HABEAS CORPUS Nº 501.949 - MG (2019/0092718-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS FABIANO TORRES BASTOS - MG072008
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	DANIEL OTAVIANO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de DANIEL OTAVIANO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, nos autos da apelação criminal n. 1.0223.13.021030-0/004.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, como incurso nas sanções do art. 121, § 1º, c/c art. 61, inciso II, "f", c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal (fls. 611-615).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, em v. acórdão assim ementado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES CONTRA A VIDA - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (ART. 121, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDEN ATÓRIA - RECURSO DA DEFESA - ALEGAÇÃO DE INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - PENA BASE ADEQUADAMENTE FIXADA - ALMEJADA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA - IMPOSSIBILIDADE - FRAÇÃO REFERENTE À CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §1° DO ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA ~*

POSSIBILIDADE - REPARAÇÃO DOS DANOS - ART. 387, INC. IV, DO CPP - EXCLUSÃO - PRETENSÃO DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - NÃO RECOMENDADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO E SURSIS - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS - PLEITO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA PERTINENTE AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Inexiste qualquer alteração a ser feita na sanção Imposta, uma vez que a reprimenda se mostra adequada e suficiente à prevenção e reprovação do crime.

-O quantum de redução aplicável ao homicídio tentado deverá considerar a extensão do iter criminis percorrido, graduando-se a fração em face da maior ou menor aproximação da consumação. -Tendo em vista o iter criminis percorrido pelo agente, correta a fração de 1/3 {um terço) utilizada para diminuir a pena em face da minorante genérica da tentativa.

-Aplicando-se o homicídio privilegiado, a escolha da benesse fica a critério do prudente arbítrio do Magistrado, que deve ser atentar para as circunstâncias do caso concreto, a relevância do valor social ou moral, a intensidade do domínio do acusado pela violenta emoção ou o grau de injusta provocação da vitima, ao aplicar a fração de redução, devendo fundamentar à razão de seu convencimento, o que não ocorreu no presente caso.

- A fixação do valor reparatório, na esfera penal, poderá ocorrer somente quando houver pedido expresso, quer do representante do Ministério Público ou de eventual assistente de acusação, oportunizando-se, assim, a produção de prova em sentido contrário e, com Isso, o regular exercício do contraditório, além de ser necessário existir nos autos elementos balizadores do valor do dano sofrido.

• Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena devem ser observados os parâmetros Inseridos no artigo 33 e 59 do Código Penal.

-Resta inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade ou concessão do sursis, quando não preenchidos os requisitos legais previstos nos artigos 44 e 77 do CP.

-Conforme estipula o artigo 804 do Código de Processo Penal, a condenação nas custas decorre de expressa previsão legal, devendo suposta impossibilidade de pagamento ser analisada pelo juízo da execução, quando exigivel o encargo.
• Recurso parcial provido.

V.V. ISENÇÃO DE CUSTAS - IMPOSSIBILIDADE -

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - JUÍZO DA EXECUÇÃO. Em observância à declaração de inconstitucionalidade formal do art. 10, inciso II, da Lei Estadual n° 14.939/2003 pelo Órgão Especial deste Tribunal, não é possível a isenção das custas processuais. Eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais deve ser examinada pelo Juizo da Execução Penal. (DESEMBARGADOR EDISON FEITAL LEITE - VOGAL VENCIDO EM PARTE.)" (fls. 649-650).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na manutenção do regime semiaberto para cumprimento da pena, haja vista que o paciente teve todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e não é reincidente e tem bons antecedentes.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que seja concedido o direito de aguardar o julgamento do mérito deste **writ** em liberdade. No mérito, busca o estabelecido o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que a Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio**

Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Cotejando os autos, nos limites da cognição **in limine**, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do **fumus boni iuris**, não restando configurada, **de plano**, a flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência, devendo a **quaestio**, portanto, ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator