

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.826.860 - RJ (2019/0206291-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : IURI ANDRÉ MIRANDA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local (relator Desembargador Nildson Araujo da Cruz).

Consta nos autos que o recorrido foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos c/c o art. 40, IV, todos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em juízo de primeiro grau, foi absolvido da imputação descrita no art. 33 da Lei de Drogas, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e condenado às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 700 dias-multa, como incurso no art. 35 da referida lei.

A defesa interpôs apelação criminal, que foi provida para absolver o réu, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 271):

Associação para o tráfico. Sentença condenatória. Prova insuficiente. Recurso defensivo provido para absolver o réu.

A condenação de alguém pela prática do crime definido no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se põe na dependência de uma prova segura de que seja estavelmente associado para prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/2006. No caso concreto, porém, o único policial ouvido em juízo foi incapaz de fornecer elementos objetivos, convincentes de que o apelante se vinculasse estavelmente, com tal finalidade, a, pelo menos, outra pessoa. Limitou-se, isto sim, a traduzir um ato isolado, o que, a todas as luzes, é insuficiente. No máximo, a conduta detectada poderia ser considerada a tipificada no art. 37 daquele diploma. Todavia, é inviável alterar a imputação. Ademais, o esclarecimento prestado pelo agente da lei sobre a conduta do recorrente não se presta para manter a condenação, até mesmo porque sequer mencionou que o acusado estava associado para prática do delito de tráfico.

Apelo provido para absolver o réu, nos termos do art. 386, VII, do

Superior Tribunal de Justiça

Código de Processo Penal.

Irresignado, o *Parquet* interpôs este recurso especial, alegando violação dos arts. 37 da Lei n. 11.343/2006, e 383, 384 e 617 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que, *"entendendo o v. Acórdão que o denunciado não atuava na organização criminosa de forma estável, mas de forma eventual, a hipótese é de desclassificação e condenação pela prática do crime do artigo 37 da lei de regência, não se podendo absolvê-lo ao argumento de que o crime imputado na denúncia é aquele do artigo 35 da Lei de Drogas, isto porque a hipótese é de ementadio libelli e não mutatio libelli"* (e-STJ fl. 289).

Aduz que *"a denúncia narrou todos os fatos necessários e suficientes à condenação pelo crime previsto no artigo 37 da Lei nº 11.343/2006, não sendo mister alterar os fatos narrados na peça inicial para o seu reconhecimento, mas apenas suprimir a elementar não comprovada (estabilidade na associação)"* (e-STJ fl. 305).

Defende, assim, que *"não é mister a realização de aditamento da denúncia nos termos do art. 384, parágrafo único, do CPP, até mesmo porque a hipótese amolda-se no art. 383 do CPP"* (e-STJ fl. 305).

Contrarrazões às e-STJ fls. 312/359.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 384/388).

É o relatório.

Decido.

Extrai-se do acórdão recorrido o que foi analisado pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 274/276):

A condenação de alguém pela prática do crime de associação para o tráfico se põe na dependência de uma prova segura de que esteja estavelmente associado para a prática dos crimes tipificados nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei nº. 11.343/2006.

No entanto, como, sem dificuldade, se depreende da prova oral, o único policial ouvido em juízo foi incapaz de fornecer indicações objetivas e convincentes de que o acusado fosse vinculado estavelmente, para a prática de qualquer daquelas infrações penais. Limitou-se, isto sim, a referir a um evento com uma boa dose de

nebulosidade.

Veja-se a prova.

Marcelo Silva do Nascimento, policial militar, em juízo, pasta 90, fls. 69, respondeu ao Ministério Público que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros, e que se recorda sobre os fatos e do acusado Iuri. Relatou que, no dia dos fatos, ele e outro policial foram averiguar uma denúncia, quando entraram em uma rua, logo no início, se depararam com um grupo de elementos, que correram, estavam mais próximos da viatura, e jogaram alguma coisa no chão, quando o colega disse: é um radinho, e pediu para parar com a finalidade de pegá-lo, então, parou, desceu, e quando foi abordar Iuri, já se dirigiu para pegar o radinho no chão, peguei e quando olhou Iuri estava se debatendo, tentando fugir, quando o seu colega, Sargento Jan, o segurou, Iuri colocou o pé na parede, empurrou, caíram os dois, mas logo após conseguiu algemá-lo. Logo após, tentaram fazer o retorno, e na segunda rua à esquerda, se depararam com mais dois elementos, um com material. Respondeu ao Ministério Público que **quando avistou Iuri, ele estava sozinho, e mais a frente, cerca de 100m, estava um grupo, na verdade Iuri estava de costas para o grupo e quando olhou para trás, jogou o radinho no chão.** O agente da lei informou que Iuri confessou trabalhar para o tráfico, sendo que **a arma e a droga foram apreendidas na rua mais a frente, ele mesmo que achou; longe do Iuri. O policial esclareceu que Iuri disse que não sabia da existência da droga e da arma.** Indagado sobre a apreensão de um menor, o policial respondeu que no outro grupo foi apreendido um menor, duas ruas depois.

Disse que **Iuri só se desfez do radinho, não viu ele se desfazer de armas e drogas; que ele não falou para quem ele trabalhava. Passada a palavra para a defesa, foi perguntado e respondido pelo agente da lei que neste dia foram levadas 03 pessoas para à delegacia de polícia, o réu foi preso sozinho; que as outras duas pessoas foram presas em circunstâncias diversas; que a droga e a arma estava do outro lado da rua em que ele foi preso; que só viu ele se desfazendo do radinho.**

O acusado Iuri André Miranda da Silva, pasta 90, fls. 70, em juízo, exerceu o direito de permanecer em silêncio, apenas respondeu à Magistrada que tem 18 anos, estudou até a 5ª série, é casado, tem uma filha, mora com sua mãe, esposa e filha; que faz biscate cortando cabelo e que já foi processado quando era menor por ato infracional análogo ao tráfico.

A narrativa do policial Marcelo, acima transcrita, única testemunha ouvida durante a instrução criminal, não me autoriza a formulação de um juízo condenatório, pois sequer disse que Iuri estaria associado estavelmente com outras pessoas para a prática do tráfico, nem mesmo com aquelas capturadas, logo após, com o material entorpecente.

E, no máximo, a conduta detectada poderia ser aquela tipificada no art. 37 da Lei nº. 11.343/06, todavia é inviável alterar a imputação.

Nestas condições, voto no sentido de que seja dado provimento ao

Superior Tribunal de Justiça

apelo defensivo, para absolver Iuri com base no art. 386, VII do Código de Processo Penal. (grifei)

No tocante às alegações de que "*a denúncia narrou todos os fatos necessários e suficientes à condenação pelo crime previsto no artigo 37 da Lei nº 11.343/2006*" (e-STJ fl. 305) e que "*não é mister a realização de aditamento da denúncia nos termos do art. 384, parágrafo único, do CPP, até mesmo porque a hipótese amolda-se no art. 383 do CPP*" (e-STJ fl. 305), verifica-se que essa tese deduzida no recurso especial **não foi debatida de forma específica na origem** e não houve a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração, sendo patente a falta de prequestionamento.

Com efeito, o Tribunal de origem limitou-se a consignar que "*o único policial ouvido em juízo foi incapaz de fornecer indicações objetivas e convincentes de que o acusado fosse vinculado estavelmente, para a prática de qualquer daquelas infrações penais. Limitou-se, isto sim, a referir a um evento com uma boa dose de nebulosidade*" (e-STJ fl. 274), aduzindo que, "**no máximo**, a conduta detectada **poderia** ser aquela tipificada no art. 37 da Lei nº. 11.343/06, todavia é inviável alterar a imputação" (e-STJ fl. 275, grifei).

Não houve análise, portanto, quanto à tese de que, no presente caso, a denúncia descreveria todos os elementos para condenação pela prática do crime previsto no art. 37 da Lei de Drogas e, assim, o magistrado poderia divergir da capitulação do crime feita pelo Ministério Público, sem que isso implicasse violação ao princípio da correlação.

Destarte, no ponto, tem incidência a vedação prescrita nas Súmulas n. 282 e 356/STF.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA. ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, "b", e § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. A suposta existência de erro material na fixação da reprimenda não foi tratada pelo acórdão recorrido e tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar o suposto defeito. Aplica-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 980.386/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)

Outrossim, anota-se que, para o acolhimento da tese ministerial no sentido de que haveria elementos suficientes nos autos para a condenação do acusado pelo crime previsto no art. 37 da Lei de Drogas, seria necessário o reexame do conteúdo fático-probatório, o que é vedado nesta instância extraordinária, a teor do disposto nas Súmulas n. 7/STJ e 279/STF.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator