PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1º Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0004316-49.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1º Turma APELANTE: SILMARIA DAS VIRGENS DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL (ART. 33, C/C ART. 40, III, DA LEI 11.343/06). RECORRENTE CONDENADA A CUMPRIR A PENA DE 04 (QUATRO) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, ACRESCIDA DO PAGAMENTO DE 486 DIAS-MULTA. RECURSO DA DEFESA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE PROCEDIMENTO DE ABORDAGEM PESSOAL ILÍCITO. CONFISSÃO INFORMAL. VIOLAÇÃO À GARANTIA DA NÃO INCRIMINAÇÃO. REJEIÇÃO. LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA OCORRÊNCIA DE SUPOSTA COACÃO FÍSICA OU MORAL. REVISTA PESSOAL EFETUADA APÓS PROCEDIMENTO DE PASSAGEM NO SCANNER CORPORAL. CONSTATAÇÃO DA PRESENCA DE OBJETO ESTRANHO NO INTERIOR DAS PARTES ÍNTIMAS DA ACUSADA. ADEMAIS, NÃO HÁ FALAR EM NULIDADE DAS PROVAS, CONSIDERANDO QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO SE BASEOU, EXCLUSIVAMENTE, NA CONFISSÃO INFORMAL DA ACUSADA, MAS NAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS, QUE CONFIRMAM A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE DEMONSTRADAS. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO ROBUSTO E CONTUNDENTE. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PLEITO DE REDUCÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AOUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 231 DO STJ. "A INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE NÃO PODE CONDUZIR À REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL". ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6, SEM EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. IMPRESCINDIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, PARA APLICAR O QUANTUM MÁXIMO PREVISTO NA LEI PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação n. 0004316-49.2018.8.05.0248, proveniente da Vara Criminal da Comarca de Serrinha/BA, em que figura como Apelante Silmaria das Virgens de Oliveira e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do Voto do Desembargador Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Outubro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1º Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0004316-49.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: SILMARIA DAS VIRGENS DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto por Silmaria das Virgens de Oliveira contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Serrinha/BA, que, julgando procedente a ação penal, condenou-a à pena de 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusa o e 486 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 (ID 58323631). Em razões de recurso, preliminarmente, pugna a Defensoria Pública pela nulidade das provas obtidas mediante revista pessoal ilícita. Alegação de violação à garantia de não incriminação. No mérito, postula a absolvição

da apelante por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a reforma da dosimetria da pena, pleiteando o reconhecimento e incidência da atenuante da confissão espontânea, afastando-se para tanto a vedação expressa contida na súmula 231 do STJ. Assim como, almeja a aplicação da minorante relativa ao tráfico privilegiado em seu patamar máximo legal, e a isenção de custas. Em sede de contrarrazões, o Órgão Ministerial pugna pelo PROVIMENTO EM PARTE DO RECURSO, a fim de que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no seu patamar máximo - 2/3 (dois terços), conservando-se, porém, as demais disposições da sentença condenatória. Ao subirem os autos a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso. Distribuídos os autos à Segunda Câmara Criminal, coube-me o múnus da Relatoria. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a), em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. É o relatório. Salvador/BA, (data registrada no sistema). Des. Jefferson Alves de Assis - 2º Câmara Crime 1º Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1º Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0004316-49.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1º Turma APELANTE: SILMARIA DAS VIRGENS DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do apelo estão parcialmente presentes na hipótese, ensejando conhecimento de fração do apelo, 1.Dos Fatos. Narra a exordial acusatória que: "[...] No dia 25 de maio de 2018, por volta das 09h, no Conjunto Penal de Serrinha, neste município, a DENÚNCIADA SILMARIA foi flagrada quando trazia consigo drogas do tipo "maconha", com o fim entregá-las a AÚRENILSON DE JESÚS, seu companheiro, que se encontrava preso na unidade. A denunciada SILMARIA, a pedido de Aurenilson levou a substancia entorpecente para a unidade prisional. A Denunciada adquiriu a droga na cidade de Itamaraju. No dia do flagrante, a agente de disciplina do CPS realizava o procedimento de revista, quando a Denunciada foi submetida ao aparelho de Body Scanner quando verificou que ela trazia material escondido na vagina. Então, a Denunciada retirou das partes íntimas o material, que se tratava substância ilícita, e ainda uma quantia de fumo. A droga foi encaminhada para perícia, que constatou que se tratava de 09 (nove) porções de substância seca, com massa líquida de 12,6g (doze gramas e seis decigramas) de Cannabis sativa, popularmente conhecida como "maconha", conforme laudo pericial de nº 2018 15 PC 001342-01. AÚRENILSON confessou que solicitou a SILMARIA que levasse a droga para o presídio para fins de uso. [...]" Transcorrida a instrução criminal sobreveio a sentença condenatória, na qual o Magistrado singular julgou procedente a denúncia, para condenar Silmaria das Virgens de Oliveira à pena de 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusa o e 486 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. Eis o contexto fático que deu ensejo à interposição do presente recurso de Apelação. 2. PRELIMINAR 2.1. Da nulidade das provas obtidas mediante procedimento de abordagem pessoal ilícito - Violação à garantia da não incriminação. Pelo que se depreende dos autos, por ocasião do ingresso da Recorrente no presídio, em cumprimento de procedimento de passagem no Body Scanner foi verificada a presença de objeto estranho no interior das partes íntimas da acusada (ID 58323374). Nesse momento, constatada a justa causa para uma abordagem pessoal, a Apelante foi indagada sobre as imagens, quando então declarou que se tratava de fumo pacaia. Após realização de procedimentos de praxe,

para retirada das substâncias ocultas (37 trouxinhas de fumo pacaia e 09 porções de maconha) no interior do corpo da flagranteada, ela foi conduzida até a Delegacia de Polícia para as devidas providências. Nesse contexto, infere-se que, a princípio, o encontro da droga (prova material) resultou de fonte independente preexistente (imagens exibidas mediante utilização do scanner corporal) que não foi concretamente afetada pela posterior confissão informal da flagranteada. Cuida-se, dessa forma, de prova legal e válida, pois o resultado da revista pessoal foi devidamente justificado em fundadas razões, reveladas pelo Raio X. Portanto, antes mesmo da ré ser submetida à abordagem pessoal, já existiam fundadas suspeitas da prática do crime em andamento, como de fato se constatou com a apreensão das substâncias entorpecentes. Acerca da busca pessoal, preconizam o art. 240 e art. 244, do CPP, in verbis: "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 10 Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes: h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alquém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f, e letra h do parágrafo anterior" . "Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, (...)". Nesse sentido, a teor dos referidos dispositivos, depreende-se que, diante das circunstâncias, de fato, a ação das funcionárias do presídio resultou de fundada suspeita de que a agente estivesse em posse de objeto ilícito, independentemente da ré admitir ou não a prática do delito. Desse modo, configurado o flagrante do crime de tráfico de drogas na modalidade "trazer consigo", não há que se falar em nulidade da prova obtida mediante procedimentos ilícitos, tampouco em violação à garantia de não incriminação, haja vista que não há nos autos qualquer dado apto a sustentar realística e objetivamente a tese de que a confissão informal da ré fora derivada de coação ilegal, de modo a macular as evidências de sua conduta criminosa. Outrossim, na mesma linha intelectiva é o entendimento da d. Procuradoria de Justiça: "(...) As testemunhas contam que ao realizarem a revista, em função do nervosismo exacerbado da acusada, ela começou a chorar e confessou que estava com substancias ilícitas. Veja que não houve coação, por parte das agentes, para que a acusada confessasse, vez que a mesma, por conta do nervosismo, começou a chorar e então confessou. Na o havendo que se falar em ilicitude da prova. Nesse sentido, o Magistrado a quo, acertadamente pontuou que "as drogas foram encontradas após a acusada passar pelo aparelho de raio-x/ portal correspondente. Portanto, não foram descobertas apenas após as servidoras públicas perguntarem à ré a respeito do entorpecente, conforme faz crer a defesa. Assim, não havendo provas que a acusado foi coagida a produzir provas contra si mesmo, não há que se falar em ilicitude das provas, na o podendo assim as provas serem desqualificadas para condenação (...)" Por tais considerações, rejeita-se a prefacial suscitada. 3.MÉRITO. 3.1. Do pleito absolutório por insuficiência probatória. Requer a defesa a

absolvição da Apelante, ao argumento de que não há provas suficientes para respaldar o édito condenatório. Todavia, o arcabouço probatório reunido no caderno processual não comporta dúvidas acerca da materialidade e autoria delitivas. E cediço que a expedição de um decreto condenatório deve basear-se em elementos de provas que sejam capazes de demonstrar indubitavelmente a existência do crime e quem seria o seu autor, ou seja, provas contundentes e robustas da materialidade e autoria do fato criminoso. Nessa toada, denota-se que agiu corretamente o Juiz sentenciante ao condenar a acusada por prática de crime de tráfico de entorpecentes, uma vez que o conjunto probatório produzido no processo autoriza a expedição do decreto condenatório em face das circunstâncias em que se deu a prisão da ré, ao ingressar no estabelecimento prisional, sendo flagrada trazendo consigo ilegalmente 09 (nove) porções de maconha e 37 (trinta e sete) trouxinhas de "fumo pacaia" no interior de sua genitália. A materialidade dos delitos imputados à acusada está consubstanciada por meio do Auto de prisão e flagrante (ID. 58323374 fls.6-9), do Auto de exibição e apreensão (ID. 58323374 - fl.12), do Laudo de Exame Pericial N.2018 15 PC 001342-01 e Laudo de Exame Pericial N.2018 01 PC 005964-01 (ID. 58323374 e 58323397), atestando que os entorpecentes apreendidos com a ré, tratavam-se de "maconha", droga de uso proscrito no Brasil, conforme previsão da lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. A autoria delitiva também se encontra suficientemente comprovada no conjunto probatório, pelos depoimentos das testemunhas presenciais da prática criminosa (Edilene Ramos da Silva Almeida e Maria Dilene de Oliveira Mota), que culminou na prisão da Apelante e na apreensão dos entorpecentes, ambas uníssonas ao reproduzirem, em juízo, as circunstâncias do flagrante de maneira clara, detalhada firme e coincidente, ratificando os elementos de convicção coletados na primeira fase da persecutio criminis. Confira-se: (Edilene Ramos da Silva Almeida, agente de disciplina — ID nº 58323404): "(...) que se recorda que participou da revista; que ela estava muito nervosa nesse dia; que passamos ela pelo portal; que primeiro passa no portal para depois passar no scanner; que ela ficou muito nervosa, começou a tremer; que a declarante questionou a ré sobre o motivo de estar tremendo; que a declarante só em olhar para DILENE já sabe; (...) que conversaram com a ré e ela disse que não estava com nada; que colocaram a ré no scanner e quando voltou conversaram com ela, momento em que a referida começou a chorar; que a ré disse que foi ameaçada, que tinha que trazer para o marido; (...) que tinha muita coisa no embrulho, droga, comprimido; (...) que não se recorda de visualizar AURENILSON usar drogas na unidade; (...)" (Maria Dilene de Oliveira Mota, agente de disciplina — ID nº 58323404) "(...) que participou da revista; que fazem a revista e quando existe alguma suspeita passa para o supervisor e então ele resolve a situação; que foi passado o pessoal pelo scanner e ai teve a suspeita que a ré estava com alguma coisa; que o supervisor mandou realizar a revista nela e ela falou que realmente estava; que foi feito o procedimento e realmente tinha; que segundo a ré, seria para entregar a seu marido; que sempre o procedimento é feito na sala de revista; que as vezes as suspeitas são encaminhadas para a Delegacia quando elas não tiram na sala, porém a ré tirou e foi encaminhada para delegacia; que a droga estava enrolada em fita isolante; (...) que aparentemente era maconha; que acha que tinha cartas também (...) que já tinham desconfiança dela, mas achavam que ela não levasse e sim que tinha alguém que levasse a droga, mas nesse dia quem levou foi a própria; (...)". Por sua vez, em juízo, a Recorrente confessou que de fato

transportava as drogas com o intuito de entregar a seu ex-companheiro, detento do Presídio de Serrinha. Portanto, a toda evidência, tanto as provas periciais, em especial os laudos periciais de constatação e definitivo da existência das substâncias entorpecentes, quanto a prova testemunhal revelam a inconteste autoria delitiva. Com efeito, as provas dos autos são robustas e seguras o suficiente para demonstrar que a conduta da Recorrente se amolda às figuras de transportar e trazer consigo, descritas no rol do art. 33, da Lei 11.343/06, que assim dispõe: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Não é demais pontuar que o crime acima previsto, embora conhecido como tráfico, abrange uma diversidade de outras condutas que não necessariamente a mercancia. Acerca do tema, vale transcrever a lição de Hugo Nigro Mazzilli: "Apesar de o delito ser conhecido como tráfico de drogas, para sua configuração não é, necessariamente, exigível a ocorrência de ato de tráfico, bastando que, por exemplo, mantenha em depósito. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, 'a noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização". Nesse contexto, refuta-se o pleito de absolvição, uma vez que os elementos de convicção constantes nos autos conferem a certeza da responsabilidade da acusada pelo delito de tráfico ilícito de drogas, não constando no caderno processual qualquer dado apto a sustentar realística e objetivamente a tese de insuficiência probatória, de modo a macular as evidências da conduta criminosa perpetrada pela Ré. Condenação mantida. 3.2. Dosimetria. Do reconhecimento e aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, alínea d, do CP. Busca a Defesa da Apelante o reconhecimento e incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, ainda que em patamar abaixo do mínimo legal. Embora não se negue a presença da referida circunstância atenuante, inviável a redução da pena aquém do mínimo legal, conforme enunciado da Súmula n. 231 do STJ, in verbis: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231 do STJ). Logo, tendo, no caso concreto, sido fixada a pena-base no mínimo legal (05 anos de reclusão), impossível sua redução na fase intermediária, a teor do que dispõe o enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja validade constitucional foi albergada pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270, de lavra do Excelentíssimo Ministro Cezar Peluzo, dando força de repercussão geral ao julgado, decidiu que é inadmissível a fixação de pena inferior ao mínimo legal: "EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.". (RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃOGERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Nesse sentido: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO

PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES CAPITULADAS NO ART. 65, I E III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL -CP. MENORIDADE PENAL RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos termos da Súmula n. 231 do STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".1.1. "A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Agravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023.) 2. Agravo regimental conhecido e desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 2226158 SC 2022/0299297-6, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 26/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2023). Consabido que o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, é no sentido da inaplicabilidade de pena base inferior ao mínimo legal, como se afere da lição do ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci: "Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassálos, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador."(Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10º Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Página 439). Assim, ainda que haja entendimento contrário no sentido de rejeição ao supracitado Enunciado Sumular, é certo que tal divergência não encontra guarida nos julgamentos dos Tribunais Pátrios, muito menos, nas Cortes Superiores, pois resta pacificado que a incidência de atenuantes não tem o condão de minorar a pena aquém do seu mínimo legal. Portanto, tratando-se de jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores, cumpre observar o entendimento esposado, tornando, pois, inviável o albergamento da tese defensiva para incidência da referida atenuante com o fim de reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Posto isso, não merece acolhimento o desiderato autoral nesse ponto. 3.3. Da ausência de fundamentação aplicação do art. 33, § 4º, da lei 11.343/06 no patamar máximo de diminuição. Nas razões recursais, insurge-se a Defesa quanto a escolha da fração mínima de 1/6 (um sexto), em razão da causa especial de diminuição contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que não houve justificativa para a modulação do benefício no patamar mínimo legal. Na terceira fase da dosimetria, o magistrado singular assim consignou: "Por fim, incide a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da legislação narrada, razão pela qual diminuo a pena em 1/6, a qual passa para o patamar de 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 dias-multa, a qual se torna definitiva." (ID 58323631). Na espécie, denota-se que não houve qualquer fundamentação a lastrear a aplicação da fração mínima legal de 1/6 (um sexto) pela redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, constatando-se flagrante equívoco nessa fase da dosimetria. No caso em tela, embora o Juiz a quo tenha reconhecido a presença dos requisitos legais para a concessão da benesse atinente à causa de diminuição do tráfico privilegiado, ficando a seu critério a escolha da fração redutora, o julgador não se incumbiu de motivar a sua decisão.

Destarte, é pacífico o entendimento na jurisprudência que a adoção de fração de causa de diminuição inferior a 2/3, requer fundamentação concreta. Assim, a ausência desse requisito autoriza a redução por tráfico privilegiado à fração máxima legal. Nesse sentido: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃOCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃOREDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POUCA DROGA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEOUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE MANUTENCÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃODA PENA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO INCISO III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[...] II — Em relação à aplicação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias iudiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição. Precedentes. III - Na espécie, cotejando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, denota-se que não houve qualquer fundamentação a lastrear a aplicação da fração mínima legal de 1/6 (um sexto) pela redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, existindo flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Nesse contexto, a pequena quantidade de droga apreendida, vale dizer, 13 pedras de crack, bem como a primariedade do paciente, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3). [...]. (STJ - HC: 466753 PE 2018/0222248-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 16/10/2018, T5 — QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2018). HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA DEVE SER FUNDAMENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO PELO MAGISTRADO DE PISO. ORDEM CONCEDIDA. I 🖫 No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente: (i) seja primário; (ii) tenha bons antecedentes; (iii) não se dedique a atividades criminosas; (iv) não integre organização criminosa. II 🖫 A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de a condição de mula, por si só, não revela a participação em organização criminosa. Precedentes. III — Ao preencher todos os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, o réu faz jus a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo, de modo que qualquer decote na fração do benefício deve ser devidamente fundamentado. Dessa forma, não havendo fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar inferior à fração máxima, a redução da pena deverá ser arbitrada na razão de 2/3. IV — A pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos quando: (i) não for superior a 4 anos; (ii) o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; (iii) o réu não for reincidente em crime doloso; e (iv) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Inteligência do art. 44 do Código Penal. IV 🖫 Ordem concedida. (STF - HC: 136736 SP - SÃO PAULO

0054907-74.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/03/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 08-05-2017). Logo, considerando que as circunstâncias do caso em concreto processada primária, sem evidências cabais de dedicação à atividades ilícitas, tampouco de que integre organização criminosa, além da natureza e inexpressiva quantidade de droga (12,6g — doze gramas e seis decigramas de "maconha") — a fração aplicada quanto ao tráfico privilegiado deve ser redimensionada para 2/3 (dois terços), recuando-se a pena definitiva, para o total de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão. A sanção pecuniária também carece de reforma, porquanto deve ser proporcional à pena corporal, adotando-se o mesmo critério para a fixação de ambas, ponderadas nas circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, pelo que deve ser redimensionada para 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no menor valor unitário. Nos termos do art. 33, § 2° , c, e § 3º do CP, deve ser fixado o regime inicial aberto, para o cumprimento da pena. Lado outro, fixada pena privativa de liberdade em patamar não superior a quatro anos, considerando o preenchimento dos demais requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução penal. Por fim, no tocante ao pleito de isenção das custas processuais, este se revela insubsistente, pois a teor do artigo 98, do Novo Código de Processo Civil, assegura a gratuidade da Justiça aos que não puderem pagar as custas, despesas processuais e honorários, nos seguintes termos: "Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justica, na forma da lei." Todavia, a gratuidade de Justiça não impede a condenação ao pagamento das custas do processo. Apenas suspende a exigibilidade de seu recolhimento pelo prazo de 05 (cinco) anos, a contar da sentença definitiva, findo o qual, constatada a impossibilidade do pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou da família, ficará prescrita a obrigação. Por oportuno: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO. ART. 804 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ART. 12 DA LEI N.º 1.060/50. AGRAVODESPROVIDO. 1. Mesmo sendo o réu beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do CPC, ficando seu pagamento sobrestado enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos. 2. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag nº 1.377.544/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 14/6/2011). Ademais, a eventual isenção do pagamento das custas processuais poderá ser avaliada na fase de execução da Sentença condenatória, quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica da condenada, por ocasião de sua exigibilidade, porquanto existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. Neste sentido: "O Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei n.º 1.060/50. Outrossim, a isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para se

aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação." (STJ, REsp 842393/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 304). Destarte, não há como conhecer do pedido de isenção do pagamento das custas processuais, o qual deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal, órgão competente para verificar a condição de hipossuficiência econômica da condenada, não cabendo a esta Corte, em sede de apelação, fazer tal avaliação. Diante do exposto, pelos fundamentos acima alinhados, o Voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, modificando a sentença condenatória nos termos acima estabelecidos. Salvador/BA, (data registrada no sistema). Des. Jefferson Alves de Assis — 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator