

São Paulo, 23 de maio de 2016.

**SEMA 1.1.1. nº 73.100/2016**

Excelentíssimo Senhor Desembargador Corregedor,

Em atenção ao r. despacho de Vossa Excelência, publicado no Diário Oficial em 13 de maio p.p., venho apresentar-lhe explicações a respeito da sustentação oral que proferi, nos autos do *Habeas Corpus* nº 2261384-24.2015.8.26.0000.

Fui contratado pelos Srs. [REDACTED] e [REDACTED] para buscar, neste eg. Tribunal de Justiça, a revogação de suas prisões preventivas decretadas em audiência de custódia.

Suas prisões foram decretadas após serem surpreendidos com 2 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.

Com isso, impetrei o *habeas corpus* que recebeu o número 2261384-24.2015.8.26.0000 (doc. 1), desde então sustentando que, muito embora não fosse o *habeas corpus* “o momento adequado para se cotejar provas, tampouco de se discutir a real tipificação da conduta dos Pacientes”, era necessário que fosse verificado, ainda que superficialmente, que as circunstâncias em que se dera a apreensão do entorpecente, apesar da relevante quantidade, levavam à inferência de não se tratar de tráfico, e sim de uso de entorpecentes. Além das circunstâncias da apreensão, essa foi a versão dos Pacientes à autoridade policial e em audiência de custódia.

No parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, um dos argumentos utilizados para se sugerir a denegação da ordem foi a de que a droga apreendida estaria “*fadada a estragar se não houvesse por parte deles um consumo intenso*” (doc. 2).

Quando o *writ* foi pautado para julgamento, pesquisei julgados da lavra do em. Des. SOUZA NERY e de sua Colenda Turma julgadora (responsável pelo julgamento de DIEGO e LUCAS), a respeito de revogação de prisões preventivas em casos de acusação de tráfico de drogas. Para a minha surpresa, não encontrei — certamente por falha própria na pesquisa jurisprudencial — um único acórdão em que a prisão tivesse sido revogada via *habeas corpus*.

Entreguei memoriais aos três desembargadores que compunham a col. Turma julgadora, em conjunto com o pai do Sr. DIEGO, também advogado. Nos memoriais sustentei, dentre outras coisas, o seguinte (doc. 3):

“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, me dirigi à sustentação oral com poucas esperanças, dada a jurisprudência daquela col. 9ª Câmara Criminal. Por dever de ofício, no entanto, eu não poderia, jamais, desistir da luta e da tentativa. E, com isso, resolvi inovar para tentar o impossível.

Primeiro contei a “estória” de “Denis”, jornalista de uma revista de grande circulação, usuário de maconha. Argumentei 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. Expliquei que se a polícia entrasse na casa de Denis, e visse aquela variedade e quantidade da droga, certamente o confundiria com um traficante. E esse era, exatamente, o caso dos garotos que eu defendia.

Depois contei a “estória” de “Roberto”, professor de uma grande faculdade de Direito, que também é usuário de maconha. Que, 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 em grande quantidade. E, diferente do que havia sido alegado pelo representante da Procuradoria Geral de Justiça no caso de meus clientes (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 ele, como tantos outros usuários de maconha, guarda a droga no freezer, justamente para não estragar com o tempo. “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 considerássemos a quantidade da droga, isoladamente, para definir se alguém é usuário ou mercador de drogas.

Por fim contei a “estória” de “T(h)iago”, juiz de direito, que também é usuário eventual de maconha. Expliquei que “T(h)iago”, apesar de não comprar maconha, a fuma em “rodinhas de amigos”. Expliquei 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, Denis, Roberto e T(h)iago eram obviamente fantasiosos. Puro recurso de retórica.** O objetivo em citá-los era singelo: Ao apontar que usuários de maconha podem ser confundidos com mercadores, se levado em consideração um único critério para referida verificação — variedade da droga (Denis), quantidade (Roberto) e o ato de entregar (Thiago ou Tiago) —, cometem-se injustiças de toda sorte.

Meus clientes, portanto, assim como milhares de Denis, Robertos e T(h)iagos espalhados pelo país, apesar de terem comprado grande quantidade de droga, estavam encarcerados injustamente, e mereciam responder ao processo em liberdade.

Terminei a sustentação 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”.

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 eu havia estado em seu gabinete, junto com o pai de um dos Pacientes e disse que proferiria seu voto com base na conversa que tivemos, 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 por mim, da tribuna, dos nomes de Denis, Roberto e T(h)iago, com as informações a respeito deles que haviam sido por mim fornecidas, porque eu teria informado que eles fazem uso constante e permanente de maconha, substância proibida no Brasil.

E, prosseguiu referido em. Desembargador, dizendo que a ele, o meu relato de três pessoas aparentemente bem-sucedidas, que usam regularmente maconha a ponto de a comprar em grandes quantidades, configuraria o crime de apologia ao crime praticado por mim.

Prosseguiu e, após relatar as condições pessoais dos Pacientes — que, em sua visão, eram desfavoráveis — 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 eu venho decidindo nos últimos 20 anos”* e considerando que *“ambos têm, ao menos declaradamente — vamos ver se se concretiza — o apoio da família, o compromisso de internação imediata que me foi apresentado ontem pelo pai, e hoje renovado pelo ilustre defensor”*.

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 crime de apologia ao crime que teria sido por mim praticado, (ii) apuração do crime de consumo de drogas pelo Denis, pelo Roberto e pelo 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”.

Pedi a palavra, apenas para fazer um esclarecimento de fato, e informar que, *data maxima venia*, me parecia inócua a expedição de ofício à esta douta Corregedoria, uma vez que o juiz a quem eu havia me referido não tinha aquele prenome, bem como exercia suas funções em outro Estado da Federação. O Presidente, em. Desembargador Sérgio Coelho, me pediu mais detalhes sobre o juiz e eu, considerando minha posição de quase investigado, optei por exercer meu direito constitucional ao silêncio.

Esse, eminente Corregedor, o retrato fiel do ocorrido.

Após a sustentação, opus embargos de declaração (doc. 4), que foram providos (doc. 5).

Nos embargos, deixei 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.”

O processo que deu origem ao Habeas Corpus onde se deu toda a celeuma aguarda sentença, sendo certo que **o próprio Ministério Público requereu a desclassificação de suas condutas, entendendo serem usuários de maconha, consagrando aquilo que vem sendo dito por este subscritor desde a prisão de seus clientes** (doc. 6).

Eminente Corregedor, sempre com o devido acatamento, mas as determinações postas no v. acórdão causaram-me espécie. A uma porque tentaram amordaçar minha liberdade argumentativa na discussão de uma causa, quando eu falava da tribuna, na condição de advogado. A duas porque, bem sabe a col. Turma julgadora, porque dito por mim de viva voz, que os nomes utilizados eram fictícios. Que o Juiz sequer seria de São Paulo. Foi um recurso de retórica por mim utilizado na defesa de dois clientes para tentar convencer os nobres julgadores. E convenci, ao menos um que, expressamente, disse que votaria de forma diversa daquela que vem votando há mais de 20 anos. Se, após votar pela concessão da ordem, quisesse o em. Desembargador provar, a si e aos outros, que não esmoreceu, escolheu, certamente, um trépido caminho.

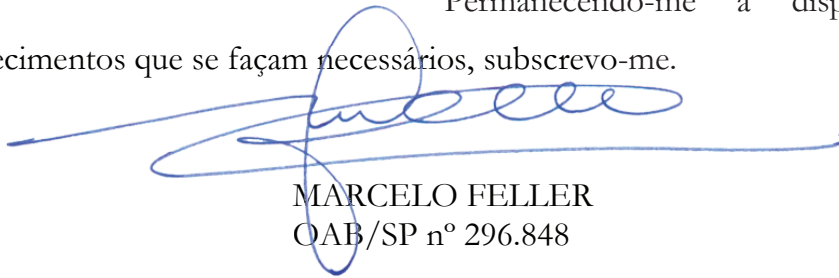
Sou um jovem advogado. Formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, após estagiar por um ano no renomado escritório Pinheiro Neto Advogados passei a estagiar no escritório do ALBERTO ZACHARIAS TORON — Toron, Torihara e Szafir Advogados — onde galguei espaço, confiança e carreira. Efetivado, trabalhei como advogado associado e fui convidado a me tornar sócio dele, que é, se não “o”, um dos melhores criminalistas da atualidade. Após 7 anos de parceria com ele, resolvi abrir o meu próprio escritório e, com tristeza, constato que a advocacia criminal vem sendo equivocadamente criminalizada não apenas pela sociedade, como o foi pelas mãos de experientes desembargadores.

Por fim, e apenas para deixar registrado o quão absurdas foram todas as determinações do em. Des. Souza Nery, *data venia*, transcrevo voto oral proferido pelo Min. Roberto Barroso quando do julgamento, no eg. Supremo Tribunal Federal, da

descriminalização do uso de drogas<sup>1</sup>. Leia-se o posicionamento, Exmo. Corregedor, e repare que se minhas palavras, faladas em um ambiente no qual apenas os em. desembargadores e outros advogados podiam me ouvir, configuraram apologia ao crime, o próprio em. Ministro Barroso, ao falar o que falou (fazendo, inclusive, gesto com a mão típico de usuários de maconha, para ilustrar), em sessão televisionada pelo col. STF e assistida por milhões de pessoas, seria *il Capo di tutti i Capi* da apologia ao crime:

“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”.

Permanecendo-me à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários, subscrevo-me.



MARCELO FELLER  
OAB/SP n° 296.848

**Ao Excelentíssimo Senhor  
Desembargador Corregedor  
Geral da Justiça, Dr. MANOEL  
DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS**

---

<sup>1</sup> RE n° 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=xGkcgAhZ\\_mwc&v=z8LhuORvmko](https://www.youtube.com/watch?annotation_id=annotation_1433566849&feature=iv&src_vid=xGkcgAhZ_mwc&v=z8LhuORvmko)