

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL n. 8041314-37.2021.8.05.0000 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma AGRAVANTE: RAI ARAUJO DE OLIVEIRA Advogado (s): AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): EMENTA AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI Nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RÉU CONDENADO POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (TRÁFICO DE DROGAS). PLEITO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. IMPOSSIBILIDADE. MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DA NATUREZA HEDIONDA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 5º, INCISO XLIII) E INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90. MENÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO 112 DA LEP AOS CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. RESSALVA LEGAL RESTRITA AO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (ARTIGO 112, § 5º, DA LEI Nº 7.210/84). PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL MAIS BENÉFICO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. APENADO REINCENTE EM CRIME COMUM E NATUREZA HEDIONDA DO NOVO DELITO. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO. HIPÓTESE NÃO ABRANGIDA PELA NOVATIO LEGIS. INTERPRETAÇÃO POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. ADEQUAÇÃO À NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. As alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) não afastaram a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). O mandamento constitucional previsto no inciso XLIII do artigo 5º equipara os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, aos hediondos, além da inteligência do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 e menção expressa do artigo 112 da LEP aos crimes hediondos ou equiparados, com ressalva legal restrita ao tráfico de drogas privilegiado (artigo 112, § 5º, da lei nº 7.210/84), sendo este o tratamento dado pelas Cortes Superiores. Carece, pois, de fundamentação legal e jurisprudencial a tese da Defesa de afastamento da hediondez equiparada do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 2. A progressão de regime na hipótese de condenados por crimes hediondos ou equiparados era regulada pelo § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que previa a fração de 2/5 (dois quintos) para o apenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincentente (tanto na redação dada pela Lei 11.464/07 como na conferida pela Lei 13.769/18), tendo o STJ firmado o entendimento de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime. 3. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em 23/1/2020, entretanto, foi revogado expressamente o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, ser regida pela Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), com as alterações trazidas pela novatio legis, em especial a nova redação dada ao artigo 112, que criou diversas categorias com diferentes percentuais de progressão de regime. 4. Neste caso, o agravado foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pela prática de crimes comuns (artigo 157, caput, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do CP, e artigo 14 da Lei nº 10.826/2003). 5. Para a hipótese dos autos, que é a de reincidência genérica ou não específica, inexistente na novatio legis previsão de percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que o percentual de 40% foi destinado para o

condenado por crime hediondo ou equiparado que seja primário, e os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos. 6. Em Direito Penal, não se admite o uso de interpretação extensiva para prejudicar o réu e, à míngua de regramento legal específico, aplica-se, neste caso, a integração da norma mediante a analogia in bonam partem para fazer incidir o percentual previsto para os condenados por crime hediondo ou equiparado primários, qual seja, o de 40% (quarenta por cento) da pena imposta, como requisito objetivo, para fins de obtenção de progressão de regime prisional, conforme descrito no inciso V do artigo 112 da LEP.

Precedentes do STJ. 7. Considerando que na redação antes aplicável à progressão de regime em relação a este delito, a incidência era da fração de 3/5 para reincidente genérico ou específico (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90) e, sendo o apenado reincidente genérico em relação ao crime de tráfico de drogas, deve-se aplicar, neste caso, a lei penal mais benéfica, qual seja, a Lei nº 13.964/19, incidindo, na espécie, o percentual de 40% para a progressão de regime, previsto no inciso V do artigo 112 da mencionada Lei, dado que tal percentual é inferior à fração de 3/5 anteriormente exigida. 8. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. ACÓRDÃO Vistos,

relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução nº 8041314-37.2021.8.05.0000 da Comarca de Salvador, sendo Agravante RAI ARAÚJO DE OLIVEIRA e Agravado, o JUÍZO DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES PENAS DA COMARCA DE SALVADOR. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE o Agravo em Execução interposto pela Defesa e, nessa extensão, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO

PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Fevereiro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL n. 8041314-37.2021.8.05.0000 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma AGRAVANTE: RAI ARAUJO DE OLIVEIRA Advogado (s): AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s):

RELATÓRIO Trata-se de Agravo em Execução Penal, interposto pelo Apenado RAI ARAÚJO DE OLIVEIRA (id 22132994), assistido pela Defensoria Pública, contra a decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Execuções Penais desta Comarca (id 22132998), que acolheu o parecer do Ministério Público e indeferiu o pedido de afastamento da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, bem como o pleito de progressão de regime formulado em favor do sentenciado. Irresignado com a respeitável decisão proferida nos autos da Execução Penal nº

0330624-14.2018.8.05.0001, o Agravante defende, em suas razões recursais (id 22132994), que após as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, não há que se falar em equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, impugnando, assim, os cálculos para a progressão de regime do cumprimento de pena. Afirma que o reconhecimento do caráter hediondo atribuído ao crime de Tráfico de Drogas configura violação o Princípio da Reserva Legal e à própria Constituição Federal, bem como à Lei de Crimes Hediondos. Ao final, pugna o Agravante pelo afastamento da qualificação do crime de Tráfico de Drogas como crime equiparado a hediondo, caracterizando-o como crime comum, a fim de que sejam aplicados os percentuais mais benéficos para progressão de regime e livramento

condicional. Em contrarrazões apresentadas no id 22132995, pugna o Ministério Público pelo indeferimento dos pedidos da Defesa, requerendo a manutenção da decisão do Juízo a quo, no que tange ao caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, aplicando-se, contudo, o percentual de 40% para fins de cálculo da progressão de regime quanto a este crime, em razão de ser o condenado reincidente genérico e estarmos diante de crime hediondo sem violência ou ameaça, aplicando-se a fração de 1/6 para a progressão em relação às demais condenações. No exercício do juízo de retratação, a Decisão guerreada foi mantida pela Julgadora, remetendo-se os autos para esta Corte (id 22132997). A Procuradoria de Justiça Criminal, em Parecer da lavra do Dr. Nivaldo dos Santos Aquino, opinou pelo conhecimento do Agravo em Execução Penal e, no mérito, pelo seu improvimento (id 22782410). Os autos vieram, então, conclusos. É o relatório. Decido. Salvador/BA, 21 de janeiro de 2022. Nartir Dantas Weber Relatora

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL n. 8041314-37.2021.8.05.0000 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma AGRAVANTE: RAI ARAUJO DE OLIVEIRA Advogado (s): AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s):

VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS O Agravo é tempestivo e, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto. 2. DO MÉRITO No mérito, como visto, cuida-se de Agravo em Execução Penal, interposto pelo Apenado RAI ARAÚJO DE OLIVEIRA (id 22132994), assistido pela Defensoria Pública, contra a decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Execuções Penais desta Comarca (id 22132998), que acolheu o parecer do Ministério Público e indeferiu o pedido de afastamento da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, bem como o pleito de progressão de regime formulado em favor do sentenciado. Em síntese, insurge-se o Agravante contra o ato judicial que manteve equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos e negou a aplicação das frações de 1/6 e 2/3 de cumprimento de pena da pena (requisito objetivo) para fins de progressão de regime e livramento condicional, respectivamente. Compulsando os autos, verifica-se que se trata de execução de pena referente a três condenações diversas. O apenado fora condenado pelo crime descrito no artigo 157, caput, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do CP, nos autos da ação penal nº 0501480-16.2015.8.05.0001, praticado em 27/12/2014, tendo sido considerado primário. Em seguida, fora condenado no bojo da ação nº 0580100-08.2016.8.05.0001, pelo crime do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, praticado em 15/11/2016, tendo sido considerado reincidente. Por fim, o recorrente fora condenado no bojo da ação penal nº 0577985-77.2017.8.05.0001, pelo crime do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ocorrido em 29/11/2017, tendo sido considerado reincidente específico. Consabido que para a concessão do benefício da progressão de regime, além do preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva, o apenado precisa atender ao requisito de natureza objetiva, relacionado ao quantum de pena que fora cumprido durante a execução. Antes da alteração promovida com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a regra era de que para fazer jus ao benefício, o apenado precisava ter cumprido 1/6 (um sexto) de pena, independentemente de o crime ser cometido com ou sem grave ameaça ou violência à pessoa, ou se o agente era primário ou reincidente. O patamar de cumprimento de pena era elevado para 2/5 (dois quintos) se o sentenciado fosse primário e 3/5 (três) quintos se reincidente, consoante disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, com a alteração promovida

à época pela Lei nº 11.464/07, sendo, contudo, esse dispositivo da Lei de Crimes Hediondos revogado pela Lei nº 13.964/2019. Assim, a Lei de Execução Penal, em seu art. 112, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, passou a prever novos percentuais para o implemento do requisito objetivo, levando em consideração não somente a espécie do crime praticado, mas também, outros fatores, tais como a primariedade ou a reincidência do agente, o fato de o crime ter sido perpetrado com ou sem violência ou grave ameaça à pessoa. Veja-se no texto legal vigente os dispositivos cuja controvérsia encontra-se posta: Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I – 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Nesse mister, a Defesa sustenta que a Lei nº 13.964/19 operou uma *novatio legis in melius*, razão por que as alterações promovidas deveriam ser aplicadas ao caso concreto. Argumenta a Defesa que com a revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos e com a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, o crime de tráfico de drogas deixou de ser equiparado a crime hediondo para fins de progressão de regime, diante da ausência de expressa previsão legal. Inicialmente, cumpre salientar que as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) não afastaram a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). O mandamento constitucional previsto no inciso XLIII do artigo 5º equipara os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, aos hediondos, além da inteligência do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 e menção expressa do artigo 112 da LEP aos crimes hediondos ou equiparados, com ressalva legal restrita ao tráfico de drogas privilegiado (artigo 112, § 5º, da lei nº 7.210/84), sendo este o tratamento dado pelas Cortes Superiores. O art. 5º, inciso XLIII, da CF estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Ademais, há previsão expressa do crime de tráfico de drogas no artigo 2º

da Lei nº 8.072/90: Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. Em sede doutrinária, também se mostra pacífico que “são crimes hediondos por equiparação (ou por assimilação): o art. 33, caput (tráfico propriamente dito)” (Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019). Diante da especial gravidade, a progressão de regime na hipótese de condenados por crimes hediondos ou equiparados era regulada pelo § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que previa a fração de 2/5 (dois quintos) para o apenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincidente (tanto na redação dada pela Lei 11.464/07 como na conferida pela Lei 13.769/18), tendo o STJ firmado o entendimento de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em 23/1/2020, entretanto, foi revogado expressamente o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, ser regida pela Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), com as alterações trazidas pela novatio legis, em especial a nova redação dada ao artigo 112, que criou diversas categorias com diferentes percentuais de progressão de regime, com expressa referência aos crimes “hediondos ou equiparados”. Importante destacar que o art. 112, § 5º, da Lei nº 7.210/84, também incluído pela Lei nº 13.964/19, faz uma ressalva tão somente quanto ao delito de tráfico privilegiado, ao dispor que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”, silenciando, por outro lado, da figura prevista no caput. Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mesmo após o advento do Pacote Anticrime, já reafirmou, em diversos julgados, a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos. Veja-se: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDULTO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS, DE TORTURA, TERRORISMO OU TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. I – No julgamento da ADI 2.795-MC, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou revelar-se “[...] inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação”. II – Agravo a que se nega provimento. (STF – RHC 176673 AgR, Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, 9 julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 27-02-2020 PUBLIC 28-02-2020). EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RÉU CONDENADO POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (TRÁFICO DE DROGAS). REINCIDÊNCIA EM CRIME COMUM. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. HIPÓTESE NÃO ABRANGIDA PELA NOVATIO LEGIS. OMISSÃO LEGISLATIVA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. ORIENTAÇÃO REVISTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento no sentido de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo

para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). Interpretação da Lei 8.072/90. Precedentes. 3. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em 23/1/2020, todavia, foi revogado expressamente o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 (art. 19 da Lei n. 13.964/2019), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). 4. A nova redação dada ao art. 112, da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos, a depender especialmente da natureza do delito. 5. Na espécie, o apenado foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pela prática de crimes comuns de natureza patrimonial. 6. Para tal hipótese – reincidência genérica ou não específica – inexiste na novatio legis percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos. 7. Como é cediço, em direito penal, não se admite o uso de interpretação extensiva para prejudicar o réu, impondo-se, ante a omissão legislativa, a integração da norma mediante a analogia in bonam partem, para aplicar o percentual equivalente ao previsto para o primário (art. 112, inciso V, da LEP), qual seja, o de 40%, para fins de cálculo da progressão de regime prisional. Precedentes. 8. Agravo regimental não provido. (STJ – AgInt no REsp: 1940777 SC 2021/0162395-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 08/06/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2021). (Grifos acrescidos). Carece, pois, de fundamentação legal e jurisprudencial a tese da Defesa de afastamento da hediondez equiparada do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Noutro giro, em que pese tenha o MM. Magistrado a quo considerado ser o apenado reincidente específico, quando do julgamento da ação penal nº 0577985-77.2017.8.05.0001, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que à época não havia condenação anterior pelo referido delito, e sim condenação definitiva anterior pela prática de crimes comuns (artigo 157, caput, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do CP, e artigo 14 da Lei nº 10.826/2003), razão por que, neste caso, deve o apenado ser considerado reincidente genérico ou não específico. Nesta hipótese, que é a de reincidência genérica ou não específica, inexiste na novatio legis previsão de percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que o percentual de 40% foi destinado para o condenado por crime hediondo ou equiparado que seja primário, e os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos. Em Direito Penal, não se admite o uso de interpretação extensiva para prejudicar o réu e, à míngua de regramento legal específico, aplica-se, neste caso, a integração da norma mediante a analogia in bonam partem para fazer incidir o percentual previsto para os condenados por crime hediondo ou equiparado primários, qual seja, o de 40% (quarenta por cento) da pena imposta, como requisito objetivo, para fins de obtenção de progressão de regime prisional, conforme descrito no inciso V do artigo 112 da LEP, como reconhecido pelo STJ ao aprovar o Tema 1084, a partir da sistemática de repetitivos, ao concluir o julgamento do RESP 1.910.240/MG, firmando a seguinte tese acerca do patamar a ser calculado para fins de benefício: “É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo

ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante". Considerando que na redação antes aplicável à progressão de regime em relação a este delito (tráfico de drogas), a incidência era da fração de 3/5 para reincidente genérico ou específico (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90) e, sendo o apenado reincidente genérico em relação ao crime de tráfico de drogas, deve-se aplicar, neste caso, a lei penal mais benéfica, qual seja, a Lei nº 13.964/19, incidindo, na espécie, o percentual de 40% para a progressão de regime, previsto no inciso V do artigo 112 da mencionada Lei, dado que tal percentual é inferior à fração de 3/5 anteriormente exigida. 3. DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita requerido pelo Apelante, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos artigos 804 do Código de Processo Penal e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais. Veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. TESE TRAZIDA SOMENTE NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. MOMENTO ADEQUADO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Tendo o tribunal a quo, à luz dos elementos probatórios constantes dos autos, concluído que, a despeito de o agravante ser assistido pela Defensoria Pública, nada obsta que arque com a pena de prestação pecuniária a ele atribuída, desconstituir tal premissa demandaria em incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado na via especial, ut Súmula 7/STJ. 2. O momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1857040/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020) (grifos acrescidos). Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Agravante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão por que não conheço do pedido. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do Agravo de Execução Penal interposto pela Defesa e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para, nos termos do artigo 112, inciso V, da LEP, fixar o percentual de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão de regime prisional do Agravante e determinar a retificação do cálculo da reprimenda com base no referido parâmetro. Sala das Sessões, de de 2022. Presidente Natir Dantas Weber Relatora Procurador (a) de Justiça