HABEAS CORPUS Nº 497.205 - SP (2019/0065724-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SAMUEL DA HORA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de SAMUEL DA HORA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (fl. 22):

> TÓXICO – TRÁFICO DE DROGAS – Insuficiência de provas. Não configurado. Negativa de autoria e versão apresentada que restou isolada. Depoimento dos policiais que se mostraram coerentes e firmes. Quantidade de droga, acondicionamento, que encaminham para o reconhecimento do tráfico. Não acolhimento de impugnação genérica do depoimento testemunhal.
> DOSIMETRIA DA PENA – Pena-base aumentada nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas. REGIME modificado para o fechado. Causa especial de redução da pena – afastada. Ausência de requisitos. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 3 anos e 2 meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 333 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída por prestação de serviços à comunidade e multa pelo mesmo período da reprimenda corporal já aplicada.

Interposta apelação do Ministério Público, foi dado parcial provimento ao recurso para condenar o paciente pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e fixar a reprimenda em 5 anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa.

Sustenta a defesa, em suma, constrangimento ilegal decorrente de *bis in idem* na aplicação da dosimetria, do não reconhecimento do redutor do § 4º do art. 33, da inexistência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso, bem como na não substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritiva de direitos.

Requer, assim, seja aplicado o redutor do § 4º do art. 33, modificando o regime para o inicial aberto, ou ao menos restabelecendo-se o inicial semiaberto, e substituída a sanção privativa de liberdade por penas restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 33-34).

As informações foram prestadas (fls. 38-61).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO

Conforme relatado, busca a defesa a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 para o paciente SAMUEL DA HORA, modificando o regime para o inicial aberto, ou ao menos restabelecendo-se o inicial semiaberto, e que seja substituída a sanção privativa de liberdade por penas restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso ministerial, negando a aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, estabelecendo o regime fechado aos seguintes fundamentos (fls. 24-29):

> [...] Os policiais apresentaram depoimentos seguros no sentido de que receberam denuncia anônima dando conta que no local dos fatos um individuo estaria praticando o tráfico, descrevia o tipo físico, a roupa que usava: bermuda e sem camisa e, o prenome dele "Samuel". O local era conhecido como ponto de tráfico.
>
> Fizeram campana e viram o momento em que um casal se aproximou de SAMUEL e após conversarem, entregaram dinheiro a ele. Em seguida, Samuel e o casal, atravessaram a rua e numa pequena arvore, ele se abaixou, retirou uma pedra e entregou algo para o casal.
>
> Assim que o casal deixou o local, ele entrou em um terreno próximo da árvore, mexeu, retirou uma sacola e saiu do terreno. Escondeu o que retirou do terreno no pé da arvore. Atravessou a rua e se juntou a outros dois indivíduos que estavam do outro lado da rua. Resolveram abordá-los, somente com Samuel foi encontrado dinheiro e um filete de maconha. Enquanto o policial Osvaldi ficou fazendo segurança dos envolvidos, o policial Paulo foi até arvore e ao levantar a pedra, encontrou 49 pedras de crack envolto em plásticos transparentes entrelaçadas.
>
> Na grade onde guarnecia a arvore foram encontrados 4 filetes de maconhas iguais a que foram encontrados com SAMUEL. No terreno, onde havia mexido, em uma sacola encontrou mais 48 pedras de crack, idênticas as que estavam embaixo da pedra, 224 flaconetes de cocaína e R$-16,00 em dinheiro. Samuel assumiu a propriedade da droga e disse que fez isso porque estava precisando de dinheiro. Os outros dois indivíduos foram levados para a delegacia, mas não foram vistos praticando nenhum ato que relacionado ao trafico. Como estavam do outro lado da rua, havia um terreno fechado com tabuas. Uma das tábuas estava solta e entrou no terreno. Viu uma mochila preta, com duas balanças de precisão maior, três menores, dois martelos, dois rolos de plástico filme para envolver a droga e 18 frascos com substancia conhecida como "loló", mas ele não assumiu a propriedade. João Carlos e Gabriel estavam conversando, mas não atenderam ninguém. SAMUEL é que se destacou dos dois para atender ao casal. Não conhecia SAMUEL antes disso. O local era conhecido como ponto de tráfico. De frente de onde estavam, tinha uma porta improvisada, para vender bebidas ou algo assim.

Durante a campana só viram que ele conversava com o casal. Os dois indivíduos fora algemados porque não sabiam se estavam envolvidos.
O réu estava sem camisa mesmo. (gravação mídia).
Como se denota, os policiais foram firmes quanto ao que viram durante a campana e ao que foi encontrado.
Na delegacia o apelante permaneceu em silencio, enquanto os dois indivíduos que estavam no local foram ouvidos. JOÃO e GABRIEL foram uníssonos em dizer que viram a apreensão de um filete de maconha com o apelante, bem como do restante da droga.
Em juízo, JOAO mudou sua versão dizendo que foi pressionado para que dissesse que a droga fosse de SAMUEL. Declarou que não conhecia Samuel. Havia saído da casa de um amigo ao lado do bar e foi até um bar comprar um cigarro. Ao sair, surgiu um carro e os policiais os abordaram, algemaram e jogaram no chão.
Disse que não estava conversando com o acusado ou Gabriel, sendo que conhecia Gabriel de vista, do bairro Samaritá. Alegou que não viu nada e os policiais afirmaram que encontraram drogas no mato. Antigamente era usuário de cocaína. Não soube informar se o local era ponto de tráfico de drogas. Não viu ninguém se aproximar de Samuel e foi no local apenas para chamar o amigo dele para cortar o cabelo. Referiu que saiu do bar com o menino e Samuel logo atrás. Não viu o casal citado pelos policiais. Depois dos fatos passou a ver o réu na mercearia perto de sua casa. O tempo todo os policiais diziam que as drogas eram de Samuel. Quanto as suas declarações na delegacia, negou tais afirmações, sustentando que os policiais o pressionaram para confirmar que as drogas eram de SAMUEL, ameaçando-os dizendo que iriam fazer de tudo para ficarem presos, e que assinou o termo de declarações na delegacia sem ler o conteúdo.
Contudo, não foi comprovado e não há indícios de que isso ocorreu, até mesmo porque ao apelante na delegacia foi dado o direito ao silencio, o que encaminha ao respeito aos direitos. Conforme foi analisado pela acusação, sua versão em juízo não restou harmoniosa com a do apelante. Já que SAMUEL disse que somente ele entrou no bar enquanto JOAO e GABRIEL estavam do lado de fora, demonstrando a fragilidade da prova.
Também não se mostrou logico o motivo pelo qual o apelante andaria por quinze minutos até o bar somente para comprar cigarros, verificado conforme analisado pela acusação em alegações finais, o caminho da mercearia até o local dos fatos, conforme demonstrado pelo googlemaps. Anote-se que o empregador não confirmou que o apelante tivesse horário de almoço trabalhando das 13h as 17h.
O que se tem nos autos é a tentativa de fazer verídica a versão do apelante. Todavia, os elementos apresentados se mostraram frágeis, pois não foram suficientes para colocar dúvida a prova acusatória apresentada, já que não afastaram a conduta vista pelos policiais e não se mostraram harmônicos.
No confronto entre a negativa do apelante quanto à autoria do crime e a palavra das testemunhas, há que se sopesar o valor do trazido por cada uma delas.
Enquanto o acusado em processo criminal não é obrigado a produzir prova contra si próprio e não tem compromisso com a verdade, testemunhas

policiais respondem pelo falso testemunho, se comprovado, podem ter problemas funcionais intransponíveis, levando ao cuidado em seus depoimentos. Por certo que os que têm compromisso com a verdade devem ser mais valorizados.

O ato de "trazer consigo" e "ter em depósito" a droga, não configurando ser somente para uso próprio, já configura o delito ora imputado, sendo desnecessária a comprovação de comercialização, por ser crime de ação múltipla, consumando-se com o simples ato de ter em seu poder.

A quantidade e variedade de drogas apreendidas são indicativas do tráfico.

Assim, o que ficou demonstrado nos autos foi o imputado pelo órgão acusatório, quanto a tráfico e praticado pelo apelante, diante dos depoimentos dos policiais e quantidade da droga. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante em sentido contrário a esta conclusão agora exposta.

A pena-base foi majorada em 1/6, com base no artigo 42 da Lei 11.343/06. Todavia, atento a quantidade, qualidade e variedade de drogas apreendidas in casu, o aumento deve ser proporcional, ou seja, acima do mínimo, o que se majora em 1/5, resultando em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda fase, de fato, a redução não poderia ser aquém do mínimo legal, com base na Sumula 231 do STJ. Mantendo-se o redutor de 1/6, retorna-se a pena em 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, em 2/3.

Contudo, deve ser revista.

A quantidade de entorpecentes, 127,6 gramas de cocaina, 237,9g de Cannabis sativa L (maconha); 97 (noventa e sete) invólucros contendo pedra de crack, com peso líquido de 20,4g, indicam o grau de envolvimento do apelado na cadeia do trafico. É demonstrativo da habitualidade no tráfico.

Não cabe a substituição da pena quer pela vedação prevista no artigo 44, "caput", da Lei 11.343/2006, que se coaduna com o disposto no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, quer por não ser medida socialmente recomendável ante os efeitos nefastos do crime perpetrado e por não se mostrar medida suficiente a reprimir e coibir o crime em questão.

Ainda que não vedado regime diverso para os delitos de tráfico de entorpecentes, consoante entendimento das Cortes Constitucionais, o regime imposto harmoniza-se com o disposto na Lei Maior em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo (artigo 5º, inciso XLIII da CF).

Ademais, neste caso concreto entendo que pela conduta descrita, efeito na comunidade (a facilitação da venda de drogas coopera para o ingresso de mais pessoas no mundo das drogas; a cocaína na forma de crack é altamente viciante, sendo também acompanhada pela cocaína em pó e maconha; o vício em drogas traz conduta antissocial; destrói laços familiares; fomenta a prática de outros delitos) e personalidade do agente (não se mostrou arrependido), o regime fechado é o que se adequa a atual redação da Lei 8.072/90. Outra forma não daria a resposta à conduta ou levaria o agente à reflexão sobre tão grave proceder.

Mesmo que reduzida a pena pelo tempo de prisão provisória, ainda assim, **o**

regime permaneceria no inicial fechado eis que a fixação do regime não se limitou ao tempo da pena.

Dessa forma, conhecendo dos apelos, DA-SE PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO e NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA, conforme constou no acórdão. Expeça- se mandado de prisão.

A sentença foi prolatada aos seguintes fundamentos (fls. 16-20):

A denúncia é procedente.

A testemunha Osvaldir, Investigador da Polícia Civil, disse que dirigiram-se até o local para verificar denúncia anônima de tráfico de drogas, no qual o informante indicou as vestes e o prenome "Samuel". No local efetuaram campana e, logo em seguida, um casal se aproximou do réu, houve um diálogo e a mulher entregou dinheiro ao acusado. Os três indivíduos atravessaram a rua e, próximo de uma árvore, o réu se agachou, retirou algo e entregou ao casal. Após a saída do casal, o acusado foi até um terreno junto ao muro e pegou uma sacola, onde retirou uma sacola menor. O réu escondeu a sacola maior no mesmo local e após, escondeu a menor na árvore que havia mexido anteriormente. Mais dois indivíduos se aproximaram, momento em que realizou- se a abordagem. Com os dois indivíduos nada de ilícito. O acusado portava a quantia de R$ 10,00 (dez reais) e um filete de maconha. O depoente narrou que seu colega de ofício atravessou a via pública e encontrou a sacola plástica com parte das drogas apreendidas.

No terreno, a outra sacola foi encontrada com mais drogas. Em um terreno próximo do local da abordagem, encontraram uma mochila com frascos de loló, balanças e plástico filme. Na ocasião, o acusado confessou a traficância, negando apenas a posse da mochila.

A testemunha Paulo Sérgio, Investigador da Polícia Civil, narrou os fatos da mesma forma que seu colega de ofício.

A testemunha João Carlos disse que não conhecia o acusado.

Estava na casa de um colega e ao sair para comprar cigarros no bar, um veículo se aproximou, desceram policiais que o abordou, algemou e jogaram no chão. Afirmou que não estava conversando com o acusado. Não soube informar se o local é ponto de tráfico de drogas. O depoente disse que apenas assinou o termo de declarações na delegacia devido às ameaças impetradas pelos policiais.

A testemunha Flávia, disse que não presenciou os fatos, apenas firmou que o acusado trabalhava em uma mercearia e estudava.

A testemunha Elaine, amiga da genitora do réu, não presenciou os fatos, indicando que o acusado vendia fruta ele estava na hora do almoço. A depoente almoçou em um restaurante e, ao retornar, soube que ele havia sido preso.

No seu interrogatório, o acusado Samuel negou a prática delitiva, indicando que estava em seu intervalo de almoço e foi até o bar para comprar cigarros. Ao sair do estabelecimento foi abordado pelos policiais, que o jogaram no chão, algemaram e apresentaram uma sacola e depois uma mochila. Afirmou que portava certa quantidade de dinheiro e um aparelho celular. Os policiais abordaram outros indivíduos, mas os liberaram em seguida. Conhecia as

testemunhas João e Gabriel apenas de vista. Negou ser usuário de drogas.

Diante do conjunto probatório trazido aos autos, a condenação é de rigor. A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de exibição e apreensão e pelo laudo químico toxicológico, apontando que os produtos encontrados junto com o acusado são substâncias entorpecentes de caráter ilícito.

Quanto à autoria delitiva, os policiais narraram os fatos de forma coerente, confirmando que avistaram o réu praticando a traficância no local dos fatos, ponto conhecido de tráfico de drogas. As drogas foram apreendidas nos locais em que o acusado remexeu momentos antes da abordagem. O modus operandi praticado pelo acusado tem sido usualmente utilizado pelos traficantes de varejo, onde eles permanecem na via pública sem portar droga alguma ou uma quantidade ínfima para configurar usuário, no entanto, nos arredores, embaixo de entulhos, dentro de bueiros, e outros esconderijos, estes traficantes guardam as drogas e apenas se deslocam até o local no momento da venda. Assim, caso ocorra uma abordagem policial de praxe, este não será preso, tão pouco a droga apreendida. Desse modo, os policiais para efetuarem a prisão desses indivíduos, devem praticar a campana e observar toda a logística da traficância, marcando os pontos em que o acusado guarda as drogas.

A versão trazida pelo acusado se mostra fantasiosa, pois não se coaduna com a realidade fática. A afirmação trazida pela testemunha do juízo atinente à informação de que o acusado trabalhou pela manhã não diminui a versão elencada pelos milicianos, uma vez que os fatos ocorreram por volta das 12h40.

A circunstância de a prova da acusação estar esteada basicamente nos depoimentos dos policiais que empreenderam a diligência que culminou na apreensão das drogas e prisão em flagrante do réu não é óbice à condenação do apelante, se os depoimentos forem firmes coerentes e isentos de má-fé. (EJTJSC, dez 2001, pág. 102).

A traficância foi facilmente constatada pela forma que os entorpecentes foram apreendidos, pois estavam fracionados, prontos para o comércio a terceiros, a variedade das drogas.

Passo para a dosimetria da pena.

O preceito secundário do artigo 33 da lei prevê pena em abstrato entre 05 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Iniciando a dosimetria da pena, **diante da quantidade e variedade das drogas encontradas na posse do acusado, habilita-se, assim, a exasperação da pena-base em 1/6 (um sexto)**, com fulcro no artigo 42, da Lei de Drogas, **restando a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.** Observa-se que a reconhecimento da circunstância judicial prevista na Lei de Drogas deve estar esteado na apreensão de entorpecentes que transcende a elementar do tipo. **In casu, o acusado possuía quatro tipos de drogas de alta rotatividade comercial em quantidade integral que excedem os quinhentos gramas, demonstrando, invariavelmente, o grande envolvimento do acusado na rede da traficância. Nesse passo, a exasperação da pena-base se equivale ao montante apreendido, sendo limitado até o teto do preceito secundário do tipo penal do tráfico**.

> Na segunda fase de dosimetria, deve ser reconhecida a circunstância atenuante da menoridade relativa, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), assim, a pena fica em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.
> Seguindo, na fase derradeira, deve-se aplicar o privilégio presente no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 onde dispõe que posto tratar-se de réu primário, sem antecedentes e nenhuma prova foi produzida acerca de sua dedicação a atividades criminosas ou que integração em organização criminosa, o que milita em seu favor. A diminuição deverá ocorrer em 1/3 (um terço), tendo em vista a quantidade de drogas apreendida, na qual demonstra a sua integração com a traficância. O privilégio preceituado na Lei 11.343/2006 deve ser aplicado quando presentes os requisitos ensejadores, cabendo ao magistrado avaliar a fração ideal a ser aplicada em favor do acusado, com fulcro na individualização da pena.
> Nesse caminho, a pena ficará em 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.
> Verifica-se nesta oportunidade que o acusado preenche os requisitos do artigo 44, do Código Penal, fazendo jus a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, assim, substituo a pena de reclusão por prestação de serviços à comunidade e multa, pelo mesmo tempo fixado para a pena privativa de liberdade.
> O regime inicial de cumprimento da pena no caso de conversão será o semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.
> Ante todo o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia e o faço para condenar o réu SAMUEL DA HORA pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, ao cumprimento das penas de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo substituída por prestação de serviços à comunidade e multa pelo mesmo período da reprimenda corporal já aplicada, em caso de conversão, aplicação do regime inicial semiaberto.
> Concedo ao acusado o direito de apelar em liberdade.
> Determino o perdimento da quantia em dinheiro apreendida, bem como a destruição das drogas, ressalvada quantidade suficiente para realização de eventual contraprova, nos termos do artigo 63, da Lei 11.343/2006.

Inicialmente cumpre ressaltar que apenas majorações claramente desproporcionais ou não fundamentadas permitem revisão de legalidade na via do *habeas corpus.* Ademais, veja-se que, especificamente ao tema, qual seja, tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, 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 (art. 42 da Lei 11.343/06).

Nesse sentido, no que tange ao aumento da pena-base, observo que fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, com aumento

de 1 ano acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade da droga – *127,6 gramas de cocaina, 237,9g de Cannabis sativa L (maconha); 97 (noventa e sete) invólucros contendo pedra de crack, com peso líquido de 20,4g* (fl. 27) –, situação que não se mostra desarrazoada ou desproporcional já que devidamente fundamentada em elemento concreto e condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema. Oportunamente, eis os seguintes precedentes: REsp 1296807/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016; HC 219.226/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016.

Em relação ao afastamento da minorante pelo tráfico privilegiado, constata-se ilegalidade flagrante na dosimetria já que valorada a quantidade e natureza da droga, tanto na primeira (fl. 27) quanto na terceira fase da dosimetria.

Atualmente vigora perante a Sexta Turma interpretação no sentido de que, uma vez valorada a quantidade e natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, inviável sua utilização na terceira etapa para negar ou mesmo modular o fator de diminuição da pena pelo privilégio do tráfico de drogas. Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.
>
> 2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.
>
> 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura bis in idem a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, para justificar a

> aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal.
> 4. Também caracteriza bis in idem a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator.
> 5. Não configura bis in idem caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa. Também não há falar em bis in idem quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.
> 6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito.
> 7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.
> (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018)

Assim, em face da constatação de *bis in idem*, os autos deverão retornar ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de que seja realizada nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Restam prejudicados os demais pleitos relacionados à modificação do regime prisional e possibilidade na espécie de substituição das penas, já que necessária nova dosimetria da pena conforme fundamentação supra.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça, a fim de que realize nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator