

*Recurso de apelação em favor do réu contra sentença que o condenou pela prática presumida do delito de associação para o tráfico, haja vista sua prisão em flagrante no exercício do comércio de substância entorpecente*<sup>1</sup>.

**Ementa - Penal. Crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Concurso material. Condenação do réu. Presunção de que todo aquele que trafica em comunidades carentes está necessariamente associado de forma permanente e estável com terceiros para a prática deste delito. Impossibilidade. Fatos típicos que devem ser demonstrados em cada caso concreto. Pedido de reforma da sentença para absolver o réu do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06.**

**Processo n 2008.021.051785-7**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem interpor recurso de

### **APELAÇÃO**

contra a r. sentença de fls. 116/ 140, especificamente na parte em que condenou Luiz Arthur de Albuquerque Pinheiro Santana pela prática do delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06, pelas razões de fato e de direito desde já apresentadas em anexo.

Assim, requer o *Parquet* o recebimento do presente recurso e, após a apresentação de contra-razões pela Defesa, o encaminhamento dos autos ao E. Tribunal de Justiça, para julgamento.

Duque de Caxias, 10 de abril de 2009

**Tiago Joffily**

**Promotor de Justiça**

**Matrícula nº 2357**

---

1. O presente apelo foi distribuído à 5ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o nº 2009.050.04080, e acabou restando prejudicado, em razão do provimento de recurso defensivo mais abrangente. Em 2º grau, a Procuradoria de Justiça oficiante acolheu a tese ora defendida, apresentando parecer no sentido do provimento do recurso ministerial.

## EGRÉGIO TRIBUNAL,

### COLEND A CÂMARA

#### **BREVE RELATÓRIO:**

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público em face de Luiz Arthur de Albuquerque Pinheiro Santana, na qual se imputa ao réu a prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei nº 11.343/ 06, e art. 16, p. ún., inciso IV, da Lei nº 10.826/ 03, porque teria sido preso em flagrante no dia 30.10.08, trazendo consigo 9,5 g de cocaína e 6 g de crack, bem como portando um revólver com numeração de série suprimida, tudo isso em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes.

Após a instrução criminal, onde foram ouvidos os Policiais Militares que efetuaram a prisão em flagrante e o próprio réu, foi este condenado às penas de 05 (anos) e dez (dez) meses, além de multa, pelo crime do art. 33 c/c art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, e às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, além de multa, pelo crime do art. 35 c/c art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, restando absolvido do crime previsto no art. 16, p. ún., inciso IV, da Lei nº 10.826/ 03, em razão desta conduta já ter sido reconhecida para agravar os dois crimes anteriores.

Em que pese tenha opinado anteriormente pela condenação do Réu a todos os delitos capitulados na denúncia, o Ministério Público, ora apresentado por outro Promotor de Justiça, não concorda com a condenação do Réu pela prática do crime de associação para tráfico, com relação ao qual nenhuma prova concreta se produziu ao longo do processo, tendo a r. sentença recorrida se baseado, declaradamente, em presunções.

#### **DO MÉRITO:**

Em que pese a r. sentença recorrida não merecer reparos quanto à condenação do réu pela prática do crime de tráfico de drogas, com a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, por ter sido flagrado exercendo o comércio ilícito de substância entorpecente mediante porte de arma de fogo, parece a este Promotor de Justiça que, com relação ao tipo do art. 35, daquele mesmo diploma legal, não foram produzidas provas suficientes de que o apelado estivesse associado a terceiras pessoas, de forma estável e permanente, para o fins de tráfico ilícito.

Com efeito, ainda que não se desconheça que os fatos notórios prescindam de prova, inclusive no processo penal, não parece admissível que o próprio conteúdo do tipo penal possa ser demonstrado com base exclusiva em presunções, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Realmente, ninguém, nem mesmo no processo criminal, exigiria que qualquer das partes demonstrasse cabalmente que o natal ocorre todos os anos no dia 25 de dezembro ou que às duas horas da madrugada não faz sol em nenhum lugar do Brasil<sup>2</sup>. No entanto, tratando-se de fato que constitui a essência do próprio tipo penal, parece evidente que sua demonstração não pode ser considerada, de antemão, irrefutável, a tornar inútil a produção de qualquer prova, pois disso decorreria a imediata e antecipada condenação do réu, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico, que veda a responsabilidade penal objetiva.

Ora, na sentença de fls. 116/ 140, o nobre Magistrado de 1º grau disse ter restado demonstrado nos autos a prática do crime do art. 35, da Lei nº 11.343/06, *“isto porque é fato público e notório que organizações dedicadas ao tráfico de entorpecentes, divididas em facções, se estabelecem em determinadas comunidades carentes, tendo tais, organizações completo domínio do que ocorre nestes locais, impondo sua vontade por força das armas, exercendo nas comunidades a venda de entorpecentes”*.

Ainda lançando mão de presunções, o MM. Juízo *a quo* alerta que:

*“Não se pode ignorar a realidade, qual seja, no interior da comunidade dominada por organização dedicada ao tráfico de entorpecente, esta organização integrante de uma facção tem o total controle da venda de entorpecentes dentro da comunidade, que, aliás, é a sua fonte de renda e de poder, sendo inconcebível que um cidadão, isoladamente, possa vender entorpecente por conta própria, sendo óbvio que seria imediatamente morto pela organização criminosa, que não admite concorrência em seu local de domínio.*

*Pode existir a hipótese de um cidadão, isoladamente, venda entorpecente, que o mesmo compre o entorpecente em uma ‘boca de fumo’ de organização criminosa em uma favela, e venda o entorpecente em seu condomínio, em seu colégio, em seu clube ou outro local, fora de uma comunidade dominada por uma organização de traficantes, mas nunca conseguirá vendê-lo dentro de uma favela dominada pelo tráfico local, o que é igualmente fato notório”*.

Em seguida, trasladando tal compreensão do mundo para o caso concreto, o nobre Magistrado lembra que *“foi o acusado preso na comunidade carente denominada Maloca do Major, tratando-se de uma Favela, conforme o próprio réu revela em seu interrogatório, sendo que as circunstâncias da prisão, estando o réu*

---

2. Os exemplos não são absurdos, mas dados pela própria doutrina: *“Os fatos notórios são aqueles do conhecimento de certas pessoas de determinado meio. Assim, não é preciso que a colheita de milho, arroz e feijão é feita em determinada época do ano; que as datas comemorativas de feriados se dão nos dias já previstos”* (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 191).

*pulando as lajes das casas, evidentemente fugindo da guarnição que fazia o cerco no local, comportamento típico de traficantes em atividade de venda de entorpecentes ao serem surpreendidos por policiais, aliado ao fato de que o próprio réu declarou no local aos policiais, autores da prisão, fazer parte do tráfico ilícito de entorpecentes". E, ao final, conclui que "o fato do acusado estar traficando em local controlado pelo Comando Vermelho, conforme o próprio réu reconheceu em seu interrogatório (fls. 63, in fine) torna certo que estava o mesmo associado àquela organização criminosa dedicada ao tráfico ilícito de entorpecente, sem o que seria impossível a venda de entorpecentes naquele local, pois pagaria com a própria vida se ousasse vender entorpecentes de forma autônoma naquele local".*

Apesar de se reconhecer que tal compreensão da favela e do tráfico corresponde ao senso comum, conforme dados noticiados pela imprensa cotidianamente, não se pode concordar com a conclusão de que ela constituiria verdadeiro fato notório a fazer prova incontestante no processo penal.

É que o que aos telespectadores pode parecer notório, ao ponto de tornar-se senso comum, aos estudiosos do tema é assunto ainda muito controverso e pouco pesquisado.

Mesmo assim, profissionais e pesquisadores dedicados ao tema da violência urbana e, especificamente, do tráfico de substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro, afirmam que o caráter associativo entre "donos" ou "gerentes" do "movimento" e os chamados "vapores", "esticas", "mulas" ou "aviões" muitas vezes inexistente.

É que, conforme explica MICHEL MISSE, Doutor em Sociologia e Professor do IFCS (Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro) -

"A estrutura dos grupos locais do varejo sempre foi baseada no sistema de 'consignação de vendas', a partir do 'dono' ou do 'gerente geral' (Misse, 1997). A mercadoria é adiantada para os subgerentes e o processo continua até os vendedores diretos, os 'vapores'. O movimento de retorno do pagamento é baseado na noção de 'dívida' e deve ser feito, impreterivelmente, dentro de um prazo mínimo. O não-pagamento é interpretado como 'banho' (logro, furto ou falha) e o devedor na primeira reincidência é morto num ritual público de crueldade. O sistema de consignação articula-se, assim, a uma estrutura de 'patrão/cliente' e a uma hierarquia mortal de 'credor/devedor'. A violência é a garantia de todas as transações (Zaluar, 1995). Do mesmo modo, a estrutura das redes (que vinculam grupos locais de diferentes áreas) é baseada nos 'donos' ou 'gerentes gerais'. São eles que controlam, através de gerentes locais, grupos de várias áreas, ou que mantêm relação de sociedade ou de clientela com os 'donos' de outras áreas" (*in* Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 235-236).

Exatamente por não haver regime propriamente de sociedade, mas sim de credor/devedor, não existe, ao contrário do que se imagina, maiores resistências para que um vendedor direto saia do movimento. Ainda de acordo com o verificado nas pesquisas empíricas de Misse:

“Para sair do ‘movimento’, segundo me contaram, ‘não há problema’, desde que você não ‘esteja devendo’. Não há ‘fechamento’ nem no acesso, nem na saída, mas regras de segurança na seleção de acesso e a exigência de inexistência de dívidas com o ‘movimento’. As conversões religiosas, que afastam alguns jovens do envolvimento anterior, não se explicariam assim como um meio instrumental de saída, mas como uma opção autêntica que, inclusive, é respeitada pelos demais. Mas ainda existem poucas pesquisas sobre o cotidiano da vida no tráfico e é cedo para qualquer generalização desses resultados” (*in Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 196).

Tampouco é correta a generalização que se faz no sentido de que todo e qualquer “vapor” ou “vendedor direto” seja um braço armado do tráfico. Na verdade, se os “soldados” costumam ter envolvimento muito mais estreito com a quadrilha, os “vendedores diretos” da droga muitas vezes preferem assumir a qualidade de “simples repassadores”, mantendo-se afastado dos laços de vínculo permanente com a quadrilha. Nas palavras de ALBA ZALUAR, também especialista do tema e Professora titular de antropologia da UERJ:

“Muitos se oferecem para ser ‘soldados’. Para isso, deve ser bom atirador, fazer parte do grupo que manda no morro: ‘Você passa a saber de tudo que acontece no morro e no tráfico. A pessoa entra assim e morre assim’.

Outros acham que o melhor seria, como já dissemos, construir progressivamente uma relação de maior confiança com o ‘dono’, isto é ‘ganhar conceito’, o que possibilita ao ‘repassador’ adquirir quantidades cada vez maiores da droga a ser vendida. O ideal, segundo esses homens, seria permanecer como ‘considerado’, mas não se envolver, como os outros traficantes, nas atividades criminais da quadrilha. Este é o que quer ganhar com o tráfico para posteriormente sair fora e ‘abrir um pequeno negócio’” (*in Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 335).

Atuando na linha de frente, mas olhando a realidade desde um ponto de vista crítico, o Delegado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, ORLANDO ZACCONE, confirma, com sua experiência profissional, o que os teóricos do tema descrevem em suas pesquisas:

“Como delegado de polícia, atuando há pouco mais de seis anos na capital, acabei por encontrar uma realidade diversa daquela que nos é apresentada, diariamente, enquanto ‘verdade’. Os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos

por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. Desprovidos do apoio de qualquer 'organização', surgem, rotineiramente, nos distritos policiais, os 'narcotraficantes', que superlotam os presídios e casas de detenção.

O sistema penal revela assim o estado de miserabilidade dos varejistas das drogas ilícitas, conhecidos como 'esticas', 'mulas', 'aviões', ou seja, aqueles jovens (e até idosos) pobres das favelas e periferias cariocas, responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial por não apresentarem nenhuma resistência aos comandos de prisão" (*in* Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 11-12).

Debruçando-se especificamente sobre o grau de envolvimento dos "esticas" com o "movimento", Zaccone chega à mesma conclusão dos estudiosos das ciências sociais, identificando a existência de simples relação devedor/credor, e não de associação, entre "vapores" ou "vendedores diretos" e a quadrilha propriamente dita. Não por outro motivo, o Delegado identifica os "esticas" como verdadeiros "sacoleiros", "autônomos do comércio ilegal", "revendedores comissionados", conforme destacamos abaixo:

"A partir dos anos 1980, com a sedimentação da política de 'guerra' contra as drogas, a divisão do trabalho no comércio ilegal fez surgir a figura do 'estica', aquele que resolve participar do negócio ilícito como revendedor da mercadoria.

Esse '**sacoleiro das drogas**' ocupa a mesma posição dos camelôs e pivetes, sendo considerado bandido de 3ª classe, uma vez, que é sobre ele que recai a repressão punitiva. Isso explica, por exemplo, o aumento do número de mulheres e crianças envolvidas com o narcotráfico. Para ser 'sacoleiro' de drogas não é preciso portar nenhuma arma e sequer integrar alguma dita organização criminosa. Basta ter crédito junto aos fornecedores.

**Autônomo no comércio ilegal**, o 'estica' é pressa fácil, uma vez que não apresenta nenhuma resistência às ordens de prisão e passa a participar do negócio ilegal oferecendo a sua própria liberdade como caução. Desprovido do capital necessário para fazer parte como acionista do negócio ilícito, o "estica" se transforma em **revendedor comissionado no comércio de drogas**, oferecendo o único bem de valor que lhe resta, qual seja, sua própria liberdade de ir e vir" (*in* Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 21-22).

Nenhuma dessas considerações teóricas e práticas, por certo, impede que, em determinado caso concreto, possa haver vínculo associativo estável e permanente entre um ou mais "vapores" e os demais participantes do "movimento", de modo a permitir eventual condenação pelo crime do art. 35, da Lei nº 11.343/ 06. Tal fato, no entanto, não pode ser simplesmente

presumido, ao argumento de que a associação é pré-requisito necessário para que qualquer pessoa venda substância entorpecente em favela, ainda que com ela também seja apreendida arma de fogo, tal como ocorrido *in casu*.

Nesse sentido, afigura-se absolutamente irretocável o entendimento esposado pela 7ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2008.054.00311, ocorrido em 10.02.09 e assim relatados pelo Des. Ciro Darlan:

“EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ARTIGOS 33 C/C 40, VI E 35, TODOS DA LEI 11.343/06, NA FORMA DO ART. 69 DO CP - SENTENÇA CONDENATÓRIA DE 1º GRAU FIXANDO A PENA DE CADA UM DOS RÉUS EM 09 (NOVE) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, DEU PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS PARA REFORMA DA SENTENÇA MONOCRÁTICA NO TOCANTE À DOSIMETRIA DAS PENAS PARA FAZER INCIDIR A CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI DA LEI Nº 11.343/06 NA SUA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO), DESSA FORMA REDUZINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA O PATAMAR DE 08 (OITO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E A PENA PECUNIÁRIA A 1.283 (UM MIL DUZENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS MULTA, NO SEU VALOR MÍNIMO LEGAL, ABRANDANDO-SE O REGIME PARA O INICIALMENTE FECHADO. VOTO VENCIDO QUE TAMBÉM PROVIA OS RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE, PORÉM PARA ABSOLVER OS APELANTES PELO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06, COM FULCRO NO ARTIGO 386, VI DO CPP, É FIXAR A PENA FINAL EM 4 (QUATRO) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 486 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - RECURSO QUE MERECE SER PROVIDO, DEVENDO PREVALECER O VOTO VENCIDO DA 06ª CÂMARA CRIMINAL, VEZ QUE DECIDIU ACERTADAMENTE A HIPÓTESE. A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO NÃO PODE SER PRESERVADA POR FORÇA DA INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA QUE POSSAM DEMONSTRAR INEQUIVOCAMENTE O VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS ACUSADOS E O ADOLESCENTE INFRATOR PARA O FIM DE PRATICAR TRÁFICO DE DROGAS. A PROVA ORAL COLHIDA NOS AUTOS SOB O CRIVÓ DO CONTRADITÓRIO SE MOSTROU INSUFICIENTE PARA COMPROVAR QUALQUER ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL, POSTO QUE O DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS NADA ESCLARECE A ESSE RESPEITO. O DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES SÃO HARMÔNICOS E IDÔNEOS, ENTRETANTO, TAIS DECLARAÇÕES, NÃO OBSTANTE

PODEREM SER TOMADAS COMO MEIOS DE PROVA PARA EVIDENCIAR A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, NÃO COMPROVAM A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO E O ACORDO PRÉVIO DOS ACUSADOS VOLTADOS PARA A PRÁTICA DE UMA FINALIDADE COMUM, NO CASO VERTENTE, O TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, E ADEMAIS, A AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO ANTERIOR, NÃO PERMITE RECONHECER A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA O CRIME DE TRÁFICO. A DENÚNCIA FEZ SIMPLES REFERÊNCIA AO FATOS DE OS DENUNCIADOS TEREM SE ASSOCIADO, ENTRE SI PARA O FIM DE EXPLORAREM O TRÁFICO DE ENTORPECENTES SEM, CONTUDO, DESCREVER A FORMA COMO TAL ATIVIDADE SE DESENVOLVIA, AFIRMANDO, ESTAR A MESMA EVIDENCIADA “EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA FORMA DE ACONDICIONAMENTO DO MATERIAL ILÍCITO APREENDIDO, BEM COMO PELA QUANTIA EM DINHEIRO E PELAS ANOTAÇÕES REFERENTES AO TRÁFICO ARRECADADAS EM PODER DOS DENUNCIADOS.” ENTRETANTO, TAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SÃO POR DEMAIS ABSTRATOS, SENDO CERTO QUE TAIS ELEMENTOS (QUANTIDADE DA DROGA, FORMA E ACONDICIONAMENTO, QUANTIA EM DINHEIRO E ANOTAÇÕES APREENDIDAS) NÃO IMPORTA DIZER QUE A ASSOCIAÇÃO RESTOU CARACTERIZADA. ASSIM, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS ACUSADOS E O ADOLESCENTE INFRATOR PARA O FIM DE PRATICAR TRÁFICO DE DROGAS, DEVEM OS RÉUS SER ABSOLVIDOS QUANTO À IMPUTAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06 EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. OS EMBARGOS ESTÃO RESTRITOS À MATÉRIA OBJETO DA DIVERGÊNCIA, QUE NO CASO VERTENTE DIZ RESPEITO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, SENDO VEDADO TRANSPÔ-LA, RAZÃO PELA QUAL NÃO SE ABORDA A QUESTÃO RELATIVA AO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA ESTABELECIDADA NO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06, APESAR DE AFASTADA A CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXTENSÃO DA DECISÃO AO CO-RÉU E AO CO-REPRESENTADO, POR FORÇA DO ARTIGO 580 DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA FAZER PREVALECER O VOTO VENCIDO E ABSOLVER O EMBARGANTE DA IMPUTAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06, ESTENDENDO A DECISÃO AO CO-RÉU, MANTENDO-SE A CONDENAÇÃO DOS RÉUS NAS PENAS DO ARTIGO 33 C/C ARTIGO 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, FIXADA A PENA DE CADA UM EM 05 (CINCO)

ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, ARBITRADA NO SEU VALOR MÍNIMO LEGAL”.

Assim, em conformidade com tal entendimento jurisprudencial, entende este Promotor de Justiça que não há fundamento nos autos a amparar a condenação dos apelantes pela prática do delito de associação para o tráfico.

Ademais, a absolvição do réu pelo delito de associação resolveria outro problema intrínseco da r. sentença recorrida.

É que, ao reconhecer o porte da arma como agravante dos delitos de tráfico e de associação, e não como delito autônomo, o nobre Magistrado de 1º grau acabou desvalorando duas vezes a mesma conduta, incorrendo em verdadeiro *bis in idem*.

Ora, se a arma já era usada no crime permanente de associação para o tráfico, já estava completamente afetado o bem jurídico fundamentador da incriminação em tela, sendo irrelevante que a arma fosse usada também no crime de tráfico que levou à prisão em flagrante, pois com isso em nada se incrementou o risco para a incolumidade pública.

Assim, embora correta a consideração do porte de arma como agravante do delito principal, e não como crime autônomo, parece claro que tal circunstância não poderia ser considerada na fixação da pena dos dois delitos de tráfico e de associação.

Com a reforma da sentença ora pretendida, portanto, tal incoerência deixa de existir, o que só reforça a necessidade de provimento do presente recurso.

#### **DO PEDIDO:**

Diante de todo o acima exposto, requer o Ministério Público seja o presente recurso conhecido e provido, para reformar a r. sentença de fls. 116/ 140, absolvendo o réu da prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06 e mantendo inalterada sua condenação pelo delito do art. 33, *caput*, do mesmo diploma legal.

**Duque de Caxias, 10 de abril de 2009**

**Tiago Joffily**

**Promotor de Justiça**

**Matrícula nº 2.357**