

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.374 - RJ (2019/0310275-2)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**RECORRIDO : IRANIR TAVARES SANTANA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. TIPICIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 37 DA LEI DE DROGAS. **EMENDATIO LIBELLI**. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 383 DO CPP E SÚMULA 453 DO STF. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 251):

*"APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ARTIGO 35, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 37 DA LEI 11.343/06. NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE NO QUE SE REFERE AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DA CONDOTA DESCRITA NO ARTIGO 37, DA LEI <sup>1</sup> 11.343/06. TIPO NÃO DESCRITO NA EXORDIAL. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO"*

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta a violação do art. 37 da Lei nº 11.343/2006 e arts. 383, 384 e 617, todos do Código de Processo Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido, ao absolver o recorrido, olvidou que deveria ter desclassificado a conduta, na forma admitida pelas normas supostamente violadas da lei adjetiva penal.

Afirma ainda que *"embora entendendo que a hipótese, em verdade, configuraria o crime do artigo 37 da Lei nº 11.343/2006, deixou de desclassificar a conduta por entender não estar esse ilícito descrito na denúncia, absolvendo o recorrente"* (fl. 289), o que não pode ser admitido por esta Corte, na medida em que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica posta na denúncia.

Alega que *"o que se pretende demonstrar é que, uma vez que o crime do artigo 37 da Lei 11.343/2006 é subsidiário em relação àquele do artigo 35 do referido diploma, sendo a única diferenciação entre ambos a existência ou não de caráter eventual estável da colaboração, e optando o Ministério Público, na condição de dominus litis, em imputar o crime mais grave, o entendimento do julgador no sentido da inexistência de prova nos autos da mencionada estabilidade não pode conduzir à absolvição do réu, devendo ocorrer a desclassificação para o delito de menor gravidade, nos termos do art. 383 do CPP"* (fls. 290-291).

Aduz que *"em se tratando de crime subsidiário (art. 37 da Lei 11.343/2006), não há a menor dúvida de que a conduta nele descrita está englobada, em sua totalidade, no ilícito mais grave (art. 35 da Lei 11.343/2006). Isto leva à óbvia conclusão de que, quando o indivíduo realiza todos os atos previstos na modalidade criminosa mais severa (ou seja, quando associado à quadrilha, nela possui função de informar acerca das atividades policiais), terminar por infringir ambos os dispositivos legais. Tanto isto é verdade que este fenômeno é denominado de "conflito de normas". Ou seja, há dois comandos normativos incidindo de forma simultânea sobre uma única situação fática"* (fl. 296).

Colaciona precedentes desta Corte em que, por decisão unipessoal, foram acolhidos os apelos nobre ministeriais em casos semelhantes ao destes autos, o que reforça ainda mais a necessidade de provimento do inconformismo.

Afirma que *"não procede a assertiva do v. acórdão de que modificar a imputação do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 para aquela descrita*

*no artigo 37 do mesmo diploma legal é violar o princípio da correlação, pois o réu se defende dos fatos imputados na denúncia (no caso, não há qualquer dúvida da descrição do crime do artigo 37 da Lei nº 11.343/2006)" (fl. 307).*

Pretende, ao final, o provimento do apelo nobre, para que seja desclassificada a conduta do recorrido para o delito previsto no art. 37 da Lei de Drogas, com retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, a fim de que este proceda proceda à dosimetria da pena e consectários legais.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 314-318), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 343-346).

É o relatório.

**Decido.**

Consta dos autos que o recorrido **Iranir** foi condenado, em primeiro grau, à pena de **4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão**, em regime **fechado**, além de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa, pelo delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu provimento ao apelo da defesa, para absolver o acusado, rejeitando a possibilidade de desclassificação do delito de associação para o previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/2006.

A questão a ser analisada cinge-se à possibilidade de uma Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, proceder à desclassificação de uma conduta mais grave para outra mais leve e subsidiária, com fundamento na **emendatio libelli**, previsto no art. 383 do CPP. Aduz o **Parquet** estadual que *"o que se pretende demonstrar é que, uma vez que o crime do artigo 37 da Lei 11.343/2006 é subsidiário em relação àquele do artigo 35 do referido diploma, sendo a única diferenciação entre ambos a existência ou não de caráter eventual estável da colaboração, e optando o Ministério Público, na condição de dominus litis, em imputar o crime mais grave, o entendimento do julgador no*

*sentido da inexistência de prova nos autos da mencionada estabilidade não pode conduzir à absolvição do réu, devendo ocorrer a desclassificação para o delito de menor gravidade, nos termos do art. 383 do CPP" (fls. 290-291).*

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 257-264):

*"O recurso interposto deve ser conhecido, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.*

*É cediço que o crime tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06 exige, para a sua configuração, que o sujeito ativo esteja associado de forma estável e permanente a outras pessoas para a prática de crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes.*

*Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*In casu, o conjunto probatório reunido nos autos se resume, basicamente, ao auto de prisão em flagrante (item 00007), registro de ocorrência (item 0009), termos de declaração (item 00013 a 00016) auto de apreensão (item 00017 e 00018), e às declarações ofertadas em Juízo pelos militares que atuaram na diligência, sendo certo que sequer restaram individualizados na exordial, tampouco das declarações ofertadas pelos agentes estatais, os indivíduos que estariam associados ao acusado para a prática do crime de associação para o tráfico.*

*Nesse sentido, vale conferir o teor de seus respectivos relatos, colhidos em Juízo sob o método audiovisual:*

*O Policial Militar Marcelo Goes da Costa, quando ouvido em Juízo, por ocasião de seu depoimento declarou:*

*[...]*

*Já o policial militar Adilson da Silva Cadiz, afirmou:*

*[...]*

*O acusado IRANIR TAVARES SANTANA em juízo, aduziu serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia, relatando:*

*"Que, efetivamente os policiais o pegaram na posse de um radiocomunicador, exercendo a função de "radinho". Que trabalha desde 2006 para o tráfico, percebendo a quantia de R\$ 300,00 mensais. Que quando foi solto, já voltou para o tráfico lá na Coréia, pois tinha que sustentar a família dele. Que não viu o momento que o outro acusado foi preso. Que não conhece o outro acusado."*

*O acusado MARCELO WESLEY AMORIM DA SILVA, em juízo, aduziu serem inverídicos os fatos narrados na denúncia, salientando:*

*[...]*

***Quanto ao local da prisão, ainda que seja comunidade de fato dominada por esta ou aquela facção, tal circunstância não exime a acusação de comprovar que o acusado realmente estava associado com outras pessoas para a prática de tráfico de ilícitos entorpecentes, sendo indispensável, ademais, a prova da estabilidade e da permanência da associação, sob pena de conversão do princípio - assegurado constitucionalmente - da presunção de inocência em presunção de culpa.***

***Em verdade, a prova oral colhida nos presentes autos se revela incapaz de comprovar o liame subjetivo entre o apelante e terceiros, e muito menos o caráter associativo prévio, estável e permanente para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.***

***No presente feito, nada de concreto foi produzido na fase investigativa em desfavor do ora apelante quanto à imputação de associação para o tráfico de drogas. Não foram presenciados atos de mercancia, nada se apurando sobre qualquer um dos "integrantes de facção criminosa ainda não identificados" mencionadas na denúncia que estariam associadas com o acusado.***

***Logo, não se pode presumir que o acusado estivesse associado a traficantes de drogas, sublinhando-se que a falta de indicação na exordial do nome de ao menos outro componente do grupo dificulta sobremaneira a defesa do acusado, que fica impedido de contraditar a tese acusatória por não conhecer quem seriam, sob a ótica do Ministério Público, os demais membros da indigitada associação criminosa.***

***Nota-se ainda que não foram apreendidos material de embalagem ou anotações, como normalmente ocorre em grupos organizados, revelando-se o suporte probatório reunido pela acusação por demais frágil para autorizar o decreto condenatório pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/06, pelo que não há como prosperar o recurso ministerial.***

***Importante destacar que a presunção de inocência é a regra no processo penal e a restrição da liberdade, medida de caráter excepcional, somente passível de ser aplicada nas hipóteses constitucionalmente previstas, um decreto penal condenatório não pode ser lastreado em dúvidas e incertezas que possam resultar no encarceramento de indivíduos que podem não ter praticado a conduta delituosa a eles imputadas na denúncia.***

***Assim, havendo qualquer tipo de dúvida em relação à materialidade ou autoria do delito, mister se faz a aplicação do princípio do favor rei, de modo a que seja adotada a medida mais favorável ao acusado.***

***Com efeito, a prova colhida no curso da instrução não foi capaz de produzir a certeza necessária para a prolação de um decreto penal condenatório em desfavor do apelante, devendo assim ser o acusado absolvido do crime de associação ao tráfico de drogas.***

***Quanto ao pedido de desclassificação para o delito previsto no artigo 37, da Lei 11.343/2006, este não deve prosperar.***

***A exordial descreve apenas a conduta de associação para o***

*tráfico de drogas e não a de colaborador para o tráfico, inviabilizando ao réu o exercício da ampla defesa em relação ao art. 37 da Lei de Drogas.*

*Portanto, imputar ao recorrente tal conduta configuraria a hipótese de mutatio libelli, vedada aos tribunais no exercício de sua competência recursal, por não constar claramente na denúncia qualquer imputação em relação ao injusto do art. 37 da Lei 11.343/06, o que afrontaria o princípio da correlação.*

*Neste sentido, encontra-se o verbete sumular n° 453, do Colendo Supremo Tribunal Federal:*

*[...]*

*Tal não passou sem a devida percepção da douta Procuradora de Justiça, Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz, em seu parecer: "Pelo exposto, conclui-se que ou o indivíduo não é associado e colabora com a associação como um informante, agente externo, ou ele já pertence, é associado e, neste caso, a sua colaboração se dá como agente interno. Assim, impossível a desclassificação entre os crimes por ferir o princípio da correlação já que os fatos elementares dos delitos são diversos, devendo o réu restar absolvido."*

*Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO, para absolver o réu quanto ao crime previsto no artigo 35, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se o competente alvará de soltura"*

Da análise do excerto colacionado, constato que na exordial acusatória se colhe que *"em data cujo termo a quo não foi possível precisar, mas que perdurou até o dia 11 de abril de 2018, por volta das 05h45min, no interior da comunidade da Coréia, mais precisamente na Estrada dos Coqueiros, próximo ao número 1500, Senador Camará, nesta Comarca, os DENUNCIADOS, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnio, associaram-se previamente entre si e aos demais integrantes da facção criminosa que domina o local, para a prática, reiterada ou não, do crime de tráfico de entorpecentes naquela localidade, em nítida divisão funcional de tarefas, uma vez que se utilizavam de rádios comunicadores para alertar aos demais integrantes acerca da presença da guarnição policial, bem como das facções rivais na Comunidade, exercendo, para tanto, a função de "Radinho" no escalonamento da aludida facção criminosa"* (fl. 2), verifico que

merece parcial acolhimento a tese ministerial, na medida em que os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido vão de encontro ao entendimento desta Corte Superior, que entende ser possível ao Tribunal, no julgamento da apelação defensiva, conferir definição jurídica diversa da capitulada na denúncia **(emendatio libelli)**

Com efeito, cediço o entendimento de que, durante o processo criminal, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida.

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.*

*[...]*

*AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E O ACÓRDÃO. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EIVA INEXISTENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.*

*1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.*

*2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o Tribunal de origem, autorizado pela norma contida no artigo 617 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.*

*3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível que o Tribunal, em segundo grau de jurisdição, aplique a emendatio libelli, só não se admitindo que realize a mutatio libelli, nos termos do enunciado 453 do Supremo Tribunal Federal.*

[...]

2. *Habeas corpus não conhecido.*"(HC 360.626/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 1/2/2017, grifei)

*"RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DENÚNCIA QUE DESCREVEU O FATO CRIMINOSO E O CAPITULOU COMO TENTATIVA. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO DO CRIME EM SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE DE EMENDATIO LIBELLI EM APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 383, 384 E 617 DO CP NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.*

1. *Consoante a firme jurisprudência desta Corte, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida, sendo permitido ao Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento do apelo do Ministério Público, conferir-lhes definição jurídica diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.*

2. *A controvérsia deve ser decidida à luz do princípio da correlação entre o pedido e a decisão judicial e não há surpresa ou prejuízo para a ampla defesa a ser reconhecida no recurso especial, pois a denúncia narrou que uma mala de viagens foi subtraída do interior do veículo da vítima e que, em seguida, foi localizada nas proximidades. A Defensoria Pública, desde o pedido de revogação da prisão preventiva, reconheceu que a mala foi apreendida e restituída à vítima; tinha ciência do laudo pericial realizado na res e, na audiência de instrução e julgamento, deduziu teses relacionadas à consumação do furto, pois afirmou que a vítima não viu o acusado saindo com a mala do veículo.*

3. *Recurso especial não provido.*"(REsp 1504724/DF, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 7/12/2015)

No presente caso, ao contrário do asseverado no acórdão recorrido, não se trata de **mutatio libelli**, vedado pela Súmula 453 do STF, na medida em que todos os fatos estão devidamente descritos na exordial acusatória, que preenche os requisitos do art. 41 do CPP, atraindo a aplicação do art. 383 do mesmo diploma, que permite ao juiz, sem a modificação do fato descrito na denúncia, atribuir-lhe definição jurídica diversa, o que é o caso destes autos.

A propósito:



"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. MUTATIO LIBELLI. NÃO OCORRÊNCIA. CASO DE EMENDATIO LIBELLI. DENÚNCIA QUE DESCREVE MOLDURA FÁTICA COMPATÍVEL COM A DESCLASSIFICAÇÃO DE ESTELIONATO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório -, sendo permitido ao Juiz sentenciante, na oportunidade da prolação da sentença, conferir definição jurídica da conduta diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

2. Embora a denúncia haja imputado ao réu a prática de estelionato, logrou descrever, inquestionavelmente, moldura fática compatível com a desclassificação para a apropriação indébita. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido."(AgRg no AREsp 231.562/MS, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 14/3/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ART. 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. APONTADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 41, 383 E 384, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO CONSTATAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI APÓS REGULAR INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. ADITAMENTO. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. É cediço que não há violação ao princípio da correlação, nem do devido processo legal, quando o Julgador, após exauriente e dialética instrução criminal, ao prolatar a sentença condenatória, der aos fatos descritos na denúncia qualificação jurídica diversa, ainda que, como consequência, tenha de aplicar ao condenado sanção mais grave, nos termos do art. 383, caput, do CPP.

2. Eventual irregularidade, pelo Órgão ministerial ou pelo querelante, na definição jurídica da conduta imputada ao agente não torna inepta a exordial acusatória, tampouco consubstancia vício passível de nulidade, ex vi do art. 563 do CPP, porquanto o acusado se defende do fato ou dos fatos delituosos nesta narrados, e não de sua capitulação legal.

3. Na espécie, conforme sublinhado pelo Tribunal

*ordinário, não se omitiu a denúncia ao descrever que o Acusado "tinha em depósito", no local dos fatos, armas e munições, inclusive, de uso restrito. Ainda, no provimento recorrido, ficou evidenciado que o próprio Réu, em seu interrogatório, confessou o delito em que sentenciado, ao confirmar que "possuía" duas armas para a sua defesa, sendo uma delas de uso exclusivo das forças policiais, tendo várias munições de uso exclusivo e proibido.*

*4. Nesse panorama, de emendatio libelli, denota-se que houve inequívoca congruência entre os fatos descritos na denúncia e a válida qualificação jurídica - disposta no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2.003, crime de ação múltipla e com duas hipóteses de incidência configuradas - atribuída ao Apenado pelo Juízo sentenciante, ex vi do art. 383, caput, do CPP, após regular e contraditória instrução criminal.*

*5. Agravo regimental desprovido."*(AgRg no AREsp 1393142/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 28/10/2019)

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ART. 384 DO CPP. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.**

*1. Apreciadas as questões suscitadas pela parte, não há falar em ofensa ao art. 619 do CPP.*

*2. O magistrado deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e à legislação que entender aplicável ao caso; porém, não está obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir (ut, AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.127.961/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 8/3/2018)*

*3. A 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 (ut, HC n. 247.252/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 25/3/2014)*

*4. Não há que se falar em ilegalidade perpetrada contra o réu, pois a qualificadora prevista no inciso II do § 2º do artigo 121 do CP se encontra inequivocamente narrada na exordial acusatória, ainda que não houvesse expressamente a sua menção na capitulação trazida pelo Ministério Público. Verificado que as circunstâncias do delito foram integralmente narradas na denúncia, tem-se a hipótese de emendatio libelli, nos*

***exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não há se falar em ofensa ao art. 384 do Código de Processo Penal.***

5. Agravo regimental improvido."(AgRg no AREsp 1506191/RS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/9/2019, grifei)

***"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.***

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedentes.*

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

***AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E O ACÓRDÃO. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EIVA INEXISTENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.***

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o Tribunal de origem, autorizado pela norma contida no artigo 617 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.

3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é *perfeitamente possível* que o Tribunal, em segundo grau de jurisdição, aplique a *emendatio libelli*, só não se admitindo que realize a *mutatio libelli*, nos termos do enunciado 453 do

**Supremo Tribunal Federal.**

*IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DELITO DO ARTIGO 218-A DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA BEBÊ CUJO DESENVOLVIMENTO OU DIGNIDADE SEXUAL NÃO TERIAM SIDO ATINGIDOS PELO ATO LIBIDINOSO. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.*

*1. É impossível a absolvição do paciente pelo crime do artigo 218-A sob o argumento de que a vítima, uma bebê de cerca de 8 (oito) meses de idade, não teve o seu desenvolvimento ou a sua dignidade sexual atingidos pelo ato libidinoso, uma vez que o objeto jurídico do delito em questão é a liberdade sexual, tratando-se de ilícito formal, que prescinde do efetivo comprometimento do menor ou da satisfação da lascívia do agente para a sua configuração. Doutrina.*

*2. Habeas corpus não conhecido.*"(HC 360.626/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 1/2/2017)

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA RECONHECIDA. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, C/C O ART. 29, § 1º, DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 37 DA LEI DE DROGAS. COLABORADOR COMO INFORMANTE.*

*1. O conflito aparente de normas penais incriminadoras tem lugar quando um mesmo fato admite, em tese, a subsunção de mais de um tipo penal a ele. Em nome da unidade do sistema jurídico e, buscando evitar a ocorrência da dupla punição pelo mesmo evento (bis in idem), cumpre ao aplicador da norma se valer dos critérios interpretativos, afastando a incidência de múltiplas leis sobre um mesmo fato.*

*2. O tipo do art. 37 da Lei n. 11.343/2006 acresce elementos normativos à sua descrição que, uma vez afastados, fariam recair a capitulação do fato no tipo do art. 33 do mesmo diploma legal. Enquanto nesse último estão abarcadas todas as condutas enquadráveis nos 18 verbos do tipo, no primeiro, apenas aquela modalidade de participação - a colaboração como informante para prática dos mencionados verbos - é tipificável.*

*3. A Lei n. 11.343/2006, ao estabelecer uma tipificação própria para quem colabora com informante, afastou a possibilidade de concurso entre o "colaborador como informante" e o "traficante". Considerando que o concurso de pessoas exige: i) a pluralidade de participantes e de condutas, ii) a relevância causal de cada conduta, iii) o vínculo subjetivo entre os participantes e, ressaltado, iv) a identidade de infração penal, sendo*

*que a tipificação própria da conduta do colaborador afasta a aplicação da norma de extensão (art. 29 do CP) cumulada com os arts. 33, caput e § 1º, ou 34 da Lei de Drogas.*

*4. Na espécie, a conduta do recorrente pode ser enquadrada tanto na figura do art. 37 quanto do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 29 do Código Penal. No entanto, a elementar "colaborar como informante" afasta a incidência dos tipos mais gerais, descritos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 do mesmo diploma.*

*5. Pleito absolutório afastado, visto que não se trata de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, procedimento este vedado em sede recursal, mas de emendatio libelli, figura do art. 383 do Código de Processo Penal, em que se atribui nova capitulação jurídica aos fatos descritos. Súmula 453/STF afastada.*

*6. Considerando que a pena do delito do art. 37 da Lei de Drogas varia entre 2 e 6 anos de reclusão, mantida a exasperação da pena-base operada na instância local em 1/5, mantida também a compensação entre confissão espontânea e reincidência, ausentes causas de aumento ou diminuição, fica a reprimenda definitiva em 2 anos, 4 meses e 24 dias.*

*7. Recurso especial parcialmente provido a fim de desclassificar a conduta para o delito do art. 37 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena imposta ao recorrente para 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."(REsp 1698621/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 5/4/2019)*

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, **nos termos da fundamentação retro**, para reconhecer ser caso de **ementatio libelli**, admitido pelo art. 383 do CPP, determinando o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, a fim de que proceda a nova análise quanto ao pleito desclassificatório.

# *Superior Tribunal de Justiça*

P. e I.

Brasília, 21 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo  
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator