HABEAS CORPUS Nº 501.119 - RS (2019/0088239-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	MELISSA TORRES SILVEIRA - RS046237
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MARCOS TAISSON DAVID DA SILVA (PRESO)
OUTRO NOME	:	MARCOS TAISON DAVID DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCOS TAISSON DAVID DA SILVA ou MARCOS TAISON DAVID DA SILVA apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo em Execução Penal n.º 70080336779.

Consta dos autos que ao paciente foi deferida a progressão ao regime semiaberto (fls. 92/93).

O Tribunal de origem deu provimento ao agravo de execução interposto pelo Ministério Público e determinou o retorno do paciente ao regime fechado (fls. 149/157).

A impetrante aduz que a *"soma das penas não determina a homogenização de seu tratamento, preservando suas características originais, como por exemplo, a hediondez e a primariedade do agente"* (fl. 5).

Afirma que não há dúvida acerca da desnecessidade de retificação da guia de execução de pena do paciente, que reconheceu a reincidência do paciente.

Sustenta que o paciente já cumpriu os requisitos objetivo e subjetivos necessários à progressão de regime e que *"as possíveis faltas disciplinares já foram consideradas*", não podendo ser perpetuamente punido pelos deslizes cometidos (fl. 9).

Sustenta que o Tribunal estadual privilegiou o históricos de faltas graves em detrimento do atestado de conduta carcerária.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja reformado o acórdão proferido pela Corte *a quo*.

A liminar foi indeferida às fls. 166/167.

Informações às fls. 170/214 e 215/269.

Parecer ministerial às fls. 271/275.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a Corte de origem, ao analisar o caso, entendeu, por

bem, indeferir a progressão de regime ao reeducando, *verbis* (fls. 149/157):

> *Com efeito, o apenado cumpre pena por dois delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, com pena total de 12 anos e 06 meses, desde 24/07/2010, tendo previsão de término em 2024.*
> *Analisando suo GEP, verifico que o apenado empreendeu fuga do sistema prisional por duas vezes (ficando foragido por 654 dias - quase 02 anos), bem como cometeu novo delito no curso da execução (vinha cumprindo por um delito de tráfico de drogas e veio a cometer outro por ocasião de uma das fugas), sendo que a última fuga aconteceu entre 2014 e 2016, resultando na regressão de regime do apenado. Em 27.11,2018 foi deferida progressão para o regime semiaberto, decisão ora recorrida.*
> *Com efeito, não concordo com a decisão de origem, pois não está apto o apenado para ter concedido o novamente o benefício postulado.*
> *Inicialmente, pertinente frisar que venho entendendo não ser admissível a interpretação literal da redação do art. 112, da Lei de Execução Penal, no sentido de que para a progressão de regime basta o cumprimento do requisito objetivo e o atestado de bom comportamento carcerário fornecido pelo Diretor do estabelecimento penal.*
> *Deve-se ter em mente que o requisito subjetivo é muito mais amplo, sendo necessário analisar se apenado encontra-se apto para o retorno ao convívio social, com o fim de que tal possa auxiliar em seu processo de ressocializaçâo.*
> *O apenado, embora tenha conduta carcerária satisfatória, conforme parecer do administrador do Presídio, cometeu faltas disciplinares graves durante o cumprimento da pena, quando se encontrava em regime semiaberto, além de ter foragido do sistema prisional por quase 02 anos.*
> *Veja-se que foi deferida progressão de regime anteriormente ao apenado, oportunizando regime mais brando, e mesmo assim o*
> *apenado não se portou de forma adequada e reiterou a prática de ilícito penal, tanto que retornou ao regime fechado, demonstrando nâo fazer jus à nova concessão de benesse, no momento, porquanto não reúne as condições necessárias para deferimento de nova progressão de regime.*
> *Logo, depreende-se do conjunto fático que o apenado não*

está preparado para obtenção de regime menos gravoso, que exige maior disciplina e responsabilidade, de modo que entendo necessário permanecer ainda no atual regime fechado em que se encontra.
[...]
Assim, impositiva a revogação da decisão que deferiu progressão ao apenado.
[...]
Com relação à reincidência, destaco que tal é uma circunstância de caráter pessoal e não circunstância da condenação.
Logo, não importa se houve ou não reconhecimento da reincidência no sentença condenatória para a modificação do lapso temporal para a obtenção dos benefícios, sendo perfeitamente possível que o juízo da VEC retifique a Guia de Execução Penal, reconhecendo a reincidência e modificando os prazos para a concessão de futuros benefícios.
Aliás, é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça de que é possível a retificação da Guia de Execução Penal pelo Juízo da Execução nas hipóteses de reconhecimento da reincidência, sendo indiferente que tal circunstância tenha sido expressamente referida na sentença ou acórdão, in verbis:
[...]
Logo, considerando que na data do cometimento do segundo delito em 10/02/2014 (proc. 033/21400011628) já havia trânsito em julgado da condenação anterior (que ocorreu em 05/02/2013 - fl. 19 e 49-50. proc. 033/20700037730) resta bem clara a reincidência (e específica) do apenado, devendo tal ser reconhecida com alteração dos lapsos temporais para obtenção dos benefícios.
Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO para revogar a decisão que deferiu progressão de regime, devendo o apenado retornar ao cumprimento da pena em regime fechado, bem como para reconhecer a reincidência específica do apenado.

Como se vê, o Tribunal *a quo* entendeu não estar preenchido o requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime, consignando que o histórico carcerário do paciente mostrou-se contrário à possibilidade de que ele usufrua do benefício em debate, pois "embora tenha conduta carcerária satisfatória, conforme parecer do administrador do Presídio, cometeu faltas disciplinares graves durante o cumprimento da pena, quando se encontrava em regime semiaberto, além de ter foragido do sistema prisional por quase 02

anos. Veja-se que foi deferida progressão de regime anteriormente ao apenado, oportunizando regime mais brando, e mesmo assim o apenado não se portou de forma adequada e reiterou a prática de ilícito penal, tanto que retornou ao regime fechado, demonstrando nâo fazer jus à nova concessão de benesse, no momento, porquanto não reúne as condições necessárias para deferimento de nova progressão de regime" (fls. 152/153).

De acordo com a LEP, o requisito subjetivo é aferido através do atestado de bom comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento no qual o condenado cumpre sua sanção privativa de liberdade.

No entanto, não é vedado às instâncias ordinárias o indeferimento do benefício quando, a despeito do reeducando apresentar atestado de bom comportamento carcerário, entender não implementado o requisito subjetivo, desde que aponte peculiaridades da situação fática que demonstrem a ausência de mérito do condenado, exatamente como procedido na hipótese.

Nesse sentido, vejam-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NÃO CONCESSÃO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONTURBADO HISTÓRICO PRISIONAL DO PACIENTE. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*
>
> *2. Esta Corte superior pacificou o entendimento segundo o qual, ainda que haja atestado de boa conduta carcerária, a análise desfavorável do mérito do condenado, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo.*
>
> *3. O pedido de progressão de regime foi indeferido pela ausência do requisito subjetivo, tendo sido levado em consideração, além da longevidade da pena, o conturbado histórico prisional do apenado, destacando a presença de falta grave, consistente na posse de aparelho de telefone celular. Assim, evidenciada a idoneidade da fundamentação utilizada na origem, não há se falar em flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. 4. A jurisprudência deste Tribunal Superior orienta-se no sentido de que a prática de falta disciplinar grave, muito embora não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (Súmula n. 441 do Superior Tribunal Justiça - STJ), impede a concessão da benesse*

por evidenciar a ausência do requisito subjetivo relativo ao comportamento satisfatório durante o resgate da pena, nos termos do que exige o art. 83, inciso III, do Código Penal - CP.
Além disso, para se modificar os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias quanto ao preenchimento do requisito subjetivo do paciente, mostra-se necessário o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus.
5. Habeas corpus não conhecido.
(HC 456.102/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 09/11/2018)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. APENADO QUE PERMANECEU FORAGIDO POR QUASE CINCO ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. MERECIMENTO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO.
I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo do 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.
II - Para a concessão do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto), nos termos do art. 83 do CP, c/c o art. 131 da LEP.
III - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que "a prática de falta grave pelo apenado no curso da execução penal - no caso, fugas do estabelecimento prisional - constitui motivo suficiente para denegar o livramento condicional, por ausência do preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 83 do Código Penal" (AgRg no HC 360.854/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 6/9/2017).
IV - In casu, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no v. acórdão impugnado, que cassou o livramento condicional concedido pelo d. Juízo da Execução, fundado na ausência do requisito subjetivo, considerando a prática de falta grave no curso da execução penal, configurada por fuga, situação na qual o apenado permaneceu por quase cinco anos.

> *V - Para a concessão do livramento condicional, o Magistrado deve avaliar o efetivo cumprimento do requisito subjetivo, não estando adstrito ao atestado de bom comportamento carcerário, sob pena de se tornar mero homologador da manifestação do diretor do estabelecimento prisional.*
> *Precedentes.*
> *VI - Destaque-se, ademais, que nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, a análise do merecimento do apenado demanda amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que é incompatível com a estreita via do habeas corpus.*
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 433.265/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018)*

Quanto o reconhecimento da reincidência, manifestou-se o Tribunal estadual, *verbis* (fl. 154):

> ***Com relação à reincidência, destaco que tal é uma circunstância de caráter pessoal e não circunstância da condenação.***
> ***Logo, não importa se houve ou não reconhecimento da reincidência no sentença condenatória para a modificação do lapso temporal para a obtenção dos benefícios, sendo perfeitamente possível que o juízo da VEC retifique a Guia de Execução Penal, reconhecendo a reincidência e modificando os prazos para a concessão de futuros benefícios.***
> *Aliás, é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça de que é possível a retificação da Guia de Execução Penal pelo Juízo da Execução nas hipóteses de reconhecimento da reincidência, sendo indiferente que tal circunstância tenha sido expressamente referida na sentença ou acórdão (...).*

É cediço que a reincidência tem caráter pessoal.

Estando o sentenciado no cumprimento de pena por mais de uma condenação, para fins de execução penal e seus benefícios, após a unificação das reprimendas, deve ser considerada pena única e, ostentando a condição de reincidente, deve cumprir o lapso temporal necessário para alcançar a benesse pretendida.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NOMEAÇÃO DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA EM JUÍZO. PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. AGRAVO CONHECIDO. PROGRESSÃO DE REGIME. NOVA CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONDIÇÃO DE REINCIDENTE APLICÁVEL A TODAS AS CONDENAÇÕES. OFENSA À COISA JULGADA NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO.*

> *1. O Núcleo de Prática Jurídica, por não se tratar de entidade de direito público, não se exime da apresentação de instrumento de mandato quando constituído pelo réu hipossuficiente a quem cabe a livre escolha do seu defensor, em consonância com o princípio da confiança.*
> *2. A Terceira Seção, no julgamento do EAREsp 798.496, decidiu que a nomeação judicial do Núcleo de Prática Jurídica para patrocinar a defesa do réu dispensa a juntada de procuração, por não haver atuação provocada pelo assistido, mas sim exercício do munus público por determinação judicial, sendo, portanto, afastada a incidência da Súmula 115/STJ.*
> *3. O reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e de execução penal produz efeitos diversos, de modo que a não constatação na primeira etapa não impede seu reconhecimento na fase executória, sem violação à coisa julgada.*
> *4. **Sobrevindo novas condenações, a unificação das penas importa no reconhecimento da reincidência, mesmo que esta consideração não tenha ocorrido na etapa de conhecimento, fazendo incidir regras específicas da reincidência ao cumprimento da totalidade da reprimenda**. Precedentes.*
> *5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento.*
> *(AgRg no AREsp 1.192.663/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.*
> *1. **As condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena** (HC n. 378.985/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/2/2017).*
> *2. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 385.043/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017)*

Com efeito, o aresto objurgado deve ser mantido por seus próprios fundamentos, uma vez que está em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator