AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2492496 - SP (2023/0388808-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	EMERSON SOARES DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO - SP291702
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COLABORAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006. *EMENDATIO LIBELLI*. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. NOVA CLASSIFICAÇÃO PENAL SEM ALTERAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial, sob alegação de nulidade por falta de fundamentação e ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

2. O agravante foi condenado por crime de associação ao tráfico de drogas, com desclassificação para colaboração com o tráfico, com base em confissão extrajudicial não confirmada em juízo.

3. O Tribunal de origem desclassificou a conduta para o crime de colaboração com o tráfico, aplicando a *emendatio libelli*, e fixou a pena em 2 anos de reclusão, em regime aberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a condenação pode ser mantida com base exclusivamente em confissão extrajudicial não confirmada em juízo, em violação ao art. 155 do CPP.

5. Outra questão é se houve ofensa ao art. 383 do CPP, ao desclassificar a conduta sem alterar a narrativa dos fatos na denúncia.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. A confissão extrajudicial não pode ser a única prova para condenação, conforme o art. 155 do CPP, que exige a formação da convicção do juiz com base em provas produzidas em

Documento eletrônico VDA45746470 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 20/02/2025 11:48:25
Publicação no DJEN/CNJ de 24/02/2025. Código de Controle do Documento: 1645bfc3-ff13-40b7-af8d-1de4158aa219

contraditório judicial.
7. A desclassificação da conduta para o crime de colaboração com o tráfico, sem alteração dos fatos narrados na denúncia, não configura ofensa ao art. 383 do CPP, pois a *emendatio libelli* permite nova classificação jurídica dos fatos.
8. A jurisprudência do STJ estabelece que a confissão extrajudicial só pode servir como meio de obtenção de provas, não podendo embasar a sentença condenatória. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do AREsp. n. 2.123.334/MG, fixou tese, segundo a qual, "a confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP" (AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024).
IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER E PROVER O RECURSO ESPECIAL, ABSOLVENDO O RECORRENTE DA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA45746470 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 20/02/2025 11:48:25
Publicação no DJEN/CNJ de 24/02/2025. Código de Controle do Documento: 1645bfc3-ff13-40b7-af8d-1de4158aa219

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2492496 - SP (2023/0388808-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	EMERSON SOARES DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO - SP291702
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COLABORAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006. *EMENDATIO LIBELLI*. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. NOVA CLASSIFICAÇÃO PENAL SEM ALTERAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial, sob alegação de nulidade por falta de fundamentação e ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

2. O agravante foi condenado por crime de associação ao tráfico de drogas, com desclassificação para colaboração com o tráfico, com base em confissão extrajudicial não confirmada em juízo.

3. O Tribunal de origem desclassificou a conduta para o crime de colaboração com o tráfico, aplicando a *emendatio libelli*, e fixou a pena em 2 anos de reclusão, em regime aberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a condenação pode ser mantida com base exclusivamente em confissão extrajudicial não confirmada em juízo, em violação ao art. 155 do CPP.

5. Outra questão é se houve ofensa ao art. 383 do CPP, ao desclassificar a conduta sem alterar a narrativa dos fatos na denúncia.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. A confissão extrajudicial não pode ser a única prova para condenação, conforme o art. 155 do CPP, que exige a formação da convicção do juiz com base em provas produzidas em

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

contraditório judicial.
7. A desclassificação da conduta para o crime de colaboração com o tráfico, sem alteração dos fatos narrados na denúncia, não configura ofensa ao art. 383 do CPP, pois a *emendatio libelli* permite nova classificação jurídica dos fatos.
8. A jurisprudência do STJ estabelece que a confissão extrajudicial só pode servir como meio de obtenção de provas, não podendo embasar a sentença condenatória. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do AREsp. n. 2.123.334/MG, fixou tese, segundo a qual, "a confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP" (AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024).
IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER E PROVER O RECURSO ESPECIAL, ABSOLVENDO O RECORRENTE DA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 255-258 (e-STJ) que não conheceu do agravo em recurso especial.

O agravante argumenta que a decisão agravada é nula, porque não fundamentou a impossibilidade de seguimento do recurso especial, e não mencionou os óbices legais e sumulares, e nem a carência dos requisitos intrínsecos e extrínsecos recursais.

