

EXCELENTÍSSIMO SENHOR. DOUTOR. DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXXXXXXXX

HABEAS CORPUS

Paciente: XXXXXXXXXXXXXXXX
Autoridade Coatora: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Circunscrição de Origem: XXXXXXXXXXXXXXXX
Número na Origem:

Primário. Tráfico privilegiado. Pouca droga. Porte de munição e carregador. Aplicação do princípio da insignificância.

A DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXX, no exercício de sua autonomia preconizada no §2º do art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil e no uso de sua competência legal prevista no art. 4º da Lei Complementar Federal 80/94, patrocinando os interesses de NOME DO ASSISTIDO, já qualificado no APFD, impetra, com esteio no art. 5º, LXVIII, da Constituição da República c/c art. 7º, 6 do Pacto de São José da Costa Rica c/c art. 647 do Código de Processo Penal, a presente ORDEM DE HABEAS CORPUS em face do XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, articulando o que se segue.

I - DOS FATOS E DAS RAZÕES PARA O DEFERIMENTO DA ORDEM

O paciente foi preso em flagrante delito no dia XX/XX/XXXX, sob acusação de que teria praticado o crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e art. 16 da Lei nº 10.826/03. Em audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, na forma do art. 310, II, c/c art. 312 e 313, I, todos do CPP, em razão da suposta gravidade da conduta.

Contudo, a ordem pública não está sendo ameaçada, tampouco a ordem econômica, vez que os autos não trazem qualquer indicação de que o agente irá delinquir no futuro. Consigne-se que o processo penal não possui a função de evitar condutas futuras, pois tal desiderato é inerente à polícia do Estado, sendo completamente alheio ao fundamento processual. Nas palavras do professor Aury Lopes Jr.:

“A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal...” (Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.123).

Por sua vez, no que tange à manutenção da sua prisão por conveniência da instrução criminal, também não há qualquer indício de que o paciente irá interferir na condução do processo. Aliás, a prisão cautelar não deve ser decretada por conveniência da instrução criminal, mas sim quando imprescindível à instrução criminal.

No tocante à garantia da aplicação da lei penal, também não há qualquer indicação de que ele não comparecerá a todos os atos do processo.

De acordo com a Lei nº 12.403/11, que deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal, a prisão durante o curso processual transformou-se em exceção no ordenamento jurídico, exigindo decisão fundamentada e a presença da necessidade cautelar, portanto, a prisão preventiva passou a obedecer ao binômio necessidade e adequação, sendo relegada para último plano.

No caso, não se vislumbra a necessidade de imposição de medida cautelar mais gravosa, em virtude de três fatores, basicamente, a primariedade do paciente, a pequena quantidade de droga que se destina ao seu próprio consumo, e a ausência de potencialidade lesiva dos cartuchos de munição e do carregador, vez que inexistente armamento capaz de produzir disparos, invocando, assim, o princípio da insignificância que conduziria à atipicidade da conduta. Por isso, é perfeitamente possível atingir o objetivo processual com a decretação de medidas diversas da restrição da liberdade, atendendo ao escopo processual delineado pela Lei nº 12.403/11.

O paciente refuta a acusação de tráfico de drogas e alegou ser usuário. Como dito, a quantidade de drogas não é insignificante, mas também não é exasperada, e o paciente é primário, de antecedentes imaculados

e não há indicação de que seja integrante de organização criminosa. Logo, a manutenção da prisão cautelar revela-se extremamente desproporcional ao resultado de eventual sentença penal condenatória, pois é possível, ao menos a priori, a incidência do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que impõe a redução da pena para aquém do mínimo legal, regime aberto e substituição da pena por restritivas de direito, à luz do art. 44/CP.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no incidente de uniformização de jurisprudência nº 1.0145.09.558174-3/003, sedimentou o entendimento sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - TRÁFICO DE DROGAS "PRIVILEGIADO" - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE”. (TJMG, INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA-CR Nº 1.0145.09.558174-3/003 NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.09.558174-3/001 - REL. DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, DJ 23/09/2011).

Sobre o tema o respeitado professor Paulo Rangel faz algumas considerações:

“A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. ”

Voltando à questão relativa à posse de cartuchos de munição e outros petrechos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já aplicou o princípio da insignificância em casos semelhantes (grifos e negritos nossos):

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 8 MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora,

buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça.

2. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal.

3. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 munições na gaveta do quarto da ré não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder.

4. Recurso especial provido.” (STJ, 6ª Turma - RESP/1.735.871 - AM (2018/0088883-1), Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Recurso aviado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018).

“HABEAS CORPUS. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, [...] os delitos de porte de armas e munição de uso permitido ou restrito, tipificados nos artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida (AgRg no REsp n. 1.682.315/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 13/11/2017).

2. A excepcionalidade do caso justifica a flexibilização

a jurisprudência, pois o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, por possuir, em sua residência, apenas duas munições, sem a respectiva arma de fogo, o que denota a desproporcionalidade da resposta estatal à conduta cometida.

3. Alinhamento ao entendimento exarado pela Segunda Turma

do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 143.449/MS), que, apesar de reconhecer que a ação do réu em seu aspecto formal se ajusta a um modelo legal de conduta proibida (arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003), afasta a tipicidade em sua dimensão material, pela mínima ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública).

(...)

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.” (STJ, 6ª Turma, HC 325.085/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal também reconhece a aplicabilidade do princípio da insignificância para os crimes da Lei nº 10.826/03 (grifos e negritos nossos):

“HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta.

2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária,

fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

3. Ordem concedida.” (STF, 2ª Turma, HC 133984/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJE 02/06/2016).

Como se vê, Excelências, a gravidade abstrata dos delitos imputados, igualmente, não se presta a fundamentar a segregação provisória, nestes termos, denegar a liberdade sob a alegação de que os crimes seriam graves é o mesmo que analisar o cabimento da liberdade provisória de forma abstrata. Não há nos autos elementos que demonstrem a gravidade concreta dos supostos crimes. Não se noticia uma organização para o tráfico ou apreensão de instrumentos que revelem mercancia em grande escala.

Dessa forma, manter a prisão pelo simples fato de se tratar de crime da Lei de Drogas é o mesmo que dar vida ao art. 44 da Lei nº 11.343/06, esvaziando a majoritária jurisprudência nacional que entende que a restrição prevista no artigo supracitado não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio. Por fim, o próprio Supremo Tribunal Federal reiterou o seu entendimento de que o art. 44 da lei 11.343/06 é inconstitucional. Cita-se o julgado por sua relevância:

“HC 104.339/SP - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.05.2012.” (grifo nosso).

Repisa-se, por fim, que o paciente é primário, de antecedentes imaculados e possui residência fixa, como se vê da cópia do comprovante de endereço anexo, e atualmente trabalha de forma

autônoma para a Pepsico/Elma Chips, como motorista.

II - DA CONCESSÃO DA LIMINAR

Ante a plausibilidade do pedido, demonstrado o fumus boni iuris, sendo visível e inegável o periculum in mora em manter-se a prisão do paciente, necessária a concessão de medida liminar, sob pena de se perpetuar o constrangimento ilegal representado pelo prolongamento injustificável de uma prisão descabida.

III - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, respeitosamente, a DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXX espera que seja a ordem concedida liminarmente, fazendo cessar o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, com a concessão de liberdade provisória, tornando-a definitiva após regular processamento, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Subsidiariamente, requer a liberdade provisória acompanhada das cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, que se reputarem necessárias ou adequadas à espécie, tornando-a definitiva após regular processamento, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Pugnamos pela observância do art. 128, I, da Lei Complementar 80/94, que dispõe que o Defensor Público será intimado pessoalmente em qualquer processo, contando-se-lhe em dobro todos os prazos.

Instruem a presente petição cópias de documentos extraídos dos autos principais.

XXXXXXXXXXXXXX, XX de XXXXXXXXXXXX de XXXX.

Defensor Público

Direito Processual Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.

DEFENSORIA PÚBLICA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX