RECURSO ESPECIAL Nº 1.732.520 - RS (2018/0072629-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	CLAUDIOMIRO DA SILVA
ADVOGADO	:	LUÍS ALBERTO ELY BERGAMASCHI - RS063371
ADVOGADA	:	PAULA CRISTINA ELY BERGAMASCHI BERND - RS070837
RECORRENTE	:	JULIO SCHNEIDER COSTA
ADVOGADOS	:	VILHIAM HERZER DOS SANTOS - RS075432
		JORGE LUIZ DOS SANTOS E OUTRO(S) - RS0077154
RECORRENTE	:	ELTON SOARES
ADVOGADOS	:	ELTON SOARES (EM CAUSA PRÓPRIA) - RS0066067
		IOLANDA DA SILVA LAZZARI - RS0098816
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE	:	LUIZ FELIPE ALVES MAIA
ADVOGADO	:	KLAYTON AUGUSTO MARTINS TÃ³POR - RS0068438
AGRAVANTE	:	ANTONIO WALDYR MARTINS GUIMARAES
ADVOGADO	:	JADER DA SILVEIRA MARQUES - RS0039144
AGRAVANTE	:	GILBERTO MARTINS DA SILVA
ADVOGADOS	:	BETINA BEINDER - RS039640
		GILBERTO MARTINS DA SILVA (EM CAUSA PRÓPRIA) - RS0023416
AGRAVANTE	:	GELSO MELLO BRETOS
ADVOGADOS	:	IVAN PARETA DE OLIVEIRA JUNIOR - RS0093974
		IVAN PARETA DE OLIVEIRA - RS0013178
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **ELTON SOARES**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> "APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO MAJORADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DA NORMA DO ART. 212 DO CPP. A não observância da regra do art. 212 da lei processual penal, pela simples inversão da ordem de inquiridores da testemunha, enseja, no máximo, nulidade relativa. A inovação trazida pelo dispositivo, autorizando a formulação de perguntas por parte da defesa e da acusação diretamente às testemunhas não tem o condão de tornar o Magistrado mero observador da colheita probatória. Configuração da nulidade obstada pela ausência de demonstrado prejuízo à parte interessada (art. 563, CPP), pela contribuição da defesa ao descumprimento da forma (art. 565 do CPP), e, ainda, pela irrelevância da ocorrência à apuração da

verdade substancial e ao julgamento da causa (art. 566 do CPP).

2. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA APLICAÇÃO DA PENA. O Magistrado singular, na primeira fase da dosimetria da pena, realizou percuciente análise dos vetores legais, indicando as notas favoráveis e desfavoráveis, no exercício de sua discricionariedade vinculada, obedecendo ao preceito contido no artigo 68 do Código Penal, atendendo o critério previsto no artigo 59 do mesmo Diploma Legal, e arbitrou, de forma fundamentada, as reprimendas que entendeu necessárias e suficientes para a reprovação do crime. Na individualização das penas, examinou com acuidade os elementos que diziam respeito ao fato (objetivo) e aos agentes (subjetivo). É uníssona a jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, que confere pesos absolutos a cada moduladora, mas sim o exercício do arbítrio do Julgador, limitado às disposições legais, especialmente aos critérios pré-estabelecidos e às balizas da pena abstratamente cominada ao tipo legal infringido, princípios constitucionais e critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

3. PRELIMINAR DE NULIDADE DOS RECONHECIMENTOS EFETUADOS. É tranqüila a jurisprudência no sentido da desnecessidade de estrito cumprimento das formalidades do art. 226 do CPP, que *configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.* O reconhecimento policial constitui elemento informativo de cunho indiciário, fortalecendo os elementos probatórios carreados sob o crivo do contraditório judicial.

4. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. A palavra da vítima, não obstante estivesse ela envolvida com o cometimento de delitos graves, apresentou-se de modo firme e coerente, aliada aos depoimentos de testemunhas presenciais, das conclusões da Corregedoria-Geral da Polícia Civil, e confortada por diversos outros elementos de prova – perícia, ofícios de órgãos públicos, interceptação telefônica e extratos de ligações, escuta ambiental, reconhecimento, e relatórios de investigação. A negativa dos réus restou isolada nos autos, apresentando-se completamente inverossímil a tese de que os atos policiais consistiram em meras 'técnicas de investigação'. E, igualmente, os depoimentos das testemunhas defensivas, voltados principalmente a abonar a conduta dos acusados e enfatizar a periculosidade da vítima, não se prestam a infirmar a concretude dos elementos pericial, testemunhal e documental constantes do processo.

5. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. Inviável o reconhecimento da participação de menor importância, para qualquer dos apelantes, considerando que a conduta de cada um dos agentes teve especial relevância para a concretização do delito, sequer afigurando-se possível falar em participação, mas sim em verdadeira coautoria. Partícipe é o sujeito que auxilia a infração penal protagonizada por outrem, desenvolvendo não papéis principais, mas apenas atividades secundárias que, de algum modo, influenciam o ilícito. Não é do que se trata, a toda evidência, o caso espelhado nos

autos, e não há falar em 'coautoria de menor importância'.

6. TIPIFICAÇÃO. EXTORSÃO. A concussão, delito funcional próprio, previsto na norma do artigo 316 do Código Penal, caracteriza-se quando presentes elementos especializantes em relação à extorsão – a condição de servidor público do sujeito ativo e a ameaça, explícita ou implícita, que diz respeito à função pública. Ocorre que, na hipótese dos autos, constata-se que os agentes em muito extrapolaram o limite das funções públicas, não apenas exercendo-as com abuso de autoridade, mas desferindo disparos de arma de fogo, amarrando e agredindo pessoas, retirando e devolvendo um preso temporário ao estabelecimento prisional, por diversas vezes, inclusive durante a madrugada, mantendo-o custodiado sempre à mercê de agentes armados. E assim, então, incidiram no delito de extorsão, pois não somente a elementar grave ameaça ficou caracterizada – a liberdade é dos bens jurídicos mais relevantes –, mas também a violência.

7. DOSIMETRIA DA PENA. Basilares redimensionadas para 05 (cinco) anos para os réus G.M.B., C.S., J.S.C., L.F.A.M. e G.M.S.; e 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses para os réus E.S. e A.W.M.G., pela manutenção da nota desfavorável à *culpabilidade*, e considerado o *comportamento da vítima* como fator de diminuição. O réu Delegado de Polícia teve sua pena fixada em 06 (seis) meses acima das demais, tendo em vista que, como Autoridade Policial, além de pautar sua atuação pela legalidade, possuía o dever de coordenar e fiscalizar as atividades de seus agentes. O réu E.S., igualmente, teve sua pena fixada em 06 (seis) meses acima das demais, por possuir condenação definitiva pelo cometimento do delito de concussão, em data posterior ao presente fato, pelo que readequada ao vetor personalidade. Tocante aos *motivos, circunstâncias e consequências*, afastado o aumento. Inexistentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase da operação dosimétrica, em face à incidência da majorante do concurso de agentes, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço), estabilizando-se definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão para os réus G.M.B., C.S., J.S.C., L.F.A.M. e G.M.S., e 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para os réus E.S. e A.W.M.G. Regime inicial semiaberto. Pena de multa, que em sua projeção quantitativa deve guardar proporção com as basilares, redimensionada para 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, em relação aos réus G.M.B., C.S., J.S.C., L.F.A.M. e G.M.S; 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, em relação ao réu E.S.; e 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo vigente à época do fato, em relação ao réu A.W.M.G., posto que esse, pelo cargo exercido, possui melhores condições econômicas. Inviável a isenção da pena de multa e, na hipótese, também da suspensão da exigibilidade das custas processuais. Insubsistência do pedido de substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos. Crime cometido com violência e grave ameaça e penas superiores a quatro anos de reclusão.

8. PERDA DOS CARGOS PÚBLICOS. Acertado o decreto de

> perda dos cargos públicos, pois o efeito específico da condenação incide quando aplicada pena privativa de liberdade superior a 01 (um) ano e o funcionário público comete o crime com abuso de poder ou violação de deveres para com a Administração Pública – artigo 92, inciso I, alínea 'a', do Código Penal – exatamente o caso dos autos. E, mesmo assim não fosse, extrai-se da norma do artigo 92, inciso I, alínea 'b', do Código Penal, que qualquer seja o crime, incidirá o efeito quando a pena aplicada for superior a 04 (quatro) anos, o que também se amolda à hipótese aqui tratada.
> 9. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória das penas.
> PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS.
> APELOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS." (e-STJ, fls. 4119-4121)

Os embargos de declaração opostos não foram acolhidos (e-STJ, fls. 4.309-4.326).

Nas razões do apelo nobre, a defesa aponta violação ao artigo 59 do Código Penal, ao argumento de que a pena-base foi exasperada de forma descabida pela análise desfavorável da personalidade do agente, considerando condenação por fato posterior ao apurado nestes autos, contrariando o que diz a Súmula 444/STJ.

Aduz, ainda, contrariedade ao artigo 155 e 386, VII, do Código de Processo Penal, sustentando que não há prova suficiente para a condenação do recorrente, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*.

Alega, por fim, divergência jurisprudencial quanto ao artigo 316 do Código Penal, sob o fundamento de que a conduta atribuída ao recorrente amolda-se ao delito de concussão e não ao de extorsão.

Requer o provimento do recurso, reformando-se o acórdão recorrido para que o recorrente seja absolvido da imputação imposta. Alternativamente, pleiteia pela desclassificação para o delito de concussão, remetendo-se o feito para novo julgamento. Caso seja mantida a condenação pelo crime de extorsão, pugna pela redução da pena-base, afastando-se a valoração negativa da personalidade do agente.

Contrarrazões às fls. 4.952-4.961 (e-STJ).

Após juízo de admissibilidade (e-STJ, fls. 5.078-5.081), os autos ascenderam a esta Corte Superior.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 5.325-5.332).

É o relatório.

Decido.

De início, no que toca à alegada violação aos artigos 155 e 386, VII, ambos do Código de Processo Penal, sob o pleito de absolvição do recorrente por ausência de provas seguras para a condenação, anota-se que o Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a autoria e a materialidade do delito

imputado ao recorrente restaram sobejamente comprovadas nos autos. Confira-se, por pertinente, o seguinte excerto extraído do acórdão impugnado, que bem elucidam a controvérsia:

> "A negativa dos réus em relação aos delitos imputados na ação penal restou isolada nos autos, apresentando-se completamente inverossímil a tese de que os atos policiais consistiram em meras 'técnicas de investigação'. E, igualmente, os depoimentos das testemunhas defensivas, voltados principalmente a abonar a conduta dos acusados e enfatizar a periculosidade da vítima, não se prestam a infirmar a concretude dos elementos pericial, testemunhal e documental constantes do processo.
> E eventual sorte dos processos administrativos disciplinares não tem o condão de influenciar a ação penal.
> Com essas considerações, portanto, que apenas somam-se aos já bem lançados termos da sentença recorrida, impositiva é a manutenção da condenação, referente a todos os réus." (e-STJ, fl. 4165)

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, a condenação da recorrente foi fundamentada nas provas constantes dos autos, especialmente nos elementos periciais, testemunhais e documentais obtidos.

Nesse contexto, a absolvição baseada na insuficiência de provas, demandaria necessariamente nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

A propósito:

> "[...] 2. O Tribunal *a quo*, soberano da análise fática da lide, considerou presentes o dolo, a autoria e a materialidade, em relação ao tipo penal previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal - estelionato previdenciário majorado -, a revisão de tal entendimento, na via especial, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
> *Omissis.*
> 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.616.400/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
> Se a condenação encontra-se lastreada em amplo arcabouço probatório, a pretensão de absolvição, além de insubsistente, implica o reexame de matéria fático-probatória dos autos, impossível de ser satisfeita na via especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ.
> Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 812.032/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016).

Prosseguindo, com relação à suposta violação ao artigo 316 do Código

Penal, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu pela prática do crime de extorsão por vislumbrar a existência da elementar violência a impedir a configuração do crime de concussão, consoante a seguinte fundamentação:

> "O delito funcional próprio, que está previsto na norma do artigo 316 do Código Penal, caracteriza-se quando presentes elementos especializantes em relação à extorsão - a condição de servidor público do sujeito ativo e a ameaça, explícita ou implícita, que diz respeito à função pública. Ocorre que, na hipótese dos autos, constata-se que os agentes em muito extrapolaram o limite das funções públicas, não apenas exercendo-as com abuso de autoridade, mas desferindo disparos de arma de fogo, amarrando e agredindo pessoas, retirando e devolvendo um preso temporário ao estabelecimento prisional, por diversas vezes, inclusive durante a madrugada, mantendo-o custodiado sempre à mercê de agentes armados. E assim, então, incidiram no delito de extorsão, pois não somente a elementar grave ameaça ficou caracterizada - a liberdade é dos bens jurídicos mais relevantes - mas também a violência." (e-STJ, fls. 4166-4167)

Acerca da matéria, observa-se que a Corte de origem analisou a questão em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal, no sentido de que o "emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de concussão." (HC 198.750/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013). No mesmo sentido: HC 149.132/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 22/08/2011.

Ademais, uma vez que o Colegiado local concluiu, com base nos fatos e provas constante dos autos, que a elementar caracterizadora da extorsão está presente na conduta atribuída ao recorrente e demais corréus, reverter esse entendimento implicaria no indevido revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência incabível nessa seara recursal.

Por outro lado, quanto à aventada ofensa ao artigo 59 do Código Penal, convém, primeiramente, destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Para melhor análise da controvérsia, confira-se a dosimetria da pena reformulada no acórdão recorrido:

> "O réu Elton Soares, igualmente, teve sua pena fixada em 06 (seis) meses acima das demais, pelos maus antecedentes, pois ostenta condenação definitiva pelo cometimento do delito de concussão, todavia, após o fato objeto do presente processo, o que melhor amolda-se ao vetor personalidade, visto que as ocorrências criminais

> posteriores (processos e condenações por fato posterior), devem ser valoradas neste vetor. Nesse sentido, destaco que a vedação do reforço ou complemento de fundamentação difere dos casos em que é realizada simples correção do enquadramento equivocado da circunstância negativa dentre as moduladoras do artigo 59 do Código Penal, o que reputo viável.
> Tocante aos motivos, circunstâncias e conseqüências, deve ser afastado o aumento, considerando que, não obstante a gravidade das informações no sentido de que permeiam o processo sete mortes - da própria vítima da extorsão e dois acusados, entre outros -, não há nos autos quaisquer elementos aptos a demonstrar a responsabilidade de cada um dos réus na perpetração desses delitos.
> E o comportamento da vítima, como bem delineado, contribuiu para a perpetração do delito de extorsão, tendo em vista que, no princípio, mostrou-se receptiva às negociações para se ver livre dos crimes pelos quais era investigado.
> Assim, reduzo as basilares em 01 (um) ano, restando fixadas em 05 (cinco) anos de reclusão para Gelso Mello Bretos, Claudiomiro da Silva, Júlio Schneider Costa, Luiz Felipe Alves Maia e Gilberto Martins da Silva; e 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão para Elton Soares e Antonio Waldyr Martins Guimarães." (e-STJ, fl. 4170)

Consoante se extrai do excerto, o magistrado sentenciante havia se amparado na existência de condenação criminal por fato posterior ao apurado nestes autos para valorar como desfavorável ao acusado o vetor antecedentes, porém no julgamento da apelação o Tribunal de origem entendeu que a condenação criminal por fato posterior ao que deu início ao presente processo, conquanto não possa macular os antecedentes do acusado, é apto a valorar negativamente a personalidade do agente.

Contudo, nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente.

A respeito, citam-se:

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. APLICAÇÃO DA MENORIDADE RELATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. INERENTE AO DOLO. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE DETURPADA. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSEQUÊNCIAS GRAVES. MORTE DE PROVEDOR DA FAMÍLIA. REDUÇÃO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do

Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.'

5. **Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. Entrementes, plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa.**

6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 25 anos e 8 meses de reclusão."

(HC 410.047/PE, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 10/05/2018, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DE PROCESSOS REFERENTES A FATOS POSTERIORES AO DO CASO EM TELA E COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL A SER ANALISADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual

> não caracteriza reincidência ou maus antecedentes.
> **- Processos com condenações definitivas, mas relativos a fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usados para agravar a pena-base, seja como maus antecedentes ou como personalidade negativa do agente.** [...]" (HC 338.975/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015, grifou-se);
>
> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR ÀQUELE NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...] III - Condenações, com ou sem o trânsito em julgado, por fatos posteriores ao que está em apuração não servem para a caracterização de maus antecedentes, não sendo possível a sua valoração na dosimetria da pena (precedentes do STJ).
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente." (HC 321.550/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015).

Desta feita, o recurso merece provimento nesse ponto, cabendo o redimensionamento da pena quanto ao crime previsto no artigo 158, § 1º, do Código Penal, que passo a fazer, de acordo com os parâmetros estabelecidos na origem.

Na primeira fase da dosimetria, afastada a valoração negativa da personalidade do agente e mantida apenas a valoração negativa da culpabilidade, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão.

Na segunda fase inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes a considerar, permanecendo a pena intermediária em 5 anos de reclusão.

Na terceira fase, mantém-se o aumento da pena em 1/3 pela incidência da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, resultando em 6 anos e 8 meses de reclusão, a qual se torna definitiva.

Por fim, fica mantido o regime prisional semiaberto e as demais disposições do acórdão recorrido.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para afastar a valoração desfavorável da personalidade do agente, redimensionando a pena definitiva do recorrente ao patamar de 6 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro