



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 1030748 - SP (2025/0325188-1)

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**IMPETRANTE** : WALID NASSER CHYBIOR ZAHRA  
**ADVOGADOS** : WALID NASSER CHYBIOR ZAHRA - PR104765  
JEFFERSON NASCIMENTO DA SILVA - PR086750  
MARIANA KONOPACKI - PR128981  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GABRIEL JHONATAN SANCHES DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* sem pedido de liminar impetrado em favor de GABRIEL JHONATAN SANCHES DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Na peça, a defesa informa que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 27 dias de reclusão em regime fechado e 606 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No julgamento do recurso de apelação, a pena anteriormente fixada foi reduzida para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime fechado.

A defesa sustenta que a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base em ações penais em curso, viola o Tema n. 1.139 do STJ, que veda a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para afastar a aplicação do referido benefício (fls. 11-12).

Argumenta que a decisão incorreu em *bis in idem* ao utilizar ações penais em curso tanto para aumentar a pena-base quanto para negar o tráfico privilegiado (fl. 5).

Alega, ainda, que não há elementos concretos que demonstrem a dedicação do paciente a atividades criminosas ou sua integração a organização criminosa, sendo inadmissível a utilização de conjecturas para justificar o afastamento do benefício legal (fls. 13-14).

No mérito, a defesa requer o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, com a aplicação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal (fls. 14-15). Além disso, pleiteia que, caso do *writ* não se conheça, a ordem seja concedida de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal (fl. 15).

O Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

O presente *writ* foi impetrado, em 28/8/2025, com o objetivo de impugnar o acórdão que  **julgou a apelação criminal**, com trânsito em julgado em 25/11/2020, conforme informações disponíveis no sítio do Tribunal de origem.

Nesse contexto, a utilização do *habeas corpus* assume o caráter de **substitutivo da revisão criminal**, uma vez que a legislação processual exige a prévia submissão do pedido por meio de impugnação específica, sob pena de usurpação da competência da instância originária.

Vale anotar que, consoante dispõe o art. 105, I, e, da Constituição Federal, a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar pretensão típica de revisão criminal é limitada aos seus próprios julgados, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PENA-BASE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO DO CRIME. PRÁTICA DE QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL DA VÍTIMA. MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS NO LAUDO PERICIAL. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Por força do art. 105, I, "e", da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de via processual específica, não compete a esta Corte analisar os fundamentos de apelação transitada em julgado, a qual deve ser objeto de recurso interposto na origem, a fim de evitar inadmissível subversão de competência. Cabia à defesa trazer seus argumentos relativos à diminuição da reprimenda-base na ação revisional e depois impetrar o *habeas corpus*, a fim de possibilitar o exame da matéria por este Superior Tribunal, o que não fez.

[...]

(AgRg no HC n. 914.206/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 15/8/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. IMPETRAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DESSA CORTE SUPERIOR. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento segundo o qual: "o advento do trânsito em julgado impossibilita a admissão do *writ*, visto que o conhecimento de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal subverte o sistema de competências constitucionais, transferindo a análise do feito de

órgão estadual para este Tribunal Superior" (AgRg no HC n. 789.984/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

2. De acordo com o art. 105, I, e, da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados, o que não ocorre no presente caso, em que se insurge a defesa contra acórdão proferido pela instância antecedente, no julgamento de apelação criminal, cujo trânsito em julgado ocorreu em 28/9/2022.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 876.697/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato – Desembargador convocado do TJDF –, Sexta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 16/8/2024.)

Em atenção ao disposto no art. 647-A do CPP, verifico que o julgado impugnado possui ilegalidade flagrante que permite a concessão da ordem de ofício, conforme se depreende da fundamentação a ser exposta a seguir.

A respeito da dosimetria da pena, assim constou do acórdão impugnado (fls. 18-20, grifei):

As iniciais partiram com acréscimo, nos seguintes termos:

“Atendendo ao consubstanciado no artigo 59 do Código Penal, considerando que o réu registra uma condenação, ainda que sem trânsito em julgado, conforme certidão de fls. 124, elevo em 1/5 (um quinto) a pena aplicada, fixando-a em 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa. Considerando a quantidade da droga apreendida, mais de 400 gramas de pasta base de cocaína, nos termos do que dispõe o artigo 42 da Lei 11.343/06, elevo em mais 1/5 (um quinto) a pena aplicada, fixando-a em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias multa” (fls. 163).

Todavia, ainda que não haja comprovação do trânsito em julgado da condenação de fls. 124, o segundo fundamento (quantidade da droga) torna lícita a elevação de 1/5 (fração mencionada, a despeito de aplicada 1/4), diminuindo-se a 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Na intermediária, ausentes agravantes, pela atenuante da confissão - nesse ponto, não foi sucumbente -, sofreram decréscimo de 1/6, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Inexistentes causas de aumento, **impossível a incidência da minorante do art. 33, § 4º, cuja razão, conforme o STJ, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante**, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp 1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

[...]

Por isso, para a aplicação da redução são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, que não integre organização criminosa ou se dedique a atividades delituosas.

**No caso, a despeito da primariedade, ostenta condenação por associação criminosa e roubo circunstanciado e, ainda que sub judice, demonstra dedicação à atividade criminosa.**

Definitivas, portanto, no quantum fixado, à minguada de modificadoras. Substituição e regime prisional.

**O montante da pena impede a aplicação do CP, art. 44.** Mesmo que assim não fosse, considerando-se que a Res. nº 5/2012, do Senado Federal, tenha suspenso a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, declarada inconstitucional por decisão do STF, nos autos do HC nº 97.256/RS, nesse caso, não preenchido o requisito do inciso III. **Os motivos e as circunstâncias do crime indicam a insuficiência, especialmente porque socialmente não recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico,** impulsionador de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza propulsora e devastadora de parte do estupefaciente apreendido, cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantir o consumo, na maioria das vezes, praticam crimes patrimoniais.

**Pelos mesmos motivos, impõe-se a manutenção do regime fechado, porque outro mais brando não atenderia à gravidade concreta da conduta,** já exaustivamente explanada, não havendo que se falar em violação às Súmulas/STF, nºs 718 e 719 e STJ, nº 440. Ademais, não se ignora que o primeiro Sodalício reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, no julgamento do HC nº 111.840/ES, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no mais rigoroso. Entretanto, a R. Decisão, despida de efeito erga omnes, não retirou, da natureza de delito, a equiparação a hediondo, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. (grifos próprios)

Observa-se que o Tribunal de origem afastou o aumento da pena-base decorrente da consideração de condenação sem trânsito em julgado, e manteve o acréscimo relativo à quantidade de drogas – 400 g de cocaína.

Na segunda fase, a pena retornou ao mínimo legal, pela incidência da atenuante da confissão espontânea, e, na terceira fase, foi mantido o afastamento da minorante do tráfico, dada a existência de ação penal em curso, sem condenação com trânsito em julgado.

De acordo com o Tema Repetitivo n. 1.139, é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Também não podem ser consideradas para tal fim as condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores àquele que está sendo objeto do processo (AgRg no AREsp n. 2.107.531/GO, relatora Ministra Daniela Teixeira,

Quinta Turma, DJe de 22/3/2024 e AgRg no AREsp n. 2.466.430/RS relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 27/5/2024).

Portanto, deve ser redimensionada a pena.

Fixada a pena provisória em 5 anos e 500 dias-multa, aplica-se a minorante em 2/3, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Diante da existência de circunstância judicial negativa, nos termos dos arts. 33, § 3º, e 44, III, do CP, fica estabelecido o regime semiaberto, não sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Saliente-se que, "conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis justifica tanto a fixação do regime mais gravoso quanto o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mesmo quando primário o réu (AgRg no HC n. 914.401/RN)" (HC n. 817.665/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 29/10/2024).

Ante o exposto, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, porém **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão no regime semiaberto e 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de setembro de 2025.

MINISTRO OG FERNANDES

Relator