

www.forumadvogados.com.br

O procedimento supramencionado foi instaurado por requisição de sua Excelência, o il. Promotor de Justiça PAULO SÉRGIO DE CASTILHO (fl. 1-C), após receber ofício da col. 9ª Câmara Criminal do eg. TJSP, comunicando suposta apologia de crime praticada, em tese, pelo Peticionário, ao sustentar oralmente na condição de advogado quando do julgamento do *habeas corpus* nº 2261384-24.2015.8.26.0000.

Contudo, o Peticionário jamais praticou o crime previsto no art. 287, do Código Penal. Muito pelo contrário, ao realizar a referida sustentação oral, o Peticionário, atuando como advogado dos Pacientes do referido *writ*, estava apenas patrocinando o interesse de seus clientes da melhor forma possível. Veja-se:

O advogado MARCELO FELLER, ora Peticionário, foi contratado pelos Srs. [REDACTED] e [REDACTED] para buscar, junto ao eg. TJSP, a revogação de suas prisões preventivas decretadas em audiência de custódia, por terem sido surpreendidos com 02 (dois) quilos de maconha (1 kg para cada um), embalados em conjunto (dois “tijolos”), sem a verificação de nenhum ato de traficância, sem dinheiro — pois haviam acabado de adquirir a droga —, e sem quaisquer petrechos para fabricação ou distribuição da droga.

Diante disso, o Peticionário impetrou *habeas corpus* que foi cadastrado sob o nº 2261384-24.2015.8.26.0000, sustentando desde o início que, muito embora não fosse aquele “*o momento adequado para se cotejar provas, tampouco de se discutir a real tipificação da conduta dos Pacientes*”, era necessário verificar, ainda que superficialmente, que apesar da relevante quantidade de entorpecente, as circunstâncias em que se dera a apreensão levavam à inferência de não se tratar de tráfico, mas sim de posse de entorpecente para consumo próprio, ilícito penal este para o qual não é cabível a prisão preventiva (doc. 01).

No parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, um dos argumentos utilizados para se sugerir a denegação da ordem foi o de que a droga apreendida estaria “*fadada a estragar se não houvesse por parte deles um consumo intenso*” (doc. 02).

Quando o *writ* foi pautado para julgamento, o Peticionário pesquisou julgados da lavra do em. Desembargador Relator SOUZA NERY e de sua col. Turma Julgadora, a respeito de revogação de prisões preventivas em casos de acusação de tráfico de drogas. No entanto, o Peticionário, certamente por falha própria na pesquisa jurisprudencial, não encontrou **um único** acórdão em que a prisão tivesse sido revogada via *habeas corpus* pelo referido Desembargador, frise-se, não obstante exaustiva e completa pesquisa.

Diante desse cenário, o Peticionário entregou memoriais aos três em. Desembargadores que compunham a Turma Julgadora, **em conjunto com o pai do Paciente** [REDACTED], também advogado, destacando, em tais memoriais, entre outras coisas, o seguinte (doc. 03):

Senhor Desembargador: o que fazer quando dois jovens, primários, trabalhadores e usuários de maconha há tempos, são surpreendidos pela polícia fumando “um baseado” logo após comprarem um quilo de maconha para cada? Deixá-los presos, apenas porque a primeira impressão, em razão da quantidade, é a de que seriam traficantes? E isso a despeito de não ter sido presenciado pelos policiais nenhum ato de mercancia, de a droga não estar embalada em pequenas porções, de não ter sido encontrado balança ou petrechos típicos do tráfico, de não ter sido encontrado com eles quantidade relevante de dinheiro. É claro que este não é o momento adequado para se cotejar provas, tampouco de se discutir a real tipificação da conduta dos Pacientes. Mas há de se pensar e ponderar que, se ao final do processo a que respondem, o crime imputado for desclassificado para aquele previsto no art. 28, da Lei 11.343/06, teremos encarcerado, durante meses e quiçá anos, dois meros usuários de maconha. Como tantos outros jovens de classe média da capital. (...)

Ambos são usuários de maconha. Iniciaram seu vício aproximadamente aos 18 anos de idade, e compravam maconha em maior quantidade **justamente para evitar a frequência corriqueira às famosas “biqueiras”**. E próximos a uma, foram presos em flagrante, com aproximadamente 2 quilos de maconha (um quilo para cada um), enquanto fumavam um “baseado”. Esse, senhor Desembargador, é o único indicativo existente nos autos de que traficariam. Nada mais.(...) A verdade é que a quantidade de drogas apreendida foi determinante para que os Pacientes saíssem da esfera de usuários para traficantes, na visão da d. autoridade coatora. **No entanto, como é sabido por todos, jovens de classe média, usuários de drogas, que não têm o hábito de comparecerem em “bocas de fumo”, preferem comprar uma quantidade expressiva do entorpecente para não retornar naquele local tão cedo.** (...)

Por tais razões, em especial por haver real chance de, ao final desse processo, os Pacientes serem condenados por serem usuários, e não traficantes, requer-se a concessão a ordem para que os Pacientes respondam ao feito principal em liberdade. Alternativamente, requer-se seja imposta uma das medidas cautelares diversa da prisão, nos termos do art. 319, do CPP.

No dia seguinte, apesar de ter poucas esperanças, dado o entendimento firmado pela col. 9ª Câm. Criminal, o Peticionário buscou inovar na sua sustentação oral para tentar convencer os Doutos Julgadores a decidirem pela revogação das prisões preventivas dos jovens [REDACTED] e [REDACTED].

Nesse contexto, o Peticionário inicialmente narrou a “estória” de “DENIS”, jornalista de uma revista de grande circulação, usuário de maconha. Argumentou que “DENIS”, muito embora seja bem-sucedido e obviamente não seja traficante, tem muita variedade de *cannabis* em sua casa. Desde a droga mais forte, como o *skank* e o *haxixe*, que também são mais caras, como o “prensado”, maconha mais barata que ele mistura com a droga de melhor qualidade, para o “barato” de qualidade não sair tão caro. Explicou que se a polícia entrasse na casa de “DENIS”, e visse aquela variedade e quantidade de droga, certamente o confundiria com um traficante. E esse era, exatamente, o caso dos garotos que o Peticionário defendia.

Depois, o Peticionário contou a “estória” de “ROBERTO”, professor de uma grande faculdade de Direito, que também é usuário de maconha. Disse que “ROBERTO”, quando quer relaxar, ao invés de sentar-se à mesa para tomar um whisky, prefere fumar um “baseado”. No entanto, temendo por sua reputação, “ROBERTO” não gosta de comprar drogas. Quando as compra, compra em grande quantidade. E, diferente do que havia sido alegado pelo representante da Procuradoria Geral de Justiça no caso dos clientes do Peticionário (para dizer que o tráfico seria presumível), a grande quantidade de maconha que “ROBERTO” tem em casa não estragaria, ainda que demorasse bastante para utilizá-la. É que “ROBERTO”, como tantos outros usuários de maconha, guarda a droga no freezer, justamente para não estragar com o tempo. Isto é, “ROBERTO”, assim como “DENIS”, e assim como os Pacientes daquele *habeas corpus* que era julgado, poderia fácil e injustamente ser confundido com um traficante, se considerada a quantidade da droga, isoladamente, para definir se alguém é usuário ou mercador de drogas.

Por fim, o Peticionário referiu a “estória” de “T(H)IAGO”, juiz de direito, que também é usuário eventual de maconha. Explicou que “T(H)IAGO”, apesar de não comprar maconha, a fuma em “rodinhas de amigos”. Também explicou que se fosse tirada uma fotografia do momento em que “T(H)IAGO” usa maconha, oferecendo a um amigo, sua conduta, assim como a de “DENIS”, a de “ROBERTO” e a dos Pacientes daquele *habeas corpus*, poderia ser confundida com a de um traficante.

Os nomes de todas essas pessoas, no entanto, “DENIS”, “ROBERTO” e “T(H)IAGO”, eram obviamente **fantasiosos**. Puro recurso de retórica. O objetivo em citá-los e contar suas histórias era singelo: ao apontar que usuários de maconha podem ser confundidos com mercadores, se levado em consideração apenas a variedade da droga (caso de “DENIS”), quantidade (caso de “ROBERTO”) e o ato de entregar (THIAGO ou TIAGO), cometem-se injustiças de toda sorte.

Ou seja, o Peticionário buscava única e exclusivamente esclarecer que os clientes dele, então Pacientes daquele *writ*, assim como milhares de DENIS, ROBERTOS e T(H)IAGOS espalhados pelo país, apesar de terem comprado razoável quantidade de droga, estavam encarcerados injustamente, e mereciam responder ao processo em liberdade.

E o Peticionário terminou a referida sustentação oral com as seguintes palavras:

Senhores desembargadores, em que momento, eu me pergunto, o julgador passa a desacreditar em tudo que escuta? Em que momento que a esperança, nos jovens, se esvai com o direito criminal? Porque aqui, temos — e eu sei que primariedade e bons antecedentes não são coringas para a liberdade — mas em que momento nós perdemos a visão (e óbvia, todos nós sabemos como o sistema prisional é falido, não é necessário nem gastar saliva com isso... todos nós sabemos que organizações criminosas permeiam o nosso sistema carcerário)... por qual razão nós deixaremos dois meninos primários, de boa família, que estão dispostos a se tratarem (...) em que momento nós deixamos de acreditar que é possível? (...) Há uma chance, há uma possibilidade de esses meninos, ao final da instrução, serem considerados usuários. E se forem considerados usuários teremos meses e meses de usuários no cárcere e, pior, de usuários em contato com toda a sorte de criminosos e de organizações criminosas. Em nome de uma eventual punição, em nome de um recrudescimento, de um combate à impunidade, nós acabamos criando mais e mais marginais da nossa sociedade.

Naquela ocasião, o em. Des. SOUZA NERY, após afirmar que estava com problemas no computador e que, por isso, não conseguia acessar o voto que já havia preparado, informou que conhecia bem o caso e, por isso, proferiria um voto provavelmente novo, diverso do que estaria lavrado. Relembrou que o Peticionário havia estado em seu gabinete, junto com o pai de um dos Pacientes e disse que proferiria seu voto com base na conversa que tiveram, no estudo refeito do caso, e **também com base no que havia sido dito em sustentação oral.**

Antes, porém, de passar ao voto, requereu ao Presidente que constasse expressamente na tira de julgamento o relato feito pelo Peticionário, da tribuna, dos nomes de DENIS, ROBERTO e T(H)IAGO, com as informações a respeito deles que haviam sido fornecidas pelo Peticionário, pois ele teria informado que tais pessoas fazem uso constante e permanente de maconha, substância proibida no Brasil.

E prosseguiu referido em. Desembargador, dizendo que o relato do Peticionário contado naquela ocasião, sobre três pessoas aparentemente bem-sucedidas que usam regularmente maconha a ponto de a comprar em grandes quantidades, configuraria o crime de apologia ao crime, nos termos do art. 287, do CP.

Em seguida, após relatar as condições pessoais dos Pacientes — que, em sua visão, eram desfavoráveis —, o referido em. Desembargador informou que achava que proporia uma solução equivocada, e que esperava estar errado nesse pensamento. Mas propôs que a ordem fosse concedida, excepcionalissimamente, ao contrário do que vinha decidindo nos últimos 20 anos e considerando que ambos têm o apoio da família e o compromisso de internação imediata.

Ao final — ou seja, **após conceder** a ordem para garantir aos Pacientes a liberdade provisória — propôs a expedição de ofício à Procuradoria Geral de Justiça para (i) apurar o delito de apologia ao crime que, em tese, teria sido praticado pelo Peticionário, (ii) apuração do crime de consumo de drogas por DENIS, ROBERTO e T(H)IAGO, e (iii) expedição de ofício à Corregedoria Geral de Justiça para instauração de sindicância para apurar quem seria esse T(H)IAGO, “juiz de direito maconheiro”.

Naquela mesma ocasião o Peticionário pediu a palavra para esclarecer que, *data maxima venia*, a seu ver, a expedição de ofício à d. Corregedoria seria inócua, uma vez que o juiz a quem ele havia se referido não tinha aquele prenome, bem como exercia suas funções em outro Estado da Federação. O Presidente, em. Desembargador SÉRGIO COELHO, pediu mais detalhes sobre o juiz e o Peticionário, considerando sua posição de quase investigado, optou por exercer seu direito constitucional ao silêncio.

Esse, Excelências, é o retrato fiel do ocorrido.

Após a sustentação, o Peticionário opôs embargos de declaração para que o em. Desembargador SOUZA NERY, que havia ficado vencido, declarasse seu voto (doc. 04). E nos referidos embargos, deixou claro o seguinte:

Com relação às determinações 1 e 2, para que se oficie à PGJ e a CGJ para apurar quem são as “pessoas parcialmente nomeadas, Denis, Roberto e Thiago”, bem como para que “se tomem as devidas providências necessárias à identificação do juiz maconheiro, Thiago, e eventual aplicação das sanções adequadas”, a medida é, com a devida vênia, de todo inócua.

Isso porque, **os nomes utilizados quando da sustentação oral foram evidentemente trocados**. Utilizou-se este subscritor da figura de retórica para contar a história de três pessoas que, muito embora nem de longe sejam traficantes, poderiam assim serem confundidas em razão da quantidade de drogas que adquirem. **As pessoas citadas, tanto o jornalista da revista, quanto o Professor e o Juiz de Direito, evidentemente não se chamam Denis, Roberto e Thiago.**

Este último, fantasiosamente denominado de “Thiago” durante a sustentação oral, sequer é magistrado no Estado de São Paulo, de forma que a eg. Corregedoria Geral de Justiça paulista sequer teria competência para investigá-lo – caso soubesse, de fato, seu verdadeiro prenome.

Os embargos de declaração foram providos, sendo este o teor do voto do em. Des. SOUZA NERY (doc. 05):

Depois de esclarecer, como afirmado no bojo dos embargos, que decidiria de modo contrário ao que tenho feito nas últimas décadas, afirmei ter ficado condoído da condição do pai do paciente, presente em meu Gabinete de trabalho, com clara demonstração do desgaste que lhe proporciona o proceder do filho.

Asseverei, tanto na sessão de julgamento, como o faço agora, ter sido movido, não por alguma razão jurídica relevante nem por algum princípio de política criminal, mas apenas por ter tido tocado meu coração de pai. Sensibilizou-me o sofrimento daquele homem, disposto a praticamente qualquer coisa para proteger seu filho, prontificando-se a adotar providências enérgicas para afastá-lo da senda que deliberara percorrer. O exame dos documentos dos autos levou-me à convicção de que não são recentes os problemas e os aborrecimentos que esse filho "proporciona" aos pais:

Já adulto formado, não tem sequer o colegial completo; sendo filho do dono do escritório de advocacia e de contabilidade, ali exerce a simples função de auxiliar de escritório.

É possível avaliar que desde cedo, talvez por falta das medidas enérgicas agora disponíveis, desencaminhou-se o jovem.

Tudo isso fez-me amolecer e pensar em libertar o infrator da nossa lei. Estas as razões que, tendo-as declarado no curso da sessão de julgamento, olvidei-me de inserir na declaração de voto que formulei por escrito e de que, a partir de agora, passam a fazer parte integrante.

Nesse ponto, cumpre destacar que o referido procedimento instaurado pela d. Corregedoria foi **arquivado**, pois o dito juiz "T(H)IAGO", evidentemente, não foi identificado (doc. 06).

