



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 798.215 - RJ (2015/0262560-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ATILA MORAES DE MENDONÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. OLHEIRO. VÍNCULO DURADOURO E PERMANENTE COM GRUPO CRIMINOSO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, LEI DE DROGAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULAS 7 E 83/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se admite a capitulação jurídica nos termos do art. 37 da Lei de Drogas, à conduta de "olheiro", praticada mediante contribuição estável e permanente aos destinatários das informações que possibilitarão a prática do tráfico de drogas, já que a referida figura típica pressupõe o vínculo esporádico e eventual conforme os precedentes da Corte.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 798.215 - RJ (2015/0262560-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ATILA MORAES DE MENDONÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental ministerial interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial com base na Súm. 83/STJ.

Sustentou o agravante que a contribuição em qualquer modalidade com o tráfico está abarcada pelo tipo previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06.

O agravado apresentou impugnação no sentido de que já estaria prescrita a pretensão executória da pena, e no mérito pela manutenção da decisão recorrida.

O Ministério Público do Rio de Janeiro se manifestou pelo provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 798.215 - RJ (2015/0262560-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O recurso foi interposto em face da seguinte decisão (fl. 307/309):

Trata-se de agravo que objetiva o destrancamento de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, aduzindo violação ao art. 37 da Lei 11.343/2006.

A decisão de inadmissão do recurso especial foi fundamentada na Súm. 7/STJ.

Aduziu o recorrente que a pretensão recursal resume-se à matéria eminentemente jurídica. Sustentou que optando o Ministério Público, na condição de dominus litis, em imputar o crime menos grave, o entendimento do julgador no sentido da existência de prova nos autos da mencionada estabilidade não pode conduzir à absolvição do réu.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo.

É o relatório.

DECIDO.

O agravo é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual passa-se ao exame do recurso especial.

O recorrido foi condenado em primeira instância pela prática do crime descrito no art. 37, Lei 11.343/2006, à pena total de 2 anos de reclusão em regime aberto que restou substituída por restritivas de direitos, e 300 dias-multa. Em sede de apelação, restou absolvido.

Aduziu o recorrente que houve negativa de vigência ao art. 37, Lei de Drogas, pois, entendendo o v. Acórdão que a prova dos autos indicava a prática do crime mais abrangente, e estando o Tribunal impossibilitado de condenar o recorrido pelo ilícito mais grave, a hipótese era de manutenção da sentença, a qual o condenara como incurso nas penas do delito subsidiário.

O acórdão condenatório foi assim fundamentado (fls. 200/201):

Como sabido, não é qualquer forma de colaboração que a norma penal está incriminando e sim aquela destacada como informante. No caso dos autos, não se vislumbra que a conduta do apelante ATILA de estar na posse de um rádio comunicador seria a de passar informações de forma cabal com o objetivo de contribuir para a prática de um dos crimes previstos na lei de drogas. Ao contrário, a sua função, tal como narrada na denúncia, era de "olheiro", portando o rádio transmissor apenas para facilitar a comunicação entre o grupo de traficante da referida favela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, facilitar a comunicação entre o grupo não significa, ser informante. Aliás, **a função de olheiro do apelante exercida naquele grupo é o suficiente para afastar a capitulação prevista no artigo 37 da lei de drogas, mesmo por que a conduta de colaborador informante precisa ser eventual, sem estabelecer qualquer vínculo associativo com os destinatários das informações, pois estes contribuem eventualmente com informes, mediante remuneração ou qualquer outra vantagem.**

De forma contrária, qual seja, quando há a contribuição permanente e estável com os destinatários da informação a conduta não poderá ser tipificada no delito previsto no artigo 37 e sim em outra norma prevista na lei de drogas.

Assim, não há como ser mantida a sentença condenatória prolatada pelo magistrado de piso.

Do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso defensivo para reformando a sentença guerreada, absolve-lo do delito a ele imputado.

Como se observa, o Tribunal local entendeu que o fato de ser olheiro de grupo criminoso afastava a conduta prevista no art. 37, Lei de Drogas, já que o tipo exige vínculo eventual, caracterizando outro delito a contribuição estável e permanente com os destinatários da informação, razão pela qual absolveu o recorrido.

Conforme precedente citado pelo próprio recorrente, a Corte já interpretou que A norma incriminadora do art. 37 da Lei nº 11.343/2006 tem como destinatário o agente que colabora como informante com grupo (concurso eventual de pessoas), organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.694/2012) ou associação (art. 35 da Lei nº 11/343/2006), desde que não tenha ele qualquer envolvimento ou relação com as atividades daquele grupo, organização criminosa ou associação para as quais atua como informante. Se a prova indica que o agente mantém vínculo ou envolvimento com esses grupos, conhecendo e participando de sua rotina, bem como cumprindo sua tarefa na empreitada comum, **a conduta não se subsume ao tipo do art. 37 da Lei de Tóxicos, mas sim pode configurar outras figuras penais, como o tráfico ou a associação, nas modalidades autoria e participação**, ainda que a função interna do agente seja a de sentinela, fogueiteiro ou informante [...] O tipo penal trazido no art. 37 da Lei de Drogas se reveste de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. [...] Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para cassar a condenação pelo delito descrito no art. 37 da Lei nº 11.343/2006**, mantendo apenas o édito condenatório pelo crime de associação, alterando-se, no mais, o regime de cumprimento da pena para o aberto. (HC 224.849/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recorrente professada pelo recorrente não comporta provimento em razão de conflitar com o precedente acima transcrito, pois entendeu a Corte que o art. 37, Lei de Drogas, apenas se configura quando o vínculo do informante for eventual, impondo-se o afastamento da condenação em caso de caracterização de outra figura típica, como procedeu o Tribunal a quo.

Assim, o recurso especial não comporta conhecimento por força do obstáculo constante na Súm. 83/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Destacou-se na decisão recorrida que o Tribunal *a quo* concluiu que o vínculo do agravado com o grupo criminoso se deu na condição de olheiro e de forma duradoura e permanente, o que ensejaria o afastamento da conduta descrita no art. 37, Lei de Drogas. Constou da fundamentação inclusive precedente da Corte no sentido de que se a prova indica que o agente mantém vínculo ou envolvimento com esses grupos, conhecendo e participando de sua rotina, bem como cumprindo sua tarefa na empreitada comum, a conduta não se subsume ao tipo do art. 37 da Lei de Tóxicos, mas sim pode configurar outras figuras penais, como o tráfico ou a associação, nas modalidades autoria e participação.

Nas razões do agravo regimental foi sustentado que a pretensão do *Parquet* estadual encontrava amparo na jurisprudência desta Corte, citando o HC156656/RJ, de Relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 06/05/2014.

O caso citado trazia como elemento central de discussão jurídica a tese de eventual *abolitio criminis* quanto ao art. 12, §2º, III, da Lei 6.368/1976, e que tal dispositivo não teria sido reproduzido na Lei 11.343/2006. Na ocasião, seguindo precedente do STF, HC n. 106.155/RJ, se concluiu que com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve a descriminalização da conduta prevista no artigo 12, § 2º, III, da Lei n. 6.368/1976, porquanto, embora não repetidas literalmente em um único dispositivo, as condutas anteriormente tipificadas no referido dispositivo subsistem desdobradas em outros artigos da nova legislação. Para aquele caso em particular, que se tratava de "fogueteiro", interpretou-se que a conduta praticada pelo paciente teria se amoldado ao art. 37 da atual Lei de Drogas.

O caso em discussão se difere do precedente apontado pelo agravante já que o Tribunal local, soberano na apreciação fática da matéria, concluiu que o recorrido se tratava de "olheiro" e que possuía vínculo permanente com o grupo criminoso, entendendo, portanto, que inaplicável ao caso o disposto no art. 37, Lei 11.343/2006. Ainda que se possa equiparar as condutas de "olheiro" com a conduta de "fogueteiro", o cenário fático específico do caso, ao apontar que o vínculo do recorrido não era eventual, impede que seja aplicado o mesmo resultado jurídico conferido por ocasião do julgamento do HC156656/RJ, pois tal perspectiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fática não foi considerada, ou mesmo preponderante, para a conclusão de que não houve a *abolitio criminis*.

Ademais, a necessidade do vínculo eventual para caracterização do crime do art. 37, Lei de Drogas, também é assim interpretada por Gonçalves:

Colaborar significa contribuir, cooperar, ajudar em alguma tarefa ou trabalho. No entanto, não é qualquer tipo de colaboração que se subsume ao tipo penal do artigo 37. A colaboração a que se refere o artigo 37 é aquela em que o sujeito traz informações (relevantes) para o desenvolvimento dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 da Lei. Nesse prisma, a colaboração deve se resumir à prestação de informações. Se o indivíduo praticar qualquer ato material dos crimes previstos nos arts. 33, caput, §1º, ou 34, sai da esfera do delito do artigo 37 e ingressa na seara dos crimes de maior gravidade. Além do mais, as informações devem ocorrer de forma meramente eventual, episódica, esporádica. Se o agente é contumaz em fornecer informações, sua conduta não é a do artigo 37, ingressando no âmbito da traficância e, sendo estável e permanente, adentrará no crime de associação para o tráfico (art. 35). (GONÇALVES, Matheus Kuhn. Legislação Penal Especial: Tráfico de Drogas, Tortura e Crimes Hediondos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 179/180 - grifo nosso)

No mesmo sentido, Lima:

O crime do art. 37 da Lei de Drogas funciona como verdadeiro tipo penal subsidiário (soldado de reserva) em relação à associação para fins de tráfico (art. 35). Em outras palavras, para que o agente responda pelo crime do art. 37 da Lei de Drogas, sua colaboração deve ser obrigatoriamente eventual. Ou seja, apesar de não estar associado de maneira estável ou permanente a determinado grupo, organização ou associação, o agente colabora eventualmente com tais indivíduos, geralmente com o objetivo de receber determinada remuneração pelos serviços por ele ocasionalmente prestados. Logo, se restar evidenciado que o agente estabeleceu um vínculo associativo estável e permanente com os destinatários das informações, passando a agir como um dos integrantes da associação criminosa, tendo como função precípua exatamente a prestação de informações, sua conduta deverá ser tipificada no art. 35 da Lei nº 11.343/06. (LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 2ª Edição. Bahia. Editora Jus Podium, 2014. p. 764 - grifo nosso)

Oportunamente, considerando a premissa que embasou o acórdão do Tribunal ordinário consistiu em substrato fático do caso, consistente no vínculo permanente a grupo criminoso, inviável o acolhimento da pretensão recursal já que esbarraria na Súm. 7/STJ. Nesse sentido:

5.6. A conclusão do Tribunal foi a de que a atuação do recorrente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se limitou à de informante, mas que houve a prática de atos que configuram o crime de tráfico de drogas. Para analisar o pleito de desclassificação para o art. 37 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário seria o reexame de matéria fático-probatória, descabido em recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ. (REsp 1501855/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 30/05/2017)

Outrossim, consigne-se que do acórdão absolutório, não houve provocação do órgão ministerial à segunda instância com o fim de que houvesse eventual *emendatio libelli*, pois, uma vez reconhecida que a conduta praticada se amoldaria a outro tipo penal, inclusive mais grave (art. 33 ou 35 da Lei de Drogas), poderia a condenação ser modificada com o fito de correta capitulação jurídica do caso, mas por se tratar de recurso exclusivo da defesa, deveria se respeitar a vedação à *reformatio in pejus*. Nesse sentido: *emendatio libelli pode ser aplicada em segundo grau, desde que nos limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a reformatio in pejus. Precedentes (HC 294.149/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)*. Contudo, preferiu o *Parquet* estadual interpor recurso especial sustentando tese jurídica no sentido de que seria inadequada a absolvição e que deveria ser mantida a condenação com base no art. 37, Lei de Drogas, o que diverge da jurisprudência da Corte nos termos da fundamentação supra.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0262560-3

AgRg no
AREsp 798.215 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00984349620128190002 201524750730

PAUTA: 26/09/2017

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : ATILA MORAES DE MENDONÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Colaboração com Grupo, Organização ou Associação
Destinados à Produção ou Tráfico de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ATILA MORAES DE MENDONÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.