



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 799164 - SP (2023/0023466-2)

**RELATOR** : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP224531  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DAVI FELICIANO DO CARMO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de DAVI FELICIANO DO CARMO contra acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação criminal n. 1501425-45.2022.8.26.0542.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **4 (quatro) anos de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais o pagamento de **10 (dez) dias-multa**, como incurso no art. 157, **caput**, do Código Penal (fls. 12-22).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem **deu provimento ao recurso ministerial**, a fim de redimensionar a reprimenda do réu para **5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa**, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória (fls. 23-26).

Neste writ, o impetrante aponta constrangimento ilegal quanto à dosimetria da pena imposta ao paciente, afirmando que *"sendo o paciente reincidente, agiu acertadamente a M. M. Juíza sentenciante de primeiro grau ao compensar a agravante da reincidência pela atenuante da confissão nos termos da súmula 545 do STJ"* (fl. 4).

Requer, ao final, *"a concessão da ordem para reconhecer a compensação da agravante da reincidência pela atenuante da confissão"* (fl. 8).

Pedido liminar indeferido às 30-31.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 35-38, manifestou-se pela **concessão da ordem**, nos termos da seguinte ementa:

*"Habeas Corpus. Roubo.– Pleito pelo reconhecimento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Paciente reincidente que confessou os fatos informalmente. Confissão utilizada como fundamento da condenação. Precedentes. Constrangimento constatado na espécie.*

*– Promoção pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem, nos termos deste parecer.*

É o breve relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no mandamus.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que 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”* (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no mandamus.

In casu, colhe-se do acórdão recorrido:

*"Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, no piso, e assim deve permanecer, porquanto o Magistrado sentenciante especificou os motivos pelos quais resolveu exacerba-la, salientando que DAVI registra maus antecedentes criminais (fls. 131/135).*

*Em seguida, o Juiz condutor do processo, acertadamente, reconheceu a agravante da reincidência (fls. 131/135), mas, erroneamente, compensou-a com a atenuante da confissão espontânea.*

*Com efeito, a agravante é circunstância preponderante, conforme dispõe o artigo 67, do Código Penal, e deve prevalecer sobre a atenuante da confissão.*

*Assim, assiste razão o Parquet ao pleitear o afastamento dessa compensação, de modo que aumento de 1/6 a sanção, que passa a totalizar, em definitivo, 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, no piso" (fl. 25).*

No tocante à segunda fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte atua no sentido de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, não havendo que se falar em preponderância da primeira. Confira-se:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. TEMA REPETITIVO N. 585 DO STJ. ACUSADO REINCIDENTE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. RECLAMO DESPROVIDO.*

*1 - No julgamento do Recurso Especial n. 1.947.845/SP, decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou-se o entendimento segundo o qual, ressalvada a hipótese de multirreincidência, é possível na segunda fase da dosimetria da pena a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não.*

*2 - Mesmo nas hipóteses de fixação de pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, sendo reincidente o acusado, não é ilegal a imposição do regime inicial semiaberto. Precedentes.*

*3 - Não obstante o § 3º do art. 44 do Código Penal, em caráter excepcional, admita a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tal somente ocorrerá se "em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".*

*4 - Na caso sub examine, embora não seja a reincidência propriamente específica, destacou a Corte de Apelação que a anterior condenação decorreu da prática de crime de roubo, do que resulta a reiteração na prática de crimes patrimoniais e, por corolário, consubstancia-se como fundamento idôneo à não concessão de tal benesse.*

*5 - Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 2.026.653/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/12/2022, grifei).*

*"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FURTO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO.*

*1. A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.*

*2. Na hipótese dos autos, comprovada a reincidência específica da recorrente, deve a referida agravante ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.*

*3. Recurso especial provido para reformar o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 1503215-08.2019.8.26.0530, a fim de restabelecer a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, fixando o regime inicial semiaberto. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ nos seguintes termos:*

*4. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (REsp n. 1.947.845/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 24/6/2022, grifei).*

Desse modo, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da **confissão espontânea**, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

Evidenciado, in casu, o constrangimento ilegal apontado pela defesa, passo ao redimensionamento da reprimenda do paciente, mantidos os critérios dosimétricos empregados pelas instâncias ordinárias.

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base estabelecida em 4

(quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa (fl. 25).

Na segunda fase, compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda permanece inalterada.

Na terceira fase, diante da ausência de outras causas modificadoras, a reprimenda definitiva do paciente alcança o total de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa.**

Ante o exposto, não conheço do writ. Contudo, concedo a ordem de ofício, para fins de redimensionar a pena do paciente em **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília, 17 de fevereiro de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto  
Relator