

CLEBER MASSON
VINÍCIUS MARÇAL



DROGAS

ASPECTOS PENAIS
E PROCESSUAIS

2^a
edição

revista,
atualizada
e ampliada

Prefácio
Benedito Torres Neto



- O autor 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 pelo autor 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: 28.01.2021
- O Autor 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 © 2021 by
Editora 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.

Masson, Cleber

Lei de drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinicius Marçal; prefácio Benedito Torres Neto. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-9306-1

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

20-67831

CDU: 343.575(81)(094.5)

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.....	37
2.7. Sujeito passivo.....	38
2.8. Elemento subjetivo.....	38
2.9. Consumação (e buscas domiciliares sem mandado).....	38
2.10. Tentativa.....	41
2.11. Ação penal.....	42
2.12. Penas. Sucessão de leis no tempo e combinação de leis.....	42
2.13. Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	43
2.14. Questões controversas.....	45
2.14.1. Tráfico de drogas e princípio da insignificância.....	45
2.14.2. Tráfico de drogas e competência da Justiça Federal.....	47
2.14.3. Tráfico de drogas e julgamento pelo Tribunal do Júri.....	49
2.14.4. Tráfico de drogas, prisão preventiva e Regras de Bangkok....	49
2.14.5. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.....	56
2.14.6. O índio como sujeito ativo.....	56
2.14.7. Tráfico de drogas e dificuldades econômicas.....	57
2.14.8. Tráfico de drogas e culpabilidade.....	57
2.14.9. Tráfico de drogas, prova da materialidade (laudo definitivo) e cadeia de custódia.....	57
2.14.10. Tráfico internacional de drogas e laudo elaborado no estrangeiro.....	61
2.14.11. Laudo definitivo e juntada tardia.....	62
2.14.12. Flagrantes provocado, forjado, esperado e retardado: distinções.....	63
2.14.13. O art. 290 do Código Penal Militar foi revogado pela Lei de Drogas? Esse dispositivo é constitucional?.....	64
2.14.14. Imputação de narcotráfico e “confissão” de posse para o consumo pessoal.....	65

2.14.15. Acesso pela polícia a conteúdo de aparelho de telefonia celular (computadores, <i>tablets</i> etc.), (des)necessidade de autorização judicial e (in)validade da prova	66
2.15. Classificação doutrinária.....	76
3. Tráfico de drogas por equiparação ... Art. 33, § 1º	76
3.1. Introdução	76
3.2. Natureza hedionda (delitos duplamente equiparados)	76
3.3. Pontos comuns às figuras equiparadas.....	77
3.4. Tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.....	77
3.4.1. Dispositivo legal.....	77
3.4.2. Objeto material	77
3.4.3. Núcleos do tipo	80
3.4.4. Sujeito ativo	81
3.4.5. Sujeito passivo	81
3.4.6. Elemento subjetivo	81
3.4.7. Consumação	81
3.4.8. Tentativa.....	81
3.4.9. Classificação doutrinária.....	82
3.5. Plantas para o tráfico	82
3.5.1. Dispositivo legal.....	82
3.5.2. Objeto material	82
3.5.3. Núcleos do tipo	82
3.5.4. Sujeito ativo	83
3.5.5. Sujeito passivo	83
3.5.6. Elemento subjetivo	83
3.5.7. Consumação	84
3.5.8. Tentativa.....	84
3.5.9. Classificação doutrinária.....	85
3.6. Uso de local para o tráfico de drogas.....	85
3.6.1. Dispositivo legal.....	85
3.6.2. Objeto material	85
3.6.3. Núcleos do tipo	85
3.6.4. Sujeito ativo	87
3.6.5. Sujeito passivo	87
3.6.6. Elemento subjetivo	87
3.6.7. Consumação	87
3.6.8. Tentativa.....	87
3.6.9. Classificação doutrinária.....	88

3.7.	Tráfico para agente policial disfarçado.....	88
3.7.1.	Dispositivo legal.....	88
3.7.2.	Objeto material.....	88
3.7.3.	Núcleos do tipo e contornos elementares sobre o agente policial disfarçado.....	88
3.7.4.	Sujeito ativo.....	92
3.7.5.	Sujeito passivo.....	92
3.7.6.	Elemento subjetivo.....	92
3.7.7.	Consumação.....	93
3.7.8.	Tentativa.....	93
3.7.9.	Classificação doutrinária.....	93
4.	Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga – Art. 33, § 2º....	94
4.1.	Dispositivo legal.....	94
4.2.	Introdução.....	94
4.3.	Objetividade jurídica.....	94
4.4.	Objeto material.....	94
4.5.	Núcleos do tipo.....	95
4.5.1.	“Marcha da maconha” e reflexos jurídicos.....	96
4.6.	Sujeito ativo.....	96
4.7.	Sujeito passivo.....	97
4.8.	Elemento subjetivo.....	97
4.9.	Consumação.....	97
4.10.	Tentativa.....	97
4.11.	Ação penal.....	97
4.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	98
4.13.	Classificação doutrinária.....	98
5.	Cessão eventual de droga para consumo conjunto – Art. 33, § 3º.....	98
5.1.	Dispositivo legal.....	98
5.2.	Introdução.....	98
5.3.	Objetividade jurídica.....	99
5.4.	Objeto material.....	99
5.5.	Núcleo do tipo.....	99
5.6.	Sujeito ativo.....	101
5.7.	Sujeito passivo.....	102
5.8.	Elemento subjetivo.....	102
5.9.	Consumação.....	102
5.10.	Tentativa.....	102
5.11.	Ação penal.....	103
5.12.	Penas.....	103

5.13.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	103
5.14.	Classificação doutrinária.....	103
6.	Tráfico de drogas privilegiado – Art. 33, § 4º.....	104
6.1.	Introdução.....	104
6.2.	Requisitos.....	105
6.2.1.	Prova dos requisitos.....	111
6.2.2.	O <i>quantum</i> de diminuição da pena e a influência da natureza e da quantidade da droga apreendida.....	112
6.3.	Tráfico privilegiado, hediondez e regime inicial de cumprimento de pena.....	114
7.	Objetos e maquinismos destinados à produção de drogas – Art. 34.....	115
7.1.	Dispositivo legal.....	115
7.2.	Introdução.....	115
7.3.	Objetividade jurídica.....	119
7.4.	Objeto material.....	119
7.5.	Núcleos do tipo.....	119
7.6.	Sujeito ativo.....	122
7.7.	Sujeito passivo.....	122
7.8.	Elemento subjetivo.....	122
7.9.	Consumação.....	122
7.10.	Tentativa.....	122
7.11.	Ação penal.....	122
7.12.	Efeito da condenação.....	122
7.13.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	122
7.14.	Classificação doutrinária.....	123
7.15.	Não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.....	123
8.	Associação para o tráfico – Art. 35.....	124
8.1.	Dispositivo legal.....	124
8.2.	Introdução.....	124
8.3.	Objetividade jurídica.....	125
8.4.	Objeto material.....	125
8.5.	Núcleo do tipo.....	125
8.6.	Sujeito ativo.....	126
8.7.	Sujeito passivo.....	127
8.8.	Elemento subjetivo.....	127
8.9.	Consumação.....	128
8.10.	Tentativa.....	130
8.11.	Ação penal.....	130

8.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	130
8.13.	Classificação doutrinária.....	131
8.14.	Questões diversas	131
8.14.1.	Confronto com a associação para o financiamento	131
8.14.2.	Associação mista?	132
8.14.3.	Autoria coletiva: denúncia geral <i>versus</i> processo penal kafkiano (“criptoimputação”).....	132
8.14.4.	Associação para o narcotráfico <i>versus</i> Organização criminosa	134
9.	Crime de financiamento do tráfico ou custeio do tráfico – Art. 36.....	135
9.1.	Dispositivo legal	135
9.2.	Introdução.....	136
9.3.	Objetividade jurídica	136
9.4.	Objeto material.....	136
9.5.	Núcleos do tipo.....	137
9.6.	Sujeito ativo.....	139
9.7.	Sujeito passivo.....	139
9.8.	Elemento subjetivo.....	139
9.9.	Consumação	140
9.10.	Tentativa	142
9.11.	Ação penal.....	142
9.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	142
9.13.	Classificação doutrinária.....	142
10.	Informante colaborador – Art. 37.....	142
10.1.	Dispositivo legal	142
10.2.	Introdução.....	143
10.3.	Objetividade jurídica	143
10.4.	Objeto material.....	143
10.5.	Núcleo do tipo	143
10.6.	Sujeito ativo.....	146
10.7.	Sujeito passivo.....	147
10.8.	Elemento subjetivo.....	147
10.9.	Consumação	147
10.10.	Tentativa	147
10.11.	Ação penal.....	147
10.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal.....	147
10.13.	Classificação doutrinária.....	148
11.	Prescrição ou ministração culposa de droga – Art. 38	148
11.1.	Dispositivo legal	148

11.2.	Objetividade jurídica	148
11.3.	Objeto material	148
11.4.	Núcleo do tipo	149
11.4.1.	Crime culposo e tipo fechado	149
11.4.2.	A superveniência de lesão culposa ou morte culposa	150
11.5.	Sujeito ativo	150
11.6.	Sujeito passivo	150
11.7.	Elemento subjetivo	151
11.8.	Consumação	151
11.9.	Tentativa	151
11.10.	Ação penal	151
11.11.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal	151
11.12.	Classificação doutrinária	151
11.13.	Comunicação aos órgãos de controle	152
12.	Condução de embarcação ou aeronave sob influência de droga – Art. 39	152
12.1.	Dispositivo legal	152
12.2.	Objetividade jurídica	152
12.3.	Objeto material	152
12.4.	Núcleo do tipo	153
12.5.	Sujeito ativo	154
12.6.	Sujeito passivo	155
12.7.	Elemento subjetivo	155
12.8.	Consumação	155
12.9.	Tentativa	155
12.10.	Ação penal	155
12.11.	Das penas	155
12.12.	Lei 9.099/1995 e acordo de não persecução penal	157
12.13.	Classificação doutrinária	157
12.14.	Figura qualificada: art. 39, parágrafo único	157
12.15.	Competência	158
13.	Causas de aumento da pena – Art. 40	158
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	159
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	161
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.....	162
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.....	165
13.5.	Art. 40, inc. V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.....	166
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	167
13.7.	Art. 40, inc. VII – o agente financiar ou custear a prática do crime....	169
2	APLICAÇÃO DAS PENAS, DELAÇÃO PREMIADA E IMPUTABILIDADE PENAL.....	171
1.	Dosimetria das penas e circunstâncias preponderantes	171
2.	Fixação da pena de multa.....	174
3.	Proibições e vedações a benefícios.....	175
4.	Delação (colaboração) premiada	180
5.	Da inimizabilidade.....	199
6.	A semi-imputabilidade (sistema vicariante ou duplo binário?).....	203
3	PERSECUÇÃO PENAL E EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....	205
1.	Anotações sobre as regras especiais de investigação e o rito procedimental.....	205
1.1.	Do procedimento penal.....	205
1.2.	Da audiência de custódia (prisão em flagrante ou cautelar)	210
1.3.	Do laudo de constatação (laudo preliminar).....	216
1.4.	Destruição de plantações ilícitas e das drogas apreendidas com e sem flagrante.....	217
1.5.	Desapropriação-confisco.....	220
1.6.	Prazos para a conclusão do inquérito policial.....	222
1.7.	Diligências posteriores ao término do prazo para a conclusão do Inquérito Policial.....	224
1.8.	Das técnicas especiais de investigação: infiltração policial e ação controlada.....	225
1.8.1.	Notas introdutórias sobre a infiltração policial (conceito, evolução legislativa e críticas)	225
1.8.1.1.	Distinções conceituais.....	228
1.8.1.2.	Legitimados	230

1.8.1.3.	Momento.....	232
1.8.1.4.	Quem pode ser agente infiltrado?	234
1.8.1.5.	Autorização judicial sigilosa e alcance da decisão.....	236
1.8.1.6.	Fragmentariedade e subsidiariedade.....	238
1.8.1.7.	Prazo.....	240
1.8.1.8.	Relatório circunstanciado.....	241
1.8.1.9.	Relatório (parcial) da atividade de infiltração....	242
1.8.1.10.	Espécies de infiltração.....	243
1.8.1.11.	Demonstração da necessidade e apresentação do plano operacional da infiltração.....	244
1.8.1.12.	Valor probatório do testemunho oportunamente prestado pelo infiltrado.....	245
1.8.1.13.	Distribuição sigilosa e informações detalhadas diretamente ao juiz.....	246
1.8.1.14.	Denúncia instruída com os autos da operação de infiltração.....	248
1.8.1.15.	Sustação da operação	248
1.8.1.16.	Proporcionalidade como regra de atuação.....	249
1.8.1.17.	Natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal: inexigibilidade de conduta diversa	251
1.8.1.18.	Direitos do agente infiltrado	255
1.8.2.	Introito sobre a ação controlada	260
1.8.2.1.	Fixação de limites à ação controlada e controle Ministerial	264
1.8.2.2.	Sigilo da medida.....	265
1.8.2.3.	Término da diligência e elaboração do auto circunstanciado.....	265
1.8.2.4.	Consequências da frustração da medida.....	265
1.8.2.5.	Ação controlada conjugada com outros meios de investigação.....	266
1.9.	Do rito especial.....	267
1.10.	Recebimento da denúncia e suspensão do exercício das funções...	270
1.11.	Audiência de instrução e julgamento	274
1.12.	Prisão para apelar.....	284
2.	Da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado	285
2.1.	Noções sobre sequestro, arresto e especialização da hipoteca legal.....	285
2.2.	Medidas assecuratórias relacionadas ao produto ou proveito do crime	292
2.3.	Retardamento da medida assecuratória (ação controlada)	298

2.4.	Utilização funcional do instrumento, do produto e do proveito do narcotráfico	299
2.5.	Da alienação antecipada de bens.....	302
2.6.	Perdimento (confisco)	310
2.7.	Confisco alargado.....	317
3.	Da cooperação internacional.....	323
BIBLIOGRAFIA.....		327