

CLEBER MASSON
VINÍCIUS MARÇAL

LEI DE



DROGAS

ASPECTOS PENAIS
E PROCESSUAIS

Prefácio

Samuel Sales Fonteles

Apresentação

Benedito Torres Neto

3^a
edição
revista,
atualizada
e ampliada



EDITORA
MÉTODO

- Os autores deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelos autores até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 20.04.2022
- Os autores e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2022 by
Editores Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- Capa: Danilo Oliveira
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

M372L

3. ed

Masson, Cleber

Lei de drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal; prefácio Samuel Sales Fonteles; apresentação Benedito Torres Neto. – 3. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022. 392 p; 23 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5964-557-2

1. Brasil. [Lei n.11.343, de 23 de agosto de 2006]. 2. Narcóticos – Legislação – Brasil. 3. Drogas – Abuso – Prevenção. I. Marçal, Vinícius. II. Fonteles, Samuel Sales. III. Torres Neto, Benedito. IV. Título.

22-77079

CDU: 343.575(81)(094.5)

Gabriela Faray Ferreira Lopes – Bibliotecária – CRB-7/6643

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Visão inicial	1
2. Conceito de drogas	2
2.1. Alteração do complemento e Direito Penal intertemporal.....	4
3. Drogas: proibição e exceções.....	4
1 CRIMES EM ESPÉCIE	9
1. Crimes de consumo pessoal – Art. 28, <i>caput</i> e § 1º	9
1.1. Dispositivo legal	9
1.2. Introdução	9
1.3. Objetividade jurídica	12
1.4. Objeto material.....	12
1.5. Núcleos do tipo.....	12
1.5.1. Consumo pessoal, tráfico e ônus da prova	13
1.6. Sujeito ativo.....	16
1.7. Sujeito passivo.....	16
1.8. Elemento subjetivo.....	16
1.9. Consumação	16
1.9.1. Art. 28 e princípio da insignificância	17
1.10. Tentativa	19
1.11. Art. 28, § 1º, e art. 243, <i>caput</i> , da Constituição da República.....	20
1.12. Ação penal.....	21
1.13. Penas	21
1.13.1. Advertência sobre os efeitos das drogas.....	23
1.13.2. Prestação de serviços à comunidade.....	24
1.13.3. Medida educativa de comparecimento a programa ou curso	25
1.13.4. Reincidência específica?.....	25

1.13.5.	Características: não substitutividade e não conversibilidade em prisão	26
1.13.6.	Medidas de apoio (ou medidas coercitivas)	26
1.13.7.	Prescrição	28
1.14.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal	28
1.15.	Classificação doutrinária	28
2.	Tráfico de drogas propriamente dito – Art. 33, <i>caput</i>	29
2.1.	Dispositivo legal	29
2.2.	Introdução	29
2.3.	Objetividade jurídica	32
2.4.	Objeto material	33
2.5.	Núcleos do tipo	33
2.6.	Sujeito ativo	38
2.7.	Sujeito passivo	38
2.8.	Elemento subjetivo	38
2.9.	Consumação e temas correlatos (notícias anônimas, buscas domiciliares sem mandado, justa causa e consentimento do morador)	39
2.9.1.	Casuística (notícia anônima, má fama do ambiente, cão farejador, fama de traficante, nervosismo do suspeito, intuição policial, forte odor de maconha, fuga do suspeito para sua casa, disparo dentro do imóvel, perseguição policial, comércio ilícito na porta da residência, casa desabitada etc.)	47
2.10.	Tentativa	53
2.11.	Ação penal	54
2.12.	Penas. Sucessão de leis no tempo e combinação de leis	54
2.13.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal	55
2.14.	Questões controversas	58
2.14.1.	Tráfico de drogas e princípio da insignificância	58
2.14.2.	Tráfico de drogas e competência da Justiça Federal	59
2.14.3.	Tráfico de drogas e julgamento pelo Tribunal do Júri	62
2.14.4.	Tráfico de drogas, prisão preventiva e Regras de Bangkok	62
2.14.5.	Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade	68
2.14.6.	O índio como sujeito ativo	69
2.14.7.	Tráfico de drogas e dificuldades econômicas	69
2.14.8.	Tráfico de drogas e culpabilidade	70
2.14.9.	Tráfico de drogas, prova da materialidade (laudo definitivo) e cadeia de custódia	70
2.14.10.	Tráfico internacional de drogas e laudo elaborado no estrangeiro	74

