



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.680 - AM (2018/0098419-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : FLAVIO CARLOS PAULA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. CONSTATAÇÃO. RECESSO FORENSE. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO OU DE INTERRUPTÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS CRIMINAIS. ESPECIALIDADE NORMATIVA DO ART. 798, *CAPUT* E § 3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS POSTERIORES AO OBJETO DA LIDE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONSTATAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DEVIDO. REDUTOR DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. A Corte Especial deste Tribunal Superior já assentou que a suspensão dos prazos prevista no art. 220 da Lei n.º 13.105/2015 (CPC) não se aplica à seara processual criminal, por força da especialidade normativa e cogente do art. 798, *caput*, § 3.º, do CPP, cuja objetividade jurídica tutelada é distinta, porquanto declinada aos fins da persecução criminal. Logo, não obstante a Resolução n.º 08, de 29 novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça considerar a suspensão do expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, é cediço que, por força da lei, uma vez iniciado o prazo do recurso criminal, e este se estender durante o recesso forense, sua contagem se efetiva de forma contínua e peremptória, sem qualquer interrupção ou suspensão, apenas sendo prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, caso encerrado seu termo no decorrer do aludido período.

2. Na espécie, ratifica-se que o recurso especial da parte, protocolado na origem em 25/01/2018, é intempestivo, pois, intimada pessoalmente a defesa técnica em 12/12/2017, com prerrogativa de prazo em dobro estatuída no art. 44, inciso I, da LC n.º 80/1.994, e computado o prazo recursal criminal de 30 (trinta) dias, de forma contínua e peremptória, o termo final para interposição da insurgência incidiu em 11/01/2018, nos termos dos arts. 186, 994, inciso VI, e 1.003, § 5.º, todos do referido diploma, c.c. a especialidade normativa dos arts. 3.º e 798, *caput*, § 3.º, ambos do CPP.

3. Presente flagrante ilegalidade na dosimetria da pena imposta ao Agravante, afigura-se passível a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, nos moldes do art. 654, § 2.º, do CPP, c/c art. 203, inciso II, do RISTJ.

4. Quanto à individualização das penas, é cediço que o julgador deve examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas – com certo grau de discricionariedade – as moduladoras estabelecidas no art. 59, *caput*, do referido diploma para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime.

5. Em homenagem ao princípio da não culpabilidade, de envergadura constitucional, e seguindo-se a própria etimologia da palavra "antecedentes", entende o Superior Tribunal de Justiça que condenações transitadas em julgado, afetas a fatos posteriores ao objeto da lide, não se afiguram idôneas ao incremento da pena-base a título de maus antecedentes.

6. *In casu*, a teor das informações consignadas na certidão de antecedentes criminais do Apenado, depreende-se que a infração penal discutida no presente caso teria ocorrido em novembro de 2008, enquanto a pena executada no processo n.º 0231037-56.2012, utilizado como maus antecedentes, decorreu de condenação por fato ocorrido em 2011, o que não pode subsistir.

7. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, embora ações penais "em curso" não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame.

8. Agravo regimental desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.680 - AM (2018/0098419-0)

AGRAVANTE : FLAVIO CARLOS PAULA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ

Trata-se de agravo regimental interposto por FLÁVIO CARLOS PAULA FREITAS contra decisão, proferida pela Presidência desta Corte, que não conheceu do agravo em recurso especial ante a intempestividade do recurso especial de fls. 311-320, assim exarada (fls. 386 e 387; grifos diversos do original):

"Mediante análise dos autos, verifica-se que a Defensoria Pública foi intimada pessoalmente do acórdão recorrido em 12/12/2017, sendo o recurso especial somente interposto em 25/01/2018.

Dessa forma, o recurso é manifestamente intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 30 (trinta) dias corridos, nos termos art. 186, do art. 994, VI, c.c. os arts. 1.003, § 5.º, 1.029, todos do Código de Processo Civil, bem como o art. 798 do Código de Processo Penal.

Cumprir observar que 'A suspensão do curso dos prazos processuais prevista no art. 220 do NCPC, regulamentada pela Resolução CNJ n. 244, de 19/9/2016, não incide sobre os processos de competência da Justiça Criminal, visto que submetidos, quanto a esse tema, ao regramento disposto no art. 798, caput e § 3º, do CPP. A continuidade dos prazos processuais penais é afirmada, no caso, pelo princípio da especialidade' (AgRg no AREsp 1.070.415/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017.)

Além disso, em consonância com o regramento do art. 798, caput e § 3.º do Código de Processo Penal, de que os prazos processuais penais são contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado, o 'recesso judiciário e o período de férias coletivas, em matéria processual penal, têm como efeito, em relação aos prazos vencidos no seu curso, a mera prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente ao seu término, não havendo interrupção ou suspensão' (AgRg no Inq 1.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2017, DJe 19/04/2017.)

Em breve relato, consta dos autos que o Agravante foi absolvido pelo Juízo singular, na forma do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação pela prática do delito capitulado no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 e, na mesma assentada, condenado, como incurso nas sanções do art. 33, caput, do referido diploma, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal local negou provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, a parte apontou, em síntese, contrariedade aos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, bem como ao art. 381 do Código de Processo Penal, ao precípuo argumento de que *"a infração penal discutida no presente caso teria ocorrido em novembro de 2008, enquanto a pena executada no processo n.º 0231037-56.2012 decorreu de condenação por fato ocorrido em [...] 2011"* (fl. 314; grifos diversos do original). Logo, infere-se que a condenação aludida não se presta ao incremento da pena-base, a ser reduzida *"ao mínimo legal"* (fl. 320).

A Corte de origem não admitiu o apelo nobre, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça, que, em decisão proferida pela Presidência, não conheceu do agravo em recurso especial fundado na intempestividade da insurgência originária. Daí o presente inconformismo.

Em suas razões, alega o Agravante que a decisão hostilizada deve ser retratada, diante da suspensão do prazo recursal durante o recesso forense, *"no período de 20 de dezembro à 06 de janeiro"*, para interposição do objetivado recurso especial *"atestada no processo de Apelação Criminal n.º 0249910-46.2008.8.04.0001, por intermédio de certidão (anexo)"* (fl. 394), e em estrita observância à Resolução n.º 08 do Conselho Nacional de Justiça.

Roga, assim, pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela remessa do feito à Sexta Turma, almejando-se regular conhecimento e provimento do recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo *"não provimento do presente agravo"* (fls. 436-438).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.680 - AM (2018/0098419-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. CONSTATAÇÃO. RECESSO FORENSE. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO OU DE INTERRUPTÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS CRIMINAIS. ESPECIALIDADE NORMATIVA DO ART. 798, *CAPUT* E § 3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS POSTERIORES AO OBJETO DA LIDE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONSTATAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DEVIDO. REDUTOR DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. A Corte Especial deste Tribunal Superior já assentou que a suspensão dos prazos prevista no art. 220 da Lei n.º 13.105/2015 (CPC) não se aplica à seara processual criminal, por força da especialidade normativa e cogente do art. 798, *caput*, § 3.º, do CPP, cuja objetividade jurídica tutelada é distinta, porquanto declinada aos fins da persecução criminal. Logo, não obstante a Resolução n.º 08, de 29 novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça considerar a suspensão do expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, é cediço que, por força da lei, uma vez iniciado o prazo do recurso criminal, e este se estender durante o recesso forense, sua contagem se efetiva de forma contínua e peremptória, sem qualquer interrupção ou suspensão, apenas sendo prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, caso encerrado seu termo no decorrer do aludido período.

2. Na espécie, ratifica-se que o recurso especial da parte, protocolado na origem em 25/01/2018, é intempestivo, pois, intimada pessoalmente a defesa técnica em 12/12/2017, com prerrogativa de prazo em dobro estatuída no art. 44, inciso I, da LC n.º 80/1.994, e computado o prazo recursal criminal de 30 (trinta) dias, de forma contínua e peremptória, o termo final para interposição da insurgência incidiu em 11/01/2018, nos termos dos arts. 186, 994, inciso VI, e 1.003, § 5.º, todos do referido diploma, c.c. a especialidade normativa dos arts. 3.º e 798, *caput*, § 3.º, ambos do CPP.

3. Presente flagrante ilegalidade na dosimetria da pena imposta ao Agravante, afigura-se passível a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, nos moldes do art. 654, § 2.º, do CPP, c/c art. 203, inciso II, do RISTJ.

4. Quanto à individualização das penas, é cediço que o julgador deve examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas – com certo grau de discricionariedade – as moduladoras estabelecidas no art. 59, *caput*, do referido diploma para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Em homenagem ao princípio da não culpabilidade, de envergadura constitucional, e seguindo-se a própria etimologia da palavra "antecedentes", entende o Superior Tribunal de Justiça que condenações transitadas em julgado, afetas a fatos posteriores ao objeto da lide, não se afiguram idôneas ao incremento da pena-base a título de maus antecedentes.

6. *In casu*, a teor das informações consignadas na certidão de antecedentes criminais do Apenado, depreende-se que a infração penal discutida no presente caso teria ocorrido em novembro de 2008, enquanto a pena executada no processo n.º 0231037-56.2012, utilizado como maus antecedentes, decorreu de condenação por fato ocorrido em 2011, o que não pode subsistir.

7. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, embora ações penais "em curso" não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame.

8. Agravo regimental desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Sobre a invocada tempestividade do recurso especial, e da leitura dos fundamentos acima sublinhados, verifica-se que o provimento do agravo se alinha ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que ***"ainda que considerado o prazo do recesso forense o recurso seria intempestivo, pois [...] a contagem dos prazos é ininterrupta, não se suspendendo nesse período, havendo apenas a prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente ao seu término"*** (AgRg no AREsp 1.302.246/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018; grifos diversos do original.)

Nesse sentido, a Corte Especial deste Tribunal Superior já assentou que a suspensão dos prazos prevista no art. 220 da Lei n.º 13.105/2015 não se aplica à seara processual criminal, por força da especialidade normativa e cogente do art. 798, *caput*, § 3.º, do CPP, cuja objetividade jurídica tutelada é distinta, porquanto declinada aos fins da persecução criminal.

De forma simétrica, e com arrimo na análise do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), a abalizada doutrina leciona que ***"deve-se cuidar para reconhecer a especialidade do ramo do direito processual penal. Isto quer dizer que, em linha de princípio, o CPC/2015 não prevalece sobre o que o CPP***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regulou de forma expressa, em face da diversidade essencial dos objetos regulados" (TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal - 13 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 61; grifos diversos do original).

Logo, não obstante a Resolução n.º 08, de 29 novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça considerar a suspensão do expediente forense no período *"de 20 de dezembro a 6 de janeiro"* (fl. 395; grifos diversos do original), é cediço por esta Corte, por imperatividade da lei, que uma vez iniciado o prazo do recurso criminal, e este se estender durante o recesso forense, sua contagem se efetiva de forma "contínua" e peremptória, sem qualquer interrupção ou suspensão, apenas sendo prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, caso encerrado seu termo no decorrer do aludido período.

Na espécie, ratifica-se que o recurso especial de fls. 311-320, protocolado na origem em **25/01/2018**, é intempestivo, pois, intimada pessoalmente a defesa técnica em **12/12/2017** (fl. 304), com prerrogativa de prazo em dobro estatuída no art. 44, inciso I, da LC n.º 80/1.994, e computado o prazo recursal criminal de 30 (trinta) dias, de forma contínua e peremptória, o termo final para interposição da insurgência incidiu em **11/01/2018**, nos termos dos arts. 186, 994, inciso VI, e 1.003, § 5.º, todos do referido diploma, c.c. a especialidade normativa dos arts. 3º e 798, *caput*, § 3.º, ambos do CPP.

Nessa perspectiva jurisprudencial:

"PROCESSUAL PENAL. RECESSO JUDICIÁRIO E PERÍODO DE FÉRIAS COLETIVAS. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO OU DE INTERRUPTÃO DE PRAZOS EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL. DICÇÃO DO ARTIGO 798. CAPUT E § 3.º, DO CPP. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE.

[...]

2. Conforme dita o artigo 798 do CPP, caput e § 3.º, os prazos processuais penais são contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

3. O Superior Tribunal de Justiça, utilizando o critério da especialidade, já assentou posição no sentido de aplicar o art. 798 do Código de Processo Penal em detrimento ao art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 para a contagem de prazo em matéria processual penal. Nesse sentido: AREsp n. 962.681/DF e AREsp 982130/SC.

4. O recesso judiciário e o período de férias coletivas, em matéria processual penal, têm como efeito, em relação aos prazos vencidos no seu curso, a mera prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente ao seu término, não havendo interrupção ou suspensão.

[...]” (AgRg no Inq 1.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2017, DJe 19/04/2017; grifos diversos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

original.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. RESOLUÇÃO N. 244 DO CNJ. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O recesso judiciário não tem o condão de interromper ou suspender a contagem do prazo, mas tão somente prorroga o dia do vencimento para aqueles findos em seu curso, para o dia útil subsequente.

[...]

3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EDcl no AREsp 1.070.409/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/08/2017; grifos diversos do original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PROTOCOLIZADO APÓS O 15º DIA. INTEMPESTIVIDADE. CONTAGEM DO PRAZO.

1. No processo penal, iniciado o prazo recursal, seu curso não se interrompe ou se suspende em decorrência de feriado ou suspensão de expediente forense, exceto se coincidir com o termo final, hipótese em que será prorrogado para o primeira dia útil seguinte.

2. Publicado o acórdão de apelação em 14/12/2017, o início do prazo recursal ocorreu aos 15/12/2017 e terminou em 29/12/2017, sendo, pois, intempestivo o especial protocolado em 19/01/2018.

3. A extensão do prazo recursal não é amparada pela Resolução CNJ n. 244, de 12/9/2016. Referido ato normativo regulamenta o art. 220 do NCPC, que estatuiu a suspensão do curso dos prazos processuais nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Não tem força, todavia, para incidir sobre os processos de competência da Justiça Criminal, visto que submetidos, quanto a esse tema, ao regramento do art. 798, caput e §3º, do CPP.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1.322.223/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018; grifos diversos do original.)

Contudo, verifico a existência de ilegalidade flagrante, passível de concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, nos moldes do art. 654, § 2.º, do CPP, c/c art. 203, inciso II, do RISTJ, pelo que passo a expor.

Quanto à invocada mácula aos arts. 59 e 68, ambos do CP, e para melhor elucidação do capítulo em análise, transcreve-se a dosimetria das penas procedida pelas instâncias ordinárias, nos seguintes termos (e-STJ fls. 290-291; grifos diversos do original):

Na primeira fase, o Juízo de Piso aquilatou negativamente a circunstância judicial dos maus antecedentes (condenação criminal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitada em julgada nos autos de nº 0231037-56.2012), motivo pelo qual a pena-base foi elevada para 6 (seis) anos de reclusão e sanção pecuniária de 600 (seiscentos) dias- multa.

Tal circunstância foi valorada idoneamente, porquanto o crime fora praticado em data anterior ao do presente, tendo transitado em julgada na pendência deste. Houve respeito, portanto, ao enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça ("é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base").

*Nada a sopesar na **segunda fase**.*

Na terceira fase, como não há majorantes, examina-se a existência ou não de direito subjetivo do apelante à causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Os requisitos elencados no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 servem tão somente para se apurar se o réu tem direito ou não à causa de diminuição de pena. Uma vez reconhecido o direito subjetivo pelo preenchimento dos requisitos, cumpre ao magistrado definir o quantum de redução. Para tal tarefa, utiliza-se como norte as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP e no art. 42 da lei especial.

[...]

Seguindo esse raciocínio, nota-se que o agente se dedica à atividade criminosa, porquanto o Recorrente ostenta diversas condenações criminais transitadas em julgado (Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 276/277).

Mesmo que não constassem estas pluralidades poder-se-ia afastar a minorante com fulcro em reincidência já apurada em fase anterior da dosagem da pena. Isso porque, de acordo com a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'não há se falar em bis in idem pelo uso da reincidência em fases distintas da dosimetria da pena, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica' (HC 410.990/SP, Rei. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

Cumpra anotar que o raciocínio é semelhante para os maus antecedentes [...]

*Desta feita, fixa-se a pena-definitiva de Flávio Carlos Paula Freitas em **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa**, sendo casa um fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Prima facie, cumpre expender que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas – com certo grau de discricionariedade – as moduladoras estabelecidas no art. 59, caput, do Código Penal para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime.

Acerca do tema, proclama esta Corte, de forma ordinária, que “a condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.” (HC 462.100/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018; grifos diversos do original.).

Todavia, tal exegese jurisprudencial não se coaduna ao caso em apreço, pelo que vale conferir.

No ponto, da inteligência dos trechos destacados, máxime a teor da informações consignadas na certidão de antecedentes criminais de fl. 276, depreende-se que a tese defensiva, circunscrita na ausência de fundamento idôneo ao incremento da pena-base, logra acolhimento, porquanto, de fato, *"a infração penal discutida no presente caso teria ocorrido em novembro de 2008, enquanto a pena executada no processo n.º 0231037-56.2012 decorreu de condenação por fato ocorrido em [...] 2011"* (fl. 314; grifos diversos do original), frise-se, objeto do processo n. 0243102-2011.8.04.0001 (fl. 276).

Nesse contexto, em homenagem ao princípio da não culpabilidade, de envergadura constitucional, e seguindo-se a própria etimologia da palavra antecedentes, entende o Superior Tribunal de Justiça que *"Condenações definitivas por fatos posteriores não são idôneas a supedanejar o aumento da pena básica a título de maus antecedentes."* (HC 427.096/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018; grifos diversos do original).

Em casos análogos:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO DO PEQUENO VALOR. QUALIFICADORA DE CARÁTER OBJETIVO. VALOR NÃO SUPERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA. INCIDÊNCIA DA BENESSE. PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA SOBEJANTE NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS POSTERIORES. ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Condenações definitivas, porém por fatos posteriores não configuram maus antecedentes, não podendo, pois, ser utilizadas em desfavor do paciente para exasperar a pena-base.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao juízo das execuções o redimensionamento da pena imposta, excluindo-se os maus antecedentes e aplicando-se o privilégio do §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º do art. 155 do CP." (HC 350.239/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016; grifos diversos do original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. [...] PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. VIOLAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DE FATO POSTERIOR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

[...]

6. O entendimento desta Corte é o de que condenações transitadas em julgado **referentes a fatos posteriores não podem ser utilizadas para sopesar negativamente os antecedentes, a personalidade e/ou conduta social do réu, com o escopo de elevar a pena-base.**

[...]" (HC 332.040/SC, Rei. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015; grifos diversos do original.)

Desse modo, por estar o acórdão recorrido, neste quadrante, em dissonância ao entendimento sufragado por esta Corte sobre a matéria, o redimensionamento da pena-base, ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, é medida que se impõe.

Na sequência, conforme consignado na origem, nada há *"a sopesar na segunda fase"* (fl. 290) dosimétrica.

Quanto à terceira fase, e não obstante o redimensionamento da sanção basilar ao mínimo legal, válido sublinhar, apenas por cautela, ser assente, neste Tribunal Superior, o entendimento de que, embora ações penais "em curso" – *in casu*, de n.º (s) 0262481-39.2014.8.04.0001, 0218692-19.2016.8.04.001 e 0203319-60.2013.8.04.0030 averbadas na certidão de fls. 276 e 277 – não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Nessa direção:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. [...] GRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

[...]" (AgRg no REsp 1.678.417/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018; grifos diversos do original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DA LEI DE DROGAS). CONDENAÇÃO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. [...] WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *Ações penais em andamento podem evidenciar a dedicação do indivíduo a atividades criminosas e, assim, impedir a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso em análise. Além disso, para se concluir que os pacientes fazem jus a essa causa de diminuição de pena, é necessário o reexame de matéria fática, inviável na via eleita.*

3. *Mantida a dosimetria da pena, fixada em 05 anos de reclusão, mostram-se adequados o regime imposto, semiaberto, e a não substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, devido ao não atendimento do requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.*

4. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 473.691/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018; grifos diversos do original.)

Assim, estando ausentes as causas de aumento ou de diminuição da pena, redimensionam-se as sanções cominadas ao Imputado para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, *quantum* que se mantém em definitivo, à míngua de outras causas modificativas.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental, mas, de ofício, concedo a **ORDEM**, na forma do art. 654, § 2.º, do CPP, para realinhar as reprimendas aplicadas ao Agravante a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal de origem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0098419-0 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg no AREsp 1.284.680 / AM**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003991720188040000 00026561520188040000 001082499102 02499104620088040001
1082499102 2499104620088040001 26561520188040000 3991720188040000

EM MESA

JULGADO: 19/02/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FLAVIO CARLOS PAULA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FLAVIO CARLOS PAULA FREITAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, concedendo habeas corpus de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.