



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000931585

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2231174-77.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RICHARD EDUARDO BARBOSA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: **Denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 15.570

Habeas Corpus nº 2231174-77.2021.8.26.0000

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: MM. Juíza de Direito Plantonista da Comarca da Capital

Paciente: Richard Eduardo Barbosa

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pleito de revogação da prisão cautelar. Quantidade expressiva e variada de drogas. 'Fumus comissi delicti' e 'periculum libertatis' demonstrados. Pleito de revogação da prisão cautelar com fundamento na pandemia de COVID-19. Ausência de comprovação de que o paciente integra grupo de risco. Ordem denegada.

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Richard Eduardo Barbosa**, no qual se aponta como autoridade coatora o MM. Juíza de Direito Plantonista da Comarca da Capital – processo nº 1532633-05.2021.8.26.0050.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega, em síntese, que o paciente se encontra preso cautelarmente desde 28 de setembro de 2021, sendo-lhe atribuída a prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei Antidrogas e sofre constrangimento ilegal porque: **a)** a decretação da prisão preventiva não está fundamentada nas circunstâncias concretas do fato; **b)** não há demonstração de *fumus comissi delicti* e o do *periculum libertatis*; **c)** mostra-se suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas; **d)** faz jus à aplicação da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Busca a revogação da prisão cautelar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O pedido liminar foi indeferido (fls. 70/72).

Dispensadas as informações, sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 82/90) manifestando-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei Antidrogas, porque:

“O Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, no exercício de suas atribuições, vem oferecer denúncia contra RICHARD EDUARDO BARBOSA, qualificado na fl. 29, em razão dos fatos a seguir descritos. Consta destes autos que, em 28 de setembro de 2021, por volta das 07 horas, policiais civis realizavam operação de repressão ao crime pela na Rua Professor Eulálio de Arruda Melo, altura do nº 01, Jardim São Bernardo, nesta cidade e comarca, quando viram RICHARD EDUARDO BARBOSA e a adolescente Isabella Zacarias Ribeiro trocando objetos com um indivíduo (fl. 24) e fazendo anotações em um papel, cenário característico do tráfico de drogas, razão pela qual decidiram abordá-los para averiguação. Em regular procedimento de revista, encontraram em poder de Isabella uma pequena porção de entorpecentes, e com RICHARD, duas folhas de papel contendo anotações de contabilidade de comércio de drogas e a quantia de R\$ 75,00. Ao lado de ambos, estava uma mochila, em cujo interior foram localizados 218 invólucros contendo crack– preparado à base de cocaína, 491 invólucros contendo cocaína, 467 invólucros contendo maconha e uma balanças de precisão (fls. 04/09, 10/13, 14/15, 31 e 68)”.

O peso líquido das substâncias foi indicado no laudo de constatação de fls. 15/17 da ação originária: **467 porções de Cannabis sativa (1.228,5 g), 490 porções de cocaína (223 g), 218 porções de crack**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(40,4 g) e 1 pacote de cocaína (1.287,9 g aguardando resultado em laudo definitivo), além de 1 folha de caderno com anotações, parte de uma folha com anotações, 2 celulares, 1 balança de precisão e R\$75,00 (fls. 55/60)

A decretação da custódia cautelar foi fundamentada pela Magistrada, que entendeu presentes os indícios de autoria e a prova da materialidade do delito, bem como a caracterização dos requisitos da prisão preventiva (fls. 55/60).

Confira-se:

“(…)No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE DROGAS (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão (fl. 14/15) e o laudo de constatação da droga (fls. 10/13). Trata-se, na hipótese, da apreensão de 467 porções de maconha (1.228,5 g), 490 porções de cocaína (223 g), 218 porções de crack (40,4 g) e 1 pacote de cocaína (1.287,9 g – aguardando resultado em laudo definitivo), além de 1 folha de caderno com anotações, parte de uma folha com anotações, 2 celulares, 1 balança de precisão e R\$75,00 (setenta e cinco reais). Segundo consta, o policial civil condutor é chefe dos investigadores do 85º Distrito Policial e que encontravam-se em patrulhamento preventivo especializado, juntamente com seu companheiro de trabalho Alexandre, para combater os crimes nesta circunscrição do 85º Distrito Policial jardim Mirna, em participação a denominada "OPERAÇÃO SÃO PAULO MAIS SEGURA IV", notadamente, buscando efetuar repressão ao tráfico de entorpecentes e crimes patrimoniais e, para tanto, dirigiram-se até a rua Eulálio de Arruda Melo número 01, no jardim São Bernardo - viela ali existente - no bairro do Grajaú, local já sobejamente conhecido pelos agentes em razão do tráfico de entorpecentes que é ali realizado; QUE, ao chegarem ao local, surpreenderam a adolescente infratora Isabella Zacarias



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ribeiro comercializando droga junto a um usuário, ao passo que, o indiciado Richard Eduardo Barbosa a seu lado, fazia anotações em um papel, sobre a movimentação dos entorpecentes comercializados; QUE, imediatamente resolveram agir e eles foram detidos e uma pequena porção de drogas foi apreendida com a adolescente, não obstante, em uma mochila que ali se encontrava ao lado, os agentes localizaram em seu interior 218 pedras de crack, 490 eppendors de cocaína e 467 papelotes de maconha, além de um pacote prateado contendo substancia branca aparentemente cocaína, todas adredemente embaladas em porções individuais, que facilitavam a sua rápida comercialização; QUE, as anotações que estavam na posse do indiciado Richard Eduardo Barbosa foram apreendidas, assim como, dois aparelhos celulares utilizados na prática criminosa; QUE, em razão de estarem trabalhando com viatura descaracterizada, solicitaram apoio a Guarda Civil Metropolitana para a condução dos criminosos até a sede desta unidade de polícia de base territorial. QUE, diante dos fatos, os policiais civis deram voz de prisão ao indigitado conduzindo-o a presença da Autoridade Policial para que fossem adotadas as providencias atinentes a Policia Judiciaria A quantidade e diversidade de droga apreendida, a forma de acondicionamento, prontas para comercialização, a apreensão de dinheiro e as circunstâncias da abordagem, durante a Operação São Paulo Mais Segura IV, em local conhecido pelo tráfico de drogas, sendo que os Policiais surpreenderam a adolescente Isabella comercializando droga junto a um usuário, enquanto o indiciado estava ao lado da adolescente, fazendo anotações em um papel sobre a movimentação das drogas comercializadas, afastando a alegação de ilegalidade da busca pessoal, sendo abordados e encontrada uma pequena porção das drogas com a adolescente e o restante na mochila encontrada ao seu lado, indicam a finalidade de mercancia. Não há que se falar em quebra da cadeia de custódia, uma vez que a conduta foi visualizada pelos Policiais e as drogas foram apreendidas com a adolescente e na mochila que estava ao seu lado, e foram objeto de perícia, conforme laudo de constatação provisória, do qual consta inclusive foto e números dos lacres. Ademais, não há que se falar em permanecer no local com as drogas além do necessário para a abordagem, considerando a periculosidade da conduta, e, além disso, a coleta deve ser feita preferencialmente por perito, mas não obrigatoriamente, e há cópia da requisição do laudo pericial, da qual consta os números dos lacres, tudo a indicar que a cadeia de custódia foi preservada na coleta, acondicionamento e armazenamento. (...)Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo, junto ao corpo, apenas parte do entorpecente (só as porções para venda imediata, em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo), ocultando o restante (a maior parte) em locais próximos. A gravidade em concreto do delito infere-se pelo envolvimento de adolescente, bem como pela expressiva quantidade, diversidade e natureza de droga apreendida -467 porções de maconha (1.228,5 g), 490 porções de cocaína (223 g), 218 porções de crack (40,4 g) e 1 pacote de cocaína (1.287,9 g – aguardando resultado em laudo definitivo)-, aliada à apreensão de dinheiro -R\$75,00-, do qual o indiciado não comprovou origem lícita, que indicam inserção delitiva no mundo do tráfico de drogas e dedicação a atividades criminosas, configurando risco concreto de reiteração delitiva, a justificar a manutenção da prisão, para garantir a ordem pública, para assegurar a credibilidade da justiça e evitar que novas infrações sejam praticadas, garantindo a efetividade e eficácia do processo. Já não bastasse a delicada circunstância sanitária, incabível impor à população, com a soltura do agente, o enfrentamento à insegurança pública, mormente considerando a periculosidade apresentada aos moradores da região a presença de traficantes no local. Ademais, trata-se de crime doloso, que possui pena privativa de liberdade superior ao patamar de 4 (quatro) anos de reclusão. A ponderar também que a cocaína é droga extremamente lesiva, acima até mesmo da média das substâncias mais comercializadas (TJSP, ACr nº 0008057-11.2015.8.26.0348, Rel. Des. Ivan Sartori, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. 14/11/2017). Para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga perturbadora), a Erythroxylum Coca é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da

personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta. Isso ressalta a lesividade da conduta e sua periculosidade social. A custódia cautelar também é necessária, porquanto o inquérito ainda não se encerrou e a soltura do imputado, poderia obstar,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou pelo menos dificultar a instrução criminal, considerando a periculosidade evidenciada pelo ato supostamente por ele praticado, o que justifica a custódia para a conveniência da instrução criminal. A prisão também é necessária para assegurar a aplicação da Lei Penal, máxime em se considerando que, em caso de condenação, o regime aberto não terá lugar na espécie, consoante os ditames da lei repressiva, mormente considerando as circunstâncias pessoais (personalidade e antecedentes) e do fato (gravidade em concreto do delito), bem como os indícios de que se dedica a atividades criminosas. Ressalte-se que a quantidade, diversidade e natureza das drogas pode afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: “Ademais, a consideração da quantidade, natureza e variedade de entorpecente apreendido para aumentar a pena-base e, concomitantemente, afastar a aplicação da referida minorante não configura indevido bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga “tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”. (STJ, HC 578.782, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 04/08/2020, DJ 10/08/2020) Não há que se falar que a situação financeira do indiciado exclui a possibilidade de decretação de sua prisão preventiva. Nesse sentido a jurisprudência : “Situações de pobreza, exclusão social ou desemprego não podem ser escusa para a prática de atividade criminosa, de forma que a insuficiência de recursos, por si só, não caracteriza o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, sob pena de violação aos princípios que regulam a vida em sociedade” (TRF-4ª região. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5015547-31.2019.4.04.7000/PR, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN, data publicação no DE de 26/06/2020). Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. Não obstante seja primário (conforme certidão de fls. 41/42 e FA de fls. 39/40), a substituição por medida cautelar é insuficiente nesse caso, no qual o indiciado revelou inserção delitiva no tráfico de drogas, crime extremamente gravoso, o qual está a permear e desestruturar a sociedade atual, além de constituir uma mola propulsora de vários outros delitos, não só contra o patrimônio, mas também contra a vida humana. Além disso, a gravidade em concreto do delito indica risco à ordem pública, recomendando a manutenção da prisão. Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade. É que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despidendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). “A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência” (STJ. HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000). Não obstante, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, considerando o envolvimento de adolescente na prática delitiva, bem como a expressiva quantidade (mais de 2 Kg), diversidade e natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack), drogas com alto poder vulnerante e maior grau de dependência. Além disso, praticou o delito durante calamidade pública decorrente de pandemia causada pelo coronavírus, tudo a aumentar a reprovabilidade de sua conduta, pouco importando, data venia, que o indiciado não tenha praticado o delito por causa da situação da pandemia, já que se trata de agravante de natureza objetiva, há indícios de habitualidade criminosa, bem como inexistem elementos para inferir que a situação da pandemia se trata de erro de proibição, considerando que a conduta foi praticada em local urbano. Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal, inexistindo prova idônea de algum dos requisitos deste artigo, bem como ausentes os pressupostos do HC 165704 do Col. Supremo Tribunal Federal, considerando que o indiciado indicou a mãe como



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

responsável pelos cuidados dos filhos (fls. 30), e foi preso em flagrante delito, sem a presença de seus filhos, não restando comprovado que seja o único responsável pelos seus cuidados. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP, art. 282, § 6º). E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art. 313, § 2º), mas sim de que as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. No mais, a Recomendação n.º 62, do C. Conselho Nacional de Justiça, não pode servir de salvo-conduto para a prática de crimes nos casos em que se faz necessária a custódia cautelar, como antes se destacou. É de se lembrar, ainda, que a SAP está realizando as medidas sanitárias para conter a doença nos estabelecimentos prisionais. Ademais, a prisão em flagrante evidencia que não respeitou as recomendações de isolamento social, o que revela, inclusive, que seu estado de saúde não era motivo de preocupação. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual CONVERTO a prisão em flagrante de RICHARD EDUARDO BARBOSA em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal.”.

Analizada a decisão, constata-se que o paciente foi preso em plena realização do comércio ilícito na companhia de adolescente, ocasião na qual foi apreendida uma mochila com a expressiva quantidade de drogas variadas, uma delas de maior nocividade (*crack*). Essas circunstâncias, portanto, justificam a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

Nesse contexto, mostra-se insuficiente a aplicação das medidas cautelares alternativas ao cárcere previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, ressalto que, segundo posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, as condições subjetivas do paciente, por si sós, não afastam a decretação da prisão cautelar quando presentes seus requisitos legais. Nesse sentido:

(...) 3. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes. 4. Recurso ordinário improvido. (RHC 70.597/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

Descabe, ademais, na via estreita do *writ*, eventual prognóstico acerca da pena a ser imposta ao paciente ou mesmo de aplicação futura de benesses. A concessão da ordem com supedâneo neste fundamento representaria antecipação do julgamento da causa e, por consequência, supressão de instância.

Em relação à pandemia de Covid-19 e aplicação da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, destaco que a impetrante não indicou que o paciente integra grupo de risco ou que é portador de doença que o inclua nessa condição, de sorte que as circunstâncias autorizam a manutenção das segregações cautelares, sem que ocorra qualquer violação à mencionada Recomendação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM.**

LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Relator