2.14.11. Laudo definitivo e juntada tardia	75
2.14.12. Flagrantes provocado, forjado, esperado e retardado: distinções	76
2.14.13. O art. 290 do Código Penal Militar foi revogado pela Lei de Drogas? Esse dispositivo é constitucional?.....	77
2.14.14. Imputação de narcotráfico e “confissão” de posse para o consumo pessoal	78
2.14.15. Intervenções corporais (exame de raio x), drogas dentro do corpo do suspeito e <i>nemo tenetur se detegere</i>	79
2.14.16. Acesso pela polícia a conteúdo de aparelho de telefonia celular (computadores, tablets etc.), (des)necessidade de autorização judicial e (in)validade da prova	83
2.15. Classificação doutrinária.....	94
3. Tráfico de drogas por equiparação – Art. 33, § 1º	95
3.1. Introdução	95
3.2. Natureza hedionda (delitos duplamente equiparados)	95
3.3. Pontos comuns às figuras equiparadas	95
3.4. Tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas	96
3.4.1. Dispositivo legal.....	96
3.4.2. Objeto material	96
3.4.3. Núcleos do tipo	99
3.4.4. Sujeito ativo	99
3.4.5. Sujeito passivo	99
3.4.6. Elemento subjetivo	99
3.4.7. Consumação.....	100
3.4.8. Tentativa.....	100
3.4.9. Classificação doutrinária.....	100
3.5. Plantas para o tráfico	101
3.5.1. Dispositivo legal.....	101
3.5.2. Objeto material	101
3.5.3. Núcleos do tipo	101
3.5.4. Sujeito ativo	102
3.5.5. Sujeito passivo	102
3.5.6. Elemento subjetivo	102
3.5.7. Consumação.....	102
3.5.8. Tentativa.....	103
3.5.9. Classificação doutrinária.....	103

3.6.	Uso de local para o tráfico de drogas.....	104
3.6.1.	Dispositivo legal.....	104
3.6.2.	Objeto material	104
3.6.3.	Núcleos do tipo	104
3.6.4.	Sujeito ativo	105
3.6.5.	Sujeito passivo	106
3.6.6.	Elemento subjetivo	106
3.6.7.	Consumação	106
3.6.8.	Tentativa	106
3.6.9.	Classificação doutrinária.....	106
3.7.	Tráfico para agente policial disfarçado	107
3.7.1.	Dispositivo legal.....	107
3.7.2.	Objeto material	107
3.7.3.	Núcleos do tipo e contornos elementares sobre o agente policial disfarçado.....	107
3.7.4.	Sujeito ativo	111
3.7.5.	Sujeito passivo	111
3.7.6.	Elemento subjetivo	111
3.7.7.	Consumação	111
3.7.8.	Tentativa	112
3.7.9.	Classificação doutrinária.....	112
4.	Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga – Art. 33, § 2º	112
4.1.	Dispositivo legal	112
4.2.	Introdução.....	113
4.3.	Objetividade jurídica	113
4.4.	Objeto material.....	113
4.5.	Núcleos do tipo.....	113
4.5.1.	“Marcha da maconha” e reflexos jurídicos	115
4.6.	Sujeito ativo	115
4.7.	Sujeito passivo.....	115
4.8.	Elemento subjetivo.....	115
4.9.	Consumação	116
4.10.	Tentativa	116
4.11.	Ação penal.....	116
4.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	116
4.13.	Classificação doutrinária.....	117
5.	Cessão eventual de droga para consumo conjunto – Art. 33, § 3º	117
5.1.	Dispositivo legal	117
5.2.	Introdução.....	117

