

**HABEAS CORPUS Nº 532.103 - MG (2019/0268365-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : **MARCELO OLIVEIRA DA CRUZ E OUTROS**  
**ADVOGADOS** : **MARCO TULLIO NETTO RAGAZZI - MG079325**  
                  **CAROLINE LEITE LÚCIO - MG092828**  
                  **ANE ALVES LOPES - MG160557**  
                  **MARCELO OLIVEIRA DA CRUZ - MG120921**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE** : **MICHELE CRISTINA FELÍCIO (PRESO)**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHELE CRISTINA FELÍCIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação n. 1.0313.08.245309-0/001.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.399 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, inciso III, todos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 17/34).

Inconformada, a defesa apelou, e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso para absolver a paciente da imputação relativa ao delito de associação para o tráfico, na forma do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, bem como para reduzir as penas aplicadas ao delito de tráfico de drogas para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa (fls. 35/72). O acórdão traz a seguinte ementa:

*PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO DO ARTIGO 33 §4º DA LEI 11.343/2006 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - REGIME SEMI-ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. - A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário de bons antecedentes e não se dedique à atividade*

*criminosa.*

*V.V.P.*

*PENAL - TRÁFICO DE DROGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELAÇÃO DO CO-RÉU CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AUSÊNCIA DO CARÁTER ESTÁVEL DA ASSOCIAÇÃO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 - CABIMENTO - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - CRIME NÃO HEDIONDO OU EQUIPARADO - REGRA GERAL DO CP - APLICAÇÃO - REGIME SEMI-ABERTO - ADEQUAÇÃO - RECURSOS A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. - Evidenciada por perícia a materialidade delitiva, a delação do corréu, aliada aos demais elementos de ponvicção dos autos/ó suficiente para fundamentar o édito condenatório lançado por crime de tráfico de droga cometido no interior de estabelecimento prisional. - O delito previsto no art. 35, da nova lei, pressupõe, para o seu reconhecimento, a demonstração do dolo de associar-se de forma estável. É necessário que se identifique, na *societas criminis*, o caráter permanente, que não se confunde com a mera coautoria. Portanto, não havendo prova de permanência na associação dos agentes, a absolvição em relação ao delito de associação para o tráfico é medida que se impõe. - Aplica-se a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, quando o agente preenche os requisitos ali exigidos. - O regime de cumprimento de pena em sede de condenação por crime de tráfico de droga, com a redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, deve ser definido segundo as regras gerais pertinentes previstas no Código Penal, porque não se trata de delito hediondo ou equiparado. - Recursos providos em parte.*

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal, ao fundamento de que, no caso, cabível o regime aberto, conforme dispõe o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, tendo em vista a inconstitucionalidade da fixação do regime inicial fechado com fundamento na apontada hediondez do delito.

Registra, ademais, que a paciente é mãe de três crianças menores

de 12 anos.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a aplicação de regime aberto.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 99/102), para assegurar à paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas com a concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 121/125) na forma da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. NOVA ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO EX OFFICIO.*

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

E, na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que o Tribunal *a quo*, com base nas circunstâncias judiciais favoráveis, fixou a basilar no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, a qual se manteve no mesmo patamar na segunda fase. Em seguida, reconhecendo a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduziu a pena, resultando na sanção privativa de liberdade de 2 anos e 6 meses de reclusão.

Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação (2 anos e 6

meses), a primariedade da ré e as favoráveis circunstâncias judiciais, o Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado aos seguintes fundamentos:

*O crime previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006 é hediondo, razão pela qual se deve fixar o regime fechado (acórdão - fl. 69).*

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistiu a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado com base na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e à Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*". Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Além disso, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Assim, na espécie, tendo em vista a quantidade da pena imposta (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade da paciente e o fato de não terem sido

# *Superior Tribunal de Justiça*

apontadas circunstâncias desfavoráveis, deve ser-lhe conferido o regime inicial aberto, a teor do disposto no arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime aberto.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator