

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

**Apelação Criminal nº 0237617-17.2014.8.19.0001**

**Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Apelante: WELLINGTON SANTANA MACIEL DA SILVA**

**Apelados: OS MESMOS**

**Correpresentado: KALLIFFI DO NASCIMENTO OLIVEIRA**

**Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Regional de  
Jacarepaguá - Comarca da Capital**

**Relator: Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO**

**Presidente: Desembargador ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO**

**EMENTA**

**PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO  
CRIMINAL. REGISTRO DE OCORRÊNCIA  
PARA APURAR HOMICÍDIO SOB A FORMA  
TENTADA. REMESSA DOS AUTOS PELO III  
TRIBUNAL DO JÚRI À VARA CRIMINAL SOB  
ENTENDIMENTO DE SER A HIPÓTESE  
FÁTICA CONFIGURADORA DO CRIME DE**

RESISTÊNCIA. DENÚNCIA PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, DISPARO DE ARMA DE FOGO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGOS 14 E 15 DA LEI Nº 10.826/2003 E ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006). REFERÊNCIA EXPRESSA NA PEÇA ACUSATÓRIA DE QUE O PORTE E OS DISPAROS DE ARMA DE FOGO VISAVAM “RESISTIR A UMA POSSÍVEL PRISÃO IMINENTE”. CONDENADO PELO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ARTIGO 16, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006). APELO MINISTERIAL PUGNANDO PELA REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAR O RÉU TAMBÉM NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006 E NO ARTIGO 15 DA LEI 10.826/2003 OU, AO MENOS, NO ARTIGO 35 C/C ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. APELO DEFENSIVO PLEITEANDO ABSOLVIÇÃO DO RÉU PELO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DA ARMA APREENDIDA COM O RÉU. NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO

**CRIME DO ARTIGO 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/2003 E TAMPOUCO DO ARTIGO 15 DA CITADA LEI. ARMAS APREENDIDAS EM LOCAIS DISTINTOS. DÚVIDA REAL QUANTO À EVENTUAL COMPARTILHAMENTO. NO QUE TANGE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, MANTÉM-SE A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA SUA CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.**

1. A materialidade do crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), em que pese ser plenamente crível sua existência diante do conjunto probatório constante dos autos, não restou comprovada, tendo em vista a inexistência de Laudo de Exame em Arma de Fogo da Pistola TARA – Calibre 9mm, número de série F37551, apreendida com o réu.
2. Constata-se, pelos Termos de Declaração dos policiais militares Fábio do Nascimento e Rafael Alves de Lima, bem como pelo

Registro de Ocorrência e Registro de Ocorrência aditado, que a arma apreendida com o réu Wellington foi a **Pistola TARA – Calibre 9mm, número de série F37551**, não periciada, e não a Pistola TANFOGLIO – Calibre 9mm, esta sim devidamente periciada, uma vez que apreendida com o correpresentado Kalliffi do Nascimento Oliveira.

3. Restou claro, portanto, após detida análise das declarações prestadas em sede policial pelos milicianos acima mencionados, como também nos seus depoimentos em juízo, que no momento em que os meliantes se depararam com a guarnição e receberam a voz de prisão, deu-se início a uma troca de tiros, onde o menor Kalliffi do Nascimento Oliveira largou a arma e deitou no chão, sendo apreendido, enquanto os demais empreenderam fuga, sem, no entanto, cessar a troca de tiros. Sendo assim, um pouco mais a frente, Wellington, após intensa troca de tiros, a fim de permitir a fuga de “Guia”, traficante chefe do local, acabou sendo baleado e preso pela

guarnição, sendo sua arma de fogo apreendida.

4. Repise-se: os policiais afirmaram objetivamente que foram arrecadadas duas pistolas calibre 9mm muniçadas, sendo que a pistola marca TANFOGLIO, de fabricação italiana, série ABO 7169, estava na posse de KALLIFFI, enquanto a pistola TARA PERFECTION, CRNA GORA, série F37551, estava na posse do denunciado.
5. Confirma-se ainda mais detidamente a dinâmica dos fatos com o depoimento dos policiais participantes do confronto, como se pode notar: **Em juízo, o policial Fábio do Nascimento** disse que no dia anterior aos fatos, receberam informações de que vários elementos passaram em frente a uma base da polícia militar, situada debaixo da linha amarela, ostentando arma para um policial que estava dentro da base blindada. Sendo assim, no dia seguinte, reforçaram o policiamento no local, no mesmo horário quando, por volta das 05hs (cinco horas da manhã), avistaram vários elementos passando por debaixo da linha amarela,

todos armados. O depoente narrou que conseguiu sair (estava a pé) e conseguiu dar voz de prisão aos elementos. Neste momento, houve disparos de armas de fogo por parte dos meliantes. Houve então revide da parte do depoente, como também dos demais policiais que se encontravam com ele. Sendo assim, o menor Kalliffi se rendeu, sendo apreendido, enquanto os demais continuaram trocando tiros com a guarnição, encontrando mais à frente a outra parte da guarnição. Relatou que depois veio a saber que a outra fração da guarnição prendeu o réu Wellington. Relatou também que deu para reconhecer no meio dos acontecimentos o traficante “GUIA” e o traficante “CANELÃO” (IAGO). Esclareceu existirem relatos da inteligência da polícia de diversos bandidos, mas salientou que nunca tinha ouvido falar do réu Wellington. Disse que não foi quem efetuou a prisão de Wellington, pois estava na primeira fração da guarnição e o réu foi preso pela outra parte da guarnição, que estava mais a frente. No entanto, esclareceu que quando

estava monitorando os meliantes passarem, avistou, junto com os conhecidos traficantes “Guia” e “Canelão”, o então desconhecido réu, sendo firme em afirmar que ele estava junto com os demais. Disse que eram cerca de 08 (oito) elementos, mas que nenhum policial foi baleado e tampouco droga foi apreendida. **O policial Rafael Alves de Lima** narrou que estava na cabine da polícia, quando escutou diversos disparos, avistando então o réu Wellington, juntamente com o “Guia” e alguns outros que não conseguiu identificar, disparando contra os colegas de farda. Nesse momento, abrigou-se e começou a efetuar disparos. **Quando a troca de tiros cessou e o depoente pode avançar, avistou rastros de sangue, seguindo-os até um prédio, onde encontrou o réu baleado na perna, bastante ofegante e com uma arma na mão 9 mm.** Destarte, o algemou e o ajudou a descer a escada até conseguir chamar apoio para socorrê-lo. Disse também que tinha conhecimento de uma festa na comunidade e que os grupos de traficantes transitavam

pela localidade. Ressaltou que não conhecia o réu e tampouco tinha informações a seu respeito. Esclareceu que depois da prisão dele, ouviu por parte de moradores, surpresos, exclamações de não saberem porque o réu foi inventar de começar a trocar tiros com a polícia, uma vez que costumava jogar futebol e era visto transitando normalmente pela localidade. Asseverou, no entanto, que viu o réu atirando contra ele e contra os demais policiais e que ao ser preso, estava com a arma na mão. Falou, ademais, que tinham mais de cinco pessoas no conflito e que tais elementos estavam saindo do baile e escoltavam o traficante “Guia”, somente tendo parado de atirar quando o aludido “Guia” conseguiu fugir.

6. Imperioso, portanto, consignar que, lamentavelmente, o *dominus litis* não se esmerou em produzir a prova da materialidade delitiva do crime pelo qual o denunciado foi condenado em primeiro grau, qual seja, do artigo 16 da Lei 10.823/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso

restrito). Outrossim, o magistrado de piso, açodadamente, prolatou a sentença, ciente da ausência da comprovação necessária da materialidade delitiva, fazendo, inclusive, alusão a tal ausência.

7. Restou claro que o réu não portava a arma periciada, uma vez que estava sendo manuseada tão somente pelo correpresentado. Destarte, não se pode falar, *in casu*, em um potencial porte comum a ambos os detidos, como se as armas estivessem à disposição. A dinâmica dos fatos indicou vários meliantes, cada um com seu próprio armamento, trocando tiros com a polícia, sendo que o menor e o réu foram detidos em locais díspares, portanto cada qual uma arma.
8. Por todo o exposto, impõe-se, a absolvição do réu, com base no artigo 386, VII, do CPP, pelo crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003.
9. Por consequência lógica do acima discorrido, não há, ainda mais, que se imputar ao réu o tipo penal do artigo 15 da Lei 10.826/2003, até porque não afrontou o

