AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.061 - SP (2019/0100431-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	FABRICIO TOLEDO DE SOUZA
ADVOGADOS	:	CARLOS CHAMMAS FILHO - SP220502
		AMELIA EMY REBOUÇAS IMASAKI - SP286435
		VITORIA CHAMMAS VARELA ALVES - SP373823
SOC. de ADV.	:	CHAMMAS E ANASTACIO ADVOGADOS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por FABRICIO TOLEDO DE SOUZA contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos, e pagamento de 10 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 155, *caput*, Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento à irresignação, mantendo todos os termos do édito condenatório.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Contra a decisão foi apresentado o recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas n. 7, 182/STJ e na ausência de comprovação da divergência jurisprudencial.

No presente recurso, alega o agravante que nenhum dos óbices indicados na decisão de admissibilidade incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da insurgência.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão objurgada, merece análise o inconformismo.

No que tange à alegada violação ao art. 89 da Lei n. 9.099/1995, em razão da não realização da audiência admonitória para a suspensão condicional do processo, o Tribunal de origem assim fundamentou o afastamento do pleito defensivo, a saber:

> *"Primeiramente, não é o caso de conversão do julgamento em diligência para fins de oferecimento de suspensão condicional do processo.*
> *Isso porque, conforme se extrai dos autos, a suspensão formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo não foi aplicada no caso concreto por desídia do próprio acusado e de sua defesa técnica.*
> *Assim, tem-se que em 03 de outubro de 2016, o Ministério*

Público ofereceu a proposta de suspensão do processo, com fulcro no artigo 89 da Lei 9.099/95 (fls. 88), e após constatação de que o apelante reside na comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (fls. 91), foi determinada a expedição de carta precatória em 19 de outubro daquele ano (fls. 92).

A partir de regular feito da Carta Precatória, o réu foi citado e intimado a respeito da existência do processo, bem como que existia proposta de suspensão condicional, em 28 de janeiro de 2017 (fls. 135).

Dessa forma, foi designada audiência especial com a finalidade do artigo 89, para o dia 11 de abril de 2017 (fls. 149). Vale ressaltar, que antes da expedição da carta precatória, o réu já estava sendo assistido por sua advogada constituída, Dra. Vitória Varela Alves.

A partir de então, o réu não foi mais localizado pelo oficial de justiça para ser intimado da audiência, sendo que em 24 de março de 2017 (fls. 166) não foi localizado, bem como não foi localizado por meio do número de telefone informado, no dia 10 de abril (fls. 168).

Após nova tentativa, o réu apenas foi intimado da audiência em 11 de abril, ou seja, na data designada, e dessa forma, por intermédio de seus patronos, entrou em contato telefônico informando não ter tempo hábil para comparecimento (fls. 171), oportunidade em que foi redesignada uma nova data para o dia 09 de maio de 2017.

Após nova expedição de intimação, o réu deixou de ser intimado pelo sr. Oficial de Justiça, o qual informou que o apelante era desconhecido no local, bem como afirmou que faltava complemento do endereço, que se trava de um complexo de blocos (fls. 177), e por tal razão a audiência não se realizou, e a carta precatória foi devolvida (fls. 178).

Com a devolução da carta precatória, bem como diante da resposta à acusação já apresentada, a MM[2]. Magistrada a quo designou audiência de instrução e julgado para o dia 03 de agosto de 2017 (fls. 180).

Iniciada a audiência, a d. defesa do acusado requereu, desde o início, nova expedição de carta precatória para a comarca do Rio de Janeiro, diante da não realização da audiência designada anteriormente, eis que o réu foi localizado por duas oportunidades na sua residência, bem como requereu a realização de pedidos de diligência apresentados na resposta à acusação e nova expedição de carta precatória para a realização do interrogatório do réu na comarca de seu domicílio (fls. 277).

Tais pedidos foram todos rechaçados, e com acerto.

> *Primeiramente, insta salientar, desde logo, que além de ser representado por sua advogada constituída, Dra. Vitória Chammas Varela Alves, OAB/SP n° 373.823, o próprio apelante é advogado, inscrito na seccional da OAB deste Estado de São Paulo, sob o n° 133.739, em que pese residir na comarca do Rio de Janeiro.*
> *Ademais, teve toda a oportunidade de comparecer aos atos marcados naquela comarca, além de não ter sido encontrado no endereço declinado, mesmo após oficial de justiça deixar telefone para contato.*
> *Dessa maneira, o réu foi devidamente citado (fls. 135), e esteve ciente da audiência realizada (fls. 171), e por meio de contato telefônico com o cartório da 40ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro requereu adiamento.*
> *O réu, em seguida, não foi intimado no endereço fornecido, e após a devolução da carta precatória, sua d. defesa tomou ciência e nada requereu, aguardando o transcurso do tempo até a data da audiência designada." (e-STJ fls. 428/431)*

Conforme se depreende dos autos, após ser intimado a respeito da realização da audiência admonitória, por meio de sua defesa técnica, o réu entrou em contato com a serventia deprecada do Rio de Janeiro para informar que não poderia comparecer ao ato, de modo que foi redesignada a audiência.

Ato seguinte, houve a tentativa de intimação do acusado para a referida audiência, a qual restou infrutífera, conforme certificado pelo oficial de justiça, que não localizou o réu no endereço por ele informado, o que ocasionou a devolução da carta precatória sem cumprimento.

Diante deste cenário, verifica-se que não há que se falar em violação ao referido dispositivo legal, já que o acusado não foi localizado por desídia própria e, de acordo com o entendimento deste Sodalício, cabe ao réu manter seu endereço atualizado junto ao Juízo processante, de modo que não cabe a defesa alegar nulidade que ela própria deu causa.

No mesmo sentido:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE DO WRIT AFASTADA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INTIMAÇÃO PARA JUSTIFICAR DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO IMPOSTA. PACIENTE NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO DECLINADO NOS AUTOS. INÉRCIA QUE IMPLICOU REVOGAÇÃO DA BENESSE E PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DEFESA PRELIMINAR. DESNECESSIDADE. RITO SUMARÍSSIMO. ART. 89 DA LEI N. 8.099/1995. NULIDADES NÃO EVIDENCIADAS. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso*

legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Afastada a alegada prejudicialidade do writ arguida pelo Parquet Federal, em face da superveniente prolação de sentença condenatória em desfavor do paciente, uma vez que, reconhecida alguma das nulidades aqui suscitadas pela defesa, por conseguinte, o processo estará maculado pela existência de vício processual insanável, devendo todos os atos processuais posteriores serem renovados, inclusive, a sentença. 3. No caso em exame, o processo se desenvolveu sob o procedimento sumaríssimo previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, em face de a conduta do paciente se amoldar à infração penal de menor potencial ofensivo. Assim, não há falar em adaptações do rito previsto na referida legislação à luz das inovações trazidas pela Lei n. 11.719/2008.
4. Não ocorre nulidade do processo penal que tramita em Juizado Especial Criminal pelo fato de haver sido proposta a suspensão condicional do processo antes do oferecimento da resposta à acusação. Isso porque, de acordo com o art. 89 da Lei n. 9.099/1995, a proposta de sursis processual deve ser feita no momento do oferecimento da denúncia, não havendo que se falar na necessidade de prévio oferecimento de resposta à acusação.
5. Na revogação facultativa, é imprescindível que o magistrado, antes da revogação do sursis processual, intime o beneficiário a fim de lhe dar a oportunidade de se justificar quanto ao descumprimento da condição a ele imposta.
6. No caso em apreço, conforme certidão do Oficial de Justiça, o mandado de intimação não foi cumprido, por não ter sido encontrado o paciente no endereço por ele declinado nos autos.
7. Em processo penal, cabe ao réu manter atualizado o seu endereço nos autos, o que não ocorreu na espécie, razão pela qual há óbice para o reconhecimento de seu alegado direito em contradição com sua anterior conduta.
8. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP).
9. Hipótese em que a defesa técnica tomou ciência da decisão que revogou o sursis e não interpôs recurso, razão pela qual não há falar em nulidade.
10. Writ não conhecido.
(HC 419.787/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018)

