

Desclassificação da infração penal liminarmente. Impossibilidade. Oportunidade. Exame dos arts. 383 e 384 do CPP

2ª VARA DE ITAPERUNA
Proc. nº 28.186

Acusados: *Alexandre Luiz de Oliveira*
Sidney Adriano dos Santos

PROMOÇÃO

MMa. Dra. Juíza:

Os acusados, por seus nobres patronos, vêm pleitear, liminarmente, a desclassificação de suas condutas para aquela descrita no art. 16 da Lei de Tóxicos, na busca reflexa de suas liberdades provisórias, benefício que lhes é vedado em virtude da atual classificação jurídica dos fatos.

Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. Uma das maiores vozes que já se debruçaram a esse respeito, o ilustre Prof. WEBER MARTINS BATISTA, entende que o juiz pode, verificando que não existem grandes possibilidades de prosperar a imputação tal como constante da denúncia, promover o que chama de “reclassificação”, acreditando tratar-se de mera *emendatio libelli* (art. 383 do CPP).

Sucede que, *data maxima venia*, a questão não se resolve por este instituto. Trazer consigo substância entorpecente para uso próprio é uma coisa – é um fato; trazer consigo (ou, *in casu*, transportar) substância entorpecente para fins de traficância é outro caso – outro fato. Não se está a mudar, apenas, a classificação jurídica (em última análise, o pedido), mas o próprio fato narrado na denúncia (que enseja sua causa de pedir), e isto antes que se dê oportunidade ao Ministério Público de exercer o *jus persequendi in judicio*, ou seja, o direito de provar os fatos que ele articulou, fatos estes que vêm embasados em regular inquérito policial, no bojo do qual se colheram as condições da ação, notadamente a justa causa. Vale dizer: as imputações feitas na exordial lastreiam-se num princípio probatório mínimo, apoiadas que estão na afirmativa dos policiais de que conheciam *Sidney* como traficante de drogas, o acusado Alexandre revelou para eles que transportava a droga a mando de *Sidney* (atividade co-

nhecida como de “avião” ou “mula”) e o local da prisão é conhecido como ponto de venda de drogas.

Como se vê, o que se quer é uma autêntica *mutatio libelli*, cerceando-se o direito do Estado-Administração de desenvolver regularmente sua ação.

A oportunidade para ser promovida a *mutatio libelli* é aquela do art. 384 do CPP, ou seja, após colhida a prova, no momento da sentença. Antes, além de prematura, atenta contra o exercício da ação penal e, no caso em exame, revela-se em desalinho com o princípio de prova que até então se possui.

Assim, salvo melhor juízo, os pedidos não de ser **indeferidos**, prosseguindo-se regularmente com o feito.

Note-se que, a se operar a desclassificação como pretendido, passarão os acusados a fazer jus à suspensão condicional do processo. Em suma: liminarmente, uma notícia de traficância será sepultada, sem se permitir sua devida apuração judicial, posto que não haverá instrução criminal.

Todavia, é bom lembrar que, em essência, duas ações penais tramitam nestes autos: uma, principal, chamemo-la de “ação penal de conhecimento”; outra, cautelar, já que foram os réus presos em flagrante. Talvez o termo “ação penal cautelar” não se mostre de todo apropriado, porém é o bastante para evidenciar a situação que agora se passa a discutir.

Estamos convencidos de que V. Ex^a não pode mexer na ação penal principal antes de permitir a produção de prova.

Todavia, é possível que V. Ex^a, sob o enfoque cautelar, reexaminando os autos, verifique que as chances de prosperar a imputação constante da exordial sejam pequenas. Surge, então, um impasse: não se pode mexer na classificação dada ao fato neste momento. Porém, o juiz, que é o senhor dos títulos prisionais, percebe que não há a probabilidade suficiente de êxito na ação principal que, no momento, justifique a segregação do réu, medida de exceção que é. A Lei de Crimes Hediondos, figura a que é equiparado o tráfico de entorpecentes, veda a concessão de liberdade provisória. Teríamos, então, um novo título prisional: a *opinio delicti* do Promotor?

Parece-nos que não-teria cabimento chegarmos a esta conclusão. Que solução adotar diante disto?

Pode não ser a melhor a que a seguir se propõe, mas, pelo menos, é a única que satisfaz e equilibra ambos os interesses: de um lado, o *status libertatis* do réu; de outro, o *jus persequendi in judicio* do Ministério Público.

Verificando que não exista o juízo de probabilidade de prosperarem os fatos narrados na inicial, chegar-se-á à constatação de que, no plano cautelar, faltará um de seus pressupostos genéricos que sustentam a manutenção do cerceamento da liberdade: o *fumus boni juris*. A fumaça do bom direito é muito mais do que um princípio probatório mínimo que, por si só, já autoriza a propositura da ação penal. Requer-se um juízo de probabilidade de condenação naqueles termos; não de mera possibilidade. Faltando, pois, um pressuposto

para que a cautela se mantenha e não se podendo, por vedação legal, dar a contracautela, somos levados a reconhecer a existência de constrangimento ilegal, a desafiar o relaxamento da prisão. É evidente que não há óbice, nem poderia haver, ao relaxamento da prisão.

Assim, mantendo a classificação dos fatos tal como proposta na denúncia (não mexendo na ação penal principal), o juiz, verificando que, a par de haver justa causa para a imputação, falta o *fumus boni juris* para a manutenção da prisão em flagrante, deve relaxá-la.

Concluindo o *Parquet*:

1º) Este juízo não pode mexer na classificação dos fatos nesta oportunidade;

2º) Mesmo que pudesse, não se revelaria acertada tal medida, ante o princípio de prova que até aqui se colheu;

3º) Existe, *in casu*, além de justa causa para a ação penal principal, *fumus boni juris* para a manutenção da prisão em flagrante, ao passo em que um acusado disse na Polícia que a droga pertencia ao outro e que a estava transportando a mando seu, além de terem os Policiais Militares informado que realizaram a prisão em local conhecido como ponto de venda de drogas e que o outro acusado já era conhecido do mundo do tráfico. Por tudo isto, os pedidos formulados não de ser **indeferidos**, inclusive sendo as prisões mantidas.

4º) Se outro for o vosso melhor entendimento, que, então, sem se mexer na classificação jurídica dos fatos, sejam, apenas, relaxadas as prisões dos acusados.

Itaperuna, 25 de janeiro de 2000.

MARCELO LESSA BASTOS
Promotor de Justiça

RELATÓRIO