réu a incolumidade pública – mesmo que se admita que portava arma – com disparos de arma de fogo, crime que exige dolo específico, podendo ser subsidiário, porquanto absorvido por crime mais grave – resistência, no ponto, o qual, inclusive, foi a descrição típica constatada pelo *Parquet* em atuação no III Tribunal do Júri e também observado no parecer ministerial, como se extrai da seguinte passagem: *“Os policiais ao perceberem que o apelante e o grupo chegava portando armas de fogo ao ponto de espera, dele se aproximou para atos de ofício, quando foram violentamente rechaçados com disparos de arma de fogo, em claro aviso que estavam resistindo a voz de prisão em flagrante de delito, e para este fim estavam dispostos até ceifar a vida dos policiais com o fim de fugir do local”*.

10. Quanto ao crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, acertou o magistrado de piso, ao absolver o réu de tal imputação.
11. Ao apelante foi também imputada a conduta de associação para o tráfico, a qual

não compreendo plenamente configurada, no caso concreto.

12. O *dominus litis*, em suas razões recursais, entende que o réu estava associado a outros indivíduos para a prática de tráfico de drogas na localidade, tendo em vista a narrativa dos policiais de que estava o denunciado junto com um dos líderes do tráfico de drogas na localidade, de vulgo “Guia”, tratando-se, na realidade, da escolta de dito traficante. Conclui o Ministério Público em primeiro grau que somente estando associado de forma estável a outros traficantes poderia o réu estar integrando a escolta de um dos líderes da organização criminosa.
13. Com efeito, para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister que se faça prova de que existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.
14. A se acatar as razões recursais do *Parquet*, estar-se-á admitindo uma

condenação sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, pois assim, caberia ao réu provar que não estava associado. Ressalta-se que, *in casu*, o próprio *Parquet* em segundo grau, em seu Parecer, entende não ter restado configurado com a necessária certeza apta a imposição de um decreto condenatório quanto ao crime de associação para o tráfico, por entender inexistir prova cabal de que o réu tenha se associado visando à prática do tráfico de entorpecentes.

15. Ademais, faz-se imperioso ressaltar que a prisão em flagrante de duas pessoas na mesma ocasião, não induz, por si só, à conclusão de que estivessem associadas para o tráfico de entorpecentes.
16. Isso porque o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva, de condutas paralelas, cujo

tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de, no mínimo, dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, rigorosamente identificada pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia através da comprovação do vínculo estável entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos.

17. Outrossim, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da imprescindibilidade do dolo de se associar “com estabilidade e permanência” para a caracterização do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.
18. Na hipótese em tela, restam dúvidas em afirmar que havia ajuste prévio entre o réu e

o menor correpresentado, ou entre o réu e o indigitado traficante “Guia” ou até mesmo entre o réu e os outros indigitados meliantes apontados na dinâmica delitiva direcionado à prática, estável e permanente, do injusto de tráfico de entorpecentes, merecendo observar que os próprios militares envolvidos no confronto afirmaram desconhecer qualquer ligação do réu com o tráfico de entorpecentes naquela comunidade.

19. Ressalta-se, ainda, que nenhuma droga foi apreendida com o denunciado ou com o correpresentado.
20. Destarte, não há prova segura nos autos de que o apelado praticava a atividade com a permanência e a estabilidade necessárias à configuração do tipo penal em análise.
21. Portanto, impõe-se a manutenção da absolvição quanto ao delito do artigo 35 da Lei 11.343/2006.
22. Por fim, o réu estava acompanhado, na ocasião, de uma colega (Andrezza), que compareceu em juízo e desmentiu a versão policial, não tendo o juízo procedido, sequer,

a uma acareação, sendo certo que tanto o Ministério Público nas alegações finais e no parecer, bem como o juízo na sentença, foram omissos em tecer qualquer comentário ou referência à versão dada pela testemunha. Não houve acareação – embora a instrução oral tenha sido uma – ou requerimento/determinação de extração de peças para apurar eventual falso testemunho.

23. De notar, inclusive, que o douto sentenciante transcreveu parte do depoimento da referida testemunha. Indaga-se: para que a referida transcrição? Apenas para cumprir mera formalidade?

DESPROVIMENTO DO RECURSO  
MINISTERIAL E PROVIMENTO DO  
RECURSO DEFENSIVO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0237617-17.2014.8.19.0001, em que figuram como Apelantes WELLINGTON SANTANA MACIEL DA SILVA e MINISTÉRIO PÚBLICO e Apelados os MESMOS, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em negar provimento ao apelo ministerial e dar provimento ao recurso defensivo, para absolver o réu da condenação pela prática do crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Feito já relatado como segue:

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de **WELLINGTON SANTANA MACIEL DA SILVA**, perante o MM. Juízo de Direito da **2ª Vara Criminal da Regional de Jacarepaguá - Comarca da Capital**, pela prática dos crimes dos **artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03 e artigo 35 da Lei 11.343/2006**, assim descrita:

*“No dia 20 de julho de 2014, por volta das 05h30min, na Rua Edgard Werneck, esquina com a Travessa Pecode, bairro da Cidade de Deus, o denunciado, livre e conscientemente, e ainda em comunhão de ações e desígnios com um menor e outros elementos não identificados, portavam duas armas de fogo, uma da marca Tanfoglio, calibre 9 mm, número de série AB07169 e outra da marca Tara, calibre 9 mm, número de série F37551, ambas municadas, em desacordo com determinação regulamentar e legal.*

*No mesmo dia, hora e lugar os denunciados livres e conscientemente dispararam armas de fogo em local habitado.*

*Policiais estavam em patrulhamento de rotina, quando avistaram os elementos armados, dentre eles GUIA, gerente do tráfico de drogas na região do AP e sobrinho de CARLINHOS COCAÍNA, chefe do tráfico de drogas do AP, o denunciado e mais outros elementos que, assim que avistaram a viatura, iniciaram os disparos na direção desta, visando resistir a uma possível prisão iminente.*

*Os acusados encontram-se associados ao comando vermelho, agremiação criminosa liderada por SAM, DECO, NENÉM, LIGEIRINHO, JULINHO, NAÍBA e CARLINHOS COCAINA, dentre outros, que se encontram*

*presos ou foragidos, atuando em nome e por conta dos líderes da associação, como "segurança", na proteção dos pontos de vendas de droga.*

*Desta forma, em sendo objetiva e subjetivamente típicas as reprováveis condutas do denunciado, não havendo ainda qualquer discriminante a justificá-las, encontra-se incurso na sanção dos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.826/03 e artigo 35 da Lei 11343/06."*

A juíza de plantão Isabela Pessanha Chagas, em 20/07/2014, converteu a prisão em flagrante de Wellington Santana Maciel da Silva em prisão preventiva (fls. 36/37).

A denúncia foi recebida em 19/08/2014 (fl. 48).

O douto Juiz de Direito Marco J. M. Couto, em 23/07/2015, julgou (fls. 123/140) **procedente, em parte, o pedido constante na denúncia para condenar Wellington Santana Maciel da Silva pela prática do crime previsto no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03, absolvendo-o, no mais, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. A dosimetria da pena foi realizada da seguinte forma:**

**1ª FASE:** a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no valor mínimo unitário, em virtude de as circunstâncias judiciais não serem desfavoráveis ao réu e a culpabilidade ser a normal do tipo.

**2ª FASE:** deixou de considerar a causa atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, porque incapaz de levar a pena para patamar abaixo do mínimo legal. Inexistente circunstância agravante, motivo pelo qual a pena intermediária restou igual à pena-base, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

**3ª FASE:** inexistentes também causas de aumento e de diminuição da pena, tornou a pena anteriormente fixada em definitiva, ou seja, em **03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.**

Considerando as normas previstas no artigo 33, do CP, fixou o **regime inicial aberto** para cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada.

Substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo de 3 anos, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, devendo o réu cumprir as tarefas na forma

indicada pela Vara de Execuções Penais; e outra de limitação de fim de semana, também pelo prazo de 3 anos, consistente na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento indicado pela Vara de Execuções Penais.

Condenou-o, ainda, ao pagamento das custas judiciais.

Revogou a prisão preventiva e reconheceu o direito do réu de aguardar o trânsito em julgado em liberdade, determinando, para tanto, a expedição de alvará de soltura.

O réu foi posto em liberdade em 24/07/2015 (fls. 147/148), tendo sido também intimado da sentença.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação à fl. 154, tendo oferecido suas razões às fls. 155/159, onde objetiva a condenação do réu pelo delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, bem como pelo crime do artigo 15 da Lei 10.826/2003. Para tanto, sustenta que, no que tange ao tipo delineado no artigo 35 da Lei 11.343/2006, há provas contundentes nos autos de que o recorrido estava associado a outros

elementos para a prática do tráfico de drogas. Alega que os policiais narraram que se tratava da escolta do traficante GUIA, que havia ido a um baile do outro lado da comunidade, restando patente que o réu se encontrava vinculado de forma estável a outros traficantes. Já com relação ao crime de disparo de arma de fogo previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003, o *Parquet* insurge-se contra o entendimento do magistrado de primeiro grau de que tal crime está absorvido pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, uma vez que o órgão ministerial milita em favor do entendimento de que os mencionados delitos são autônomos, tendo em vista que o apelado contava com a companhia de outros elementos armados em um bar e, ao avistarem a guarnição, abriram fogo. Pugna, destarte, também pela condenação relativa à prática do crime previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003, ou, subsidiariamente, seja reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, IV da Lei 11.343/2006. Por fim, prequestiona a matéria.

O réu, por intermédio da Defensoria Pública, interpôs recurso de apelação à fl. 162. Nas **razões recursais** (fls. 168/174), sustenta que a acusação não logrou êxito em demonstrar a veracidade dos fatos narrados na inicial acusatória. Alega que a condenação se

pautou tão somente na prova testemunhal dos dois policiais que prenderam o réu, devendo tais depoimentos ser valorados com cautela, uma vez que se mostraram contraditórios. Pugna, assim, pela absolvição do denunciado, salientando a necessidade de provas suficientes e incontroversas para que se possa proferir um juízo condenatório, sendo imperativo, *in casu*, a utilização dos princípios do *In Dubio Pro Reo*, da Presunção de Inocência e da Razoabilidade.

Nas **contrarrrazões defensivas** apresentadas às fls. 175/181, a combativa defesa técnica manifesta-se no sentido de que não merece prosperar o recurso ministerial, uma vez que não restou comprovada a prática dos crimes de associação ao tráfico e de disparo de arma de fogo por parte o réu.

O Ministério Público, nas **contrarrrazões recursais** apresentadas às fls. 183/185, sustenta pela manutenção da sentença no que tange à condenação do réu, na forma do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, não devendo o recurso defensivo, portanto, prosperar.

**O Ministério Público em atuação nesta Corte,** em parecer da lavra do Procurador de Justiça Jorge Narciso da Silva Filho (fls. 221/231), **opina pelo parcial**

**provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do apelo defensivo.** Observa que resta claro nos autos a ocorrência do crime de porte de arma de fogo previsto no artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, não merecendo, portanto, provimento o pedido do apenado de absolvição por carência de provas, porque não há dúvida das condutas proibidas. Alerta que as declarações dos policiais são claras e seguras e devem ser aceitas como verdadeiras, incidindo a Súmula 70 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Aduz, ainda, que o crime do artigo 15 da Lei 10.826/03 também restou consumado, porque o *modus operandi* do apelado e dos demais elementos do grupo foi de duplicidade autônoma de condutas proibidas, não tendo havido excesso de acusação como afirmada pelo magistrado sentenciante. Entende o I. presentante do *Parquet* tratar-se de comportamentos proibidos praticados em contextos distintos, que, por conseguinte, configuram crimes autônomos. Ressalta ainda que a jurisprudência é farta nesse sentido, havendo em casos semelhantes concurso material de crimes de porte ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo em local habitado. Em contrapartida, o *Parquet* de segundo grau entende que não restou devidamente comprovado o crime do artigo 35 da Lei 11.343/2006, devendo prevalecer, quanto a esta

imputação, o princípio do *In Dubio Pro Reo*. Por derradeiro, quanto ao pleito ministerial de reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, opina por não merecer acolhimento, uma vez que se não há comprovação da prática do delito do artigo 33 da referida lei, a imputação da causa especial de aumento de pena neste crime fica prejudicada.

## VOTO

Nego provimento ao recurso Ministerial e dou provimento ao recurso defensivo, acolhendo, em parte, a orientação do parecer ministerial.

Impõe-se, desde logo, esclarecer que os fatos, inicialmente, foram registrados como homicídio sob a forma tentada, porém desclassificado pelo entendimento do *Parquet* em atuação no III Tribunal do Júri por não verificar existência de dolo contra a vida e sim vontade dirigida para resistir à ordem de prisão, sendo os autos remetidos para o juízo singular. Não obstante, o *Parquet* em atuação na Vara Criminal optou por afirmar dolo contra a incolumidade e segurança pública, muito embora tenha descrito que o réu portava e disparou arma de fogo para “resistir a uma possível prisão iminente” (denúncia, fl. 2A).

A materialidade do crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), em que pese ser plenamente crível sua existência diante do conjunto probatório constante dos autos, não restou comprovada, tendo em vista a inexistência de Laudo de Exame em Arma de Fogo da Pistola TARA – Calibre 9mm, número de série F37551, apreendida com o réu.

Constata-se, pelos Termos de Declaração dos policiais militares Fábio do Nascimento e Rafael Alves de Lima, às fls. 6/7V., bem como pelo Registro de Ocorrência e Registro de Ocorrência aditado, às fls. 11/14V., que a arma apreendida com o réu Wellington foi a **Pistola TARA – Calibre 9mm, número de série F37551**, não periciada, e não a Pistola TANFOGLIO – Calibre 9mm, esta sim devidamente periciada, uma vez que apreendida com o correpresentado Kalliffi do Nascimento Oliveira.

Restou claro, portanto, após detida análise das declarações prestadas em sede policial pelos milicianos acima mencionados, como também nos seus depoimentos em juízo, que no momento em que os meliantes se depararam com a guarnição e receberam a voz de prisão,

deu-se início a uma troca de tiros, onde o menor Kalliffi do Nascimento Oliveira largou a arma e deitou no chão, sendo apreendido, enquanto os demais empreenderam fuga, sem, no entanto, cessar a troca de tiros. Sendo assim, um pouco mais a frente, Wellington, após intensa troca de tiros, a fim de permitir a fuga de “Guia”, traficante chefe do local, acabou sendo baleado e preso pela guarnição, sendo sua arma de fogo apreendida.

Repise-se: os policiais afirmaram objetivamente que foram arrecadadas duas pistolas calibre 9mm municionadas, **sendo que a pistola marca TANFOGLIO, de fabricação italiana, série ABO 7169, estava na posse de KALLIFFI, enquanto a pistola TARA PERFECTION, CRNA GORA, série F37551, estava na posse do denunciado.**

Confirma-se ainda mais detidamente a dinâmica dos fatos com o depoimento dos policiais participantes do confronto, como se pode notar a seguir:

**Em juízo, o policial Fábio do Nascimento disse que no dia anterior aos fatos, receberam informações de que vários elementos passaram em frente a uma base da polícia militar, situada debaixo da linha amarela, ostentando arma para um policial que estava dentro da**

base blindada. Sendo assim, no dia seguinte, reforçaram o policiamento no local, no mesmo horário quando, por volta das 05hs (cinco horas da manhã), avistaram vários elementos passando por debaixo da linha amarela, todos armados. O depoente narrou que conseguiu sair (estava a pé) e conseguiu dar voz de prisão aos elementos. Neste momento, houve disparos de armas de fogo por parte dos meliantes. Houve então revide da parte do depoente, como também dos demais policiais que se encontravam com ele. Sendo assim, o menor Kalliffi se rendeu, sendo apreendido, enquanto os demais continuaram trocando tiros com a guarnição, encontrando mais à frente a outra parte da guarnição. Relatou que depois veio a saber que a outra fração da guarnição prendeu o réu Wellington. Relatou também que deu para reconhecer no meio dos acontecimentos o traficante “GUIA” e o traficante “CANELÃO” (IAGO). Esclareceu existirem relatos da inteligência da polícia de diversos bandidos, mas salientou que nunca tinha ouvido falar do réu Wellington. Disse que não foi quem efetuou a prisão de Wellington, pois estava na primeira fração da guarnição e o réu foi preso pela outra parte da guarnição, que estava mais a frente. No entanto, esclareceu que quando estava monitorando os meliantes passarem, avistou, junto com os conhecidos traficantes “Guia” e “Canelão”, o então desconhecido réu,

sendo firme em afirmar que ele estava junto com os demais. Disse que eram cerca de 08 (oito) elementos, mas que nenhum policial foi baleado e tampouco droga foi apreendida.

**Em juízo, o policial Rafael Alves de Lima** narrou que estava na cabine da polícia, quando escutou diversos disparos, avistando então o réu Wellington, juntamente com o “Guia” e alguns outros que não conseguiu identificar, disparando contra os colegas de farda. Nesse momento, abrigou-se e começou a efetuar disparos. **Quando a troca de tiros cessou e o depoente pode avançar, avistou rastros de sangue, seguindo-os até um prédio, onde encontrou o réu baleado na perna, bastante ofegante e com uma arma na mão 9 mm.** Destarte, o algemou e o ajudou a descer a escada até conseguir chamar apoio para socorrê-lo. Disse também que tinha conhecimento de uma festa na comunidade e que os grupos de traficantes transitavam pela localidade. Ressaltou que não conhecia o réu e tampouco tinha informações a seu respeito. Esclareceu que depois da prisão dele, ouviu por parte de moradores, surpresos, exclamações de não saberem porque o réu foi inventar de começar a trocar tiros com a polícia, uma vez que costumava jogar futebol e era visto transitando

normalmente pela localidade. Asseverou, no entanto, que viu o réu atirando contra ele e contra os demais policiais e que ao ser preso, estava com a arma na mão. Falou, ademais, que tinham mais de cinco pessoas no conflito e que tais elementos estavam saindo do baile e escoltavam o traficante “Guia”, somente tendo parado de atirar quando o aludido “Guia” conseguiu fugir.

Imperioso, portanto, consignar que, lamentavelmente, o *dominus litis* não se esmerou em produzir a prova da materialidade delitiva do crime pelo qual o denunciado foi condenado em primeiro grau, qual seja, do artigo 16 da Lei 10.823/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito). Outrossim, o magistrado de piso, açodadamente, prolatou a sentença, ciente da ausência da comprovação necessária da materialidade delitiva, fazendo, inclusive, a seguinte alusão:

*“cabe ressaltar que a denúncia menciona duas armas - uma da marca Tanfoglio e a outra da marca Tara - , as quais foram apreendidas a fls. 08/09.*

*\* assim, não obstante apenas tenha vindo aos autos o laudo de fls. 99/101, alusivo à arma da marca Tanfoglio - não veio ainda o laudo referente à arma da marca Tara -, nada obsta o julgamento neste momento.*

*\* isso porque o porte de apenas uma das armas, como é de conhecimento geral, já seria suficiente para caracterizar o crime em destaque.*

*\* destaque-se que o laudo de fls. 99/101, em resposta ao seu 3º quesito, esclarece que a arma de fogo enviada a exame é de uso restrito, de modo que tem lugar a emendatio libelli, a fim de que a conduta do réu seja tipificada à luz do art. 16, caput, da Lei 10826/03.*

*\* logo, neste ponto, o caso é de condenação.”*

Restou claro que o réu não portava a arma periciada, uma vez que estava sendo manuseada tão somente pelo correpresentado. Destarte, não se pode falar, *in casu*, em um potencial porte comum a ambos os detidos, como se as armas estivessem à disposição. A dinâmica dos fatos indicou vários meliantes, cada um com seu próprio armamento, trocando tiros com a polícia, sendo que o menor e o réu foram detidos em locais díspares, portanto cada qual uma arma.

Por todo o exposto, impõe-se a absolvição do réu, com base no artigo 386, VII, do CPP, pelo crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003.

Por consequência lógica do acima discorrido, não há, ainda mais, que se imputar ao réu o tipo penal do artigo 15 da Lei 10.826/2003, até porque não afrontou o réu a incolumidade pública – mesmo que se admita que portava arma – com disparos de arma de fogo, crime que exige dolo específico, podendo ser subsidiário, porquanto absorvido por crime mais grave – resistência, no ponto, o qual, inclusive, foi a descrição típica constatada pelo *Parquet* em atuação no III Tribunal do Júri e também observado no parecer ministerial, como se extrai da seguinte passagem: *“Os policiais ao perceberem que o apelante e o grupo chegava portando armas de fogo ao ponto de espera, dele se aproximou para atos de ofício, quando foram violentamente rechaçados com disparos de arma de fogo, em claro aviso que estavam resistindo a voz de prisão em flagrante de delito, e para este fim estavam dispostos até ceifar a vida dos policiais com o fim de fugir do local”*.

Quanto ao crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, acertou o magistrado de piso, ao absolver o réu de tal imputação.

Ao apelante foi também imputada a conduta de associação para o tráfico, a qual não compreendo plenamente configurada, no caso concreto.

O *dominus litis*, em suas razões recursais, entende que o réu estava associado a outros indivíduos para a prática de tráfico de drogas na localidade, tendo em vista a narrativa dos policiais de que estava o denunciado junto com um dos líderes do tráfico de drogas na localidade, de vulgo “Guia”, tratando-se, na realidade, da escolta de dito traficante. Conclui o Ministério Público em primeiro grau que somente estando associado de forma estável a outros traficantes poderia o réu estar integrando a escolta de um dos líderes da organização criminosa.

Com efeito, para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister que se faça prova de que existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.

A se acatar as razões recursais do *Parquet*, estar-se-á admitindo uma condenação sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise,

acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, pois assim, caberia ao réu provar que não estava associado. Ressalta-se que, *in casu*, o próprio *Parquet* em segundo grau, em seu Parecer, entende não ter restado configurado com a necessária certeza apta a imposição de um decreto condenatório quanto ao crime de associação para o tráfico, por entender inexistir prova cabal de que o réu tenha se associado visando à prática do tráfico de entorpecentes.

Ademais, faz-se imperioso ressaltar que a prisão em flagrante de duas pessoas na mesma ocasião, não induz, por si só, à conclusão de que estivessem associadas para o tráfico de entorpecentes.

Isso porque o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva, de condutas paralelas, cujo tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de, no mínimo, dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, rigorosamente identificada pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia

através da comprovação do vínculo estável entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos.

Outrossim, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da imprescindibilidade do dolo de se associar “com estabilidade e permanência” para a caracterização do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, confira-se:

HABEAS CORPUS. ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a

demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. O acórdão impugnado, ao concluir pela condenação do paciente e do corréu pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas - sem necessidade de reavaliação probatória ou exame de fatos -, devem ser absolvidos do delito em questão.

3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, com extensão dos efeitos desse decisum para o corréu, a teor do art. 580 do CPP. (HC 270.837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA

TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI ANTIDROGAS. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que não só há necessidade da comprovação da estabilidade, mas também, da permanência na reunião dos sujeitos do delito, não podendo a simples

associação eventual ser considerada para fins de configuração do crime descrito no art. 35 da Lei n.º 11.343/76. Absolvição que não demandou o reexame de provas, mas apenas sua reavaliação.

2. Sendo o Acusado reincidente - o que afasta o requisito da primariedade -, mostra-se incabível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

3. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 507.278/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014)

Na hipótese em tela, restam dúvidas em afirmar que havia ajuste prévio entre o réu e o menor correpresentado, ou entre o réu e o indigitado traficante “Guia” ou até mesmo entre o réu e os outros indigitados meliantes

apontados na dinâmica delitiva direcionado à prática, estável e permanente, do injusto de tráfico de entorpecentes, merecendo observar que os próprios militares envolvidos no confronto afirmaram desconhecer qualquer ligação do réu com o tráfico de entorpecentes naquela comunidade.

Ressalta-se, ainda, que nenhuma droga foi apreendida com o denunciado ou com o correpresentado.

Destarte, não há prova segura nos autos de que o apelado praticava a atividade com a permanência e a estabilidade necessárias à configuração do tipo penal em análise.

Portanto, impõe-se a manutenção da absolvição quanto ao delito do artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Por fim, o réu estava acompanhado, na ocasião, de uma colega (Andrezza), que compareceu em juízo e desmentiu a versão policial, não tendo o juízo procedido, sequer, a uma acareação, sendo certo que tanto o Ministério Público nas alegações finais e no parecer, bem como o juízo na sentença, foram omissos em

tecer qualquer comentário ou referência à versão dada pela testemunha. Não houve acareação – embora a instrução oral tenha sido uma – ou requerimento/determinação de extração de peças para apurar eventual falso testemunho.

De notar, inclusive, que o douto sentenciante transcreveu parte do depoimento da referida testemunha. Indaga-se: para que a referida transcrição? Apenas para cumprir mera formalidade?

Diante do exposto, dirijo meu voto no sentido de negar provimento ao apelo ministerial e dar provimento ao apelo defensivo para absolver o réu Wellington Santana Maciel da Silva do crime do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2016.

Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO  
RELATOR