em observância à legislação pátria pertinente.

O crime sob comento, aliás, é de natureza permanente e prescinde de qualquer formalidade, sendo lícito a qualquer do povo e aos agentes públicos, a qualquer hora do dia ou da noite, fazer cessar a prática criminosa, como no caso sob juízo, apreendendo as substâncias malsãs encontradas.

Os policiais, realizaram a busca veicular, após denúncia anônima informando que Odair receberia significativa quantidade de drogas, confirmada por campana policial, que deu ensejo a busca veicular, cujo cumprimento deixou estreme de dúvidas a traficância protagonizada pelos réus; é o que basta a legitimar a atuação dos policiais.

Decidiu, o C. STJ, que:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. **TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**. SUPOSTA NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. DILIGÊNCIA AMPARADA EM FUNDADA SUSPEITA. **CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO**. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. **1.** A busca pessoal, de acordo com o § 2.º do art. 240 do Código de Processo Penal, somente pode ser realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas alíneas *b a f e h* do § 1.º do citado dispositivo. **2.** O art. 244, por sua vez, prevê que a busca pessoal, como medida autônoma, independerá de mandado prévio se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. **3.** “Não satisfazem a exigência legal para se realizar a busca pessoal e/ou veicular, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). **4.** Hipótese em que o Agravado, ao se deparar com a patrulha da ROTA, subiu na calçada, parou a motocicleta e tentou danificar seu aparelho celular, condutas que constituem fundada suspeita a amparar a realização da busca pessoal. **5.** Agravo regimental provido para revogar a ordem de habeas corpus concedida na decisão agravada" (AgRg no *Habeas Corpus* nº 827.911 - SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 22/08/2023).

Nessa linha, inconsistente o argumento invocado pela D.Defesa de que eventualmente contaminados o flagrante e as provas produzidas.

Positivadas materialidade e autoria delitivas.

Com efeito, abarcam, os autos, os autos de prisão em flagrante delito, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, constatação preliminar, pelos relatórios policiais, fotografia e laudo pericial dos entorpecentes apreendidos atestando a natureza estupefaciente da substância, bem como pela prova oral coligida aos autos.

Os depoimentos policiais foram registrados na r. sentença recorrida com riqueza de detalhes e fidedignidade, de modo que apropriado ora sejam transcritos:

"(...) O policial civil Paulo contou que, na data dos fatos,

recebeu uma denúncia de que o réu Odair, conhecido por “Daio”, receberia uma significativa quantidade de drogas no “Bar do Bocha”, para onde a equipe se dirigiu ainda no período da manhã. A informação dava conta de que a droga seria trazida em um veículo de outra cidade. Durante a campana (que foi filmada), percebeu que Odair entrava e saía do estabelecimento com frequência. Por volta de 15h00, chegou ao local um veículo preto com placas de outra cidade, conduzido por Osmar, que saiu do carro, retirou uma mala do banco traseiro, colocou-a no porta-malas e adentrou ao estabelecimento, de onde ambos saíram juntos na sequência. Eles foram seguidos pela equipe até o bairro Orlando Ometto, onde foram abordados. Assim que percebeu a presença das viaturas descaracterizadas, Odair arremessou um aparelho celular pela janela do veículo. Em busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado com os acusados e, durante revista no porta-malas do automóvel, localizou a bolsa preta já mencionada, que estava vazia, mas havia outra contendo a droga apreendida. Além disso, encontrou uma agenda com possíveis anotações referentes à contabilidade de tráfico, sendo uma delas com a indicação “DAIO”. Os acusados não apresentaram qualquer explicação acerca do ocorrido. Durante análise das imagens captadas pelas câmeras de trânsito instaladas nas imediações, os policiais constataram que o veículo de Osmar esteve na cidade em 21, 26, 27, 28 e 29 de maio, o que sugere a associação entre os réus, em que pese Osmar tenha alegado realizar tratamento médico nesta Comarca. Apurou, ainda, que no dia da prisão em flagrante, Odair esteve em Araraquara antes de chegar a Jaú, o que sugere que a droga tenha vindo de lá. Odair é investigado por tráfico de drogas ao longo de vários anos e já foi preso por este delito.

