AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 2428 / PE (0000821-61.2017.4.05.8300)
AGRTE: GINO ORSELLI GOMES
ADV/PROC: JOSÉ ROBERTO BARBOSA DE OLIVEIRA E SOUZA E OUTROS
AGRDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ORIGEM: 36ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
JUIZ: CAROLINA SOUZA MALTA
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBêLO JúNIOR
CONVOCADO: JUIZ FEDERAL JANILSON SIQUEIRA
TURMA: TERCEIRA

I RELATÓRIO

Hipótese de Agravo em Execução Penal, com base no art. 197 da Lei nº 7.210/84, em face de decisão que indeferiu o pedido de redução de pena, aplicando-se a Lei n° 6.368/76 e acolhendo o pedido de detração penal, em função da prisão preventiva imposta cautelarmente ao acusado, fixando a pena exequenda em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 29 (vinte e nove) dias.

Sustentou-se nas razões recursais ser devida a aplicação da pena que sucedeu a Lei nº 6.368/76, mediante a redução da pena-base em 2/3, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a diminuição da pena por transnacionalidade no percentual de 1/6, por força do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, reduzindo a pena corporal de 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, que fora, posteriormente, revogada na decisão agravada.

Mantida, pois, a redução da pena, nos termos permitidos pelo art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, pugnou-se pela readequação do regime de cumprimentro de pena e a detração da pena do período em que o condenado ficou preso preventivamente, conforme se depreende do art. 42 do Código Penal – CP c/c o art. 66, III, "c" da Lei nº 7.210/84, restariam apenas 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 29 (vinte e nove) dias de pena a ser cumprida, devendo ser remidos os dias trabalhados.

Defende-se, ao final, o reconhecimento da prescrição do saldo restante da pena, nos termos do art. 109, IV, do CP, diante dos marcos interruptivos da coisa julgada para o órgão acusador, em 2005, e para a acusação, em 2007.

Contrarrazões recursais, às fls. 20/23, defendendo a manutenção da decisão agravada.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do agravo, sob o principal fundamento de que não

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

pode haver a combinação de leis, como pretendido no instrumento recursal, bem como em razão de que a remissão dos dias trabalhados depende do cumprimento do mandado de prisão, que se encontra pendente, de modo que inexistem dados que possam corroborar a tese de prescrição suscitada.

II FUNDAMENTAÇÃO

O recorrente foi denunciado com base na capitulação dada pelo *Parquet* na denúncia, em relação ao crime de tráfico de entorpecente (art.12 c/c art. 18 da Lei anterior de Tóxicos - nº 6.368/76).

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> (...)
>
> **Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):**
> **I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra-territorialidade da lei penal;**
> II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância;
> III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;
> III – se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
> IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

> espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local.

O referido crime foi previsto na Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
>
> **Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:**
> **I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;**
> II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
> III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
> IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
> V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
> VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
> VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Posteriormente, a título de se aplicar a lei mais benéfica, efetivou-se a redução da pena para 04 anos e 08 meses de reclusão, incidindo no caso a diminuição de pena por tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em

> depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
> (...)
> **§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa**. (Vide Resolução nº 5, de 2012)
>
> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
> I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
> II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
> III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
> IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
> V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
> VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
> VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Prevalece em face de figurar hipótese de ultratividade de lei mais benéfica, em virtude de os fatos narrados na denúncia terem ocorrido quando ainda vigia a Lei nº 6.368/76, que só foi revogada após 45 dias da publicação (23/08/2006) da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006).

A primeira pretensão da parte recorrente se volta à incidência das causas de diminuição de pena decorrentes da aplicação das previsões contidas no arts. 33, § 4º e 40 da Lei nº 11.343/2006.

Entretanto, tendo como paradigma o diploma legislativo antecedente, no caso a Lei nº 6.368/76, as previsões das reprimendas nela contida são mais favoráveis ao condenado, vez que a pena-base fixada ao crime imputado era de 04 anos de reclusão, aumentada em 1/3, ficando em 05 anos e 04 meses de reclusão, em detrimento da pena definitiva de 06 anos, 05 meses e 24 dias decorrentes da Lei nova (Lei 11.343/2006), mesmo se fosse aplicada a causa de diminuição decorrente do tráfico privilegiado.

Assim, não se tem como acolher a pretensão recursal que almeja a aplicação do novo diploma parcialmente, apenas na parte que lhe beneficia, criando-se uma *lex tertia,* sob pena de usurpação da função precípua do Poder Legislativo.

Nos termos do verbete 501 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "**é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis**."

Oportuna a transcrição de precedente do STJ:

> EMEN: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 273, § 1º-A, CP. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 158 E 159 DO CPP. EXAME DE CORPO DE DELITO. REGULARIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E AMBIGUIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS COM DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 571, II, CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DESCABIDA EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA LEI N. 6.368/76. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O exame de corpo de delito concluiu pela materialidade do delito do art. 273, § 1º-A, do Código Penal - CP, após análise das embalagens e do conteúdo dos protetores solares, ao contrário do alegado pela defesa. 2. O julgamento dos embargos de declaração opostos pela defesa nas instâncias ordinárias demonstraram a inexistência dos vícios de omissão, contradição e ambiguidade. 3. A intempestividade dos embargos de declaração opostos pela acusação não foi discutida perante o Tribunal de origem, motivo pelo qual carece a alegação de prequestionamento. 4. A violação ao art. 571, II, do Código de Processo Penal - CPP, não foi

> demonstrada, pois as instâncias ordinárias deixaram de avaliar a nulidade do laudo técnico produzido por particular em razão das alegações genéricas da defesa, sem demonstração de prejuízo. 5. Aplicado o preceito secundário da Lei n. 6.368/76 para dosar a pena, descabida a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto é vedada a combinação de leis, conforme recurso especial repetitivo 1.117.068/PR. 6. Agravo regimental desprovido. (AGARESP 201402088509, JOEL ILAN PACIORNIK - QUINTA TURMA, DJE DATA:05/10/2016 ..DTPB:.)

Indevida, pois, se mostra a pretensão da incidência isolada de causas de diminuição de pena mediante a aplicação parcial da Lei nº 11.343/2006, não cabendo ao réu escolher quais partes da legislação lhe deve ser aplicada.

Almeja-se, também, pela detração na pena relativamente aos dias em que o condenado ficou preso preventivamente, de modo a reduzir a pena e fazer incidir o prazo prescricional sobre o resultado.

Mais uma vez, improcede a pretensão recursal, na medida em que a prescrição da pretensão punitiva incide sobre a pena definitiva imposta ao acusado, não comportando a dedução dos dias de cumprimento de prisão cautelar.

É o que prescreve o legislador no art. 110 do CPB:

> Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência de nossos tribunais rejeita a tese de decotar na contagem do prazo prescricional eventual período em que o condenado ficou preso preventivamente. Nesse sentido o seguinte precedente:

> EMEN: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRISÃO CAUTELAR. DETRAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NO PRAZO PRESCRICIONAL. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o

> ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Não é possível levar em consideração o tempo em que o paciente permaneceu preso cautelarmente, entre 17/11/2008 e 20/11/2009, porquanto, nos termos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, "o período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo julgador, e não do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado" (AgRg no HC 181.711/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016). 3. Habeas corpus não conhecido. .EMEN:
> (HC 201701596204, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:31/08/2017 ..DTPB:.)

Destaque-se que não se está aqui negando o direito à detração da pena do período em que o condenado ficou preso para fins de redução da pena, o que é pacífico de acolhimento. Na específica hipótese dos autos, pretende o recorrente obter os efeitos desta detração na contagem do prazo prescricional, de modo a fazer prazo menor daquele devido com base no total da reprimenda imposta, o que não é admitido por ofensa absoluta à previsão legal.

Quanto à possibilidade de remição dos dias trabalhados, resta inconsteste o fato, considerado na decisão agravada, de que consta mandado de prisão pendente de cumprimento, não se podendo acolher a pretendida diminuição da pena e tampouco o recolhimento do documento que subsidia o cumprimento da diligência.

Assim, por todo o exposto, é de se rejeitar a pretendida incidência dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006, com a consequente readequação do regime de cumprimento de pena e detração dos dias em que cumprida a prisão cautelar, ante a ausência de reflexo na contagem do prazo prescricional.

Em consequência, deve se manter o mandado de prisão expedido em desfavor do condenando e que se encontra pendente de cumprimento.

Dessa forma, a manutenação da decisão agravada é medida que se impõe.

III DISPOSITIVO

NEGA-SE PROVIMENTO ao Agravo em Execução Penal.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 2428 / PE (0000821-61.2017.4.05.8300)
AGRTE: GINO ORSELLI GOMES
ADV/PROC: JOSÉ ROBERTO BARBOSA DE OLIVEIRA E SOUZA E OUTROS
AGRDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ORIGEM: 36ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
JUIZ: CAROLINA SOUZA MALTA
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBêLO JúNIOR
CONVOCADO: JUIZ FEDERAL JANILSON SIQUEIRA
TURMA: TERCEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA. LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006. LEI ANTERIOR 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA NO PRAZO PRESCRICIONAL. REMIÇÃO DE DIAS TRABALHADOS. MANDADO DE PRISÃO PENDENTE.

01. Hipótese de Agravo em Execução Penal, com base no art. 197 da Lei nº 7.210/84, em face de decisão que indeferiu o pedido de redução de pena, aplicando-se a Lei n° 6.368/76 e acolhendo o pedido de detração penal, em função da prisão preventiva imposta cautelarmente ao acusado, fixando a pena exequenda em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 29 (vinte e nove) dias.

02. Denúncia com base na capitulação dada pelo *Parquet* na denúncia, em relação ao crime de tráfico de entorpecente (art.12 c/c art. 18 da Lei anterior de Tóxicos - nº 6.368/76).

03. Indevida a incidência das causas de diminuição de pena decorrentes da aplicação das previsões contidas no arts. 33, § 4º e 40 da Lei nº 11.343/2006, em função da aplicação do novo diploma parcialmente apenas na parte que beneficia o condenado, criando-se uma *lex tertia,* sob pena de usurpação da função precípua do Poder Legislativo.

04. Nos termos do verbete 501 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis."

05. A prescrição da pretensão punitiva incide sobre a pena definitiva imposta ao acusado, não comportando a dedução dos dias de cumprimento de prisão cautelar, nos termos do que prescreve o legislador no art. 110 do CPB. Precedente: HC 201701596204, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:31/08/2017.

06. Não se está negando o direito à detração da pena do período em que o condenado ficou preso para fins de redução da pena, o que é pacífico de acolhimento. Na específica hipótese dos autos, pretende o recorrente obter os efeitos desta detração na contagem do prazo prescricional, de

modo a fazer prazo menor daquele devido com base no total da reprimenda imposta, o que não é admitido por ofensa absoluta à previsão legal.

07. Quanto à possibilidade de remição dos dias trabalhados, resta inconsteste o fato, considerado na decisão agravada, de que consta mandado de prisão pendente de cumprimento, não se podendo acolher a pretendida diminuição da pena e tampouco o recolhimento do documento que subsidia o cumprimento da diligência.

08. Agravo em Execução Penal Improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade**, negar provimento ao agravo em execução penal,** na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife/PE, 19 de outubro de 2017.

Desembargador Federal **JANILSON SIQUEIRA**

Relator Convocado