No que tange à aventada violação ao art. 367 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que a revelia do agravante teria sido decretada de maneira indevida, pois não teria sido intimado a respeito da audiência de instrução, o Tribunal *a quo* consignou, in verbis:

"Também não subsiste o pedido para expedição de carta precatória para realização de interrogatório do acusado.
O apelante esteve a todo momento ciente da realização da

> *audiência de instrução e julgamento, tanto que sua defensora constituída compareceu ao ato, contudo optou por não comparecer ao seu interrogatório, e nem tampouco demonstrou a impossibilidade de se deslocar ao juízo natural.*
> *Ademais, quando da apresentação de defesa preliminar (fls. 100/108), não houve qualquer pedido para que o réu fosse interrogado via carta precatória.*
> *Assim, diante da inércia defensiva, que apenas aguardou transcurso temporal, agiu com acerto a MMª Magistrada a quo ao considerar preclusos os referidos pedidos (fls. 278/279).*
> *Daí se extrai a regra basilar do direito processual do Nemo potest venire contra factum proprium, ou seja, a d. defesa não pode se valer contraditoriamente de um ato a qual contribuiu para posteriormente pleitear sua nulidade. (e-STJ fls. 431/432)*

Da análise dos autos, observa-se que a revelia do acusado foi decretada em razão de seu não comparecimento na audiência de instrução e julgamento sem qualquer justificativa para tanto, mesmo tendo ciência da realização do ato, o qual contou com o comparecimento de sua defensora, conforme destacado pelo Tribunal de origem.

Ademais, a defesa não requereu a expedição da carta precatória para o interrogatório do réu no momento oportuno, qual seja, na apresentação da defesa preliminar.

Nota-se, portanto, que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, segundo a qual não tendo réu comparecido à audiência sem qualquer justificativa para tanto deve ser decretada sua revelia, não havendo que se falar em violação ao art. 367 do CPP.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTOS FALSOS E PECULATO. REVELIA. PLEITO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. COMPARECIMENTO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INÉRCIA DA DEFESA TÉCNICA. ART. 565 DO CPP. DIREITO ABSOLUTO DE PRESENÇA. INEXISTÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.*
> *WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
> *2. Preliminar de preclusão consumativa suscitada pelo Parquet Federal rejeitada.*
> *3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama*

> *uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).*
> *4. "O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos." (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).*
> ***5. Dispõe o art. 367 do CPP que "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo".***
> ***6. No caso em exame, o paciente não foi localizado no endereço declinado nos autos para a intimação do interrogatório, o que levou a decretação de sua revelia. Posteriormente na audiência de instrução e julgamento, com a sua presença, nada foi requerido pela defesa técnica acerca do seu interrogatório.***
> *7. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP).*
> *8. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 331.634/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 07/02/2018)*

Quanto à alegada violação aos arts. 156 e 158 do Código de Processo Penal pelo indeferimento de diligências solicitadas pela defesa, o Tribunal de origem asseverou que a *"apreciação dos pedidos trazidos pela defesa, eis que foram considerados desnecessários e irrelevantes para o julgamento, pois a prova oral produzida em juízo foi robusta a apontar à autoria delitiva"* (e-STJ fl. 432).

Infere-se, portanto, que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, segundo a qual *"não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes"* (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1/9/2015).

A corroborar:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO. NÃO RECONHECIMENTO. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO.*

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada.

2. In casu, o magistrado sentenciante indeferiu o pedido de exame toxicológico ao concluir pela inexistência de qualquer elemento indiciativo de que o recorrente fosse usuário de drogas.

