



## ANÁLISE DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/06 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA TRANSCENDENTALIDADE

*Almir Santos Reis Júnior*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Buscou-se, por meio deste trabalho, verificar se o artigo 28, da lei 11.343/06, que criminaliza o porte de substância entorpecente para uso próprio ofende o princípio da transcendentalidade ou da alteridade, pois, em atenção a este postulado uma conduta só pode ser considerada crime se ofender o bem jurídico alheio e não de si próprio. O presente trabalho foi desenvolvido por meio de leituras em doutrinas, jurisprudências e da lei de drogas que vigora no Brasil, desde 2006.

**PALAVRAS-CHAVE:** alteridade, transcendentalidade; drogas; uso; princípio.

### 1 INTRODUÇÃO

Os princípios são fontes formais indiretas do direito penal. Mostram-se como fundamentos que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Sua importância é inquestionável, notadamente em ordenamentos positivos, como o brasileiro, pois propicia a exegese da lei e auxilia em sua interpretação para aplicação ao caso concreto.

Há vários princípios que gravitam sobre o ordenamento jurídico e que devem servir de norte aos operadores do direito na aplicação da lei ao caso concreto.

Entendemos que se a lei dispor de uma maneira e o princípio de modo diverso da lei, caberá ao juiz optar pelo princípio em detrimento a lei, pois as leis devem ser reflexos dos princípios.

Este trabalho tem por objetivo analisar se ao criminalizar o uso de drogas a lei estaria ofendendo o princípio da alteridade ou transcendentalidade, já que, em princípio não há lesão a bem jurídico de terceiro no simples uso de substância entorpecente.

### 2 MATERIAL E MÉTODOS

Para o desenvolvimento da pesquisa partiu-se do estudo de fontes doutrinárias, jurisprudenciais bem como da legislação sobre drogas.

Foram estudados os princípios que regem o direito penal brasileiro, com intuito de identificar a extensão de aplicação do princípio da alteridade ou transcendentalidade.

A presente pesquisa foi inteiramente bibliográfica com apoio de profunda exegese da lei de drogas com objetivo de verificar se há ofensa ao princípio da alteridade ao criminalizar o uso de substância entorpecente, como infração penal de menor potencial ofensivo.

<sup>1</sup> Mestre em Direitos da Personalidade. Especialista em Docência no Ensino Superior. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Centro Universitário de Maringá. Docente licenciado do Centro Universitário de Mandaguari. Líder do Grupo de Pesquisa em Personalidade, Cidadania, Justiça e Desenvolvimento Sustentável no Âmbito Jurídico. Advogado criminalista militante em Maringá.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Uma conduta para ser considerada típica, antijurídica e culpável é necessária que ofenda um bem jurídico alheio e não de si próprio. Todo tipo penal tutela um ou mais bens jurídicos. A exemplo, o artigo 121, do Código Penal, que dispõe sobre o crime de homicídio, tutela a vida, enquanto o artigo 155, do Código Penal, que dispõe sobre o crime de furto, tutela o patrimônio. Mas observe, que a tutela deve ser de vida alheia, de patrimônio alheio; jamais de si próprio.

Assim, só viola uma norma penal quem ofende a vida, patrimônio, integridade, liberdade alheios e não de si mesmo.

Não há crime atentar contra a própria vida; não há crime na automutilação; não há crime subtrair seu próprio patrimônio.

Dessa discussão nasce a pergunta: por que criminalizar o uso de drogas? Qual o bem jurídico que uma pessoa que usa droga estará a ofender?

Para responder esta pergunta, tragamos à colação o artigo 28, da lei 11.343/06, que dispõe “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”.

As normas incriminadoras do direito penal têm, como elemento constitutivo, um ou mais verbos que sempre estão no infinitivo (portar, guardar etc), pois são normas de condutas e não imperativos morais.

Na análise deste tipo penal conclui-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Trata-se de delito de perigo, no qual basta expor o bem jurídico – saúde pública – a risco para ele se consumir. Dispensa, dessa forma, efetiva lesão ao bem jurídico, própria dos crimes de dano.

Estaria a lei criminalizando o uso de drogas em razão da inalação de fumaça provocada pela combustão da droga? Mas, como ficariam as drogas que são injetáveis ou aspiradas?

Luiz Flávio Gomes ensina que somente é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão-somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). (2009).

Luiz Flávio Gomes defende a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por entender que ele afronta o princípio da alteridade.

Com a devida vênia ao ilustre doutrinador entendemos que o dispositivo é constitucional e não afronta o princípio da alteridade, pois não há, na constituição do tipo penal, o verbo *usar*. Advirta, que há quatro verbos na constituição desse tipo penal - adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo – e nenhum delas é o verbo *usar*.

Logo, não há tipicidade formal na conduta do agente que está usando a substância entorpecente, em respeito ao princípio da legalidade, disposto no art. 1, do Código Penal, segundo o qual “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Pode-se fazer a presunção: se ele está usando é porque antes esteve portando, guardando etc.? Imagine que **A** tenha ido a uma boca de fumo e recebido de **B** um invólucro de droga para usá-lo naquele instante. Ao iniciar a queima da droga a polícia chega. Qual delito praticado por **A**? Nenhum, pois ele apenas conjugou o verbo *usar*.

Temos convicção que a lei penal não dispôs sobre o verbo *usar* em submissão ao princípio da alteridade, pois aquele que usa droga ofende apenas um bem jurídico: sua saúde, como nos cigarros convencionais.

## 4 CONCLUSÃO

Conclui-se que o uso de substância entorpecente não constitui infração penal. A lei 11.343/2006 criminaliza aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traga consigo, para consumo pessoal e não daquele que usa a substância entorpecente.

Caminhou bem o legislador em não criminalizar o uso, mas sim, seu porte para uso. Isso porque, realmente, o porte para uso ofende ou pode ofender bem jurídico alheio, isto é, a saúde de outras pessoas na medida em que a droga pode chegar nas mãos de terceiros.

O tipo penal, descrito no artigo 28, da lei 11.343/06, tem classificação doutrinária de norma penal norma penal em branco e de perigo. Entretanto, conclui-se por esta pesquisa que trata-se de perigo concreto, ou seja, para que haja tipicidade formal é necessário provar que a conduta do sujeito que porta substância entorpecente expõe o bem jurídico – saúde pública – em risco.

Por fim, vale registrar que a lei 11.343/06 ao mesmo tempo que manteve o *status* de crime ao porte para uso de substâncias entorpecentes acabou por despenalizar esta conduta, ou seja, a lei aventa um crime sem pena.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAN, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2012.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.