

Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação

# TESES JURÍDICAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Direito Penal

---

II

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

*Diretora Responsável*

**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editorial*

Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

*Produção Editorial*

*Coordenação*

**IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES e LUCIANA VAZ CAMEIRA**

*Lider Técnica de Qualidade Editorial:* Maria Angélica Leite

*Analistas de Operações Editoriais:* Aline Marchesi da Silva, André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama

*Analistas Editoriais:* Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecino e Maria Cecilia Andreo

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Claudia Helena Carvalho e Marcelo Ventura

*Capa:* Brenno Stolagli Teixeira

*Projeto gráfico:* Carla Lemos

*Equipe de Conteúdo Digital*

*Coordenação*

**MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO**

*Analistas:* Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

*Administrativo e Produção Gráfica*

*Coordenação*

**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Teses jurídicas dos tribunais superiores : direito penal II / Marina Pinhão Coelho Araújo, coordenação. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-203-7374-3

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil – Comentários 3. Direito – Teses I. Araújo, Marina Pinhão Coelho.

---

17-06825

CDU-343(81)

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil : Direito penal 343(81)

# Sumário

<b>SOBRE A COORDENADORA</b> .....	9
<b>EDITORIAL</b> .....	11
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	13

## APLICAÇÃO DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

*O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59, CP) depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.*

MIGUEL REALE JÚNIOR .....	27
---------------------------	----

*Não há ilegalidade na análise conjunta das circunstâncias judiciais comuns aos corréus, desde que seja feita de forma fundamentada e com base nas semelhanças existentes.*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO.....	41
----------------------------------	----

*A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.*

MIGUEL REALE JÚNIOR .....	51
---------------------------	----

*A premeditação do crime evidencia maior culpabilidade do agente criminoso, autorizando a majoração da pena-base.*

MIGUEL REALE JÚNIOR .....	69
---------------------------	----

*O prazo de cinco anos do art. 64, I, do Código Penal, afasta os efeitos da reincidência, mas não impede o reconhecimento de maus antecedentes.*

MIGUEL REALE JÚNIOR ..... 87

*Os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência.*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 99

*Os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente.*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 109

*Os atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 117

*A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. (Súmula 241/STJ)*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 125

*O registro decorrente da aceitação de transação penal pelo acusado não serve para o incremento da pena-base acima do mínimo legal em razão de maus antecedentes, tampouco para configurar a reincidência.*

LUIZA PESSANHA RESTIFFE..... 139

*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444/STJ)*

LUIZA PESSANHA RESTIFFE..... 149

*Havendo diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, não há bis in idem se uma for considerada como maus antecedentes e a outra como reincidência.*

LUIZA PESSANHA RESTIFFE..... 167

*Para valoração da personalidade do agente, é dispensável a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria ou da psicologia.*

LUIZA PESSANHA RESTIFFE..... 181

*O expressivo prejuízo causado à vítima justifica o aumento da pena-base, em razão das consequências do crime.*

MIGUEL REALE JÚNIOR ..... 189

*O comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito não acarreta o aumento da pena-base, pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.*

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO..... 203

## **APLICAÇÃO DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES**

*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231/STJ)*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 219

*Em observância ao critério trifásico da dosimetria da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal, não é possível a compensação entre institutos de fases distintas.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 239

*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (Súmula 443/STJ)*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 253

*Incide a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP na chamada confissão qualificada, hipótese em que o autor confessa a autoria do crime, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 273

*A condenação transitada em julgado pelo crime de porte de substância entorpecente para uso próprio gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento idôneo para agravar a pena tanto na primeira como na segunda fase da dosimetria.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 289

*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. (Súmula 74/STJ)*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 309

*Diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 325

*A agravante da reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes criminais, não sendo obrigatória a apresentação de certidão cartorária.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 343

*É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC)*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 359

*Nos casos em que há múltipla reincidência, é inviável a compensação integral entre a reincidência e a confissão.*

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO..... 375

## I – LEI DE DROGAS

*Com o advento da Lei 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.*

EDUARDO SAAD-DINIZ..... 391

*A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserido no art. 28 da Lei 11.343/06 gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento legal idôneo para majorar a pena.*

EDUARDO SAAD-DINIZ..... 409

*O princípio da insignificância não se aplica aos delitos de tráfico de drogas e porte de substância entorpecente para consumo próprio, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido.*

EDUARDO SAAD-DINIZ..... 425

*A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. (Súmula 512 do STJ)*

EDUARDO SAAD-DINIZ..... 437

*Reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.*

EDUARDO SAAD-DINIZ..... 449

*A utilização da reincidência como agravante genérico e circunstância que afasta a causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico não caracteriza bis in idem.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 465

*Reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo o magistrado observar as regras previstas nos arts. 33 e 59 do Código Penal.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 479

*É possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 499

*O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados, praticados antes do advento da Lei 11.464/07, deve ser o previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, qual seja, 1/6; posteriormente, passou-se a exigir o cumprimento de 2/5 da pena pelo réu primário e 3/5 pelo reincidente.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 515

*O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados, praticados antes do advento da Lei 11.464/07, deve ser o previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, qual seja, 1/6; posteriormente, passou-se a exigir o cumprimento de 2/5 da pena pelo réu primário e 3/5 pelo reincidente.*

ORLY KIBRIT ..... 523

*É cabível a aplicação retroativa da Lei 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 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis. (Súmula 501/STJ)*

DIEGO GARCIA MENDONÇA ..... 537

*É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006 desde que o resultado da incidência de suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação entre leis. (Súmula 501/STJ)*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO ..... 545

*Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO ..... 563

*O delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO ..... 577

*O parágrafo único do art. 44 da Lei 11.343/2006 exige o cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional nos casos de condenação por associação para o tráfico (art. 35), ainda que este não seja hediondo, sendo vedado o benefício ao reincidente específico.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO ..... 595

*O § 3º do art. 33 da Lei 11.343/06 traz tipo específico para aquele que fornece gratuitamente substância entorpecente à pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem e, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve ser aplicada retroativamente.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAR DE BARROS BELLO ..... 605

*Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional. (Súmula 528/STJ)*

ALEX SIQUEIRA DE BASTIANI e ALINE DARCY FLÔR DE SOUZA ..... 615



*A natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas simultaneamente para justificar o aumento da pena-base e afastar a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob pena de caracterizar bis in idem.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 625

*A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes.*

NEY DE BARROS BELLO FILHO e LUDMILA CARVALHO GASPAS DE BARROS BELLO ..... 641

## II – LEI DE DROGAS

*O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES ..... 655

*Não é cabível a concessão de indulto ao crime de tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES ..... 669

*A condenação simultânea nos crimes de tráfico e associação para o tráfico afasta a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por estar evidenciada dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES ..... 689

*O agente que transporta entorpecente no exercício da função de "mula" integra organização criminosa, o que afasta a aplicação da minorante estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES ..... 701

*É possível que a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 seja fixada em patamar diverso do máximo de 2/3, em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES ..... 713

*O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES..... 727

*A Lei 11.343/06 aboliu a majorante da associação eventual para o tráfico prevista no artigo 18, III, primeira parte, da Lei 6.368/76.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES..... 741

*A incidência de mais de uma causa de aumento prevista no art. 40 da Lei 11.343/06 não implica a automática majoração da pena acima do mínimo (2/3) na terceira fase, pois a sua exasperação exige fundamentação concreta.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES..... 755

*O art. 40 da Lei 11.343/06 conferiu tratamento mais favorável às causas especiais de aumento de pena, devendo ser aplicado retroativamente aos delitos cometidos sob a égide da Lei 6.368/76.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES..... 765

*Não acarreta bis in idem a incidência simultânea das majorantes previstas no art. 40 aos crimes de tráfico de drogas e de associação para fins de tráfico, porquanto são delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente.*

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES..... 781

*Não há bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei 11.343/06) com as condutas de importar e exportar previstas no caput do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto o simples fato de o agente trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico.*

FELIPE CALDEIRA..... 795

*Configura-se a transnacionalidade do tráfico de drogas com a comprovação de que a substância tinha como destino ou origem outro país, independentemente da efetiva transposição de fronteiras.*

FELIPE CALDEIRA..... 807

*Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06 é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados, sen-*

*do suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.*

FELIPE CALDEIRA..... 821

*As condutas anteriormente descritas no art. 12, § 2º, III, da Lei 6.368/76 foram mantidas pela nova Lei de Drogas, razão pela qual não há que se falar em abolição criminis.*

FELIPE CALDEIRA..... 835

*A inobservância do rito procedimental que prevê a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia gera nulidade relativa desde que demonstrados eventuais prejuízos suportados pela defesa.*

FELIPE CALDEIRA..... 843

*É dispensável a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade guardar ou ter em depósito.*

FELIPE CALDEIRA..... 855

*A posse de substância entorpecente para uso próprio configura crime doloso e, quando cometido no interior do estabelecimento prisional constitui falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84).*

FELIPE CALDEIRA..... 869

*A comprovação da materialidade do delito de posse de drogas para uso próprio (artigo 28 da Lei 11.343/06) exige a elaboração de laudo de constatação da substância entorpecente que evidencie a natureza e a quantidade da substância apreendida.*

FELIPE CALDEIRA..... 881

*O laudo pericial definitivo atestando a ilicitude da droga afasta eventuais irregularidades do laudo preliminar realizado na fase de investigação.*

FELIPE CALDEIRA..... 891

*O laudo de constatação preliminar da substância entorpecente constitui condição de procedibilidade para apuração do crime de tráfico de drogas.*

FELIPE CALDEIRA..... 901