



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 411.424 - SP
(2013/0343086-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
**AGRAVANTE : LEONARDUS GOMMERT HENRICUS BEEREWOUT
(PRESO)**
AGRAVANTE : LINDA BASTIAANTJE OTTERSPEER (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DENOTAM QUE OS AGRAVANTES INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AO EXERCERAM A FUNÇÃO DE "MULAS". FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BENÉFICO. NÃO ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA AVALIADAS DESFAVORAVELMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA FIXADA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de maneira que a atrair a incidência da Súmula n. 83 do STJ.
2. Não há que se falar em ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, porquanto as instâncias destacaram a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais e da natureza e da quantidade da droga apreendida, de maneira que o regime mais gravoso não foi estabelecido em razão de imposição legal, mas por ser o mais adequado ao caso em apreço.
3. É inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos diante do *quantum* de pena fixado após o julgamento dos recursos de apelação, consoante óbice previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 411.424 - SP
(2013/0343086-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : LEONARDUS GOMMERT HENRICUS BEEREWOUT
(PRESO)
AGRAVANTE : LINDA BASTIAANTJE OTTERSPEER (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LEONARDUS GOMMERT HENRICUS BEEREWOUT e LINDA BASTIAANTJE OTTERSPEER agravam de decisão na qual neguei provimento ao agravo em recurso especial, por considerar correta a decisão do Tribunal *a quo* que não admitiu o recurso especial interposto.

Os agravantes alegam, em síntese, que "nem todos os sujeitos que atuam como 'mula' integram uma organização criminosa. Ao contrário, o que se tem notícias é que são vítimas do tráfico, [...] Assim sendo, [...] perfeitamente possível a e. Tribunal Superior a análise da fundamentação e, por consequência, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo – 2/3" (fl. 837).

Aduzem que "o regime menos rigoroso se mostra adequado, tendo em vista que as circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada próxima do mínimo legal" (fl. 841). Ademais, sustentam que, "caso a pena privativa de liberdade seja reformada para patamar inferior a 4 (quatro) anos, requer-se o reconhecimento do direito à substituição, visto ter sido a pena-base fixada próxima ao mínimo legal" (fl. 842).

Pugnam pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja dado seguimento ao agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 411.424 - SP
(2013/0343086-8)**

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DENOTAM QUE OS AGRAVANTES INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AO EXERCERAM A FUNÇÃO DE "MULAS". FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BENÉFICO. NÃO ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA AVALIADAS DESFAVORAVELMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA FIXADA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de maneira que a atrair a incidência da Súmula n. 83 do STJ.
2. Não há que se falar em ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, porquanto as instâncias destacaram a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais e da natureza e da quantidade da droga apreendida, de maneira que o regime mais gravoso não foi estabelecido em razão de imposição legal, mas por ser o mais adequado ao caso em apreço.
3. É inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos diante do *quantum* de pena fixado após o julgamento dos recursos de apelação, consoante óbice previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.
4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pesem os esforços perpetrados pelos ora agravantes, reconsidero a decisão impugnada, mas mantenho sua conclusão por outros fundamentos.

No caso vertente, o Tribunal *a quo* obstou o prosseguimento do recurso especial, sob o argumento de que conclusão em sentido diverso acerca da aplicação da causa especial de diminuição de pena implicaria revolvimento de provas, o que denota a incidência da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, além de ausência de plausibilidade jurídica em relação aos outros pedidos. Confira-se:

Também sob o fundamento de negativa de vigência à lei federal, o recorrente pleiteia a reforma do acórdão para que seja aplicada a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. A norma em questão foi introduzida na nova Lei de Drogas, que, ao prever a redução da pena de um sexto a dois terços, visa beneficiar o pequeno traficante que preencha os requisitos nela previstos. O disposto na última parte do dispositivo estabelece que o réu, para se beneficiar da causa de diminuição de pena, além de ser primário e de bons antecedentes, não pode integrar organização criminosa nem se dedicar a atividades criminosas. **Na espécie, o tribunal, após análise de provas, decidiu que o benefício não era cabível porque não preenchidos os seus requisitos. Logo, inverter-se a conclusão a que chegou esta corte regional implicaria incursão no universo fático-probatório, com a necessária reapreciação da prova, procedimento vedado pelo enunciado da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça.**

[...]

Sobre o regime prisional em que a reprimenda será inicialmente cumprida, cabe ressaltar que os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram após a vigência da Lei nº 11.464, de 28.03.2007, a qual alterou o artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 e impôs o regime fechado como o inicial para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do quantum de pena aplicado. **Desse modo, não se verifica plausibilidade recursal, uma vez que, na espécie, ao eleger o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente, o aresto hostilizado nada mais fez do que seguir expressa determinação legal.**

[...]

Sobre a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direito, apesar do recente entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal (HC 97.256, Rei. Min. Ayres de Brito) e Superior Tribunal de Justiça (HC 163.233, Rei. Min. Napoleão Nunes Maia Filho), no presente caso **não se verifica a plausibilidade recursal, na medida em que o acórdão procedeu à análise da conversão da sanção e concluiu que o recorrente não preenche o requisito subjetivo previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal** (fls. 762-765, destaquei).

Com efeito, depreende-se dos autos que o Tribunal *a quo*, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo órgão ministerial, afastou a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em relação a ambos os réus.

No que se refere à ré Linda Otterspeer, assim consignou:

[...]

Não me parece que o citado § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas "mulas" do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e, alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como "mula" desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na "associação criminosa", muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acresce-se que não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime; qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal.

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como "mula" não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam às atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, despende vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

[...]

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.

A expressiva quantidade da droga apreendida (2.991 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; o fato de o traficante contratante ter providenciado a compra da passagem aérea internacional e demais despesas da viagem; o fato de o traficante contratante ter fornecido as bagagens, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r.sentença apelada (fls.331).

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se às atividades criminosas, a ré não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 (fls. 687-691).

E, quanto ao réu Leonardus Beerewout, assim asseriu:

[...], o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 dispõe sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, 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".

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu dedicava às atividades criminosas: a quantidade da droga apreendida (2.991 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o fato de haver confessado que tinha sido contratado para o transporte da droga na Holanda, mediante pagamento de dez mil euros, bem como do fornecedor da droga haver custeado a compra da passagem aérea internacional e demais despesas da viagem e o tratamento dentário da corré, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r. sentença apelada (fls. 330 verso).

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 (fls. 964).

Pelos excertos supratranscritos, verifico que o Tribunal *a quo*, ao afastar a causa especial de diminuição de pena positivada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fundamentou a decisão **no fato de que ambos os réus participavam da organização criminosa destinada ao tráfico internacional de entorpecentes, atuando como "mula"**.

A irresignação dos agravantes é que, na hipótese, "pessoas nessas condições não podem ser consideradas como integrantes de organização criminosa", pois não têm poder de escolha e nem sequer conhecem "aquele que lhe entregou o entorpecente" (fl. 720).

No entanto, verifico que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o acusado, enquanto no exercício da função de 'mula', integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (**AgRg no REsp n. 1.553.302/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 1º/12/2015). Portanto, observa-se a incidência da Súmula n. 83 do STJ, *in verbis*: "[n]ão se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Nesse sentido, trago à baila também os seguintes julgados:

[...]

3. No caso, **a instância ordinária concluiu que a agravante pertencia a organização criminosa, visto que, mediante promessa de pagamento, aceitou transportar elevada quantidade de drogas, de alto poder alucinógeno e viciante - 6.295g (seis mil duzentos e noventa e cinco gramas) de cocaína - em voo com destino a Dacar/Senegal.**

4. Na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, os agentes que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atuam na condição de "mula" promovem a conexão entre os membros da organização criminosa, facilitando o transporte da droga, de forma que não se enquadram na condição de pequeno traficante, exigida para o deferimento do benefício previsto na Lei n. 11.343/2006 [...] (**AgRg no AREsp n. 552.360/SP**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 19/11/2015, destaquei).

[...]

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. **A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 [...] (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, de minha relatoria, 6ª T., DJe 5/10/2015, destaquei).**

Já no que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, a Corte estadual, ao cancelar a fixação do regime fechado, fundamentou a decisão em decorrência de as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP haverem sido consideradas desfavoráveis em relação a ambos os agravantes.

Nesse sentido, urge consignar que a jurisprudência desta Corte Superior é firme ao assinalar que inexistente ilegalidade "na fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, tendo as instâncias ordinárias consignado que o regime mais gravoso era o mais adequado ao caso concreto, não tendo sido escolhido em função de determinação legal, mas diante das peculiaridades e pena aplicada no caso concreto, que foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis" (**HC n. 262.458/DF**, Rel. Ministro **ERICSON MARANHÃO** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 19/12/2014).

No mesmo sentido:

[...]

3. No caso, mesmo sendo a pena inferior a 4 (quatro) anos, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena mostra-se adequada, levando em consideração a quantidade de substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendida - 245 Kg de maconha -, bem como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente [...] (HC n. 299.561/MS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 2/2/2015).

Por fim, no que se refere ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, fica inviável discutir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o *quantum* fixado na Corte de origem – 7 anos de reclusão para a ré Linda e 5 anos e 10 meses de reclusão para o réu Leonardo –, por ausência do requisito estabelecido no art. 44, I, do Código Penal. Nesse sentido:

[...]

4. Inviável a conversão da sanção privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, por se tratar de pena superior a 4 anos de reclusão, já que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.344.012/MS, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 13/5/2014).

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0343086-8

AgRg no
AREsp 411.424 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000260320104036119 201061190000266 21067509 2106752009 260320104036119

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LEONARDUS GOMMERT HENRICUS BEEREWOUT (PRESO)
AGRAVANTE : LINDA BASTIAANTJE OTTERSPEER (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEONARDUS GOMMERT HENRICUS BEEREWOUT (PRESO)
AGRAVANTE : LINDA BASTIAANTJE OTTERSPEER (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.