O policial civil Felipe confirmou a narrativa de seu colega e acrescentou que os réus apresentaram versões desencontradas sobre o relacionamento entre eles, pois Odair afirmou ter conhecido Osmar naquele dia, enquanto este sustentou que já o conhecia de antemão. Odair alegou que Osmar lhe pediu informações, então entrou no carro dele apenas para indicar o caminho solicitado.”.

Interrogado, o corréu Osmar negou a prática criminosa e sustentou que estava em Jaú para ser atendido em consulta médica. Afirmou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que conheceu o réu Odair cerca de dois dias antes dos fatos. Não era o proprietário da droga que estava no porta-malas do veículo e não se recorda se estava com Odair no carro no momento da abordagem. Afirmou ter lapsos de memória em virtude de um acidente que sofreu e que motiva o tratamento médico em Jaú.

O acusado Odair, interrogado, negou a prática delitiva, alegou que, cerca de sete dias antes dos fatos, havia conhecido Osmar, que foi ao seu estabelecimento para tomar água e café, o que fez também no dia dos fatos, ocasião em que lhe pediu para que o levasse até o bairro Orlando Ometto. No caminho foram abordados pelos policiais e seu celular caiu no chão. A autoridade policial agrediu Osmar, então teve medo e admitiu ter arremessado seu celular pela janela, o que não é verdade. Não tinha conhecimento da existência de droga no veículo. Alegou ser perseguido pelo policial Paulo, que costumava invadir seu estabelecimento comercial e o de sua esposa.

A forma como embaladas, acondicionadas e ocultas as drogas, as circunstâncias da apreensão, além de petrechos utilizados em seu acondicionamento, a expressiva quantidade da ilícita substância – mais de 5 Kg de maconha –, além do material e folha com anotações apreendidos, alinhadas ao fato de que os réus não trouxeram prova de ocupação lícita e aos coerentes e detalhados depoimentos policiais, não deixam margem a dúvidas da prática habitual da traficância e da associação voltada para a funesta atividade, não se havendo falar em insuficiência de provas.

De rigor, pois, a condenação, inferindo-se dos autos a existência de verdadeiro empreendimento criminoso, destinado ao execrável comércio e à sua difusão, atuando, os acusados e seus asseclas, com nítida divisão de tarefas na bem estruturada associação criada para tal fim, consoante versão ofertada em Juízo pelos agentes policiais e corroborada pelo conteúdo das imagens acostadas nas informações de fls. 72/87 e 271/290.

Desnecessário dizer que não só merecem credibilidade os depoimentos provenientes de agentes do Estado como também que não se prestariam os mesmos a imputação de crime a alguém com que não mantinham qualquer vínculo por mero deleite ou para satisfação pessoal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ademais, não se revelou indício algum de falsa imputação de crime a inocentes.

Desta forma, na linha das considerações tecidas pela ilustre magistrada, cujas conclusões ficam ratificadas na forma do permissivo constante do artigo 252 do Regimento Interno deste tribunal, resta patente a prática do tráfico de drogas, sendo prescindível até mesmo a prática de atos de efetiva mercancia, haja vista o elastério delitivo insculpido no artigo 33 da Lei de Drogas; a inviabilizar a desclassificação pretendida pela D.Defesa.

A dosimetria das penas não merece reparos. A magistrada sentenciante exasperou adequadamente a pena-base com realce à quantidade de droga apreendida – 5 kg –; inexistentes outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, certas a primariedade e a ausência de antecedentes criminais.

O magistrado, diante do disposto no artigo 42 da Lei de Drogas e no artigo 59 do Código Penal, de olho nas provas produzidas, nas circunstâncias e consequências do episódio e nos demais elementos cognitivos colhidos, estabelecerá adequando os “binômios” necessidade/suficiência e reprovação/prevenção a pena-base.

Não se cogita do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, certo que Osmar, em nenhum momento confessou a prática criminosa.

No mais, não houve aumento de pena em razão do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06.

Incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, pois evidenciado nos autos que os apelantes integravam organização ou se dedicavam a atividade criminosa do comércio espúrio, haja vista a quantidade de droga apreendida, além de sua nocividade e das circunstâncias em que se deram os fatos.

Assim, diante dos elementos constantes dos autos, a traficância não pode ser reputada episódica na vida dos acusados, como reclama o benefício legal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ao contrário, quem trafica tamanho vulto de entorpecente não pode ser considerado “traficante de primeira viagem”, nas palavras abalizadas do eminente Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

A *mens legis* do dispositivo legal em apreço foi a de beneficiar aqueles agentes que, embora colaboradores do tráfico, de forma menos acentuada violam o objeto jurídico do delito.

Nesse contexto, para aplicação do benefício, é forçosa a clarividência do mero desvio de conduta episódico, em que o agente tenha integrado, ainda que provisoriamente, a criminalidade organizada, o que, *venia concessa*, não é possível reconhecer ao criminoso que tinha em seu poder grande quantidade de substância ilícita.

Assim, por circunstâncias óbvias, não se tem por aplicável, a figura do tráfico privilegiado, ao delito de associação para o tráfico.

Bem demonstrado, pois, diante dos elementos cognitivos amealhados, o vínculo permanente e estável entre os apelantes, certo que desvendado verdadeiro empreendimento voltado ao comércio de entorpecentes, a lastrear a condenação pelo delito de associação para o tráfico, tornando incompatível o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

Consubstanciado o concurso material de delitos, a final foram, as penas dos réus, somadas.

Outrossim, tem-se por incogitável, “in casu”, a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos; o ‘quantum’ das penas impedem sua concessão e, de qualquer maneira, não se considera socialmente recomendável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, na medida em que os apelantes traziam consigo e transportavam, para o insano comércio, nas circunstâncias já exaustivamente analisadas, em que descoberto verdadeiro empreendimento voltado ao nefasto comércio, considerável quantidade de maconha, a revelar acentuada culpabilidade e despreparo para o convívio social.

A fixação do regime inicial fechado mostrou-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

adequada ante a gravidade concreta dos delitos perpetrados, certa a quantidade de drogas apreendidas, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de inúmeros de clientes. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (HC 257327/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013).

Cuida-se, como já anotado, de delito assemelhado a hediondo, certos seu potencial de desagregação familiar e as consequências e prejuízos nefastos para a Sociedade, o que evidencia personalidade desvirtuada e conduta totalmente dissociada dos mais comezinhos padrões de moralidade, a revelar acentuada culpabilidade, tornando necessária, à reprovação e à prevenção de práticas que tais, severa segregação.

O regime prisional inicial fechado está correto, inclusive diante do 'quantum' das penas impostas e pela gravidade dos delitos, mas também pela ousadia, planejamento, sintonia entre os agentes e claro profissionalismo, cumprindo lembrar que se cuida de tráfico de drogas e de associação para tal, peculiaridades a denotarem evidente periculosidade, em clara demonstração de que não possuem, eles, freios morais, daí a necessidade de maior rigor na determinação do regime inicial.

Diante do exposto, rejeitada a preliminar, **nega-se provimento** aos apelos de ODAIR JOSÉ DA COSTA e OSMAR HERNANDEZ PAGNI GELLI, ficando mantida, por seus fundamentos, a r. decisão recorrida. Aguarde-se, pois, o trânsito em julgado e, após, expeça-se mandado de prisão do réu Osmar.

Comunique-se.

MAURICIO VALALA
Relator