

HABEAS CORPUS Nº 224.849 - RJ (2011/0270747-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO NASCIMENTO RODRIGUES

EMENTA

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.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

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, 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.

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de junho de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

HABEAS CORPUS Nº 224.849 - RJ (2011/0270747-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Rodrigo Nascimento Rodrigues, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 35 e 37, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo sido condenado pelo Juízo de origem apenas pelo crime de associação, à pena de 3 (três) anos de reclusão. Irresignado, o Ministério Público recorreu, pugnando pela condenação nos termos da denúncia, tendo o Tribunal dado provimento à apelação, conforme a ementa a seguir (fl. 136):

APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO NAS PENAS DOS ARTS. 35 E 37 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA QUE O CONDENA, TÃO SOMENTE, PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Possibilidade de cúmulo material dos crimes do art. 35 e 37 da Lei 11.343/06. Inadmiti-lo seria desconhecer o mundo da vida como ela é. Réu que, primeiro, se associa ao tráfico e, posteriormente, é surpreendido no desempenho de sua função como colaborador, utilizando-se de um rádio transmissor. Autoria e materialidade dos delitos de associação e de colaboração com o tráfico de drogas que restaram comprovadas por testemunhas e pela própria confissão do acusado. Por maioria, votaram os Desembargadores que compuseram a sessão, em CONHECER dos recursos, DESPROVENDO o da defesa e PROVENDO o do Ministério Público, para condenar o segundo apelante, também, pelo crime de colaboração como informante, em concurso material com o de associação para o tráfico, totalizando a reprimenda penal em 5 anos de reclusão e 1000 dias-multa, em regime fechado.

Foram interpostos, ainda, embargos infringentes, os quais foram rejeitados, nos seguintes termos (fl. 158):

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE - ART. 35 E 37 DA LEI 11.343/06 - DECISÃO MAJORITÁRIA CONHECENDO DA

APELAÇÃO, NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E ACOLHENDO O PLEITO MINISTERIAL PARA, ACERTADAMENTE, CONDENAR O EMBARGANTE TAMBÉM NO ART. 37 DA LEI DE DROGAS, RECONHECER O CONCURSO MATERIAL COM A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - VOTO VENCIDO MANTINHA A ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DA COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE - O agravante foi condenado como incurso nas penas do artigo 35 da Lei 11.343/06, a 03 (três) anos de reclusão e 700 dias-multa, regime inicialmente fechado, e, em sessão realizada pela Quinta Câmara Criminal, por maioria de votos, foi desprovido o apelo defensivo e acolhido o pleito ministerial para condená-lo também nas penas do art. 37 da Lei de Drogas, em concurso material. Neste particular, divergiu a Des. Suimei Meira Cavalieri, que mantinha a absolvição em relação ao crime de colaboração como informante, por entender que os tipos penais se repelem. Da leitura dos autos, conclui-se que primeiramente houve a associação para o tráfico. A prova colhida revela o animus associativo entre o embargante e os outros indivíduos não identificados. Houve entre eles um ajuste prévio na união de esforços, com caráter permanente, para o cometimento do delito de associação para o tráfico. Em um momento posterior, o embargante passou a ser informante na hierarquia da organização criminosa e permaneceu na função por dois anos. Sua atividade consistia em vigiar determinados pontos da comunidade e passar informações importantes sobre a movimentação na localização, utilizando-se de um rádio transmissor para tal. Assim, percebe-se que há provas dos delitos praticados, bem como das condutas autônomas, razão pela qual se configura o concurso material de crimes. Pedido da defesa que não merece acolhimento. EMBARGOS REJEITADOS.

Sustenta a impetrante, em síntese, a impossibilidade de cumulação do art. 35 com o art. 37, ambos da Lei nº 11.343/2006. Aduz que o delito de informante só ocorre se o agente não integrar a própria organização criminosa, razão pela qual se mostra descabido o concurso material.

Pugna, assim, pela absolvição do delito descrito no art. 37 da Lei de Drogas e pelo abrandamento do regime de cumprimento da pena.

As informações foram prestadas às fls. 173/195 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 199/206, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. Inviável a análise das pretensões de alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de supressão de instância. 2. É possível o concurso material entre os crimes tipificados nos artigos 35 e 37 da Lei nº 11.343/2006. 3. Pelo conhecimento parcial do **writ** e, na parte em que conhecido, o parecer é pela denegação da

Superior Tribunal de Justiça

ordem.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 224.849 - RJ (2011/0270747-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Superior Tribunal de Justiça

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente **mandamus**, insurge-se a impetrante, em síntese, contra a condenação do paciente como incurso nos arts. 35 e 37, ambos da Lei nº 11.343/2006, pois, a seu ver, não é possível cumular referidos tipos penais. Entende, assim, que deve ser mantida apenas a condenação pelo crime de associação, nos termos do que fixado na sentença, modificando-se, entretanto, o regime de cumprimento da pena.

Por oportuno, transcrevo trechos do édito condenatório (fls. 177/179):

Pelo que se depreende da prova dos autos, o réu confessa os fatos narrados na denúncia, em atitude leal com o juízo, o que é corroborado pelos depoimentos dos policiais militares que o prenderam, razão pela qual restou certo que ele trabalha para o tráfico do PÁRA PEDRO na função de olheiro, recebendo a quantia de R\$ 200,00 pela função, sob as ordens dos marginais indicados às fls. 02. De acordo com a teoria unitária a respeito do concurso de agentes para a prática de crimes, constante do art. 29 do CP, todos aqueles que concorrem para o crime respondem às penas a ele cominadas, encaixando-se como associado aquele que possui a função de "radinho", na mecânica da empresa em que se constitui o tráfico de drogas. Se a própria conduta de passar informações via rádio para os demais elementos do tráfico, com estabilidade, constitui a subsunção ao tipo da associação, o fato de prestar a informação importar também em colaboração representaria **bis in idem**, o que repugna à consciência jurídica. Segundo entendimento do Desembargador GILMAR TEIXEIRA, que adoto, a figura do colaborador importa em considerar que ele é um **extraneus** em relação à sociedade criminosa em que se constitui o tráfico de drogas, valendo lembrar que em tal situação se encaixa o indivíduo que tem conhecimento de alguma operação policial e dela dá notícia aos participantes do tráfico de que não participa, em colaboração eventual. Reproduzo a seguinte ementa para ilustrar o raciocínio: (...). Assim, a única conduta que pode ser imputada ao réu é de estar associado ao tráfico, sendo as informações que ele presta via rádio a própria materialização de sua inserção na sociedade criminosa, de forma que puni-lo por passar a informação novamente a título de colaboração é puni-lo duas vezes pela mesma conduta. Ausentes causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, a hipótese é de condenação pelo crime de associação. Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido constante da denúncia, a fim de CONDENAR RODRIGO NASCIMENTO RODRIGUES nas penas do art. 35 da lei 11.343, cumprindo absolvê-lo

da figura do art. 37 da mesma lei n/f do art. 386, III, do CPP. Passo ao cálculo da pena. Observados os critérios do art. 59 do CP nada há que prejudique o réu, razão pela qual fixo a pena base em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, no piso legal. Reconheço as atenuantes da menor idade abaixo de 21 anos e da confissão, mas deixo de reduzir a reprimenda em função da sum. 231 do STJ. Sem causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva em 3 anos de reclusão e 700 dias multa, no piso legal, no regime inicialmente fechado, por imposição da lei.

O Tribunal de origem, por seu turno, condenou o paciente também pelo delito descrito no art. 37 da Lei de Drogas, consignando que (fls. 138/139):

A prova testemunhal corroborou a prática dos dois crimes, sendo que o segundo apelante, em seu interrogatório, confessou serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Não admitir o cúmulo material dos crimes dos arts. 35 e 37 da Lei de Drogas é desconhecer o mundo da vida como ela é, ou seja, no tráfico de drogas, se houver uma associação estável e permanente como um dos elementos, sendo o elo de ligação, através da informação o tipo do art. 37 se perfaz. Negar o cúmulo material entre as duas condutas é negar os elementos da conduta, sob o prisma analítico/ontológico, isto é, a divisão em dois aspectos distintos entre si: interior e exterior (vontade e atividade). Ora, se existe o elemento anímico seguido de uma atividade (conduta) e esta se materializa porque descrita em lei (associação para o tráfico; tráfico; colaborador para o tráfico, etc.) há o crime. Por isso se diz, em doutrina de direito penal, que "a conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade, da essência, dirigida a um fim". O primeiro aspecto - vontade dirigida a um fim - abrange: a) o objetivo pretendido pelo agente; b) os meios utilizados para a execução; c) as consequências secundárias da atividade praticada. O segundo aspecto (atividade) caracteriza-se pelo movimento corpóreo. Apresenta-se, portanto, na realidade física e desenvolve-se no mundo exterior. Se o segundo apelante RODRIGO dirigiu sua conduta ao fim de se associar ao cometimento de crimes, de forma livre e espontânea, e uma vez associado ainda dirigiu sua conduta de forma a colaborar com informação há dois dolos, distintos entre si, que munidos de uma conduta (atividade) formam dois crimes. Diante disto, voto pelo provimento do recurso ministerial, para condenar o segundo apelante pelo crime tipificado no art. 37 da Lei 11.343/06, e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e inexistindo atenuantes ou agravantes, nem causas especiais de diminuição ou de aumento de pena, fixo a pena do réu em 2 anos de reclusão e 300 dias-multa, em concurso material com o crime de associação para o tráfico, mantida a pena fixada pelo magistrado.

Verifica-se, portanto, que a celeuma trazida aos autos se circunscreve à possibilidade de se cumular a função de informante com a de membro da associação para

o tráfico, sem que a condenação pelos delitos descritos nos arts. 35 e 37, ambos da Lei nº 11.343/2006, revele indevido **bis in idem**.

Num primeiro momento, considero necessário transcrever os tipos penais ora em exame:

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 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

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 crime de associação ao tráfico exige, para sua configuração, a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes descritos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. É necessário que fique demonstrado o ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação do vínculo permanente e estável, para a prática dos crimes que enumera.

O delito de colaborar como informante, disposto no art. 37 da Lei nº 11.343/2006, é uma inovação legislativa, por meio da qual se previu como delito autônomo referida forma de participação na empreitada criminosa. É colaborador aquele que transmite informação relevante, útil ou necessária, para o êxito das atividades do grupo, associação ou organização criminosa, que visam à prática de crimes previstos na Lei de Drogas.

Na Lei nº 6.368/1976, o informante era punido da mesma forma que o próprio traficante, dispondo o art. 12, § 2º, inciso III, que: "nas mesmas penas incorre, ainda, quem: (...); III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica".

Portanto, já era possível punir o informante, tendo a Lei nº 11.343/2006 apenas destacado referida conduta em norma própria e específica, com pena mais branda. Houve, assim, verdadeira continuidade normativo-típica benéfica ao agente.

Por oportuno, veja-se o seguinte julgado da Suprema Corte:

PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 12, § 2º, INCISO III, DA LEI

6.368/76 (CONTRIBUIÇÃO PARA O TRÁFICO, COMO “FOGUETEIRO”). REVOGAÇÃO DA LEI 6.368/76 PELA LEI 11.343/06. **ABOLITIO CRIMINIS**. INEXISTÊNCIA. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. CONDOTA TIPIFICADA NO ART. 37 DA LEI REVOGADORA. **LEX MITIOR**. RETROAÇÃO. ART. 5º, INC. XL, DA CF. 1. A conduta do “fogueteiro do tráfico”, antes tipificada no art. 12, § 2º, da Lei 6.368/76, encontra correspondente no art. 37 da Lei que a revogou, a Lei 11.343/06, não cabendo falar em **abolitio criminis**. 2. O informante, na sistemática anterior, era penalmente responsável como coautor ou partícipe do crime para o qual colaborava, em sintonia com a teoria monística do art. 29 do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. 3. A nova Lei de Entorpecentes abandonou a teoria monística, ao tipificar no art. 37, como autônoma, a conduta do colaborador, aludindo ao informante (o “fogueteiro”, sem dúvida, é informante), e cominou, em seu preceito secundário, pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, e o pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa, que é inferior à pena cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, expressando a **mens lege** que a conduta a ser punida mais severamente é a do verdadeiro traficante, e não as periféricas. 4. A revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a manutenção de condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como **in casu**, correspondência na lei revogadora. 5. Reconhecida a dupla tipicidade, é imperioso que se faça a dosimetria da pena tendo como parâmetro o **quantum** cominado abstratamente no preceito secundário do art. 37 da Lei 11.343/06, de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, **lex mitior** retroativa por força do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e não a pena in abstrato cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão. 6. Ordem denegada nos termos em que requerida, mas concedida, de ofício, para determinar ao juízo da execução que proceda à nova dosimetria, tendo como baliza a pena abstratamente cominada no art. 37 da Lei 11.343/06, observando-se os consectários da execução decorrentes da pena redimensionada, como progressão de regime, livramento condicional etc. (HC 106155, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão o Ministro LUIZ FUX, DJe 16/11/2011).

Verifica-se, dessarte, que 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 consistente em colaborar com informações já é inerente aos mencionados tipos.

Referida norma incriminadora 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 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 tais 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.

Com efeito, o exercício da função de informante dentro da associação é próprio do tipo do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, no qual a divisão de tarefas é uma realidade para consecução do objetivo principal. Portanto, se a prova dos autos não revela situação em que a conduta do paciente é específica e restrita a prestar informações ao grupo criminoso, sem qualquer outro envolvimento ou relação com as atividade de associação, a conduta se encontra inserida no crime de associação, o qual é mais abrangente e engloba mencionada atividade.

Resolve-se, assim, referida celeuma, pelo princípio da subsidiariedade, considerando-se o crime do art. 37 da Lei de Drogas, na expressão de Nelson Hungria, verdadeiro "soldado de reserva". Dessa forma, sua aplicação só é possível se não ficar demonstrada a prática do crime mais grave. Conforme elucida Rogério Greco, "na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave. É a aplicação do brocardo **lex primaria derogat legi subsidiariae**". (*Curso de Direito Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 30.)

Ao tecer comentários sobre o novo tipo penal trazido pela Lei nº 11.343/2006, Vicente Greco Filho explicita a conclusão trazida no parágrafo anterior, afirmando que o informante poderá, inclusive, ser condenado em continuidade delitiva, "desde que não se caracterize a participação no próprio tráfico" ou na associação para o tráfico. (*Tóxicos: prevenção-repressão* . 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 218.)

Igualmente, pondera Renato Marcão que "o agente que envia informações ao seu comparsa, em típica relação de coautoria, ainda que relacionada a crime previsto nos arts. 33, **caput** e § 1º, ou 34, não pratica o crime do art. 37, cuja realização típica exige que a atuação se restrinja à colaboração como informante, sem qualquer tipo de relação ou envolvimento com a prática de outra conduta identificável no **iter criminis** daquele outro delito para o qual se põe como informante". (*Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.)

Dessa forma, conclui-se que só pode ser considerado informante, para fins de incidência do art. 37 da Lei de Drogas, aquele que não integra a associação nem é

coautor ou partícipe do delito de tráfico. De fato, a lei excepcionalmente excluiu da subsunção típica dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 apenas o agente que tão somente colabora como informante, desde que demonstrado se tratar de **extraneus** à associação ou ao tráfico. Ademais, conforme lição de Ricardo Antonio Andreucci, "o agente deve atuar somente como informante. Se participar do crime de alguma outra forma, será partícipe ou coautor do tráfico". (*Legislação penal especial*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.)

Portanto, reconhecida a efetiva participação do agente na associação, a colaboração com informações já é uma das possíveis tarefas dentro sociedade delitiva, não se mostrando necessária a incidência da norma subsidiária. 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**, punindo-se de forma extremamente severa aquele que exerce função que não pode ser entendida como a mais relevante na divisão de tarefas do mundo do tráfico.

Patente que a conduta descrita no art. 37 da Lei nº 11.343/2006 tem incidência apenas quando não ficar caracterizada a efetiva participação em crime mais grave, por exemplo tráfico ou associação. Pune-se, assim, o informante na medida de sua culpabilidade, sem que seja necessário a ele imputar a participação ou coautoria no próprio tráfico, como ocorria na Lei nº 6.368/1976.

Outrossim, entendo prudente considerar que não se mostra impossível, em tese, a cumulação dos tipos penais em análise, desde que haja verdadeira delimitação da atuação do agente em associações distintas. Ou seja, o agente pode ser membro de uma associação e poderá, eventualmente, colaborar apenas como informante para outro grupo, do qual não faça parte.

No caso em apreço, mostra-se nítido que o paciente já participava de associação para a qual, em determinado momento, passou a colaborar especificamente como informante. Assim, a conduta de colaborar com informações ficou absorvida pelo crime mais grave, qual seja, de associar-se para o fim de cometer crimes descritos nos arts. 33, **caput** e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, pois mencionada atividade já é inerente à própria divisão de tarefas internas da associação.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento da pena, verifico que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado "por imposição de lei". Contudo, 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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Paciente condenada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, porque seria a pessoa responsável por promover a comunicação entre traficante preso, com o qual tinha relacionamento amoroso, e seus asseclas, distribuindo tarefas para a compra e a comercialização de drogas. 2. O crime de associação para o tráfico de drogas não se encontra elencado no rol dos crimes hediondos ou equiparados, não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.343/06. E, de todo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por esses crimes. 3. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte. 4. Inexiste, outrossim, qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que a condenada atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. 5. Ordem de **habeas corpus** concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto, determinando ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar. (HC 243.903/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 01/02/2013).

Assim, tendo o Juízo de origem fixado sua reprimenda no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias negativas, considero adequada a aplicação do regime aberto, nos termos do que disciplina o art. 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**. Concedo, no entanto, a ordem 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.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2011/0270747-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.849 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 148603120108190202

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

PACIENTE : **RODRIGO NASCIMENTO RODRIGUES**

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.