



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.738.851 - RJ (2018/0103684-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : LUIZ MAGNO PACHECO SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO. OLHEIRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE DO VÍNCULO. INCIDÊNCIA DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTES.

1. A conduta de olheiro tanto pode se enquadrar no delito tipificado no artigo 37 como nos artigos 33 ou 35 da Lei n. 11.343/2006, a depender da comprovação da estabilidade ou não do vínculo.

2. Assim, se restar comprovado nos autos que o indivíduo colabora com o grupo prestando informações de forma esporádica, eventual, sem vínculo efetivo, a conduta se encaixará na norma descrita no artigo 37 da referida lei. Ao contrário, se ficar demonstrado que a função é exercida de forma estável, constituindo-se o modo pelo qual o agente adere aos fins do grupo criminoso, a hipótese será enquadrada no crime do artigo 35, ou mesmo, 33 da Lei Antidrogas, a depender das circunstâncias.

4. É incontroverso nos autos que o réu portava um rádio comunicador, com a finalidade de avisar aos traficantes da localidade acerca da chegada da polícia no local, porém, em nenhum momento há o reconhecimento da estabilidade de seu envolvimento com o tráfico de drogas, ou seja, não ficou demonstrado um vínculo efetivo com o grupo criminoso, apenas foi narrada uma única conduta desvinculada de qualquer outra finalidade, devendo, portanto, a hipótese ser enquadrada no artigo 37 da Lei Antidrogas.

5. 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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de agosto de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.738.851 - RJ (2018/0103684-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : LUIZ MAGNO PACHECO SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por **LUIZ MAGNO PACHECO SANTOS** contra decisão da minha lavra que deu provimento ao recurso especial, restando assim sintetizada:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO. OLHEIRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE DO VÍNCULO. INCIDÊNCIA DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Preliminarmente, alega o agravante que "diante da ausência de prequestionamento explícito da matéria e do fato que o conhecimento do Recurso especial envolveria a análise do conjunto probatório e da dinâmica dos fatos que se torna inarredável a inadmissão do recurso especial" (fls. 499).

Reclama que "A conduta imputada ao recorrido, como descrita na peça exordial, reflete uma conduta que não se enquadra devidamente no art.37 da lei 11.343/2006 e isso é o que se discute no momento nos autos. O preciso enquadramento do acusado na denúncia, cabe ao Ministério Público, e invocando os Princípios da Tipicidade e da legalidade estrita (exigências de um Estado Constitucional de Direito em âmbito penal), se tal enquadramento foi feito de forma equivocada, nada pode ser feito a não ser absolver o acusado. O Tribunal a quo, não se deixou levar pela vontade de alguns de realizar a justiça a qualquer custo e obedeceu sobre tudo a "lei do Direito", principalmente no que diz respeito ao devido processo legal, um dos pilares do nosso ordenamento jurídico" (fl. 501).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do feito à julgamento perante a 6ª Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.738.851 - RJ (2018/0103684-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO. OLHEIRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE DO VÍNCULO. INCIDÊNCIA DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTES.

1. A conduta de olheiro tanto pode se enquadrar no delito tipificado no artigo 37 como nos artigos 33 ou 35 da Lei n. 11.343/2006, a depender da comprovação da estabilidade ou não do vínculo.
2. Assim, se restar comprovado nos autos que o indivíduo colabora com o grupo prestando informações de forma esporádica, eventual, sem vínculo efetivo, a conduta se encaixará na norma descrita no artigo 37 da referida lei. Ao contrário, se ficar demonstrado que a função é exercida de forma estável, constituindo-se o modo pelo qual o agente adere aos fins do grupo criminoso, a hipótese será enquadrada no crime do artigo 35, ou mesmo, 33 da Lei Antidrogas, a depender das circunstâncias.
4. É incontroverso nos autos que o réu portava um rádio comunicador, com a finalidade de avisar aos traficantes da localidade acerca da chegada da polícia no local, porém, em nenhum momento há o reconhecimento da estabilidade de seu envolvimento com o tráfico de drogas, ou seja, não ficou demonstrado um vínculo efetivo com o grupo criminoso, apenas foi narrada uma única conduta desvinculada de qualquer outra finalidade, devendo, portanto, a hipótese ser enquadrada no artigo 37 da Lei Antidrogas.
5. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Não obstante a irresignação do recorrente, mantenho a decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

Diga-se, de início, que não há falar em reexame de prova porque a matéria foi apreciada segundo o delineamento fático desenhado nas instâncias ordinárias e nem em ausência de prequestionamento, pois o tema objeto do recurso especial foi apreciado pelo Tribunal de origem.

Quanto ao mérito, narra a inicial acusatória que (fl. 2/3):

No dia 24 de janeiro de 2016, por volta das 10 horas, na Comunidade do Pereirinha, bairro Barro Vermelho, São Gonçalo, o denunciado LUIZ MAGNO, livre e conscientemente, colaborava, como informante, com organização ou associação destinada à prática do crime de tráfico de entorpecentes, na medida em que, portava um rádio comunicador (fl. 24),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a finalidade de avisar aos traficantes da localidade acerca da chegada da polícia no local.

[...]

Consta dos autos que policiais militares em incursão na comunidade do Pereirinha avistaram o denunciado Luiz Magno no alto da localidade com um radiotransmissor na mão e, ao se aproximarem, o denunciado jogou o aparelho no mato e começou a andar rápido, mas foi alcançado e detido pela guarnição.

Realizada a revista pessoal, foi encontrado um telefone celular no bolso de Luiz Magno com várias fotos deste com uma pistola.

[...]

Assim agindo, encontra-se o denunciado LUIZ MAGNO incurso nas penas do art. 37 da Lei 11.343/2006, bem como os denunciados VITOR MATHEUS e FLANESON incursos nas penas do art. 33, caput, e art. 35, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau, após a instrução probatória, julgou procedente a ação penal para condenar o recorrido a pena de 2 anos de reclusão e 300 dias-multa pela prática do delito tipificado no artigo 37, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte fundamentação (fl. 210):

Compulsando-se os autos e atento aos detalhes dos fatos comprovados pela prova oral produzida em juízo, reputo que se aplica à espécie o disposto no art. 37, caput, da Lei nº 11.343/06. De fato, os elementos dos autos revelam que o acusado Luiz Magno atuava na qualidade de "olheiro do tráfico", porquanto fazia uso de um radiotransmissor para informar aos traficantes a chegada dos policiais.

Portanto, o acusado colaborava, como informante, com grupo, organização e/ou associação destinados à prática dos crimes previstos no art. 37 da Lei nº 11.343/2006.

De acordo com os depoimentos dos policiais militares, o acusado Luiz Magno encontrava-se no alto do morro, na Comunidade do Pereirinha, fazendo a vigilância do local, de posse de um radiotransmissor, tendo ele admitido que atua no tráfico como "atividade".

Assim, Infere-se da prova oral acima transcrita que o acusado atuava como "olheiro" do tráfico de drogas. Com efeito, a materialidade e a autoria do delito de colaborar, como informante, para o tráfico ilícito de drogas, ficaram demonstradas pelo auto de apreensão de fl.

24, laudo de exame de fls. 117, além da prova oral carreada aos autos.

Registre-se que ficou certa a apreensão de: um rádio comunicador da marca MOTOROLA, nas cores azul e preta, na posse do acusado.

Portanto, considerando as circunstâncias do local/condição em que se desenvolveu a prisão em flagrante, corroborado pelo material apreendido na posse do acusado, acrescido da prova oral produzida em juízo, é crível se concluir que o acusado colaborava, como informante, para o tráfico de drogas.

O Tribunal de origem, por sua vez, absolveu o réu ao argumento de que (fl. 397/398):

Por fim, necessário avaliar, de ofício, a condenação imposta ao corréu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luiz Magno Pacheco Santos.

Os autos revelaram que Luiz Magno atuava na qualidade de “olheiro do tráfico”, utilizando-se de um radiotransmissor para informar aos traficantes locais a chegada dos policiais.

Neste contexto, o juízo de censura o condenou como incurso nas penas do artigo 37 da Lei de Drogas.

Contudo, esta e. Câmara por mais de uma vez, expôs seu entendimento no sentido de que a figura de “olheiro do tráfico” não se enquadra no artigo 37 da LD, sendo a conduta reveladora de uma associação para mercancia de entorpecentes ou ainda tráfico.

Na lição do Exmo. Des. Gilmar Augusto Teixeira, em voto elucidativo sobre a matéria:

“Em verdade, ao adotar a teoria pluralista ou pluralística no tipo penal do art. 37, o intuito do legislador não foi alcançar o referido “radinho”, “olheiro” ou “fogueteiro”, pois estes são coautores do crime do art. 33 ou 35, mas sim aqueles que normalmente não integram a associação criminosa, em suas diversas funções hierárquicas, mas acabam colaborando com informações que são consideradas estratégicas para o exercício da traficância, tais como aquelas pessoas que informam de futuras incursões policiais nas localidades do tráfico, ou prestam informações sobre operações a serem realizadas para interceptar a entrega de drogas, etc.

Jamais poderia tal dispositivo ser utilizado para aplicação àqueles que integram a associação criminosa ou a coautoria do delito de tráfico”.

