

| EMERSON CASTELO BRANCO |

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL
para concurso

Sumário

1	LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)	14
1.1	Considerações Iniciais sobre a Lei de Drogas	14
1.2	Medidas de Caráter Preventivo	15
1.3	Delito de Posse de Drogas Lícitas para Consumo Pessoal	16
1.4	Repressão à Produção não Autorizada de Drogas	20
1.5	Tráfico Ilícito de Drogas (Art. 33, <i>Caput</i> e § 1º)	22
1.6	Apetrechos para Fabricação, Preparação, Produção ou Transformação de Drogas (Art. 34)	34
1.7	Crime de Associação para o Tráfico	34
1.8	Financiamento do Crime de Tráfico	35
1.9	Informante do Tráfico	37
1.10	Prescrição ou Minистраção Culposa de Drogas	38
1.11	Condução de Embarcação ou de Aeronave Sob o Efeito de Drogas	39
1.12	Causas de Aumento de Pena (Majorantes)	39
1.13	Delação Premiada – Colaborador da Justiça	41
1.14	Aplicação das Penas	42
1.15	Vedações	42
1.16	Isenção de Pena	44
1.17	Competência	45
1.18	Procedimento de Apreensão e Destruição de Drogas (Nova Lei nº 12.961/2014)	46
1.19	Dicas Imprescindíveis	46
1.20	Jurisprudência Atualizada	49
1.21	Questões Comentadas	51
1.22	Questões Cespe/UnB	52
2	CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/1990)	58
2.1	PREVISÃO CONSTITUCIONAL	58
2.2	Definição	58

2.3 Critérios de Determinação do Caráter Hediondo dos Delitos: Legal, Judicial e Misto	59
2.4 Diferença entre Crime Hediondo e Crime Assemelhado a Hediondo	60
2.5 Rol dos Crimes Hediondos	61
2.6 Rol dos Crimes Equiparados ou Assemelhados a Hediondos	70
2.7 Vedação de Anistia, Graça e Indulto	72
2.8 Vedação de Fiança	73
2.9 Concessão de Liberdade Provisória	74
2.10 Progressão de Regime	75
2.11 Suspensão Condicional da Pena (“Sursis”)	76
2.12 Prisão Domiciliar e Trabalho Externo	77
2.13 Possibilidade de Apelação em Liberdade	78
2.14 Prisão Temporária	79
2.15 Livramento Condicional	80
2.16 Derrogação da Majoração Prevista no Art. 9º	81
2.17 Delação Premiada	82
2.18 Penas Alternativas	83
2.19 Questões Comentadas	83
2.20 Questões Cespe/UnB	87
3 CRIMES DE TORTURA (LEI Nº 9.455/1997)	90
3.1 Pressupostos Históricos	90
3.2 Considerações Iniciais sobre a Lei nº 9.455/1997	91
3.3 Análise dos Crimes de Tortura	92
3.4 Crime de Omissão no Dever	95
3.5 Causas de Aumento de Pena (§ 4º, Art. 1º)	96
3.6 Efeitos da Condenação (§ 5º, Art. 1º)	97
3.7 Vedações (§ 6º, Art. 1º)	98
3.8 Regime de Cumprimento de Pena (§ 7º, Art. 1º)	99
3.9 Princípio da Extraterritorialidade	99

3.10 Questões Comentadas.....	99
3.11 Questões Cespe/UnB	101
4 ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 4.898/1965).....	104
4.1 Objetivos da Lei	104
4.2 Direito de Representação	104
4.3 Autoridade Pública para Efeitos Penais	104
4.4 Crimes de Abuso de Autoridade.....	106
4.5 Questões Comentadas	110
4.6 Questões Cespe/UnB.....	112
5 CRIMES DE TRÂNSITO (LEI Nº 9.503/1997).....	116
5.1 Aspectos Gerais	116
5.2 Homicídio Culposo no Trânsito (Art. 302)	117
5.3 Lesão Corporal Culposa no Trânsito (Art. 303)	121
5.4 Omissão de Socorro no Trânsito (Art. 304)	122
5.5 Crime de Evasão para Evitar Responsabilidade Criminal ou Civil	124
5.6 Embriaguez ao Volante (Art. 306)	125
5.7 Crime de Violação da Suspensão ou Proibição do Direito de Dirigir (Art. 307)	129
5.8 Crime de “Racha” ou “Pega” (Art. 308)	130
5.9 Crime de Direção de Veículo sem Permissão ou sem Habilitação	131
5.10 Crime se Entrega se Veículo Automotor a Pessoa Impossibilitada de Dirigir (Art. 310)	131
5.11 Crime de Velocidade Incompatível (Art. 311)	132
5.12 Crime de Inovação Artificiosa no Trânsito (Art. 312)	132
5.13 Penas Alternativas de Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas Específicas dos Delitos de Trânsito.....	132
5.14 Questões Comentadas.....	133
5.15 Questões Cespe/UnB	135
6 LEI DE COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/2013).....	140
6.1 Conceito	140

6.2 Características	141
6.3 Ação Controlada.....	142
6.4 Quebra do Sigilo Bancário	143
6.5 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos	143
6.6 Agente Infiltrado	145
6.7 A Antiga Figura Inconstitucional do “Juiz Investigador”	146
6.8 Identificação Criminal de Pessoas Envolvidas com a Ação Praticada por Organizações Criminosas (Art. 5º).....	147
6.9 Colaboração Premiada	148
6.10 Liberdade Provisória.....	152
6.11 Prazo para Encerramento da Instrução	153
6.12 Apelação em Liberdade	153
6.13 Crimes Específicos da Nova Lei de Combate às Organizações Criminosas.....	154
6.14 Questões Comentadas	156
6.15 Questões Cespe/Unb	157
7 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS (LEI Nº 9.296/1996)	160
7.1 Características Gerais	160
7.2 Hipóteses de não Cabimento	161
7.3 Formas de Instauração do Procedimento	163
7.4 Requisitos para a Instauração	163
7.5 Preservação do Sigilo	166
7.6 Crime de Interceptação Telefônica Ilegal	167
7.7 Observações Finais.....	168
7.8 Jurisprudência Atualizada	168
7.9 Questões Cespe/UnB.....	169
8 CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITALS (LEI Nº 9.613/1998).....	172
8.1 Conceito de Lavagem de Capitais.....	172
8.2 Etapas da Lavagem de Capitais.....	172

8.3	Análise das Figuras Penais	173
8.4	Disposições Processuais Especiais e Efeitos da Condenação.....	175
8.5	Observações Finais.....	178
8.6	Jurisprudência Atualizada	179
8.7	Questões Cespe/UnB.....	180
9	CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/1990)	182
9.1	Noções Iniciais.....	182
9.2	Conceito de Sonegação Fiscal.....	183
9.3	Análise dos Crimes em Espécie do Art. 1º	184
9.4	Análise dos Crimes em Espécie do Art. 2º	189
9.5	Crimes Funcionais Contra a Ordem Tributária (Art. 3º)	192
9.6	Extinção da Punibilidade.....	194
9.7	Representação Fiscal e Exaurimento da Instância Administrativa	197
9.8	Incidência do Erro de Tipo e do Erro de Proibição	199
9.9	Responsabilidade Penal nos Delitos Contra a Ordem Tributária.....	200
9.10	Jurisprudência Atualizada	201
9.11	Questões Cespe/UnB	203
10	ESTATUTO DO DESARMAMENTO (Lei Nº 10.826/2003)	206
10.1	Considerações Gerais	206
10.2	Crime de Posse Ilegal de Arma de Fogo	206
10.3	Omissão de Cautelas em Relação à Arma de Fogo	210
10.4	Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido	211
10.5	Disparo de Arma de Fogo.....	214
10.6	Posse ou Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Proibido	215
10.7	Comércio Ilegal de Arma de Fogo	218
10.8	Tráfico Internacional de Arma de Fogo.....	219
10.9	Causa de Aumento de Pena.....	220
10.10	Inconstitucionalidade da Vedação de Liberdade Provisória	221

10.11 Disposições Administrativas	221
10.12 Observações Finais	227
10.13 Jurisprudência Atualizada.....	231
10.14 Questões Cespe/UnB.....	234
11 CRIMES DE PRECONCEITO (LEI Nº 7.716/1989)	236
11.1 Aspectos Constitucionais.....	236
11.2 Conceito de Racismo	237
11.3 Análise dos Termos “Raça”, “Cor”, “Etnia”, “Religião” e “Procedência Nacional”	238
11.4 Diferenças entre Injúria Qualificada por Preconceito e Crime de Racismo	238
11.5 Análise das Figuras Penais em Espécie	240
11.6 Questões Cespe/UnB	244
12 CRIMES AMBIENTAIS (Lei Nº 9.605/1998)	246
12.1 Preâmbulo.....	246
12.2 Conceito de Meio Ambiente.....	247
12.3 Espécies de Meio Ambiente	247
12.4 Tutela Penal do Meio Ambiente e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	247
12.5 Da Aplicação da Pena.....	249
12.6 Da Ação e do Processo Penal nos Crimes Contra o Meio Ambiente.....	251
12.7 Competência.....	252
12.8 Classificação dos Crimes Contra o Meio Ambiente.....	253
12.9 Crimes Contra a Fauna.....	253
12.10 Crimes Contra a Flora	260
12.11 Crimes de Poluição Ambiental e Outros	269
12.12 Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.....	272
12.13 Crimes Contra a Administração Ambiental.....	274
12.14 Da Apreensão do Produto e do Instrumento de Infração Administrativa ou de Crime	277
12.15 Questões Comentadas	278
12.16 Questões Cespe/UnB.....	279

13	CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/1990)	282
13.1	Proteção da Criança e do Adolescente	282
13.2	Direitos da Criança e do Adolescente	283
13.3	Conflito Aparente de Normas Penais com os Crimes Previstos no Código Penal e Disposições Gerais	284
13.4	Análise dos Crimes em Espécie	285
13.5	Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes Contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente	300
13.6	Questões Comentadas	302
13.7	Questões Cespe/UnB	304
14	LEI ANTITERRORISMO (LEI Nº 13.260/2016)	310
14.1	Terrorismo	310
14.2	Previsão Constitucional	311
14.3	Conceito de Terrorismo	311
14.4	Crimes de Terrorismo	313
14.5	Causas de Aumento de Pena	316
14.6	Competência	317
14.7	Medidas Assecuratórias	317

LEI DE DROGAS
(LEI Nº 11.343/2006)

1



1 LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006)

1.1 Considerações Iniciais sobre a Lei de Drogas

A Lei de Drogas divide-se entre duas linhas políticas **fundamentais**: a repressão penal e a prevenção penal. No Brasil, quase todas as ações estão concretamente dirigidas ao enfrentamento dos crimes de tráfico ilícito de drogas. Muito pouco se faz para prevenir o consumo de drogas e dissuadir a sua aquisição por meio de políticas de inclusão social, garantia de vantagens para as atividades lícitas, melhoria dos índices de desenvolvimento humano (IDH), educação, afastando a ideia da prisão como solução.

Desta forma, em razão da forte cultura da punição, fomentada pelo populismo penal irracional, ainda prepondera o pensamento de que o **Direito Penal** teria a capacidade de resolver as questões criminais relacionadas às drogas. Permanece a ideia do encarceramento de autores de crime de tráfico ilícito de drogas como solução para reduzir o consumo destas.

Apesar de as políticas nacionais e estaduais de segurança pública estarem concentradas na repressão penal ao crime de tráfico ilícito de drogas, o sistema nacional de **políticas públicas** sobre drogas (SISNAD), de acordo com o Art. 3º da Lei de Drogas, tem o propósito de organizar, articular, integrar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Como se pode observar, as duas linhas de ação no tocante à questão das drogas no Brasil são a prevenção e a repressão penal. Destaca-se por tratar de forma particular situações distintas. Primeiramente, procura na política de prevenção uma forma de diminuir a disseminação **do uso de drogas**. Segundo, busca reprimir de forma mais rigorosa o crime de tráfico, procurando reforçar o caráter inibitório do Direito Penal, com se realmente os autores de delitos deixassem de praticá-lo

As ações de controle do poder público na prevenção são definidas nos Arts. 18 a 26 da Lei. O primeiro passo é a identificação dos círculos de **criminalidade** relacionado às drogas. Em seguida, o objetivo é levantar os fatores de vulnerabilidade, isto é, os motivos determinantes que fomentam o consumo e o tráfico de drogas no Brasil.

O conteúdo propriamente de Direito Penal (denominado “parte da repressão penal” da Lei) começa a partir do Art. 28 e termina no Art. 47 do mesmo diploma legal. Inúmeras são as **figuras penais** estabelecidas pelo legislador e não apenas o crime de tráfico de drogas, algumas completamente novas como o financiamento do tráfico (Art. 36) e uso compartilhado (§3º, Art. 33).

Em sua parte final, o legislador estabeleceu disposições processuais penais próprias para esses delitos, fixando instrução e investigação criminal específicas, prevenindo a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação e o flagrante retardado, com a finalidade de **identificar e responsabilizar** o maior número de integrantes.

Dentre as principais inovações, a Lei dispensa um tratamento especial ao usuário, considerando-o também “vítima” de toda a realidade em torno das drogas ilícitas. Deixa, portanto, de tratá-lo apenas como criminoso, enxergando-o no seu **aspecto vitimário**, isto é, como pessoa que sofrerá os efeitos do consumo da droga no seu contexto familiar e social.

O problema é essencialmente de saúde pública. Este aspecto não pode ser desconsiderado, mesmo porque, no Brasil, é bastante comum um usuário tornar-se traficante no futuro para conseguir manter a própria dependência. São muitos usuários que terminam se tornando pequenos traficantes. Isoladamente, a política de encarceramento de usuários traficantes agravará ainda mais o colapso do **sistema prisional**, porque, na maioria dos casos, a questão é de saúde do indivíduo e não de aprisionamento.

A pena cominada para a prática do crime de posse de drogas para consumo pessoal deixa de ser privativa de liberdade para se tornar restritiva de direitos. Ocorre o fenômeno denominado **despenalização**, por mais que a conduta continue sendo criminosa. Afora isso, a Lei também passa a Lei a prever a assistência integral por parte do Estado.

A outra vertente do novo diploma destina-se à repressão mais veemente do crime de tráfico ilícito de drogas, estabelecendo aumento de pena para esses delitos. A **pena mínima** na **legislação anterior** era de 4 (quatro) anos, enquanto na **Lei atual** a pena mínima cominada é de 1 (um) ano. Nesse mesmo caminho da maior intimidação, criou-se ainda uma nova figura penal, o crime de financiamento do tráfico, fixando para este a sanção penal mais severa dentre os crimes previstos na Lei, justamente com o objetivo de atingir os “chefes” de organizações criminosas do narcotráfico internacional.

Em síntese, o Estado passou a direcionar as medidas repressivas mais rigorosas para o traficante e para o financiador do tráfico; em relação aos usuários, o caminho foi inverso, abolindo as penas privativas de liberdade em relação a estes, e tratando a questão como problema de **saúde pública**, por meio da fixação de uma série de medidas de caráter protetivo.

1.2 Medidas de Caráter Preventivo

As atividades preventivas do uso indevido de drogas são aquelas direcionadas a reduzir os fatores de vulnerabilidade, conforme dispõe o Art. 19 da Lei.

Princípios e diretrizes fundamentais:

- a) O reconhecimento do uso indevido de drogas como questão de **saúde pública e familiar**;
- b) Promoção do estudo científico para orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados, evitando **preconceitos e estigmatização** das pessoas e dos serviços que as atendam;
- c) Fortalecimento da **autonomia e da responsabilidade** individual em relação ao uso indevido de drogas;
- d) Colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do **estabelecimento de parcerias**;

- e) Adoção de estratégias **preventivas diferenciadas**, considerando as especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;
- f) Tratamento especial dirigido às **parcelas mais vulneráveis** da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;
- g) Investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de **inclusão** social e de melhoria da qualidade de vida;
- h) Implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado.

A Lei estabelece importante incentivo à prevenção, quando prevê a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios concederem benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de **reinserção no mercado de trabalho**, do usuário e do dependente de drogas (Art. 24). E ainda quando prevê recursos do Funad para instituições da sociedade civil sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social aos dependentes de drogas (Art. 25).

1.3 Delito de Posse de Drogas Ilícitas para Consumo Pessoal

Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A conduta criminosa do Art. 28 da Lei de Drogas consiste em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas **para consumo pessoal** sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Tecnicamente, o verbo “usar” não foi previsto nos elementos descritivos da norma penal, daí porque o crime não é propriamente o “uso” da droga, mas sim as condutas descritas desenvolvidas com o propósito de consumo pessoal.

Claramente, existe uma tendência para se **descriminalizar** a conduta de posse de drogas para consumo pessoal, porque não há mais sentido na criminalização de um problema de saúde pública. Atualmente, a conduta descrita no Art. 28 da Lei de Drogas permanece com a sua natureza de crime, decidiu o STF, tendo ocorrido somente a despenalização. Não existe mais a cominação de penas privativas de liberdade.

Objeto jurídico imediato é a saúde pública. Secundariamente (de forma mediata), protege-se a família, a integridade física de quem sofre os efeitos da droga, dentre outros bens.

O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa (crime comum).

O **sujeito passivo imediato** é o Estado, a sociedade. Reflexamente, é atingida a família e a pessoa que sofre os efeitos da droga ilícita.

O objeto material é a coisa corpórea sobre a qual incide a ação do agente, isto é, a droga ilícita (Ex.: maconha, heroína, cocaína, cloreto de etila, dentre outras).

Elemento subjetivo é o dolo, expresso na vontade de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O crime se consuma com a realização de alguma das condutas descritas na norma penal. Majoritariamente, entende-se que não admite a forma tentada.¹

Os núcleos do tipo “adquirir”, “guardar”, “tiver em depósito”, “transportar” e “trouzer consigo” constituem o **elemento objetivo** do crime.

As expressões “drogas” e “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constituem os **elementos normativos do crime**, precisando ser valorados pelo juiz, para que este possa depreender o seu significado e, conseqüentemente, a correta identificação do delito.

A figura penal em comento classifica-se doutrinariamente como **tipo penal misto alternativo**. O legislador descreveu várias ações (tipo misto) na mesma norma, consumando-se o crime com a prática de uma conduta ou outra (alternativo).

É delito de perigo abstrato, isto é, sua configuração não exige dano real, nem mesmo perigo concreto.

Classifica-se como norma penal em branco heterogênea, porque o conteúdo do termo “droga” precisa ser complementado por normas de caráter administrativo.

O § 1º estabelece ainda a responsabilidade penal do agente que, para seu consumo pessoal, semeia, **cultiva ou colhe** plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Na lei anterior, essas condutas estavam descritas apenas nos núcleos do tipo do crime de tráfico de drogas, gerando situações juridicamente injustas e desproporcionais. A nova Lei de Drogas corrige a antiga distorção.



Acerca do elemento subjetivo, as condutas descritas na norma penal – *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo* – exigem um fim especial: exclusivo consumo pessoal. Trata-se, portanto, do elemento especial do tipo (antigo dolo específico). Doutrinariamente, recebe as seguintes denominações *delictum sui generis* ou “tipo incongruente”.



Quem semeia, **cultiva ou colhe** plantas destinadas à preparação de drogas somente não responderá pelo crime de tráfico caso sejam preenchidos dois requisitos:

- a) Pequena quantidade da droga.
- b) Destinação para consumo pessoal.



FIQUE LIGADO!

As condutas “usar” ou “consumir” constituem fato atípico. Existe atipicidade, porque o crime não é “usar” ou “consumir” a droga, mas sim adquiri-la, guardá-la, mantê-la em depósito, transportá-la ou trazê-la consigo para consumo pessoal. Dessa forma, não se pune o consumo em si da droga.

Não se punem os fatos pretéritos de consumo da droga ilícita, porque “usar” ou “consumir” não são condutas descritas na norma penal.

Neste delito, a apreensão da droga (objeto material) é obrigatória. A prova da materialidade é necessária.

¹ Seguindo corrente minoritária, Renato Flávio Marcão entende ser possível na modalidade “adquirir”. MARCÃO, Renato Flávio. *Tóxicos – Lei nº 11.343 Anotada e Interpretada*, São Paulo: Saraiva, 6.ª ed., 2009, p. 195.

Qual a exata diferença entre os crimes de posse ilícita de drogas para consumo pessoal e de tráfico ilícito de drogas?

São cinco as diferenças principais:

- ▶ No crime de tráfico, punem-se as condutas pretéritas; no crime de drogas ilícitas para consumo pessoal, não se punem condutas pretéritas do consumo da droga. O consumo em si não caracteriza crime algum, sendo fato atípico;
- ▶ No crime de tráfico, a apreensão da droga é obrigatória, mas, excepcionalmente, aceita-se a sua comprovação por meio de vasta prova testemunhal e documental, conforme decidiu recentemente o STJ: *O Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, a condenação pelo delito de tráfico de drogas sem que tenha sido realizado o laudo de constatação da natureza e quantidade do entorpecente, quando não for possível apreender a droga e a condenação se embasar em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal, não sendo suficiente apenas a confissão dos envolvidos.*²
- ▶ Já no crime de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, a apreensão da droga, para efeito de responsabilidade penal do agente, é sempre obrigatória;
- ▶ No crime de tráfico, deve existir, de alguma forma, a conduta de um agente que leva terceiro ao consumo da droga ilícita (denominada pela jurisprudência de “aliciamento”), ainda que gratuitamente (Ex.: fornecer amostra grátis); no crime de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, ao contrário, o agente adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para consumo pessoal, isto é, exclusivamente para o seu consumo;
- ▶ O tipo subjetivo do crime de tráfico de drogas ilícitas é congruente, isto é, esgota-se no dolo genérico do agente, sendo desnecessária a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros; já no crime de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, o tipo subjetivo do Art. 28 é incongruente (*delictum sui generis*), isto é, exige a finalidade adicional do exclusivo consumo pessoal, também denominada de elemento subjetivo do injusto ou elemento especial do tipo (antigo dolo específico);
- ▶ No crime de tráfico ilícito de drogas, são mais de 20 condutas típicas; no crime de posse de drogas para consumo pessoal, a conduta do agente é restrita aos núcleos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, plantar, semear e colher.

O juiz, para saber se a droga destinava-se a consumo pessoal, deverá observar o conjunto dos seguintes elementos (§ 2º):

- a) natureza da droga;
- b) **quantidade apreendida;**
- c) local de apreensão;
- d) condições em que se desenvolveu a ação;
- e) circunstâncias sociais e pessoais do agente;
- f) conduta e antecedentes do agente.



A quantidade da droga é o único elemento a ser considerado no momento de classificar a conduta como crime de tráfico ou de posse ilegal de droga para consumo pessoal? Não. A quantidade não é determinante. O importante é analisar o conjunto dos elementos citados.

² STJ, AgRg no REsp 1.407.257/DF, DJe 04.04.2014.