3. Não há que se falar em confissão, isso porque consta dos autos que o recorrente, em nenhum momento, reconheceu que praticara o delito.

4. Quanto à tese de concorrência de culpa, vale registrar que esta Corte Superior não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. A propósito: HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013.

5. Também não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, porquanto, como bem destacado no acórdão recorrido à e-STJ fl. 563, "o apelante possui um extenso histórico de crimes, sendo reincidente em delitos contra o patrimônio, incluindo receptação, furto qualificado e furto simples".

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1318170/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ADITAMENTO ÀS RAZÕES DE APELAÇÃO. PRETENSÃO DE CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ORDEM DENEGADA.

1. Interposta apelação, a prática de novo ato processual com intuito de aditar às razões recursais fica obstada pela preclusão consumativa.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes *(REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1/9/2015)" (AgRg no AREsp 1.035.285/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018).*

3. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 469.281/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018)

A respeito da alegada violação ao art. 384 do Código de Processo Penal, sob argumento de que o magistrado teria modificado a definição jurídica dos fatos sem conceder à defesa a oportunidade de manifestação a respeito da nova acusação, a Corte

estadual asseverou, a saber:

> *"Primeiramente, quanto a possível ausência de correlação entre acusação e sentença, e suposto julgamento extra petita, entendo que, no caso concreto, por se tratar de pedido de reconhecimento de crime tentado, não há que se falar em nulidade, pois trata-se de matéria afeita ao mérito da questão, e será analisada em momento oportuno.*
> *[...]*
> *Quanto ao pedido subsidiário de reconhecimento da tentativa, não merece melhor sorte.*
> *Primeiramente, certo que ao réu foi capitulado inicialmente o delito de furto tentado, sendo os fatos descritos como:*
> *[...]*
> *Logo, não há que se falar em ausência de correlação entre acusação e sentença. O réu foi denunciado por subtrair a garrafa de Whisky, e foi surpreendido, posteriormente, por policiais militares.*
> *Logo, agiu com acerto a MMª Magistrada sentenciante em considerar que o delito se consumou.*
> *Dá-se a consumação do crime de furto com a simples inversão da posse, ou seja, no momento em que o objeto material é retirado da disponibilidade do sujeito passivo e ingressa na livre disponibilidade do sujeito ativo, ainda que posteriormente venha a ser recuperado.*
> *No caso vertente, o apelante foi surpreendido por policiais militares após terem subtraído o produto da empresa-vítima.*
> *Ressalta-se, que o réu já estava no exterior da loja, na área de desembarque, e somente foi impedido de sair do aeroporto porque policiais militares foram acionados. Portanto, o bem saiu da esfera de vigilância da vítima, havendo inegável inversão da posse. E, tendo sido percorrido integralmente o iter criminis, não há falar-se em tentativa." (e-STJ fls. 432 e 439/440)*

Sobre o assunto, é cediço que o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal trazida pelo órgão acusador na denúncia, de modo que o momento adequado para o ajuste da tipificação é o da prolação da sentença, porquanto o juiz, após percuciente análise dos fatos e provas carreados aos autos, poderá entender que o fato criminoso descrito na inicial acusatória merece outra definição jurídica e, valendo-se da *emendatio libelli*, conforme disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, aplicará a correta tipificação penal à conduta analisada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEI VIOLADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. EMENDATIO LIBELLI. CORRELAÇÃO DOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA E NA SENTENÇA. DISPENSABILIDADE DAS REGRAS DO ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INCURSÃO NAS PROVAS DOS ATOS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CORRUPÇÃO PASSIVA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE DEVERIA ZELAR PELO CUMPRIMENTO DAS LEIS. ELEMENTO DE MAIOR REPROVABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O argumento do agravante de que foram combatidos os fundamentos de inadmissão do recurso especial não refuta a incidência da Súmula n. 284 do STF, que aponta pela deficiência de fundamentação decorrente da não indicação dos dispositivos de lei tidos por violados.