Na petição de agravo (e-STJ fls. 222-227), a defesa argumenta que a denúncia deveria ser rejeitada, porque o réu Emerson Soares da Silva, "jovem negro, residente da periferia, foi abordado sem qualquer objeto ilícito e sem qualquer suspeita de que carregava objeto relacionado a crime – nítida violação ao artigo 244, do CPP" (e-STJ fl. 223).

Afirma que o acórdão do Tribunal de origem violou o art. 383 do CPP, pois houve, com a condenação, modificação na descrição dos fatos previstos em denúncia, além do art. 155 do CPP, porque a condenação teve lastro apenas em confissão extrajudicial não confirmada em juízo (e-STJ fl. 225). Ademais, sustenta que o agravante não pretende nova análise das provas, mas sim demonstrar a violação às regras de direito material.

Portanto, requer que a decisão de fls. 255-258 (e-STJ) seja cassada, a fim do agravo ser conhecido e o recurso especial provido.

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou contraminuta (e-STJ fls. 279-285), em que pede pelo desprovimento do agravo regimental, e o Ministério Público Federal apresentou parecer, segundo o qual, "no agravo, a defesa reitera os fundamentos do recurso especial, sustentando ofensa ao instituto da *emendatio libelli* e insuficiência de provas para a condenação", porém "deixou de impugnar, de maneira específica, os fundamentos apontados na decisão agravada, que não conheceu do recurso especial, por aplicação das Súmulas 7 e 182/STJ" (e-STJ fl. 251).

É o relatório.

VOTO

O agravante Emerson Soares da Silva foi condenado pela prática do crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fl. 102). O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa, para desclassificar a conduta para o crime do art. 37 da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena em 2 anos de reclusão, em regime aberto (e-STJ fls. 147-158).

No recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, a defesa alega violação aos artigos 155 e 383 do CPP (e-STJ fls. 187-198), e a Corte de origem negou seguimento pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 215-216):

> *VISTOS.*
>
> *Trata-se de recurso especial, interposto às fls. 187/198, com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, visando a impugnar o acórdão proferido pela 13ª Câmara de Direito Criminal.*
>
> *A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 203/212.*
>
> *É o relatório.*
>
> *Verifico que o reclamo é inadmissível diante da existência de óbice processual.*
>
> *Com efeito, a insurgência foi intentada sem a fundamentação necessária apta a autorizar o seu processamento, consoante determina o artigo 1.029 do Código de Processo Civil, pois não foram devidamente atacados os argumentos do aresto.*
>
> *Nessa linha, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "(...) Ausente a impugnação concreta aos fundamentos da decisão agravada, tem aplicação a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.".*
>
> *Ademais, incide ao caso a Súmula nº 7 do STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial",*

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

ou seja, não é possível emitir um juízo de valor sobre a questão de direito federal sem antes apurar os elementos de fato.

A propósito, decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp 593109/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 23/11/2021, DJe 26/11/21, que: "(...) para afastar as conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático- probatório, imperioso seria o reexame de fatos e provas, providência vedada na via eleita, tendo em vista a redação do enunciado n. 7 da Súmula desta Casa." 3 Ante o exposto, não preenchidos os requisitos exigidos, NÃO ADMITO o recurso especial, nos termos do artigo 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

O recurso especial não foi admitido pelos óbices dos enunciados n. 7 e 182 da Súmula do STJ. No agravo, a defesa reitera os fundamentos do recurso especial, sustentando ofensa ao instituto da *emendatio libelli* e insuficiência de provas para a condenação.

O instituto processual penal da "*emendatio libelli*" não se confunde com o da "*mutatio libelle*", porque, conforme doutrina processualista em geral, enquanto neste o juiz, ao concluir que o fato narrado na denúncia não corresponde ao que foi provado no curso da instrução penal, remete os autos ao Ministério Público para aditar a peça inicial, abrindo-se vista a defesa para o exercício do contraditório e da ampla defesa; já naquele (*emendatio libelli*), "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave" (art. 383, caput, CPP).

No presente caso o Tribunal de origem desclassificou a conduta imputada ao réu, conforme a fundamentação (e-STJ fls. 149-158):

[...]

Os fatos foram narrados pela denúncia nos seguintes termos:

Consta nos inclusos autos que entre janeiro de 2021 e 23 de abril de 2021, nesta Capital, no Bairro Grajaú, na Rua Pavão Natal, altura do número 100, EMERSON SOARES DA SILVA, qualificado à fl. 10, associou-se com pessoa conhecida apenas como Tio Fio, e outras não identificadas, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo. 33, caput, da Lei 11.343/06. O delito foi praticado durante estado de calamidade pública em razão da pandemia de COVID-19 (Decreto Municipal 59.291, de 20 de março de 2020).

Segundo o apurado, em 23 de abril de 2021, às 13h00min, policiais militares estavam em uma viatura quando notaram que o denunciado, ao vê-los, ficou nervoso. Os policiais abordaram-no e encontraram a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), em notas diversas. Ao ser indagado sobre a origem do dinheiro, o denunciado disse aos policiais militares que trabalhava para o tráfico, na "Potomac", e que recebia R$ 50,00 (cinquenta reais),

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

por dia.

[...]

Desta forma, ficou comprovado que, há aproximadamente três meses, o denunciado vinha trabalhando, de forma organizada e permanente, para o tráfico comandado por Tio Fio.

Ele recebia R$ 50,00, por dia de trabalho, e, no organograma do crime, sua função era a de olheiro.

No e-saj, pesquisando-se pelo número do RG do denunciado, encontra-se o processo 0010462- 44.2018.8.26.0015, referente à execução de medida sócioeducativa de liberdade assistida, em razão de roubo qualificado. O dinheiro encontrado com o denunciado foi apreendido à fl. 7.

Perante a autoridade policial, o réu informou que os R$ 400,00 (quatrocentos reais) são fruto do seu trabalho para o tráfico;

que trabalha como olheiro e quando a polícia aparece corre e avisa os traficantes; que ganha R$ 50,00 (cinquenta reais) por dia; que quando viu a polícia se assustou, pois sabe que trabalha para o tráfico e que isso é crime; que não apanhou dos Policiais Militares e, menos ainda, dos Policiais Civis; que foi até sua residência com os Policiais Militares e lá, com seu consentimento, eles entraram e o acompanharam; que o seu chefe se chama "Tio Fio"; que tem cerca de três meses que trabalha como olheiro; que é usuário de maconha.

Em Juízo, mudou o discurso alegando que o valor que era produto de seu trabalho com pintura. Confirmou que se encontrava próximo a um ponto de tráfico e, por isso ficou medo.

A versão exculpatória não convence.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência.

A autoria, contudo, quanto ao delito de associação ao tráfico de drogas, não restou demonstrada.

Os policiais militares foram uníssonos em seus depoimentos perante a autoridade policial, o que foi ratificado em Juízo, no sentido de que que estavam de retorno para CIA, juntamente com o sub-área 3, quando avistaram o indivíduo (identificado posteriormente como Sr. Emerson Soares da Silva), este que quando visualizou a VTR, estava com o celular na mão e em seguida escondeu o celular no bolso, aumentou os passos e olhava para trás. Diante da fundada suspeita, os policiais retornaram até onde se encontrava o indivíduo e realizaram a abordagem, momento em que foram encontrados os R$400,00 (em notas diversas), que, ao ser questionado, o investigado informou que trabalha para tráfico da "Potomac" e que recebe R$50,00 por dia. Quanto ao celular, o investigado apenas informou que ganhou dos "parceiros" e que tinha receio do mesmo ser produto ilícito. Feitas as pesquisas junto ao sistema, o aparelho não consta com nenhum tipo de registro de bloqueio por perda/roubo/furto. Informou, ainda, que o investigado é usuário de substâncias entorpecentes, porém não foi encontrado em sua posse, nenhum tipo de drogas. Alegam que foram até a casa do conduzido e, com o consentimento dele, entraram e o acompanharam na busca do documento de identificação. Fizeram uso de algemas, devido ao fundado receio de fuga, pois na hora que subiram o guarda-preso, o indivíduo tentou empreender fuga.

Não há por que se duvidar das declarações prestadas pelos policiais

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

militares, não se constatando deles qualquer ânimo ou intenção de incriminar falsamente o acusado.

Prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual não se deve menoscabar as informações que prestam as vítimas e testemunhas inclusive quando se trata de membros das corporações de segurança pública, mormente quando não se verifica a presença de motivo indicativo de propensão a mentir em desfavor do agente.

Nesse sentido, confira-se:

[...]

Nesse passo, certo é o envolvimento do réu com o tráfico de drogas, de modo que se mostra inviável sua absolvição por insuficiência de provas.

Contudo, diante do que restou apresentado, insuficientes são as provas apresentadas para condená-lo por associação ao tráfico de entorpecente e, portanto, cometido o crime previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06.

Para tanto, exigia-se que primeiro fosse demonstrada a existência de organização criminosa estruturalmente ordenada, caracterizada pela divisão informal de tarefas destinada ao comércio ilegal de entorpecentes.

Neste sentido é o entendimento desta Col. Câmara de Justiça:

[...]

Entendo, porém, que não é caso de absolvição, porquanto a prova se mostrou inequívoca quanto a posse de dinheiro oriundo do pagamento como informante paro os traficantes, sendo, de rigor, a aplicação da regra prevista no artigo 383, do Código de Processo Penal (emendatio libelli) para desclassificar a imputação contida na denúncia para o artigo 37, da Lei de Drogas .

Com efeito, conforme exposto em sede policial, o réu atuava há três meses e recebia R$ 50,00 por dia avisar os traficantes caso avistasse a aproximação da polícia. Deste modo, tendo em vista que com ele não encontraram droga e o celular que possuía não apresentou qualquer ilegalidade, sua atuação mais se amolda à figura do informante.

O C. Superior Tribunal de Justiça assim já tratou do tema:

[...]

Deste modo, como o contexto apresentado torna temerária a manutenção da condenação por associação ao tráfico de entorpecentes, uma vez que, além de não encontrado droga com o réu, não se verificou hierarquia, permanência ou estabilidade da atividade criminosa entre o réu e qualquer outro indivíduo, de rigor é a desclassificação de sua condenação para a conduta prevista no artigo 37, da Lei nº 11.343/06.

Posto isso, passo a analisar a dosimetria penal.

Na primeira fase, em atenção ao artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei nº 11.343/06, fixo as penas-base no mínimo legal em 02 anos de reclusão e o pagamento de 300 dias-multa, porquanto ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na fase intermediária, a MM. Juíza compensou a agravante da calamidade pública com a atenuante da confissão espontânea.

Contudo, não se aplica a agravante prevista no artigo 61, II, alínea "j",

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

do Código Penal, uma vez que não restou comprovado que o réu teria se aproveitado da pandemia por todos vivenciada ("coronavírus") para a prática do crime pelo qual foi condenado, conforme posicionamento sedimentado desta Câmara Criminal:

[...]

Ainda na segunda fase, a atenuante da menoridade relativa encontra óbice na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

E, ausentes outros elementos a serem considerados na dosimetria, a pena final mantem-se como a alcançada inicialmente, ou seja, 02 anos de reclusão e o pagamento de 300 dias-multa.

Dada a quantidade de pena privativa de liberdade e ser o réu primário na data dos fatos, fixo o regime inicial aberto, posto que se ajusta ao artigo 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Presentes os pressupostos legais, substituo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviço à comunidade, a ser definida pelo d. Juízo das Execuções Criminais, e prestação pecuniária de 10 dias-multa, no piso mínimo.

O réu respondeu ao processo em liberdade, razão pela qual não há se cogitar da aplicação da detração prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, por tais fundamentos, de ofício, desclassifico a atuação do réu para o crime previsto no artigo 37, da Lei nº 11.343/06 para condená-lo às penas de 02 anos de reclusão e ao pagamento de 300 dias-multa, substituindo-se a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e pena pecuniária. Por fim, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para alterar o regime prisional para o aberto.

Como se vê, o Tribunal de origem entendeu que a materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência, porém a autoria quanto ao delito de associação ao tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não restou demonstrada. Contudo, ao invés de absolver o réu pela ausência de prova da autoria delitiva, a Corte estadual desclassificou a conduta imputada para o crime previsto no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que, segundo o depoimento dos policiais militares, no momento da abordagem policial o agravante afirmou que trabalha para tráfico da "Potomac" e que recebe R$50,00 por dia.

A Corte de origem afirmou que as provas são insuficientes para condenar o agravante por associação ao tráfico de entorpecente (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), pois exigia-se que primeiro fosse demonstrada a existência de organização criminosa estruturalmente ordenada, caracterizada pela divisão informal de tarefas destinada ao comércio ilegal de entorpecentes, o que não ocorreu. Entretanto, o Tribunal entendeu não ser caso de absolvição, porquanto a prova se mostrou inequívoca quanto a posse de dinheiro oriundo do pagamento como

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

informante paro os traficantes, sendo, de rigor, a aplicação da regra prevista no art. 383, do Código de Processo Penal (emendatio libelli) para desclassificar a imputação contida na denúncia para o art. 37 da Lei de Drogas.

Não há ofensa ao art. 383 do CPP, porque o Tribunal de origem não alterou a narrativa dos fatos que se encontra na denúncia, mas apenas deu nova classificação, inclusive mais benéfica ao réu que teve sua pena reduzida.

O fato foi assim narrado na peça acusatória (e-STJ fl. 3):

> *[...]*
>
> *Segundo o apurado, em 23 de abril de 2021, às 13h00min, policiais militares estavam em uma viatura quando notaram que o denunciado, ao vê-los, ficou nervoso. Os policiais abordaram-no e encontraram a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), em notas diversas. Ao ser indagado sobre a origem do dinheiro,* ***o denunciado disse aos policiais militares que trabalhava para o tráfico, na "Potomac", e que recebia R$ 50,00 (cinquenta reais), por dia****. [g.n.]*

O Tribunal de origem entendeu que há provas suficientes, segundo as quais, o réu atuava há três meses e recebia R$ 50,00 por dia avisar os traficantes caso avistasse a aproximação da polícia. Deste modo, deu nova classificação penal ao fato narrado na peça acusatória, o que encontra resguardo no art. 383, pois, em nenhum momento, a Corte estadual modificou a descrição do fato contida na denúncia.

Nesse sentido esta Corte Superior já se manifestou, em precedente, que, "se a denúncia tipifica a conduta no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas descreve todos os elementos do art. 37 do mesmo diploma legal, viável a desclassificação (*emendatio libelli*), ainda que em segundo grau, se não comprovadas a estabilidade e permanência da conduta". Cita-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO. COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/2006. EMENDATIO LIBELLI. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *1.* ***A existência de emendatio ou mutatio libelli dependerá da narrativa fornecida pela exordial acusatória. Se ela descrever todas as elementares do novo tipo, estar-se-á diante do primeiro instituto legal (art. 383 do CPP). Se não o fizer, faltando algum dos elementos do delito, torna-se essencial o procedimento estipulado no art. 384 do CPP. 2. No caso, a denúncia descreve todas as elementares no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, ao constar nela expressamente o verbo do tipo "colaborar", relatando no que consistia tal ato - informes através da utilização de radiocomunicador -, a organização criminal a quem servia, Comando Vermelho, e a finalidade da conduta, qual seja, auxiliar***

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

no tráfico de drogas.

3. ***Se a denúncia tipifica a conduta no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas descreve todos os elementos do art. 37 do mesmo diploma legal, viável a desclassificação (emendatio libelli), ainda que em segundo grau, se não comprovadas a estabilidade e permanência da conduta***.

4. "O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via emendatio libelli" (AgRg no HC n. 201.343/RS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 10/10/2014).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.785.632/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe de 19/3/2019.) [g.n.]

Quanto ao segundo argumento do agravante, isto é, ofensa ao art. 155 do CPP, porque a condenação teve por base confissão extrajudicial nunca confirmada; de fato, não consta nos autos nenhum elemento probatório que aponta a origem ilícita do valor apreendido, R$ 400,00 (quatrocentos reais), aliás, consta no acórdão, apenas referência à confissão em sede de inquérito policial que, nem ao menos, foi confirmada em juízo.

Consta na sentença (e-STJ fls. 100-101):

[...]

O réu, ouvido em Juízo, alterando a confissão dada em solo policial, negou a imputação.

A versão do acusado, contudo, destoa dos demais elementos de prova constantes dos autos, que permitem a condenação.

A prova é inconteste, pois, além da confissão no local dos fatos e em solo policial, sendo que o réu não conhecia nem os policiais nem o delegado, os policiais militares RODRIGO ALVES FERREIRA GOMES e NATALIA LIDIANE MARTINS ERBA, responsáveis pela prisão do réu, relataram que o acusado foi abordado na via pública e, ao encontrarem a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais) em sua posse, o acusado acabou admitindo que realizava o serviço de "olheiro" para o tráfico, avisando os traficantes quando a polícia aparece na região, serviço pelo qual era pago R$ 50,00 (cinquenta reais) por dia.

Mister esclarecer-se, nesse passo, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado.

Assim, há comprovação suficiente da prática de associação para o tráfico de drogas pelo acusado, firme na prova oral produzida, bem como nos valores apreendidos, sem perder de vista a confissão do acusado no local dos fatos e em sede policial.

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

No presente feito, o único fundamento probatório apontado, tanto na sentença, quanto no acórdão, para considerar que o valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais) apreendido é oriundo do serviço de "olheiro" para o tráfico de drogas, foi o depoimento do réu prestado na fase de inquérito policial que não foi confirmado em juízo.

O art. 155 do CPP determina que:

> *Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

A condenação é ilegal, porque a única prova da origem ilícita do dinheiro apreendido foi a confissão extrajudicial.

Ainda que o réu tivesse confirmado, em juízo, a versão apresentada para os policiais militares e a autoridade da polícia judicial, a confissão não pode ser a única prova da condenação, haja vista interpretação sistêmica dos dispositivos do CPP:

> *Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.*
>
> *Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.*
>
> *Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.*
>
> *Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.*

O CPP determina que o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. E, ainda, a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que uma confissão não é suficiente para condenação. A tese foi definida pela Terceira Seção, conforme

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

ementa do acórdão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. AUTORIA DELITIVA EMBASADA NA CONFISSÃO INFORMAL EXTRAJUDICIAL E EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. DESCABIMENTO. INADMISSIBILIDADE DA CONFISSÃO COLHIDA INFORMALMENTE E FORA DE UM ESTABELECIMENTO ESTATAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, III, DA CR/1988 E 157, 199 E 400, § 1º, DO CPP. INVIABILIDADE, ADEMAIS, DE A CONFISSÃO DEMONSTRAR, POR SI SÓ, QUALQUER ELEMENTO DO CRIME. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA POR OUTRAS PROVAS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 155, 156, 158, 197 E 200 DO CPP. MITIGAÇÃO DO RISCO DE FALSAS CONFISSÕES E CONDENAÇÕES DE INOCENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RÉU.

1. O acusado foi condenado pela prática do crime de furto simples, tendo como únicos elementos de prova (I) a confissão informal, extraída pelos policiais no momento da prisão, e (II) o reconhecimento fotográfico. O bem furtado não foi encontrado em sua posse, e um vídeo de câmera de segurança que registrava o momento do crime não foi juntado ao inquérito ou ao processo por inércia da polícia, perdendo-se ao final.

2. Diversos estudos independentes, nacionais e internacionais, demonstram que a prática da tortura ainda é comum no Brasil e que o tema nem sempre recebe a devida consideração por parte das autoridades estatais.

*3. **A confissão extrajudicial é colhida no momento de maior risco de ocorrência da tortura-prova, pois o investigado está inteiramente nas mãos da polícia, sem que exista atualmente nenhum mecanismo de controle efetivo para preveni-la. Conclusões corroboradas, novamente, por uma miríade de estudos, inclusive do CNJ, da ONU e da CIDH**.*

4. Diante do risco de tortura e da inexistência de meios capazes de desestimulá-la, a admissão da confissão extrajudicial exige que esteja garantida - e não apenas presumida - a licitude do seu modo de obtenção. Para tanto, a confissão extrajudicial somente será admissível no processo penal se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Inteligência dos arts. 5º, III, da CR/1988; e 157, 199 e 400, § 1º, do CPP.

*5. **A confissão não implica necessariamente a condenação do réu ou o proferimento de qualquer decisão em seu desfavor. Afinal, como toda prova, a confissão ainda precisa ser valorada pelo juiz, com critérios que avaliem sua força para provar determinado fato**.*

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

6. Apesar de contraintuitivo, ***o fenômenos das falsas confissões é amplamente documentado na literatura internacional e comprovado por levantamentos estatísticos sólidos****. Cito, por todos, dados do Innocence Project (de 375 réus inocentados por exame de DNA de 1989 a 2022, 29% tinham confessado os crimes que lhes foram imputados) e do National Registry of Exonerations (no mesmo período, de 3.060 condenações revertidas, 365 tinham réus confessos) dos EUA.*

7. Pessoas inocentes confessam falsamente por diversas razões, desde vulnerabilidades etárias, mentais e socioeconômicas ao uso de técnicas de interrogatório sugestivas, enganadoras e pouco confiáveis por parte da polícia. 8. É essencial que o Ministério Público exerça de maneira efetiva o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CR/1988), fiscalizando com rigor o nível de qualidade das investigações e do trato das fontes de prova.

9. ***Amparada a condenação do réu unicamente em duas provas inadmissíveis (a confissão extrajudicial informal, não documentada e sem nenhuma garantia da licitude de seu modo de obtenção, bem como no reconhecimento fotográfico viciado), segundo o quadro fático estabelecido no acórdão recorrido, a absolvição é necessária.***

10. A polícia violou também o art. 6º, II e III, do CPP quando inexplicavelmente deixou de preservar uma cópia do vídeo da câmera de segurança que registrou o momento do furto, mesmo estando a mídia à sua disposição. Em virtude dessa inércia, quando o Ministério Público tentou obter cópia das filmagens meses depois, o vídeo já havia sido perdido. Injustificável perda da chance probatória.

11. Teses fixadas:

11.1: ***A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu).***

11.2: ***A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória.***

11.3: ***A confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo***

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

à luz do art. 197 do CPP.

12. A aplicação dessas teses fica restrita aos fatos ocorridos a partir do dia seguinte à publicação deste acórdão no DJe. Modulação temporal necessária para preservar a segurança jurídica (art. 927, § 3º, do CPC).

13. Ainda que sejam eventualmente descumpridos seus requisitos de validade ou admissibilidade, qualquer tipo de confissão (judicial ou extrajudicial, retratada ou não) confere ao réu o direito à atenuante respectiva (art. 65, III, "d", do CP) em caso de condenação, mesmo que o juízo sentenciante não utilize a confissão como um dos fundamentos da sentença. Orientação adotada pela Quinta Turma no julgamento do REsp 1.972.098/SC, de minha relatoria, em 14/6/2022, e seguida nos dois colegiados desde então.

14. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de absolver o réu.

(AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024.) [g.n.]

Esta Corte Superior firmou tese, segundo a qual, a confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental, a fim de conhecer e prover o recurso especial, para absolver o recorrente, Emerson Soares da Silva, da conduta tipificada no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

É o voto.

Documento eletrônico VDA45506133 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/02/2025 15:17:54
Código de Controle do Documento: e241aa3c-9f0b-48c9-93de-e3e7b9905e6d

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 2.492.496 / SP

Número Registro: 2023/0388808-4

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:
00036378520228260228 000363785202282602281520268162021826005019862021 1520268162021826005019862021 19862021

Sessão Virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMERSON SOARES DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO - SP291702
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - ASSOCIAÇÃO PARA A PRODUÇÃO E TRÁFICO E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EMERSON SOARES DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO - SP291702
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Documento eletrônico VDA45729359 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/02/2025 00:30:36
Código de Controle do Documento: 935f545e-0520-47f3-b0fd-0d5f66d09e08

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de fevereiro de 2025

Documento eletrônico VDA45729359 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/02/2025 00:30:36
Código de Controle do Documento: 935f545e-0520-47f3-b0fd-0d5f66d09e08