5.3.	Objetividade jurídica	118
5.4.	Objeto material.....	118
5.5.	Núcleo do tipo	118
5.6.	Sujeito ativo.....	120
5.7.	Sujeito passivo.....	121
5.8.	Elemento subjetivo.....	121
5.9.	Consumação	121
5.10.	Tentativa	121
5.11.	Ação penal.....	122
5.12.	Penas	122
5.13.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	122
5.14.	Classificação doutrinária.....	122
6.	Tráfico de drogas privilegiado – Art. 33, § 4º.....	122
6.1.	Introdução.....	122
6.2.	Requisitos	123
6.2.1.	Prova dos requisitos	130
6.2.2.	O <i>quantum</i> de diminuição da pena e a influência da natureza e da quantidade da droga apreendida	131
6.3.	Tráfico privilegiado, hediondez e regime inicial de cumprimento de pena.....	133
7.	Objetos e maquinismos destinados à produção de drogas – Art. 34.....	134
7.1.	Dispositivo legal	134
7.2.	Introdução.....	134
7.3.	Objetividade jurídica	138
7.4.	Objeto material.....	138
7.5.	Núcleos do tipo.....	138
7.6.	Sujeito ativo.....	141
7.7.	Sujeito passivo.....	141
7.8.	Elemento subjetivo.....	141
7.9.	Consumação	141
7.10.	Tentativa	141
7.11.	Ação penal.....	141
7.12.	Efeito da condenação	142
7.13.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	142
7.14.	Classificação doutrinária.....	142
7.15.	Não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006	142
8.	Associação para o tráfico – Art. 35.....	143
8.1.	Dispositivo legal	143

8.2.	Introdução.....	143
8.3.	Objetividade jurídica	146
8.4.	Objeto material.....	146
8.5.	Núcleo do tipo	146
8.6.	Sujeito ativo.....	147
8.7.	Sujeito passivo.....	148
8.8.	Elemento subjetivo.....	148
8.9.	Consumação	148
8.10.	Tentativa	150
8.11.	Ação penal.....	150
8.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	150
8.13.	Classificação doutrinária.....	151
8.14.	Questões diversas	151
8.14.1.	Confronto com a associação para o financiamento	151
8.14.2.	Associação mista?	152
8.14.3.	Autoria coletiva: denúncia geral <i>versus</i> processo penal kafkiano (“criptoimputação”).....	152
8.14.4.	Associação para o narcotráfico <i>versus</i> Organização criminosa.....	154
9.	Crime de financiamento do tráfico ou custeio do tráfico – Art. 36.....	155
9.1.	Dispositivo legal	155
9.2.	Introdução.....	156
9.3.	Objetividade jurídica	156
9.4.	Objeto material.....	157
9.5.	Núcleos do tipo.....	157
9.6.	Sujeito ativo.....	159
9.7.	Sujeito passivo.....	160
9.8.	Elemento subjetivo.....	160
9.9.	Consumação	160
9.10.	Tentativa	162
9.11.	Ação penal.....	162
9.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	162
9.13.	Classificação doutrinária.....	162
10.	Informante colaborador – Art. 37.....	163
10.1.	Dispositivo legal	163
10.2.	Introdução.....	163
10.3.	Objetividade jurídica	163
10.4.	Objeto material.....	163
10.5.	Núcleo do tipo	163
10.6.	Sujeito ativo.....	167

10.7. Sujeito passivo.....	167
10.8. Elemento subjetivo.....	167
10.9. Consumação	167
10.10. Tentativa	167
10.11. Ação penal.....	168
10.12. Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	168
10.13. Classificação doutrinária.....	168
11. Prescrição ou ministração culposa de droga – Art. 38	168
11.1. Dispositivo legal	168
11.2. Objetividade jurídica	169
11.3. Objeto material.....	169
11.4. Núcleo do tipo	169
11.4.1. Crime culposo e tipo fechado	169
11.4.2. A superveniência de lesão culposa ou morte culposa.....	170
11.5. Sujeito ativo.....	171
11.6. Sujeito passivo.....	171
11.7. Elemento subjetivo.....	171
11.8. Consumação	171
11.9. Tentativa	171
11.10. Ação penal.....	171
11.11. Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	171
11.12. Classificação doutrinária.....	172
11.13. Comunicação aos órgãos de controle	172
12. Condução de embarcação ou aeronave sob influência de droga – Art. 39	172
12.1. Dispositivo legal	172
12.2. Objetividade jurídica	172
12.3. Objeto material.....	173
12.4. Núcleo do tipo	173
12.5. Sujeito ativo.....	175
12.6. Sujeito passivo.....	175
12.7. Elemento subjetivo.....	175
12.8. Consumação	175
12.9. Tentativa	175
12.10. Ação penal.....	176
12.11. Das penas.....	176
12.12. Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	177
12.13. Classificação doutrinária.....	177
12.14. Figura qualificada: art. 39, parágrafo único.....	178
12.15. Competência.....	178

13.	Causas de aumento da pena – Art. 40	178
13.1.	Art. 40, inc. I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito	179
13.2.	Art. 40, inc. II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância	182
13.3.	Art. 40, inc. 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.....	183
13.4.	Art. 40, inc. IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.....	186
13.5.	Art. 40, inc. V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.....	187
13.6.	Art. 40, inc. 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	188
13.7.	Art. 40, inc. VII – o agente financiar ou custear a prática do crime	190
2	APLICAÇÃO DAS PENAS, DELAÇÃO PREMIADA E IMPUTABILIDADE PENAL.....	193
1.	Dosimetria das penas e circunstâncias preponderantes	193
2.	Fixação da pena de multa.....	196
3.	Proibições e vedações a benefícios.....	197
4.	Delação (colaboração) premiada	203
5.	Da inimizabilidade.....	221
6.	A semi-imputabilidade (sistema vicariante ou duplo binário?).....	225
3	PERSECUÇÃO PENAL E EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....	227
1.	Anotações sobre as regras especiais de investigação e o rito procedimental...	227
1.1.	Do procedimento penal.....	227
1.2.	Da audiência de custódia (prisão em flagrante ou cautelar)	232
1.3.	Do laudo de constatação (laudo preliminar).....	239
1.4.	Destruição de plantações ilícitas e das drogas apreendidas com e sem flagrante	240
1.5.	Desapropriação-confisco.....	243

1.6.	Prazos para a conclusão do inquérito policial.....	245
1.7.	Diligências posteriores ao término do prazo para a conclusão do Inquérito Policial.....	247
1.8.	Das técnicas especiais de investigação: infiltração policial e ação controlada.....	248
1.8.1.	Notas introdutórias sobre a infiltração policial (conceito, evolução legislativa e críticas)	248
1.8.1.1.	Distinções conceituais.....	251
1.8.1.2.	Legitimados	253
1.8.1.3.	Momento.....	255
1.8.1.4.	Quem pode ser agente infiltrado?	257
1.8.1.5.	Autorização judicial sigilosa e alcance da decisão	259
1.8.1.6.	Fragmentariedade e subsidiariedade.....	261
1.8.1.7.	Prazo.....	263
1.8.1.8.	Relatório circunstanciado.....	264
1.8.1.9.	Relatório (parcial) da atividade de infiltração	265
1.8.1.10.	Espécies de infiltração	266
1.8.1.11.	Demonstração da necessidade e apresentação do plano operacional da infiltração.....	267
1.8.1.12.	Valor probatório do testemunho oportunamente prestado pelo infiltrado.....	268
1.8.1.13.	Distribuição sigilosa e informações detalhadas diretamente ao juiz	269
1.8.1.14.	Denúncia instruída com os autos da operação de infiltração.....	271
1.8.1.15.	Sustação da operação	271
1.8.1.16.	Proporcionalidade como regra de atuação.....	272
1.8.1.17.	Natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal: inexigibilidade de conduta diversa...	274
1.8.1.18.	Direitos do agente infiltrado	278
1.8.2.	Introito sobre a ação controlada	283
1.8.2.1.	Fixação de limites à ação controlada e controle Ministerial	287
1.8.2.2.	Sigilo da medida.....	288
1.8.2.3.	Término da diligência e elaboração do auto circunstanciado.....	288
1.8.2.4.	Consequências da frustração da medida.....	288
1.8.2.5.	Ação controlada conjugada com outros meios de investigação.....	289
1.9.	Do rito especial.....	290

1.10.	Recebimento da denúncia e suspensão do exercício das funções...	293
1.11.	Audiência de instrução e julgamento	297
1.12.	Prisão para apelar	306
2.	Da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado	308
2.1.	Noções sobre sequestro, arresto e especialização da hipoteca legal.....	308
2.2.	Medidas assecuratórias relacionadas ao produto ou proveito do crime	315
2.3.	Retardamento da medida assecuratória (ação controlada)	321
2.4.	Utilização funcional do instrumento, do produto e do proveito do narcotráfico	322
2.5.	Da alienação antecipada de bens.....	325
2.6.	Perdimento (confisco)	333
2.7.	Confisco alargado.....	340
3.	Da cooperação internacional.....	346
BIBLIOGRAFIA.....		349