

Materialidade do crime e/ou dosimetria da pena? Razões pelas quais a pureza da droga interessa

M.E.A. Amaral ^{a,b*}, C.H.P. Rodrigues ^{a,b}, M.P.C. Bertran^c, A.T. Bruni ^{a,b}

^a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP – Ribeirão Preto/SP, Brasil

^b Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia Forense – INCT Forense

^c Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP – Ribeirão Preto/SP, Brasil

*Endereços de e-mails para correspondência: amaralmea@gmail.com, aline.bruni@usp.br. Tel.: +55-51-998923635

Recebido em 09/02/2024; Revisado em 21/06/2024; Aceito em 23/06/2024

Resumo

Os tribunais brasileiros, principalmente o STJ e o STF, afirmam que o tráfico de drogas está suficientemente caracterizado pela detecção de substância entorpecente na amostra apreendida. A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) também não considera a pureza da droga um requisito necessário, seja para atestar a materialidade do delito ou para quantificar a dosimetria da pena. Esse é um tema de extrema importância e vem sendo debatido internacionalmente há muito tempo. Ele passa tanto por questões de saúde pública, quanto de política criminal. Por isso, a aferição da pureza da droga é uma ferramenta central para uma política nacional de drogas diligente e mais eficaz. O que se busca responder com a presente pesquisa é: como a alegação de pureza da droga é entendida pela legislação brasileira e enfrentada pelo TJSP? Quais as consequências práticas do cenário encontrado? O objetivo central do artigo é identificar como o tema da pureza das drogas vem sendo analisado no Brasil, como isso é debatido no TJSP e, a partir de uma abordagem interdisciplinar, expor motivos pelos quais a pureza da droga interessa. Para isso, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica, busca jurisprudencial no TJSP, entre 2009 e 2022, e análise gráfica dos dados.

Palavras-Chave: tráfico de drogas; pureza da droga; materialidade; dosimetria da pena; química forense.

Abstract

The Brazilian courts, especially the STJ and STF, state that drug trafficking is sufficiently characterized by the detection of a narcotic substance in the sample seized. Neither does Law 11.343/2006 (the Drug Law) consider the purity of the drug to be a necessary requirement, either to attest to the materiality of the crime or for quantifying the penalty. This is an extremely important issue and has been debated internationally for a long time. It involves both public health and criminal policy issues. For this reason, measuring drug purity is a central tool for a diligent and more effective national drug policy. This research seeks to answer this question: how is the argument of drug purity understood by Brazilian legislation and dealt with by the TJSP? What are the practical consequences of this scenario? The main objective of this article is to identify how the issue of drug purity has been studied in Brazil, how it is being discussed by the TJSP and, taking an interdisciplinary approach, explain the reasons why drug purity matters. To this end, the hypothetical-deductive method was used, employing the technique of a bibliographical review, a jurisprudential search in the TJSP between 2009 and 2022, and a graphic analysis of the data.

Keywords: drug dealing; purity of drugs; materiality; punishment dosimetry; forensic chemistry.

1. INTRODUÇÃO

Todas as substâncias são venenos;
não existe uma que não seja veneno.
A dose certa diferencia um veneno de um remédio".
Paracelso.

Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmam que o crime de tráfico de drogas está suficientemente caracterizado pela detecção de substância entorpecente na amostra apreendida. E mais: afirmam que a dosimetria da pena não se relaciona ao grau de pureza da droga, mas

apenas à quantidade da amostra apreendida. Assim ficou decidido no julgamento do HC 132.909/SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia

Na mesma linha é a jurisprudência do STJ, divulgada na edição de número 126 do Jurisprudência em Teses. Duas teses merecem atenção: a primeira diz que “para a configuração do delito de tráfico de drogas previsto no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a aferição do grau de pureza da substância apreendida”; e a segunda que “para fins de fixação da pena, não há necessidade de se aferir o grau de pureza da substância apreendida uma vez que o art. 42 da Lei de Drogas estabelece como critérios ‘a natureza e a quantidade da substância’”. Seguida à risca, a jurisprudência dos tribunais superiores teria como consequência, em cenários semelhantes, a mesma pena para um indivíduo que carrega 200g de substância entorpecente a uma pureza de 0,5% em comparação ao que carrega 200g com 100% de pureza.

A legislação brasileira tampouco menciona a necessidade de aferição da pureza da droga. A lei cita apenas a “natureza e a quantidade da substância”, de maneira genérica, o que possibilita uma margem de interpretação bastante abrangente. De acordo com a União Internacional de Química Pura e Aplicada – IUPAC, responsável pela nomenclatura na área da química, quantidade “é um tributo de um fenômeno, corpo ou substância que pode ser distinguido qualitativamente e determinado quantitativamente”¹. Assim, a quantidade de uma substância pode ser mensurada quali e quantitativamente, sendo possível considerar a pureza da amostra para aferir a sua quantidade real. Por outro lado, a partir da interpretação judicial, a quantidade relaciona-se apenas ao valor bruto, independente se a substância apreendida é pura ou trata-se de uma mistura.

Apesar disso, a pureza da droga é um tema que vem sendo debatido internacionalmente há muito tempo. Em Portugal, o Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de janeiro (Lei de Droga) separa em três tipos de tráfico: (i) os grandes traficantes, abrangidos pelos artigos 21.º e 22.º, eventualmente conjugados com alguma das agravantes previstas no artigo 24.º; (ii) os pequenos e médios traficantes, que se enquadram no artigo 25.º; e (iii) os traficantes-consumidores, que respondem pelo artigo 26.º. O consumo, que é tipificado no artigo 40.º da mesma lei, foi descriminalizado pela Lei n. 30/2000, de 29 de novembro. Entretanto, conforme o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a criminalização é

mantida se restar comprovado que o consumo excedeu a quantidade necessária para o consumo médio individual durante 10 dias. E é nesse ponto que entra o debate sobre a pureza: A dose para consumo médio individual diário é um conceito dependente do grau de pureza da substância, definido pela Portaria n. 94/96, de 26 de março. Por isso, em relação ao consumo de drogas é indispensável saber qual é o grau de pureza da substância. Em outras palavras, qual o grau de pureza do princípio ativo nela existente [1]. Exemplo de decisão nesse sentido é o acórdão da 5ª Seção do Tribunal da Relação de Lisboa, no Processo n. 36/13.1GBALQ.L1-5, com grifo nosso, julgado em 26/09/2017:

I–Ainda que não resultando expressamente do artigo 40º, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22/01, na aferição das quantidades de consumo médio individual diário de produtos estupefacientes, importa considerar os valores fixados pelo mapa anexo à Portaria nº 94/96, de 26/03.

II–Esses valores não são de aplicação automática, mas meramente indicativos, podendo afastar-se a sua aplicação desde que demonstrado esteja que o arguido consome diariamente dose superior à fixada no mapa.

III–Existindo exame toxicológico que determinou a concentração do princípio activo da cannabis (resina) detida pelo agente, sendo 5,791 e 1,871 gramas com um grau de pureza de 8,6% e 16,3%, respectivamente e não estando assente que consumia diariamente dose superior a 0,5 gramas, conclui-se por um total de 15 doses diárias, ou seja, que tinha consigo cannabis para consumo próprio durante 15 dias [5,791 x (8,6% : 10%): 0,5] e [1,871 x (16,3% : 10%): 0,5].

IV–Detendo quantidade de estupefaciente que excede a necessária ao seu consumo individual pelo período de 10 dias, a conduta do arguido subsume-se na previsão do artigo 40º, nº 2, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22/01.

(Sumário elaborado pelo Relator)

Por isso, acredita-se que há uma importância crucial em termos de política criminal que passa pela aferição da pureza da droga. O que se busca responder com a presente pesquisa é: como a alegação de pureza da droga é entendida pela legislação brasileira e enfrentada pelo TJSP? E mais: quais as consequências práticas do cenário encontrado? O objetivo central do artigo é identificar como o tema da pureza das drogas vem sendo analisado no Brasil, como isso é debatido no TJSP e, a partir de uma abordagem interdisciplinar, expor motivos pelos quais a pureza da droga interessa. Para isso, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de

¹ 'quantidade' no *Compêndio de Terminologia Química IUPAC*, 3ª ed. União Internacional de Química Pura e Aplicada; 2006. Versão online 3.0.1, 2019. <https://doi.org/10.1351/goldbook.Q04982>

revisão bibliográfica, busca jurisprudencial no TJSP e análise gráfica-estatística.

2. METODOLOGIA

2.1. Busca Jurisprudencial

Inicialmente foi realizada busca jurisprudencial, com o objetivo de coleta de dados para posterior análise. Para o recorte processual [2], foram decisões colegiadas (acórdãos) proferidas em sede de apelações criminais apenas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (recorte institucional). No que tange ao limite temporal, a decisão mais antiga é de 2009 e a mais recente de 2022. Isso significa que todas foram proferidas após a vigência da Lei n. 11.343/2006.

A busca foi realizada no website do Tribunal de Justiça de São Paulo e o termo utilizado para a pesquisa livre foi “grau de pureza”, sendo aplicado o filtro de “crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas”, que abarca todas as decisões proferida no âmbito da Lei de Drogas. A busca foi realizada no dia 2 de outubro de 2022. As decisões proferidas após essa data não compõem a amostra.

Como a busca foi a partir da pesquisa livre, inicialmente retornaram 182 decisões que incluíam o termo tanto na ementa, quanto no inteiro teor do acórdão. Após essa primeira busca, foram aplicados três critérios de exclusão: (i) as decisões em que o termo grau de pureza aparecia apenas em ementas colacionadas, não fazendo parte do debate no caso concreto, (ii) os casos que envolviam mais de um réu e (iii) as decisões em que era imputado mais de um tipo penal ao acusado.

O segundo critério de exclusão foi necessário porque em um mesmo processo é possível que haja diversos réus, tendo cada um deles diferentes cenários fáticos e processuais. Isso acrescenta uma complexidade significativa à análise. Caso fossem mantidos aqueles casos com mais de um acusado, uma única decisão poderia ser replicada várias vezes na amostra, aumentando o número final sem de fato crescer à quantidade de acórdãos analisados. Por isso, optou-se por aqueles casos em que há apenas um réu.

Além disso, optou-se também por analisar aqueles casos em que há apenas a imputação do artigo 33, da Lei 11.343/2006. Como a ideia era analisar como a quantidade, a natureza e eventualmente a pureza da droga influenciam no debate do caso concreto e da pena aplicada, inserir mais de um tipo penal iria dificultar muito a análise. Quando há mais de um crime imputado em um mesmo cenário fático, a pena pode alterar significativamente e não necessariamente refletir o debate específico. Por isso optou-se por focar apenas no tipo penal de tráfico de drogas.

Assim, a amostra final analisada foi de 115 acórdãos, proferidos em sede de apelação nas diversas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2.2. Identificação de variáveis e construção do banco de dados

Depois de realizada a busca jurisprudencial e elencados todos os acórdãos que iriam compor a amostra final, passou-se para a parte de construção de um banco de dados. Para isso, foi criada uma tabela no Microsoft Excel. As variáveis analisadas foram separadas em grandes grupos:

Informações processuais gerais: (i) ano do fato; (ii) ano da decisão; (iii) câmara criminal julgadora; (iv) relator; (v) se o recurso foi interposto pela defesa; (vi) e/ou pelo ministério público; (vii) se o recurso foi provido ou não e, em caso de provimento, (viii) se foi total ou parcialmente provido; e, (ix) se a pessoa acusada se declarava homem ou mulher.

Informações sobre a substância: (i) qual o tipo de substância ilícita (crack, cocaína, maconha, LSD, MDMA ou OUTROS); (ii) a quantidade apreendida; (iii) se havia menção ao laudo de constatação; (iv) se havia menção ao laudo definitivo; (v) se havia menção à metodologia utilizada no laudo de constatação; (vi) se havia menção à metodologia utilizada no laudo definitivo; e (vi) informações extras/importantes referente ao laudo.

Informações sobre o caso em si: (i) se a pessoa foi presa em flagrante; (ii) se houve alegação de pureza ao longo do debate processual; (iii) em caso positivo, se foi ou não aceito o argumento; (iv) caso não tenha sido aceito, qual o motivo da recusa.

Informações relacionadas à pena fixada no primeiro grau: (i) se condenação ou absolvição; (ii) pena final; (iii) pena-base; (vi) regime fixado; (v) se a quantidade/natureza da droga foi considerada na pena ou não. Caso a quantidade/natureza da droga tenha sido considerada no momento de fixação da pena, serviu como argumento para qual fundamento: (vi) exasperar a pena base; (vi) deixar de aplicar a redutora do § 4º do artigo 33; (vii) aplicar a máxima redutora do § 4º do artigo 33; (viii) fixar o regime fechado.

Informações relacionadas à pena fixada no segundo grau: (i) se mantida ou alterada em relação à primeira instância; (ii) se absolvido; (iii) pena final; (iv) pena-base; (v) regime fixado; (vi) se a quantidade/natureza da droga foi considerada na pena ou não. Caso a quantidade/natureza da droga tenha sido considerada no momento de fixação da pena, serviu como argumento para qual fundamento: (vii) exasperar a pena base; (viii) deixar de aplicar a redutora do § 4º do artigo 33; (ix) aplicar a máxima redutora do § 4º do artigo 33; (x) calcular a redutora do § 4º do artigo 33; (xi) deixar de

aplicar manter o regime ou justificar regime mais severo; (xii) baixar a pena ou aplicar regime mais brando; (xiii) deixar de substituir pena privativa de liberdade (PPL) em restritiva de direito (PRD); e (xiv) se teve desclassificação.

Observações gerais: ao final foi adicionada uma coluna de observações gerais, na qual se optou por colocar informações pontuais que poderiam colaborar para a análise do caso.

Assim, foi construída a tabela com todos os dados obtidos a partir da leitura e identificação das variáveis em cada acórdão. O resultado foi uma tabela de 93 colunas e 116 linhas. Com os dados tabelados, partiu-se para a análise gráfica.

2.3. Análise gráfica e estatística

Para a compreensão das proporções, tendências e comportamentos gerais dos dados, diante da grande quantidade de variáveis observadas, utilizou-se como instrumento de análise uma abordagem descritiva. Esse método faz uso de métricas que possibilitam a visualização das respostas de maneira mais objetiva e geral. As análises concentraram-se nas proporções relativas entre o total de entradas (casos analisados que permaneceram após a aplicação dos critérios de exclusão - as linhas) e os extratos de cada variável (as colunas).

Após a obtenção dessas proporções, optou-se por apresentar as respostas por meio gráfico para auxiliar na visualização e compreensão das tendências. Essas análises foram realizadas utilizando o software Excel, da Microsoft.

2.4. Observações adicionais

De acordo com o artigo 66 da Lei 11.343/2006, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344. Sendo assim, neste artigo utilizou-se o termo substância como sinônimo de droga e de amostras apreendidas.

3. RESULTADOS

3.1. Caracterização Geral

Foram avaliados 115 processos nas 16 Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). A **Figura 1** resume a distribuição dos processos pelas Câmaras.

De todos os réus que foram julgados pelas 16 Câmaras do TJSP, 93% se declararam homens (107 de 115) e 7%

mulheres (8 de 115). Assim, há uma proporção de 1 mulher a cada 13 homens. Dos casos analisados, em 88,6% (101 dos 115) os réus foram presos em flagrante. Além disso, na amostra analisada, 87,3% (110 dos 115) dos recursos foram movidos pela defesa, enquanto 12,7% foram interpostos pelo Ministério Público. Dos movidos pela defesa, apenas 5% foram providos, enquanto 33% foram parcialmente providos. Quando o recurso é interposto pelo Ministério Público, em 50% dos casos ele é totalmente provido e, em 19%, parcialmente.



Figura 1. Distribuição dos processos relacionados ao Art. 33, caput da Lei 11.343/2006, nas Câmaras do TJSP (Fonte: elaborado pelos autores)

3.2. Caracterização da droga e a alegação de pureza

De modo mais detalhado, as **Figuras 2, 3 e 4** resumem a caracterização das drogas. Nelas, foram agrupados os dados referentes à quantidade de drogas apreendidas (**Figura 2**), a menção à presença de laudo de constatação e definitivo (**Figura 3**) e o debate sobre a pureza da droga (**Figura 4**).

A **Figura 2** resume a quantidade de drogas apreendidas e mencionadas no acórdão em cada um dos casos. De todos os julgados, em 54,8% apenas um tipo de droga foi apreendido – sendo a maior ocorrência a cocaína (71%).

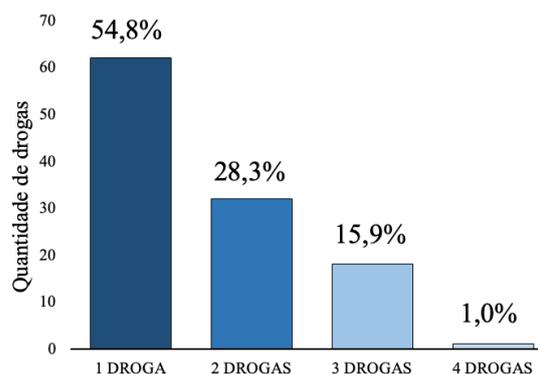


Figura 2. Quantidade de droga relatada nos casos analisados (Fonte: elaborado pelos autores)

A apreensão de mais de uma substância totalizou 45,2% dos casos. Dados muito semelhantes foram trazidos em publicação preliminar pelo IPEA, que demonstrou que em 58,6% dos casos analisados foi encontrada apenas uma variedade da substância [3]. A

Tabela 1 descreve de maneira mais detalhada a quantidade de tipos de drogas apreendidas.

Importante salientar que o total somado na tabela é de 114 casos (apesar de a amostra ser 115), pois em um caso não foi possível identificar pelo acórdão qual o tipo de droga apreendida. Inclusive, neste mesmo caso o réu foi absolvido pela impossibilidade de aferir a materialidade do delito pela ausência de laudo definitivo.

Tabela 1. Descrição da quantidade de drogas, ou combinação de drogas, por ocorrência nos acórdãos e em relação porcentual total para cada extrato

		Casos	N / total
1 DROGA	Cocaína	44	71,0%
	Maconha	10	16,1%
	Crack	7	11,3%
	Outros	1	1,6%
	MDMA	0	0,0%
	LSD	0	0,0%
2 DROGAS	Cocaína / Maconha	11	34,4%
	Cocaína / Crack	10	31,3%
	Maconha / Crack	8	25,0%
	Cocaína / Outros	2	6,3%
	Maconha / Outras	1	3,1%
3 DROGAS	Cocaína / Crack / Maconha	16	88,9%
	Cocaína / LSD / MDMA	1	5,6%
	Cocaína / MDMA / Outros	1	5,6%
4 DROGAS	Cocaína / Crack / Maconha / MDMA	1	100,0%

Dos dados analisados, identificou-se que a cocaína é a principal substância ilícita apreendida no cenário do Estado de São Paulo, totalizando 71%, seguida pela maconha e pelo crack, que é uma outra forma de apresentação da cocaína. A publicação preliminar pelo IPEA corrobora com os dados encontrados aqui, demonstrando que em 70,2% dos casos a cocaína foi a substância que testou positivo no laudo definitivo ou preliminar [3].

Recentemente a UNODC publicou o terceiro relatório do projeto de Monitoramento do Mercado de Drogas Ilícitas, que trata do grau de pureza de cocaína apreendida em quatro estados brasileiros: Mato Grosso, Pernambuco, Paraná e São Paulo. Em relação à Mato Grosso, os dados demonstram que 63% das amostras de cloridrato de cocaína não alcançam 20% de pureza, embora em 12% a pureza é acima de 80%. A distribuição do tipo cocaína-base também possui um baixo grau de pureza, na qual 63% dos casos ficam entre 20% e 40% de pureza. Já em

relação a Pernambuco, as ocorrências mais comuns são aquelas perto de 80% de pureza. Dos quatro estados, o Paraná é o que apresenta a pureza mais elevada, sendo pelo menos 19% dos seus casos com pureza acima de 90%, sendo possível afirmar que pelo menos 60% dos casos amostrados estão acima de 75% de pureza. Por fim, em relação à São Paulo, a distribuição é um pouco diferente. Enquanto 7 em cada 10 casos de cloridrato de cocaína tem níveis de pureza abaixo de 20%, 76% do tipo pasta-base possui pureza acima de 60% [4].

Outro estudo do Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul demonstrou que teor de cocaína apreendida no Estado varia de 0% a 78%. Das 141 amostras avaliadas, apenas 30% possuíam mais do que 40% de cocaína em sua composição. A pureza varia também de acordo com a região do estado. Na capital Porto Alegre, das 54 amostras analisadas, 35 tinham menos de 50% de teor de cocaína. Na região oeste, a média aproximada ficou entre 15 e 35%; na região norte de 16 a 40%; na região central, entre 13 e 42% e por fim, na região sul, o teor de cocaína nas amostras ficou entre 14 e 41%². O que se percebe, portanto, é que realmente a pureza altera bastante de acordo com o local em que a substância é apreendida.

O crack é o termo utilizado para se referir a todas as formas de cocaína “fumável” e a sua origem vem de uma onomatopeia do som crepitante de quando o cloreto de sódio é queimado. Um estudo brasileiro [5] demonstrou que, de 404 amostras de crack apreendidas em São Paulo, a média de pureza das amostras era de 71,3%. Além disso, as características macroscópicas também se alteravam, sendo 74% apresentadas na coloração amarela e 20% na branca. O estudo mostrou, ainda, que na fumaça das amostras foram encontrados compostos semelhantes aos da degradação do diesel e da gasolina. Lidocaína, benzocaína, cafeína e procaína foram outras substâncias também encontradas nas amostras apreendidas. A conclusão do estudo foi de que o crack comercializado em São Paulo tem características semelhantes às da pasta de coca, demonstrando um alto grau de pureza [5].

Do ponto de vista técnico, para se atestar a materialidade do delito de tráfico de drogas é necessário que a substância em questão esteja presente na Portaria nº 344 da ANVISA, nas Listas E ou F (precursores de substâncias ou substâncias ilícitas). Para essa confirmação, é importante a elaboração dos laudos de constatação e definitivo, conforme disposto pelo Art. 55 da Lei 11.343/2006.

A **Figura 3** demonstra que em 78% dos casos foi possível identificar, da leitura do acórdão, a presença de laudo de constatação, enquanto o laudo definitivo foi identificado em 88% das análises. Apesar disso, não foi

² Disponível em: <https://igp.rs.gov.br/cocaina-apreendida-no-rio-grande-do-sul-pode-ter-ate-100-de-impureza>

possível identificar qualquer menção à metodologia utilizada para elaborar os laudos. Sabe-se que nem todos os métodos possuem a mesma acuidade e que há metodologias específicas para a análise em cada caso. Assim, a omissão sobre a técnica utilizada - se confirmada na íntegra dos autos - pode superestimar o poder opinativo da interpretação, diminuindo o controle público e da defesa do réu acerca da existência de padrões de excelência para inequívoca prova de materialidade.

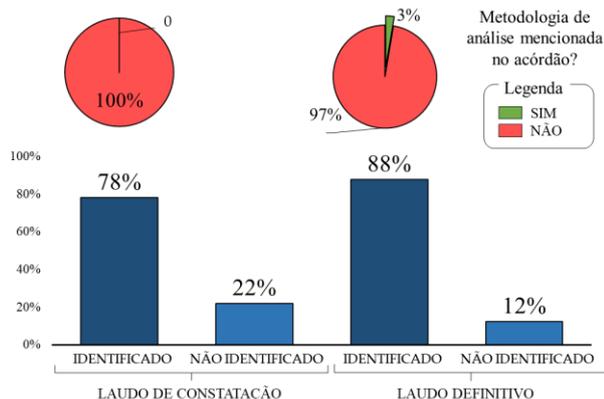


Figura 3. Menção no acórdão aos laudos descritos pelo Art. 55 da Lei de Drogas e à metodologia utilizada (Fonte: elaborado pelos autores)

Para confirmar no conteúdo dos laudos se há menção clara e direta à metodologia utilizada em cada caso, seria necessário acessar cada um dos processos e procurar na íntegra dos autos os exames periciais, o que não era objetivo principal desta pesquisa. Entretanto, também é importante mencionar que em alguns casos foi trazido ao debate a questão relacionada à pureza da droga e como isso influenciaria no caso concreto, o que justificaria a menção na decisão à metodologia empregada. O que também não ocorreu.

Apesar disso, é evidente que conhecendo o potencial e a limitação de cada metodologia, as discussões sobre composição de drogas seriam mais assertivas. Inclusive, em um dos casos analisados³, o perito criminal que atuou no caso prestou declaração na qualidade de testemunha, salientando que “há possibilidade de um resultado negativo para substâncias entorpecentes no laudo complementar e um resultado positivo no laudo definitivo, uma vez que o segundo laudo é realizado com maiores tecnologias”, reforçando a importância do conhecimento da metodologia utilizada.

Nos dados analisados, as alegações que fizeram o uso do argumento “pureza” somaram 54%. Ou seja, em 62 das 115 decisões analisadas, foi levado ao tribunal o debate sobre a pureza da droga e como isso impactaria no

caso concreto. Como ilustrado pela Figura 4, a principal tese estava relacionada ao fato de que, sem aferir a pureza, seria impossível atestar a materialidade do delito (90% - 56 de 62). Em 9,7% dos casos, a defesa argumentava que a pureza da droga era necessária para aferir de maneira mais justa a pena aplicada ao caso concreto.

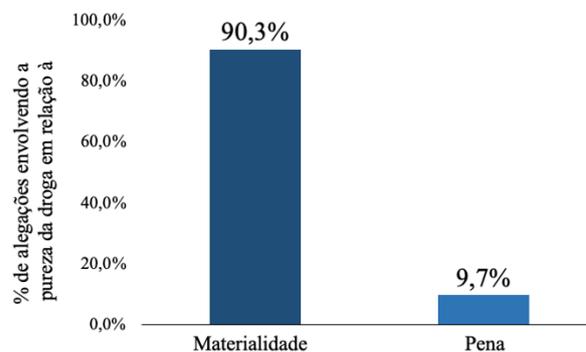


Figura 4. Dados referentes à alegação de pureza nos casos analisados (Fonte: elaborado pelos autores)

Além disso, em apenas 1 caso, dos 62, foi possível identificar a menção clara ao grau de pureza da droga, tendo o debate evoluído e o argumento analisado, apesar de não ter sido reconhecido em benefício do réu. Esses achados corroboram os dados trazidos na recente pesquisa publicada sobre o Perfil do Processado e Produção de Provas nas Ações Criminais por Tráfico de Drogas, a qual ressaltou que, de todas as decisões analisadas, em nenhuma delas foi encontrada informação sobre o grau de pureza das drogas [6].

3.3. A natureza e a quantidade da droga como fundamento da pena

Outra informação que se buscou identificar foi se o tribunal manteve a pena do juízo de primeiro grau, ou se houve alguma mudança e, ainda, qual o regime fixado no segundo grau. Também se buscou avaliar se a natureza/quantidade da droga era utilizada como argumento para justificar a dosimetria da pena.

Os dados da Figura 5A, demonstram que em 61,5% dos casos o tribunal manteve a decisão de primeiro grau, enquanto em 38,5% dos casos houve alguma alteração. Na Figura 5B se percebe que em 82,7% dos casos o regime fechado foi fixado (ou mantido) no segundo grau. Na análise das penas, foi possível observar que a natureza e a quantidade da droga são argumentos frequentes para justificar alteração na fixação da pena.

³ TJSP; Apelação Criminal 1500377-27.2018.8.26.0369; Relator (a): José Vitor Teixeira de Freitas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Monte Aprazível - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/09/2022; Data de Registro: 29/09/2022

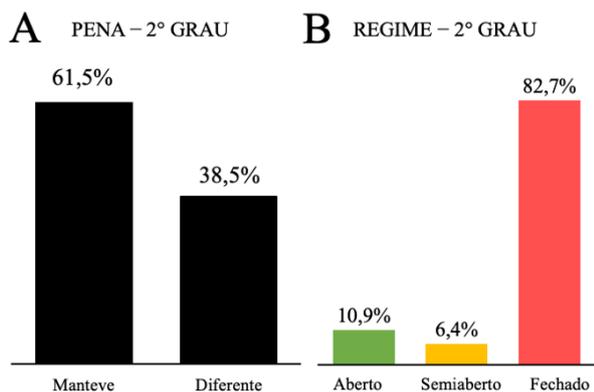


Figura 5. Detalhamento das sanções indicadas pelos processos julgados pelo TJSP no período delimitado pelo estudo, onde (A) representam as penas em 2º grau – se houve alteração em relação à 1ª Instância; e (B) o regime para cumprimento no acórdão. Fonte: autores

O artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Para isso, buscou-se entender para qual finalidade esse argumento era empregado nas decisões. Da análise dos acórdãos foi possível identificar o argumento utilizado também em primeiro grau, o que possibilita um quadro comparativo entre as duas instâncias. As Figuras 6 e 7 demonstram os resultados encontrados.

Na Figura 6, que expõe os dados relativos à pena fixada em primeira instância, o argumento da natureza/quantidade de droga foi utilizado principalmente para exasperar a pena base (59,3%). Em 22,2% também foi utilizado para calcular ou para deixar de aplicar a máxima redutora do § 4º do artigo 33⁴. Em 11,1% das vezes, a natureza/quantidade da droga foi utilizada tanto para justificar o regime fechado, quanto para deixar de aplicar a redutora do § 4º. Em primeiro grau, o argumento é majoritariamente empregado de forma punitivista, justificando a aplicação de sanções mais gravosas e nunca a partir de uma ótica mais benéfica como, por exemplo, absolver o acusado pela pequena quantidade apreendida. E vários foram os casos analisados em que a apreensão era de menos de 5 gramas de substância.

A Figura 7, por sua vez, traz os dados relativos às penas em segunda instância que tiveram alguma alteração em relação à fixada na sentença. Como se observa, o argumento sobre a quantidade/natureza de drogas foi empregado como fundamento para justificar o motivo pelo qual o tribunal decidiu por baixar a pena ou aplicar regime mais brando ao réu (28,1%), seguida pela

⁴ Art. 33. (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa

aplicação da máxima redutora do parágrafo 4º e pela exasperação da pena base (ambas com 25%).

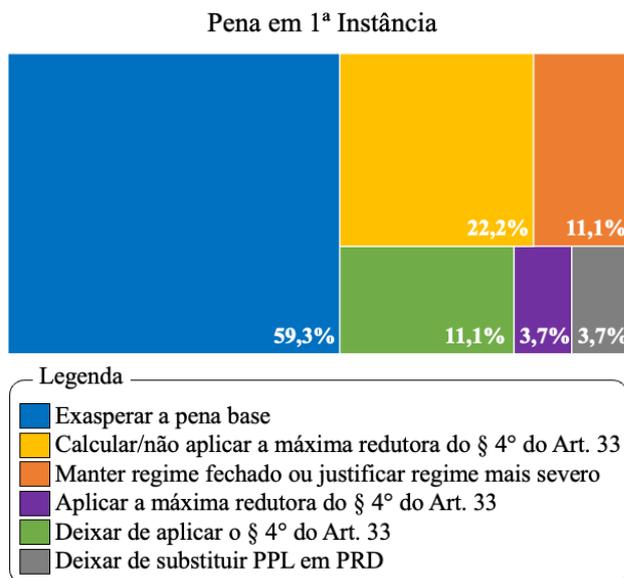


Figura 6. Uso do argumento quantidade/natureza da droga para calcular a pena em 1º grau (Fonte: elaborado pelos autores)

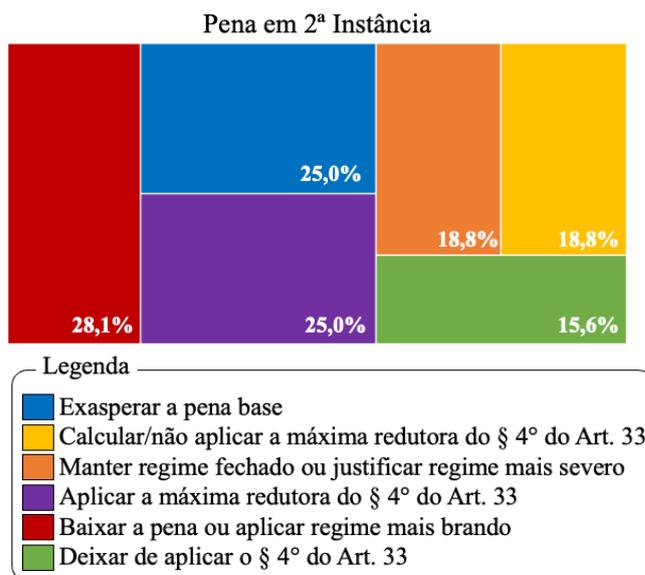


Figura 7. Uso do argumento quantidade/natureza da droga para calcular a pena em 2º grau, naqueles casos em que o tribunal alterou a pena em relação à sentença (Fonte: elaborado pelos autores)

Assim, o mesmo argumento que na primeira instância é utilizado para aplicar reprimendas mais severas, em segundo grau pode ser utilizado para beneficiar o réu, demonstrando a subjetividade das decisões. Exemplo nesse sentido pode ser extraído de um julgado da Décima Terceira Câmara Criminal do TJSP⁵. O réu fora condenado em primeiro grau à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 291 dias-multa,

⁵ TJSP; Apelação Criminal 0000092-82.2015.8.26.0347; Relator (a): Augusto de Siqueira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Matão - Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/02/2016; Data de Registro: 25/02/2016

no mínimo legal. O juízo exasperou a pena-base de acordo com a natureza e quantidade da droga, que nesse caso foi de 12,1 gramas de cocaína. Conforme o colegiado, a quantidade e a forma como estavam embalados, além da maneira como se deu apreensão, não deixam dúvida quanto à prática do delito. Entretanto, entendeu o tribunal que

Não se justifica a exasperação da pena-base em função da substância entorpecente encontrada, em que pese seja notório o efeito nocivo da cocaína. Com efeito, toda substância tóxica é nociva, seja em função do componente ou da mistura, seja pela quantidade ingerida ou disposta à venda. Na hipótese, de rigor, nada chama a atenção. A natureza da droga não difere daquela normalmente encontrada em situações semelhantes. Não havia componente a potencializar a substância, nem mistura que a indicasse de maior efeito. Nem mesmo a quantidade chama a atenção, de modo que uma condição objetiva, ligada à natureza do tóxico, insista-se, sem grau de pureza, de eficiência etc., não pode, por si só, justificar a exasperação. Assim, as penas devem partir do mínimo legal.

Assim, se percebe que o mesmo argumento pode ser utilizado para fins diferentes. Os dados encontrados corroboram com aqueles publicados por Machado e colaboradores [7], cuja pesquisa demonstrou que, no Brasil, os principais argumentos utilizados para manter a prisão de condenados por tráfico de drogas, ainda que primários e sem antecedentes criminais, estão relacionados à quantidade, ao tipo e à variedade de drogas apreendidas; ao histórico criminal do condenado; à situação empregatícia da pessoa no momento da prisão e à insuficiência de penas não privativas de liberdade em casos de tráfico de drogas. As autoras concluem que o raciocínio por trás das condenações por tráfico de drogas favorece a prisão mesmo em situações em que a lei e os precedentes do STF permitiriam penas não privativas de liberdade.

4. DISCUSSÃO

4.1. O que diz a legislação e a jurisprudência do TJSP

A Lei 11.343/2006 apenas disciplina, no art. 50, § 1º, que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. O §2º salienta também a necessidade de elaboração de laudo definitivo. Inclusive, estudos

demonstram a diferença entre o laudo de constatação (ou preliminar) e o definitivo e porque o primeiro não é suficiente para atestar a materialidade do delito - ainda que a lei assim o coloque [8,9].

Logo, legislação brasileira em momento algum cita a necessidade de aferir a pureza da droga. Além disso, nem a doutrina e nem a jurisprudência se preocupam com o tema. O debate se restringe ao fato de que a lei apenas dispõe que a natureza e a quantidade da substância devem ser consideradas com preponderância na dosimetria da pena. Esta norma tem sua aplicabilidade evidenciada pelos dados demonstrados nas Figuras 6 e 7.

A análise da pureza da droga tampouco faz parte da rotina pericial. Um estudo de 2019 que analisou 1008 laudos periciais, tanto federal quanto estadual, demonstrou a total ausência de menção à pureza da droga [10]. A principal hipótese que justifica a pouca realização desse tipo de análise é a ausência de requisito legal, que tem como consequência a inexistência da demanda jurídica e do debate nos tribunais. Soma-se a isso a possibilidade de ausência de insumos e de aparelhos adequados para análise, a elevada demanda frente ao reduzido efetivo de peritos, bem como a não requisição por parte da autoridade policial e dos acusados. De maneira prática: se a lei não menciona, não há por que investir tempo e dinheiro para isso. Mas o pensamento deve ser outro.

A relação entre a pureza e o potencial da substância é algo estudado há muito tempo [11]. Inclusive, há projetos que realizam a determinação da pureza das drogas, como é o caso do projeto PeQui, da Polícia Federal, a partir do qual são realizadas análises químicas para obtenção de teor de componentes majoritários (alcaloides e fármacos adulterantes) presentes em amostras de cocaína em diferentes formas de apresentação. Conforme descrito em um dos relatórios técnicos, “foram analisadas 492 amostras de cocaína apreendidas pela Polícia Federal em 2020 oriundas de 13 estados brasileiros (AC, AM, BA, CE, DF, MA, MS, MT, PB, PR, RO, RS e SP) e o teor médio de cocaína foi de 88%. Os principais adulterantes identificados foram fenacetina e levamisol (presentes predominantemente em amostras de cocaína base e cloridrato, respectivamente)”⁶.

Do ponto de vista técnico e de saúde pública, uma substância pura, ou seja, com pureza de 100%, é diferente de uma a 30%. Pensando em termos de quantidade, se em uma amostra de 100g de pó branco é detectada cocaína a uma pureza de 30%, equivale dizer que, dessas 100g, 30g

⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/relatorio-de-drogas-sinteticas-2020/perfil-quimico-da-cocaina-apreendida-pela-policia-federal-no-ano-de-2020.pdf>

são de cocaína e as outras 70g são de quaisquer outras substâncias.

Vamos supor um cenário hipotético em que dois indivíduos são pegos, nas mesmas circunstâncias fáticas, com 100g de pó branco. A análise do pó apreendido com o indivíduo X gerou como resultado cocaína a uma pureza de 20%, sendo os outros 80% substâncias lícitas utilizadas para aumentar o rendimento total. O indivíduo Y, por sua vez, estava em posse de um pó branco cujo resultado atestou cocaína a uma pureza de 100%. A quantidade total de cocaína que esses indivíduos carregam é diferente: enquanto o X carregava 20g, o Y estava em posse de 100g.

Ocorre que a legislação utiliza um termo genérico, de “quantidade de droga” como critério para a dosimetria da pena. Assim, se ambos fossem apreendidos nas mesmas circunstâncias e em cenários muito semelhantes, a pena dos dois indivíduos provavelmente seria muito parecida. Se o conceito de quantidade for entendido como valores considerando a pureza da amostra apreendida, aumenta de maneira significativa a probabilidade de as sanções serem diferentes.

Em um dos casos analisados, um acusado pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei 11.343/06) foi condenado a uma pena de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, além do pagamento de seiscentos e oitenta dias-multa. Segundo a denúncia, o indivíduo transportava e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 2 tijolos de cocaína (1.986,4 gramas). A defesa apelou, alegando que a pena-base deveria ser estabelecida no mínimo legal, considerando que a massa da droga era menos da metade do montante indicado na denúncia. Isso porque o próprio perito criminal afirmou que a pureza da droga apreendida era de 37,9%. Logo, do ponto de vista defensivo, o acusado não transportava quase dois quilos do entorpecente, mas sim cerca de 750 gramas.

A tese não foi acolhida e o TJSP entendeu que,

A alegação é claramente descabida. Não há droga que seja consumida em sua forma pura. Todas elas são misturadas a ingredientes para o usuário. O maior ou menor grau de pureza determina o preço final e a quantidade de porções. Quanto mais pura, mais cara, menos porções; quanto menos pura, mais barata, mais porções. Assim, os dois tijolos seriam individualizados e destinados ao consumidor final. E, possivelmente, nessa individualização, ainda seriam acrescentados mais ingredientes para fazer a droga “render” e alcançar mais consumidores.⁷

⁷ TJSP; Apelação Criminal 0000033-40.2014.8.26.0635; Relator (a): Xavier de Souza; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara

Ocorre que a pena-base partiu de um sexto acima do mínimo, considerando a quantidade de droga apreendida. Se a quantidade da droga foi considerada, e a pureza é conhecida, entende-se que esse requisito deve ser ponderado para o cálculo da reprimenda. A pergunta que fica é: e se o indivíduo condenado tivesse sido pego com a mesma quantidade total de droga, 1.986,4 gramas, mas com uma pureza de 95% ou de 10%, a pena seria exatamente a mesma? Ou esse critério é valorado de acordo com a intenção do julgador? É preciso que se tenha segurança jurídica e critérios claros de dosimetria.

Sabe-se que a droga vendida para o consumidor final não é uma substância pura. Há estudos que relacionam o preço, a pureza, o preço ajustado à pureza (PAP) e o dano causado pela droga [12-14], justificando a importância da necessidade de se aferir a pureza da droga. Inclusive, em algumas das decisões analisadas, há menção expressa ao fato de que a pureza da droga determina o preço final e a quantidade de porções, entendimento que parece permear a cultura decisória. Veja-se:

Como bem frisou a dedicada Promotora de Justiça recorrente: "(...) a diminuição da pena deve ser na razão de 1/6, tendo em vista que a apelada demonstra, nos termos do artigo 59 do Código Penal, uma acentuada deformidade de sua personalidade a causar danosas consequências à saúde pública que são merecedoras de pena apta a refletir a necessária reprovabilidade, principalmente pelo fato de transportar droga com alto grau de pureza, a demonstrar que esta seria misturada para multiplicar a venda".⁸

Ora, se o “alto grau de pureza” da droga é utilizado para justificar a reprovabilidade de uma conduta, por que o reduzido grau de pureza não pode ser utilizado como elemento para uma ponderação mais adequada das reprimendas? É evidente que a temática é delicada e merece muita atenção do executivo, do legislativo, do judiciário, além de órgãos de segurança e de saúde pública. A pureza da droga deve ser considerada um tema central na política criminal. Não é da noite para o dia que as alterações legislativas serão implementadas, é preciso muita pesquisa e investigação, com muito debate público. O objetivo desse artigo não é delimitar os parâmetros e tampouco determinar qual a pena a ser aplicada em cada range de pureza identificado. O que se busca demonstrar é a total ausência de debate acadêmico e social, apesar do

Criminal; Data do Julgamento: 14/09/2016; Data de Registro: 22/09/2016

⁸ TJSP; Apelação Criminal 0016753-04.2008.8.26.0050; Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 14ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/07/2009; Data de Registro: 19/08/2009

reiterado emprego do argumento de quantidade da droga para determinar a pena.

Assim, como não há um debate técnico, aprofundado e permanente sobre isso, resta para os aplicadores do direito decidirem sobre a temática. O STF e o STJ já entenderam ser desnecessária a aferição da pureza da substância apreendida, pois a legislação não exige o requisito como elemento para atestar a materialidade e tampouco para a dosimetria da pena.

O STF, no julgamento do HC 132.909/SP, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, decidiu ser “desnecessária a aferição do grau de pureza da droga para realização da dosimetria da pena”, pois “a Lei n. 11.343/2006 dispõe como preponderantes, na fixação da pena, a natureza e a quantidade de entorpecentes, independente da pureza e do potencial lesivo da substância”. (HC 132909, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma)

Na mesma linha é a jurisprudência do STJ, que entende que tanto para a configuração do crime de tráfico,⁹ quanto para fins de fixação da pena,¹⁰ não há necessidade de se aferir o grau de pureza das amostras apreendidas, já que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece como critério apenas a natureza e a quantidade da droga. O TJSP reforça o argumento dos tribunais superiores.

Conforme exposto nos resultados, os dados demonstram que, de todos os casos analisados nos quais questionou-se a necessidade de quantificar a pureza da droga, em 90,3% deles o fundamento estava vinculado à materialidade do crime. Ou seja, a tese principal é: não há materialidade, pois não se sabe a pureza da droga apreendida. E, enquanto o olhar for direcionado apenas para a materialidade, a discussão não irá prosperar.

Isso porque, do ponto de vista legislativo e técnico, um requisito indispensável para se atestar a materialidade do crime de tráfico e de porte para uso é a presença, no material apreendido, de um dos compostos químicos proibidos pela Portaria n. 344 da Anvisa. E, para evitar interpretações equivocadas, não se está a afirmar que este é o único requisito. É certo que outras circunstâncias

como o contexto em que ocorre a apreensão, a quantidade da substância, além de outros elementos de prova colhidos ao longo da investigação, produzidos e confrontados em juízo são necessários para que seja ponderada a existência ou não da materialidade do delito. No entanto, sem um teste positivo para substância ilícita, não se pode falar em materialidade de qualquer tipo penal da lei de drogas.

Para atestar a presença de qualquer substância em uma amostra, é necessário a realização de análises adequadas para o fim pretendido, que obedeçam aos parâmetros científicos e cujas taxas de erro sejam conhecidas, para que se saiba os limites de interpretação. Se o resultado for positivo, pode-se dizer que a substância química foi identificada. Ou seja, neste primeiro momento de análise, não importa saber se a substância apreendida é cocaína pura ou uma mistura de 40%. É suficiente saber se, naquela amostra apreendida, há ou não cocaína. E é assim que a legislação vem sendo interpretada reiteradamente pelos tribunais.

Portanto, aferir a pureza da droga não se presta como um argumento apto e tampouco possui força dialética para questionar a materialidade do delito. Se esse fundamento continuar sendo levado aos tribunais para colocar em xeque a materialidade do crime de tráfico de drogas, o esforço argumentativo será em vão. O atual cenário legislativo e jurisprudencial não permite que outra interpretação seja dada. E, novamente, não se está a afirmar que a lei está correta, está-se apenas ponderando que, para que o debate surta efeito e comece a ser desenvolvido, ele deve estar associado à dosimetria da pena, para que seja calculada de maneira mais justa e coerente a reprimenda a ser aplicada ao caso concreto.

Assim, o que se propõe neste artigo é que a pureza da droga apreendida com acusados dos crimes relativos à lei de drogas comece a ser pensada como um dos critérios para a dosimetria da pena, sem deixar de reconhecer que esse argumento também pode ser empregado em outros contextos, como para a diferenciação hierárquica em uma estrutura organizacional relacionada ao tráfico e, até mesmo, para caracterização de porte para o uso e não de traficância. É um tema sensível, que merece um debate sério e uma abordagem interdisciplinar.

4.2. A determinação do grau de pureza deveria ser feita para obedecer a parâmetros jurídico-penais: o debate principal deve recair sobre a dosimetria da pena

A rotina do processo penal indica muita demora na emissão dos laudos de detecção de drogas [13]. Se, além da identificação de substância entorpecente, a legislação ou os atores envolvidos no processo do crime de tráfico exigissem a pureza das amostras, é certo que as demoras poderiam ser ainda maiores. Assim, a exigência da análise

⁹ HC 446553/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2018, publicado em 25/04/2018; RHC 57526/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015; RHC 57579/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015

¹⁰ RHC 63295/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015; RHC 57579/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015; RHC 57547/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015; RHC 53368/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014

da pureza provavelmente implicaria numa alteração significativa de investimento e das instalações dos laboratórios de perícia no Brasil.

Mesmo os melhores laboratórios brasileiros lidam, simultaneamente, com muitas amostras. Além de várias análises para atestar se há ou não a substância e de qual se trata, aferir a pureza demandaria uma maior quantidade de reagentes e equipamentos de análise, além de tempo e treinamento de pessoas. Trata-se de uma necessária reestruturação administrativa que provavelmente demandaria uma organização institucional significativa. Por isso, o debate sobre a pureza das drogas deve caminhar simultaneamente com maiores investimentos e uma melhor alocação de recurso na perícia criminal brasileira.

Além de toda a reestruturação técnica, seria necessário estabelecer critérios e parâmetros legais para a dosimetria da pena. Como a legislação brasileira não trata da temática, isso seria mais um entrave a ser enfrentado. O objetivo principal deste artigo não é estabelecer esses critérios e tampouco definir quanto de pena deveria ser aplicado de acordo com a pureza encontrada. Mas o tema é importante e deve começar a ser introduzido nas publicações científicas brasileiras.

Há países que consideram a pureza para a determinação da pena. Estados Unidos (EUA) e Reino Unido são exemplos disso. Nos EUA, há uma complexa regulamentação sobre o tema, decorrente de uma corrida contra o tráfico de drogas. A lei federal designa um limite de porcentagem de pureza para diferentes drogas a fim de serem consideradas “puras” ou “misturas”. Esses limites variam de acordo com a substância. Por exemplo, define-se como sendo uma mistura de metanfetamina se tiver menos 80% de pureza e metanfetamina pura se tiver pelo menos 80%¹¹. A pureza, combinada à massa e ao tipo de droga, determina uma sentença mínima obrigatória (conhecido como “mínimo mandatório”). No caso da metanfetamina, por exemplo, a apreensão de 5g de substância pura tem como consequência uma pena mínima de 5 anos. Entretanto, se a substância apreendida for considerada uma “mistura”, será necessário apreender 50g para uma mesma pena de 5 anos [15].

Mas a regulamentação norte-americana não está isenta de críticas. A principal dela recai sobre o fato de que o chamado “mínimo obrigatório” tem como consequência penas extremamente longas, que não levam em consideração as questões de saúde pública que perpassam o debate sobre as drogas. Um dos grandes questionamentos, por exemplo, parte da necessidade de se revisar as consequências na segurança pública e os impactos financeiros de longos períodos de encarceramento em comparação a períodos mais curtos de

aprisionamento combinados com supervisão e tratamento na comunidade¹².

Esse exemplo mostra que o debate definitivamente não é simples e requer um esforço interinstitucional. Critérios rígidos podem resultar em condenações que não levam em consideração as peculiaridades do caso concreto. O que se quer dizer é que não existe um ou outro requisito que exclusivamente seja suficiente para determinar qual o mínimo de pena a ser aplicado. Pela regra legal brasileira, há alguns critérios a serem considerados nas três fases de dosimetria da pena. Certamente não é só a pureza da droga que deve impactar no cálculo, mas ela certamente pode auxiliar como um critério a ser considerado na diferenciação entre os principais envolvidos em uma hierarquia de traficância e os distribuidores.

No Reino Unido, o *Sentencing Council* foi criado com o objetivo de propor e estruturar diretrizes de sentença em diversas áreas, além de monitorar as consequências das decisões na prática forense. Para o estabelecimento dos parâmetros de dosimetria, foram ouvidos especialistas no tema de diversas áreas, o que demonstra o cuidado com o olhar interdisciplinar. Há quatro delitos principais associados a drogas ilegais no Reino Unido: posse, tráfico/venda, produção e importação. A posse pode ser dividida em posse simples ou posse com a intenção de venda/tráfico, que vai ser caracterizada a partir das circunstâncias do caso. Segundo o *Sentencing Council*, no caso de posse, a sentença é determinada pela classe da droga, juntamente com quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes. Se o crime for posse com intenção venda/tráfico, tráfico, produção ou importação, o tribunal deve determinar a culpabilidade do infrator e o dano causado. O dano possui relação direta com o tipo e a quantidade da droga em questão. Além disso, a pureza da droga é um fator que pode agravar ou atenuar a pena [16].

A República Tcheca também considera a pureza da droga para a dosimetria [17]. O que se percebe, portanto, é uma preocupação internacional em estabelecer critérios de dosimetria que levam em consideração o tipo e a pureza das substâncias apreendidas, numa busca de equilíbrio entre o que deve ser tratado no âmbito do direito penal e o que deve ser considerado como assunto de saúde pública.

A pureza da droga deve começar a ser pensada como um critério que pode, junto com outros elementos fáticos e probatórios, ajudar na diferenciação entre o usuário e o traficante, bem como compreender em qual hierarquia da cadeia de tráfico se encontra um indivíduo. A presunção é de que as amostras mais puras sejam derivadas de tráfico que ainda não passou pelos processos de misturas que

¹¹ Disponível em: <https://polklawnc.com/drug-purity-sentencing/>
Acesso em: 13 out. 2023

¹² Disponível em:
<https://counciloncj.foleon.com/taskforce/federal-priorities/rec2/>
Acesso em: 13 out. 2023

umentem o volume e se destinam para a comercialização [14]. A apreensão de uma amostra com alto grau de pureza poderia ser forte indício de que os envolvidos pertencem a um status elevado no crime organizado e justificariam a aplicação de tipo penal próprio da Lei de Drogas.

Um segundo argumento jurídico-penal pelo qual a pureza das drogas deveria ser determinada associa-se à ofensa social. Essa ideia decorre do Princípio da Proporcionalidade, fundamental em um Estado Democrático de Direito. Drogas mais puras são normalmente associadas a maiores índices de letalidade. A dosimetria da sanção deveria também se orientar por este critério. A falta de indicação da pureza inibe, porém, esta necessária forma de individualização da pena. Estudos publicados pelo *International Drug Policy Consortium* (IDPC) trataram da importância de se considerar o potencial dano da substância à saúde e ao bem-estar de uma comunidade como parâmetros de proporcionalidade na dosimetria de pena dos delitos de droga [18,19].

Para Gloria Lai, a regulamentação e os critérios de condenação deveriam distinguir entre o tipo de droga e a escala da atividade ilícita, bem como o papel e a motivação do infrator, tendo uma diferenciação entre grandes traficantes ou traficantes organizados, microtraficantes (de baixo nível ou contrabandistas), pessoas dependentes de drogas e aqueles que usam drogas ocasionalmente (ou "recreativamente") [18]. Para Genevieve Harris, no Reino Unido, os níveis de condenação para as "mulas", ou seja, para aqueles que são contratados para fazer o transporte de substâncias ilícitas – seja em malas ou em seu próprio corpo –, são desproporcionais à sua culpabilidade e ao dano associado ao delito.

Por fim, é importante mencionar o estudo de 2006, publicado no *Eastern Economic Journal* [14], o qual demonstrou que o aumento da certeza de que traficantes ou usuários de drogas serão presos, aumenta a pureza das drogas comercializadas, o que impacta de maneira significativa a saúde pública. Isso porque, se o indivíduo sabe que quanto maior a quantidade da droga, maior a sua pena, ele opta por reduzir a quantidade, aumentando a pureza. Assim, o artigo concluiu que uma mudança de critérios de pena baseada apenas na massa bruta para penas baseadas na quantidade da droga pura, ou seja, que considera o critério de pureza, eliminaria a conclusão de que o aumento na fiscalização eleva a pureza das drogas consumidas. Isso teria um impacto social significativo, reduzindo a pureza da droga comercializada e, consequentemente, os danos gerados à saúde pública.

É interessante observar, inclusive, que esse era um indicador já utilizado para as práticas brasileiras. Em 2014, foi publicado pela Secretaria Nacional de

Segurança Pública (SENASP) do Ministério da Justiça um Caderno Temático de Referência, intitulado "A polícia judiciária no enfrentamento às drogas ilegais", que trazia a importância da criação de indicadores eficazes e objetivos para avaliar se as práticas policiais no combate ao tráfico estavam sendo assertivas e eficientes. Dentre eles, um dos critérios proposto era: "As intervenções policiais afetaram o preço ou a pureza das drogas ilegais no varejo?" Se isso ocorreu, isso teve efeitos positivos ou negativos sobre o mercado de drogas e as pessoas que usam drogas? [20]

Entretanto, o debate não ganhou asas. A pureza da substância apreendida não é um tema central no debate da política nacional de drogas no Brasil. A lei de nada fala. A jurisprudência considera o pouco que diz na lei. O debate nacional sobre drogas é tão atrasado em relação aos entendimentos de outros países, que sequer há uma quantidade determinada – em valores brutos de apreensão – que diferencie o tráfico do porte/posse para uso. O tema vem sendo debatido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), em que se discute a constitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/2006 e a fixação de uma quantidade para diferenciar traficante de usuário, especificamente em relação à maconha.

Os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, e Ministra Rosa Weber votaram pela inconstitucionalidade do artigo e pela necessidade de se estabelecer critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante. Para os cinco ministros, deve-se presumir como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. O Min. Dias Toffoli, apesar de entender pela constitucionalidade do art. 28, votou pelo afastamento dos seus efeitos penais o que, na prática, configura o ato como um ilícito administrativo. Assim, até o momento, o placar está em seis votos a três para descriminalizar o porte de maconha. Dos seis ministros, o Min. Edson Fachin e o Min. Dias Toffoli entendem que as quantidades devem ser definidas pelo Congresso Nacional e não pela justiça. Os Ministros André Mendonça, Cristiano Zanin e Nunes Marques votaram contra a descriminalização. Em relação às quantidades, o Min. André Mendonça entende que o valor deve ser fixado em 10g, enquanto os Ministros Nunes Marques e Cristiano Zanin votam pela quantidade de 25g ou seis plantas fêmeas. E detalhe: o tema em julgamento envolve apenas o porte de maconha, um tipo de droga entre várias que circulam no mercado do tráfico. Isso demonstra que há um longo caminho a ser percorrido. Em uma lista de

prioridades, o debate sobre a pureza certamente não está no topo.

5. CONCLUSÕES

A presente pesquisa buscou responder como a alegação de pureza da droga é entendida pela legislação brasileira e enfrentada pelo TJSP. E mais, quais as consequências práticas do cenário encontrado? O objetivo central do artigo era demonstrar como o Brasil trata o tema da pureza das drogas apreendidas, a partir de uma abordagem interdisciplinar, esclarecer os motivos pelos quais a pureza da droga interessa. Para isso, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bibliográfica, busca jurisprudencial e análise gráfica-estatística.

Os dados demonstraram uma tendência clara quando se fala em processos de tráfico de drogas no TJSP: (i) homens são presos em flagrante, (ii) normalmente são condenados, justificando a interposição de recurso pela defesa e (iii) os recursos defensivos, na sua maioria, não são providos. Por isso, em 61,5% das vezes, a pena fixada em primeiro grau é mantida na sua exata dosimetria pelo TJSP, sendo mantido o regime fechado em 82,7% dos casos.

Na maioria das vezes, a apreensão é de apenas uma droga, sendo cocaína a substância que lidera essa lista. A partir da leitura das decisões, foi possível identificar a presença de laudo preliminar em 78% dos casos, e definitivo em 88%. Nada se sabe sobre a metodologia utilizada. Apesar de a defesa em 54% das vezes ter levado o debate sobre a pureza da droga até o tribunal, esse não é um tema recorrente nas análises periciais. O principal argumento (90,3%) é de que se faz necessário atestar a pureza da substância para uma correta caracterização da materialidade do delito. Esse fundamento já foi afastado tanto pelo STF, quanto pelo STJ, os quais entendem que o crime de tráfico de drogas está suficientemente caracterizado pela detecção de substância entorpecente na amostra apreendida e que a dosimetria da pena não se relaciona ao grau de pureza da droga, mas apenas à quantidade da amostra. Esse entendimento é replicado pelo TJSP. Inclusive, restou demonstrado que a quantidade da droga é argumento utilizado frequentemente para calcular a dosimetria da pena no tribunal estadual.

A consequência prática é que, enquanto o tema da pureza for tratado como argumento para colocar em xeque a materialidade do delito, ele jamais será enfrentado com a seriedade que requer. Para atestar se há ou não a substância ilícita na amostra apreendida, pouco importa a pureza. Trata-se de um resultado de positivo ou negativo. Há ou não há a substância química na amostra apreendida. Assim, é mais eficiente deslocar os olhares sobre a

importância da análise da pureza da droga para a dosimetria da pena, na tentativa de iniciar uma discussão mais séria e que tenha impactos práticos efetivos.

Internacionalmente, o debate tem sido desenvolvido nesse sentido. Países como Estados Unidos e Reino Unido vem desenvolvendo legislações e regulamentações que levam em consideração a natureza, a quantidade e a pureza da droga para calcular a pena imposta no caso concreto. Além disso, estudos demonstram que aferir a pureza pode auxiliar na diferenciação entre usuários e traficantes, além de ser importante para identificar qual a hierarquia dentro de uma estrutura de comercialização de drogas. Ou seja, a pureza da droga é um tema extremamente importante e que deve perpassar o debate da política de drogas no Brasil. Entretanto, o que há é um contexto muito anterior e que ainda emprega esforços para estabelecer critérios de quantidade que diferencie o usuário do traficante.

O tema da pureza requer uma interação interdisciplinar. Além do olhar jurídico, é indispensável a colaboração de profissionais de perícia criminal, de saúde pública e de pesquisadores especializados em política de drogas. Também requer investimento em pesquisas, infraestrutura, treinamento e aparelhamento da máquina pública, estabelecendo protocolos de análise e critérios de interpretação. Deve partir do técnico para o jurídico, na tentativa de mudar uma cultura que aparentemente é compartilhada. Enquanto os aplicadores do direito continuarem colocando o argumento da pureza exclusivamente no âmbito da materialidade do delito, o assunto não vai ser enfrentado com o cuidado necessário. É preciso estabelecer critérios claros de dosimetria, que considerem, além da natureza e da quantidade, a pureza da droga.

AGRADECIMENTOS

Apoio e financiamento: Chamada INCT – MCTI/CNPq/CAPES/FAPs nº 16/2014; CAPES, Brasil (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Código de Financiamento 001), CNPq, Brasil (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - #465450/2014-8 e Processo n. 151152/2022-5) e FAPERGS, Brasil (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - 17/2551-0000520-1).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] C.S.O. Barros Punibilidade do consumidor-traficante e do traficante-consumidor de estupefacientes – Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. IN: A.M.B.M. da M.P. Bronze et. al. (orgs). *Coleção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de*

- Direito e Processo Penal*. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários (2020) 9-40.
- [2] R.M.R. Queiroz; M. Feferbaum (coords.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo, Saraiva (2019).
- [3] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Critérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum* (2023). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12014/1/R_P-Criterios_objetivos_Publicacao_Preliminar.pdf
- [4] Centro de Estudos sobre Drogas e Desenvolvimento Social Comunitário (Cdesc), Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Grau de pureza de cocaína em quatro estados* (2023). Disponível em:
- [5] A.R. Fukushima; V.M. Carvalho; D.G. Carvalho; E. Diaz; J.O. Bustillos; H.S. Spinosa; A.A. Chasin. Purity and adulterant analysis of crack seizures in Brazil. *Forensic science international*, **243**: 95–98 (2014).
- [6] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum* (2023). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/ri221151>.
- [7] M.R. Machado; M.C.S. Amaral; M. Barros; A.C.K. Melo. Incarcerating at Any Cost: Drug Trafficking and Imprisonment in Brazilian Court Reasoning. *Journal of Illicit Economies and Development* **1**: 226–237 (2019).
- [8] M.E.A. Amaral; A.T. Bruni. O descompasso entre as análises de identificação de drogas previstas na lei 11.343/2006 e a jurisprudência do STJ: precisamos falar sobre isso! *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* **2**: 347–370 (2023).
- [9] M.P.C. Bertran, C.P. Amaral; J.A.A. Velho. Química nos Tribunais: identificação de drogas, falibilidade, laudos provisórios e definitivos nos Tribunais Superiores e no Tribunal de Justiça Estadual de São Paulo. *Revista Justiça Do Direito* **33**: 6-36 (2019)
- [10] A.T. Bruni; R.L. Yoshida; A.S.L. Ferreira; J.A. Velho.; B.S. Martinis; V.B.P. Leite Analysis of the procedures used in the forensic evaluation of illegal substances: a statistical approach to interpreting reports. *Revista Brasileira de Criminalística* **8**: 7–23 (2019).
- [11] V.E. Henderson The Purity and Potency of Drugs. *Canadian Medical Association journal* **15**: 300–303 (1925).
- [12] C. Hughes; S. Hulme; A. Ritter. The relationship between drug price and purity and population level harm. *Trends & issues in crime and criminal justice* **598**: 1-26 (2020).
- [13] N. Scott; J.P. Caulkins; A. Ritter; C. Quinn; P. Dietze. High-frequency drug purity and price series as tools for explaining drug trends and harms in Victoria, Australia. *Addiction* **110**: 120–128 (2015).
- [14] R. T. Burrus. The Impact of Weight-Based Penalties on Drug Purity and Consumption: A Theoretical Analysis. *Eastern Economic Journal* **32**: 629–646 (2006)
- [15] UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Mandatory Minimum Penalties for Drug Offenses in the Federal Criminal Justice System* (2017). Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20171025_Drug-Mand-Min.pdf
- [16] SENTENCING COUNCIL. *Drug offences. Definitive Guideline* (2012). Disponível em: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Drug-offences-definitive-guideline-Web.pdf>
- [17] SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas* (2015). Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1218/Levantamento_sobre_legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_drogas_nas_Am%C3%A9ricas_e_Europa.pdf
- [18] G. Lai Drugs, crime and punishment. Proportionality of sentencing for drug offences. *Legislative Reform of Drug Policies* **20**: 1-12 (2012). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing.pdf>
- [19] G. Harris. Sentencing for Drug Offences in England and Wales. *Legislative Reform of Drug Policies* **5**: 1-8 (2010). Disponível em: <https://www.tni.org/files/download/dlr5.pdf>
- [20] SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *A polícia judiciária no enfrentamento às drogas ilegais* (2014). Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/a_policia_judiciaria_enfrentamento_drogas_ilegais.pdf Acesso em: 13 out. 2023.