Embora haja prova de que o recorrente estava portando material comumente utilizado por integrantes da mercancia de entorpecentes para indiciar a chegada e o deslocamento de policiais na localidade, visando assim, garantir o êxito da atividade do tráfico ilícito de drogas, o certo é que essa conduta não se enquadra no tipo do art. 37, da Lei nº 11.343/06, que trata da colaboração, como informante de grupo, organização ou associação destinada à prática da traficância.

Pelo exposto, não respeitada a correlação entre a imputação e o delito reconhecido na primeira instância, a decisão deve ser declarada nula neste ponto, absolvendo-se o réu Luiz Magno.

Com efeito, a Lei n. 11.343/2006 estabelece que:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.

Pena - reclusão, de 3 a 10 anos, e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

O Tribunal de origem afirmou que a conduta de olheiro deverá ser enquadrada como delito de associação para o tráfico, porque configura uma conduta reveladora de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação para mercancia de entorpecentes ou ainda tráfico.

De fato, a conduta de olheiro tanto pode se enquadrar no delito tipificado no artigo 37 como nos artigos 33 ou 35 da Lei n. 11.343/2006, a depender da comprovação da estabilidade ou não do vínculo.

Assim, conforme ressaltado na decisão impugnada, se restar comprovado nos autos que o indivíduo colabora com o grupo prestando informações de forma esporádica, eventual, sem vínculo efetivo, a conduta se encaixará na norma descrita no artigo 37 da referida lei.

Ao contrário, se ficar demonstrado que a função é exercida de forma estável, constituindo-se o modo pelo qual o agente adere aos fins do grupo criminoso, a hipótese será enquadrada no crime do artigo 35, ou mesmo, 33 da Lei Antidrogas, a depender das circunstâncias.

Essa Corte já se manifestou nesse sentido, como se pode observar no seguinte precedente:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. DELITO DE COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE. ART. 37 DA LEI Nº 11.343/2006. PRESSUPOSIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OUTRO ENVOLVIMENTO COM O GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DE VÍNCULO. DIVISÃO DE TAREFAS. FUNÇÃO INTERNA DE SENTINELA, FOGUETEIRO OU INFORMANTE. CONFIGURAÇÃO DE TIPO PENAL MAIS ABRANGENTE. TRÁFICO OU ASSOCIAÇÃO. 3. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E DE COLABORAÇÃO COM A ASSOCIAÇÃO. ARTS. 35 E 37 DA LEI Nº 11.343/2006. AGENTE QUE EXERCE FUNÇÃO DE INFORMANTE DENTRO DA ASSOCIAÇÃO DA QUAL PARTICIPA. CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA APENAÇÃO INDEVIDA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 4. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA CASSAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 37 DA LEI Nº 11.343/2006 E ALTERAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO.

[..]

2. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, fogueteiro ou informante.

3. 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. De fato, cuidando-se de agente que participa do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta de colaborar com informações para o tráfico já é inerente aos mencionados tipos. Considerar que o informante possa ser punido duplamente, pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faz parte, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido *bis in idem*.

4. Além de o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 ter sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o crime de associação nem sequer é equiparado a hediondo, não havendo se falar, portanto, em regime fechado decorrente de imposição legal. Fixada a reprimenda no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias negativas, mostra-se adequada a aplicação do regime aberto, nos termos do que disciplina o art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

4. *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 11/6/2013, DJe 19/6/2013).

É incontroverso nos autos que Luiz Magno portava um rádio comunicador, com a finalidade de avisar aos traficantes da localidade acerca da chegada da polícia no local, porém, em nenhum momento há o reconhecimento da estabilidade de seu envolvimento com o tráfico de drogas, ou seja, não ficou demonstrado um vínculo efetivo com o grupo criminoso, apenas foi narrada uma única conduta desvinculada de qualquer outra finalidade. O Tribunal de origem apenas afirma que a conduta de olheiro afasta a incidência da norma descrita no artigo 37 da Lei n. 11.343/2006, sem contudo, modificar a situação fática reconhecida em primeira instância.

O enquadramento da conduta do acusado no delito de associação para o tráfico exige um plus, ou seja, deve haver a demonstração de estabilidade em sua conduta, de modo a configurar que o agente adere de forma duradoura aos fins do grupo criminoso.

Não há, portanto, nenhuma descrição fática nos autos que afaste a incidência da norma contida no artigo 37 da Lei Antidrogas, o que implica a necessidade de aceitação da imputação feita pelo Ministério Público, devendo, portanto, ser restabelecida a sentença condenatória neste ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0103684-5

AgRg no
REsp 1.738.851 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00071306820168190004 201825400102 71306820168190004

EM MESA

JULGADO: 21/08/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : LUIZ MAGNO PACHECO SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : VITOR MATHEUS FLORIM ROCHA
CORRÉU : FLANESON CAETANO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ MAGNO PACHECO SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : 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 regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.