E mais. Embora o processo que deu origem ao referido *habeas corpus*, onde se deu toda a celeuma, ainda aguarde sentença, **o próprio Ministério Público já requereu a DESCLASSIFICAÇÃO de suas condutas**, entendendo serem usuários de maconha, consagrando aquilo que vem sendo dito pelo Peticionário desde a prisão de seus clientes (doc. 07).

Excelências, com todo o respeito, as determinações postas no v. Acórdão causam surpresa e até espécie. A uma, porque representam uma forma de amordaçar a liberdade argumentativa do Peticionário, na discussão de uma causa, quando este falava da **tribuna**, na condição de advogado. A duas, porque, bem sabe a col. Turma julgadora, dito pelo próprio Peticionário naquela mesma ocasião, que os nomes utilizados eram fictícios, e, no caso do juiz, este sequer era de São Paulo.

Data maxima venia, está mais do que claro que o relato do Peticionário foi apenas um recurso de retórica utilizado na defesa de dois clientes para tentar convencer os nobres julgadores. E de fato convenceu, ao menos um que, expressamente, disse que votaria de forma diversa daquela que vem votando há mais de 20 anos.

Em outras palavras, o Peticionário, na verdade, estava apenas realizando um trabalho de excelência, ao buscar novas estratégias para chamar a atenção dos em. Desembargadores ao caso específico que estava defendendo, e demonstrar-lhes a facilidade de se confundir um mero usuário de drogas com um mercador.

Diante disso, não é razoável dizer que a conduta do Peticionário seria o mesmo que louvar, elogiar ou proferir um “*discurso de defesa*” ao tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1038). É um verdadeiro absurdo, *data maxima venia*.

Até porque, “***não se confunde a apologia com ‘a simples manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável, ainda que veemente, não sendo punível a mera opinião’*** (Heleno Fragoso, Lições de Direito Penal — Parte Especial, 1965, v. III, p. 928)” (CELSO DELMANTO, et. al. Código Penal Comentado, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 843).

E se assim o é, a conduta do Peticionário, que sequer pode ser considerada manifestação de uma opinião, pois se resumiu a mero relato de “estórias”, jamais poderia caracterizar o delito de apologia ao crime. Aliás, o Peticionário sequer emitiu um juízo de valor sobre tais “estórias”, limitando-se a relatá-las para defender seus clientes da melhor forma possível.

Por fim, e apenas para deixar registrado o quão absurdas foram todas as determinações do eg. TJSP, *data maxima venia*, cumpre transcrever o voto oral proferido pelo Min. ROBERTO BARROSO quando do julgamento, no col. Supremo Tribunal Federal, da descriminalização do uso de drogas¹.

Se o indivíduo, na solidão das suas noites, beber até cair desmaiado na cama, isso pode parecer ruim, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros, entre o jantar e a hora de ir dormir, isso certamente parece ruim, mas não é ilícito. Pois digo eu, o mesmo deve valer, se ele, em vez do cigarro, fumar um baseado entre o jantar e a hora de ir dormir.

Se o em. Ministro ROBERTO BARROSO, ao falar o que falou, inclusive demonstrando com gesto com a mão típico de usuários de maconha, para ilustrar, em sessão televisionada pelo col. STF e assistida por milhões de pessoas, não praticou o delito de apologia ao crime, há de se concluir que as palavras faladas pelo Peticionário ao exercer a sua profissão de advogado, em um ambiente no qual apenas estavam presentes os em. Desembargadores Julgadores, e outros advogados, também não configuram!

Diante de todo o exposto, requer-se o **arquivamento** do presente inquérito policial, por ser medida de JUSTIÇA!

¹ RE nº 635.659, Rel. Min. GILMAR MENDES. Voto oral que pode ser assistido em https://www.youtube.com/watch?annotation_id=annotation_1433566849&feature=iv&src_vid=xGkcgAhZmwec&v=z8LhuORymko

Advogados

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 21 de março de 2017.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP nº 65.371

RENATO MARQUES MARTINS

OAB/SP nº 145.976

RENATA MATIDA POLITI

OAB/SP nº 346.057