2. A Corte Regional entendeu pela possibilidade de emendatio libelli, correlação entre os fatos descritos na denúncia e na sentença, e, ainda, pela dispensabilidade do cumprimento das regras do art. 384 da lei processual penal no caso.

3. Esta Corte já definiu que o réu se defende da imputação fática e não da imputação jurídica, assim, tratando-se da emendatio libelli, mostra-se desnecessária a observância das disposições do art. 384 do CPP.

4. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à correlação entre os fatos descritos na denúncia e na sentença, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Súmula n. 7 desta Corte.

5. A majoração da pena-base se deve ao fato de ter sido considerada negativa a circunstância judicial da culpabilidade, em razão do crime ter sido praticado por policial federal, agente estatal que deveria zelar pelo cumprimento das leis.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1422251/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESTELIONATO. CORRUPÇÃO PASSIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ESVAZIAMENTO DA ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. CONFIGURADA A EMENDATIO LIBELLI. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXAURIMENTO DAS RAZÕES DO TRIBUNAL A

QUO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. TEMPESTIVIDADE DAS CONTRARRAZÕES MINISTERIAIS. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS. SÚMULA N. 7/STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO CALCADA EM ELEMENTOS INDICIÁRIOS, DEVIDAMENTE CORROBORADOS NA FASE JUDICIAL E COMPLEMENTADOS POR OUTROS DE PUJANTE FORÇA PROBANTE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO PELA IMPOSSIBILIDADE DE INDUÇÃO DE PESSOA JURÍDICA EM ERRO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA DE FORMA ESPECÍFICA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE DO AGENTE E AOS MOTIVOS DOS CRIMES. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AOS TIPOS PENAIS. JUSTIFICADA, PORÉM, A NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXORBITANTE. PRECEDENTES. QUANTUM DE DE AUMENTO APLICADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PELO AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS À CULPABILIDADE DO AGENTE E AOS MOTIVOS DO CRIME. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DE OUTROS AUTORES DOS MESMOS DELITOS EM FEITO DIVERSO. INCOMUNICABILIDADE DA INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 117 DO CÓDIGO PENAL.

1. Esta Sexta Turma é firme na compreensão de que não merece conhecimento a alegação de inépcia da denúncia quando superveniente, como no caso, condenação, pois preclusa a discussão. Precedentes.

2. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa um dos mais importantes postulados para a defesa, porquanto estabelece balizas fixas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito condenatório.

3. Ademais, é princípio comezinho do direito penal e processual penal que o réu se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. Contrariamente ao alegado pelo recorrente, e já estatuído na instância ordinária, a questão atrai a normatividade do artigo 383 (emendatio libelli) e não a do artigo 384 (mutatio libelli) do Código de Processo Penal, razão pela qual se mostra despicienda a abertura de prazo para a manifestação da defesa, tendo em conta que o réu se defende dos fatos narrados na incoativa, e não da capitulação jurídica ofertada pelo Parquet.

[…]

22. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para reduzir a reprimenda e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do recorrente em relação aos delitos de

> *organização criminosa, estelionato e corrupção passiva, pela ocorrência da prescrição.*
> *(REsp 1565024/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 06/06/2018)*

Na hipótese, o réu foi denunciado por furto tentando, sendo que o magistrado singular, sem modificar a descrição dos fatos atribuídos pelo Ministério Público, conforme assentado pelo Tribunal estadual, entendeu que a conduta melhor se adequava ao crime na forma consumada, evidenciando que as instâncias de origem procederam à *emendatio libelli* e não à *mutatio libelli*, como alega a defesa, de modo que não se exige as providências previstas no art. 384 do CPP.

Dessa forma, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte quanto aos pontos acima descritos, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83 deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Por tais razões, **conheço do agravo e não conheço do recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 03 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator