

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELADO: THALES LUCAS OLIVEIRA Advogado (s): JAMILE DE AGUIAR LIMA ACORDÃO EMENTA. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. SENTENÇA EXTINTIVA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, QUE RECONHECEU A LITISPENDÊNCIA DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM Nº 0504049-71.2017.8.05.0113. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA OBJURGADA. ACOLHIMENTO. CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DA AÇÃO PENAL Nº 0305575-68.2018.8.05.0001, QUE TRAMITOU PERANTE A VARA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DA COMARCA DE SALVADOR. AUSÊNCIA DE DUPLA IMPUTAÇÃO. AINDA QUE O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SEJA CONSIDERADO CRIME PERMANENTE, NÃO SE VERIFICA, NOS AUTOS, QUE A APREENSÃO DE ENTORPECENTE APURADA NO PRESENTE PROCEDIMENTO ESTEJA ENGLOBALADA NAS IMPUTAÇÕES CONSTANTES NA AÇÃO PENAL Nº 0305575-68.2018.8.05.0001, QUE TRAMITOU NA VARA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DA COMARCA DE SALVADOR, SOBRETUDO PORQUE OS PROCEDIMENTOS PERSECUTÓRIOS TIVERAM ORIGENS EM OPERAÇÕES POLICIAIS DIVERSAS, SENDO O INQUÉRITO POLICIAL QUE DEU ENSEJO À PRESENTE AÇÃO, INSTAURADO A PARTIR DA EM FLAGRANTE DO RÉU, POR PREPOSTOS DA POLÍCIA MILITAR, ENQUANTO A AÇÃO PENAL QUE TRAMITOU NA VORCRIM FOI DEFLAGRADA A PARTIR DE PROCEDIMENTOS CAUTELARES DETERMINADOS JUDICIALMENTE, E EFETIVADOS PELA POLÍCIA CIVIL, APÓS REQUERIMENTOS DO GAECO, PARA APURAÇÃO DE FATOS NOTICIADOS EM OUTRO CONTEXTO CRIMINOSO. REGISTRE-SE, AINDA, QUE A AÇÃO PENAL DE ORIGEM FOI DISTRIBUÍDA EM 16/08/2017, ENQUANTO A AÇÃO PENAL EM TRÂMITE NA VORCRIM FOI DISTRIBUÍDA APENAS EM 28/02/2018. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA EXTINTIVA, DETERMINANDO-SE AO JUÍZO DE PISO QUE APRECIE O MERITUM CAUSAE, SUPERADA A PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0504049-71.2017.8.05.0113, em que figuram como Recorrente o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e como Recorrido THALES LUCAS OLIVEIRA. ACORDAM os magistrados integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por JULGAR PROVIDO O RECURSO MINISTERIAL, nos termos do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 6 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELADO: THALES LUCAS OLIVEIRA Advogado (s): JAMILE DE AGUIAR LIMA RELATÓRIO Cuida-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face da sentença que extinguiu Ação Penal proposta contra THALES LUCAS OLIVEIRA, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC c/c art. 3º do CPP, declarando a litispendência. Aduz o Parquet em Razões Recursais (id 30311864), que o fato narrado na Ação Penal nº 0504049-71.2017.8.05.0113, o qual originou a presente Apelação, não se confunde com aquele imputado ao mesmo acusado, na Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001, tendo o Magistrado incorrido em error in procedendo. Discorre que a Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001 foi oferecida, após extensa investigação da polícia civil iniciada por interceptação telefônica (nº 0300751-55.2017.8.05.0113), perante a Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa da comarca de Salvador, tendo o réu sido denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput e do

art. 35 c/c art. 40, IV, todos da lei nº 11.343/2006, e do art. 2º, §§ 2º e 3º, da lei nº 12.850/2013, referindo-se a fatos praticados pelo ora Apelado, entre abril a dezembro de 2017. Já a Ação Penal nº 0504049-71.2017.8.05.0113, ora em testilha, teria sido embasada em inquérito policial originado por auto de prisão em flagrante do acusado, quando fora submetido a abordagem de praxe, de uma guarnição da polícia militar, que efetuava ronda de rotina na cidade de Itabuna/BA, após o apelado ter sido flagrado dispensando material suspeito. Pontua que, em nenhum momento a Ação Penal que ensejou a presente Apelação fez menção aos procedimentos cautelares de interceptação telefônica e busca e apreensão, ou ao Inquérito Policial nº 859/2017, que estadearam a Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001, oferecida perante a VORCRIM da Comarca de Salvador, e por consequência, as provas produzidas nas referidas ações penais não são coincidentes. Asseverando que não existe a repetição de causa de pedir ou relação de prejudicialidade entre as ações penais, requer o provimento da Apelação, a fim de que seja anulada a sentença objurgada, determinando ao juízo a quo, que profira novo provimento judicial, com a superação da preliminar de litispendência, adentrando-se ao mérito processual. Em Contrarrazões (id 30311871), a Defesa manifestou-se pelo improvimento do Recurso. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela adoção do princípio da fungibilidade, e conhecimento do Apelo como Recurso em Sentido Estrito, e no mérito, pelo seu provimento (id 33156286). Apesar de ter sido interposta Apelação, cuida-se de hipótese de Recurso em sentido Estrito, e assim é conhecido, em virtude do princípio da fungibilidade, restando despiciendo o envio dos autos ao Revisor, razão pela qual determino a inclusão do feito em pauta para julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, 22 de agosto de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELADO: THALES LUCAS OLIVEIRA Advogado (s): JAMILE DE AGUIAR LIMA VOTO Inicialmente, deve-se pontuar que o recurso cabível contra decisão que extingue o processo, sem resolução do mérito, acolhendo a exceção de litispendência é o Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 581, inciso III, do CPP: Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) III – que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; No entanto, é cabível a aplicação do princípio da fungibilidade no caso vertente, mormente porque não se verifica erro grosseiro ou má-fé por parte do Apelante: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APELAÇÃO. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de novos fundamentos capazes de alterar o posicionamento anteriormente firmado. 2. O agravante insurge-se contra decisão de recurso especial que desproveu o apelo nobre, mantendo o teor do acórdão que reconheceu a possibilidade de aplicação da fungibilidade recursal entre o recurso em sentido estrito e a apelação. 3. A fungibilidade recursal visa concretizar as regras principiológicas da efetividade e da economia processual, servindo, portanto, para harmonização do Sistema Processual Penal vigente, com previsão, inclusive, no art. 579 do CPP. 4. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento jurisprudencial no

sentido de admitir a incidência do princípio da fungibilidade recursal caso não reste configurada a existência de erro grosseiro, prejuízo para a parte, má-fé ou a inobservância do prazo estabelecido em lei para o recurso a ser substituído. Precedentes. 5. Verificado que o recurso de apelação seria tempestivo, assim como não houve má-fé ou erro grosseiro por parte do Ministério Público Estadual, é escusável o equívoco desse Órgão. LITISPENDÊNCIA. RECONHECIMENTO. SÚMULA 7/STJ 1. O eg. Tribunal de origem não reconheceu a alegada litispendência, salientando que a conduta imputada difere daquela que foi analisada no âmbito do Processo n. 0000902-96.2012.8.22.0501 2. Necessário reexame de fatos e provas para desconstituir o julgado, por suposta violação à lei federal, no intuito de reconhecer a litispendência apontada, providência que não encontra espaço na via eleita em razão do já mencionado enunciado sumular n. 7. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.725.903/R0, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 12/12/2018.) – grifei Isto posto, passa-se à análise da questão deduzida no presente recurso. O Magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna declarou a litispendência na Ação Penal nº 0504049-71.2017.8.05.0113, entendendo que os fatos narrados na referida ação foram esquadrihados a partir do procedimento de interceptação telefônica nº 0300751-55.2017.8.05.0113, a mesma que ensejou a Denúncia oferecida contra o réu, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, e do art. 35, ambos c/c art. 40, IV, da lei nº 11.343/2006, e do art. 2º, §§ 2º e 3º, da lei nº 12.850/2013, nos autos nº 0305575-68.2018.8.05.0001, em trâmite na Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa. Conclui, então, o nobre Magistrado que: “ (...) O tráfico praticado contínua ou habitualmente configura crime único independentemente do número de atos perpetrados. (...) Como a conduta imputada ao réu junto à referida Vara Especializada engloba a prática do tráfico somente interrompido com a apreensão da droga e a prisão em flagrante do ora réu, verifica-se que o objeto desta ação penal encontra-se abrangido por aquela. A apreensão da droga trazida a esta causa constitui simples materialização da conduta habitualmente praticada pelo denunciado, previamente detectada por profunda investigação policial e lhe imputada por denúncia objetiva e subjetivamente mais ampla, não configurando ação criminosa autônoma que justifique o acionamento em separado. Há, pois, litispendência.” (id 30311848) Dessume-se da Denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, na Ação Penal de origem nº 0504049-71.2017.8.05.0113, a seguinte narrativa: “Consta do anexo Inquérito Policial que, no dia 16/07/2017, por volta de 10h30min, no bairro de Nova Ferradas, nesta cidade (Itabuna), o ora Denunciado foi flagrantado por trazer consigo substância de uso proscrioto no Brasil, qual seja, droga ilícita. Narram os autos que na data, horário e local supracitados, uma guarnição da polícia militar efetuava ronda de rotina quando avistou um indivíduo em atitude suspeita, tendo em vista que este, ao visualizar a viatura policial, dispensou um saco de plástico pequeno no chão, momento em que policiais desconfiaram do comportamento do denunciado e se aproximaram. Consta nos autos ainda que os policiais militares constataram que o objeto dispensado pelo denunciado tratava-se de 10 (dez) papелotes de uma substância aparentando ser cocaína, estando trazendo consigo a referida droga”. (id 30311425) A Denúncia foi acompanhada de Inquérito Policial, instaurado a partir da prisão em flagrante do acusado, por policiais militares, não havendo nos autos do procedimento persecutório qualquer menção a interceptação telefônica ou outras ações

investigativas da polícia civil orientadas por decisão judicial. Já a Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001, foi fundada em procedimento investigatório insaturado pela Polícia Civil, denominado posteriormente Operação Pelagius, e teve como objetivo o monitoramento de terminais telefônicos e outras diligências, determinadas pela justiça criminal, logrando-se apurar que o ora Apelado THALES LUCAS OLIVEIRA e mais nove indivíduos compunham uma “célula” da organização criminosa denominada “Raio A”, visando à prática de tráfico de entorpecentes no Morro dos Macacos, em Itabuna/BA, sem embargo da prática habitual de roubos, homicídios, porte ilegal de armas de fogo e munições. O acusado seria considerado “soldado do tráfico”, responsável por atos materiais de execução dos crimes, tendo como codinome “BROWN”, e sob o comando imediato de FABIANO e FLÁVIO, teria praticado atos de depósito, guarda e venda de drogas, armas, e “se envolve em roubos e crimes de execução de rivais da facção criminosa”. Os diálogos de interceptação telefônica captados, e que apontam a sua participação no esquema criminoso teriam ocorrido no mês de junho de 2017. Assim, foram imputados ao ora Apelado os seguintes delitos naquela Ação Penal: art. 33, caput, e do art. 35, ambos c/c art. 40, IV, da lei nº 11.343/2006, e do art. 2º, §§ 2º e 3º, da lei nº 12.850/2013 (id 30311680). Merece destaque o fato de que o acusado e os demais réus, na Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001, foram atrelados a apreensão de drogas diversas daquela que consta nos autos da Ação Penal de origem, nº 0504049-71.2017.8.05.0113, conforme consta na sentença do Magistrado da Vara de Organização Criminosa da Comarca de Salvador: “Verifica-se que os entorpecentes que foram apreendidos e relacionados nestes autos, conforme se observa através dos laudos de exame pericial que encontram-se nos autos às fls. 562 e 564 dizem respeito a substâncias entorpecentes apreendidas em poder de José Sidnei Santos Silva e Ianna Carolina Alencar Pires, pessoas que não foram denunciadas neste processo. No que concerne à cópia do IP nº 878/2017, juntado aos autos às fls. 688/696, referente a apreensão de 1kg de cocaína e 750g de maconha, cujos laudos de exame periciais encontram-se às fls. 695/696, vê-se que tais entorpecentes foram localizados em uma construção abandonada na Rua Nair Fonseca, no bairro Fonseca, em Itabuna, que, embora seja local de atuação da Ocrim em questão, de acordo com o próprio inquérito, não houve prisões no momento da diligência, de sorte que as drogas não podem ser atribuídas a qualquer dos acusados. Desse modo, não há nestes autos a comprovação da autoria e materialidade do delitos de tráfico de drogas, tendo em vista que durante a fase investigatória não foi provada a posse de substâncias ilícitas com os acusados, nem mesmo durante a instrução vieram aos autos laudos vinculando substâncias entorpecentes aos réus, não se podendo afirmar que os mesmos praticaram o delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006. Dessa forma, do acervo probatório produzido não se pode concluir, de forma inequívoca, que a conduta dos acusados estivesse atrelada à prática do comércio de entorpecentes, em que pese, conforme já demonstrado, a associação para o tráfico de drogas já tenha restado provada. Portanto, ainda que os denunciados possam em tese ter praticado o tráfico, como nos informam as transcrições dos áudios produzidos no curso da investigação policial, no caso sub judice falta a prova da materialidade e autoria desse crime pelos quais os denunciados serão absolvidos adiante.” (id 30311732). Registre-se, ainda, que a ação penal de origem foi distribuída em 16/08/2017, enquanto a ação penal em trâmite na VORCRIM foi distribuída apenas em 28/02/2018. Por litispendência, no processo penal, compreende-se “a repetição de causa já instaurada anteriormente, envolvendo as mesmas

partes e o mesmo fato delituoso, que vem a ser a causa petendi". (Eugênio Pacelli de Oliveira, In Curso de Processo Penal, Editora Del Rey, 11ª edição, 2009, p. 279 Sobre o tema, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVANTE DENUNCIADO POR PARTICIPAÇÃO EM DUAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS EM AÇÕES PENAIIS DISTINTAS. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIMES DISTINTOS. AGENTES DIVERSOS. LOCALIDADES E LAPSOS TEMPORAIS DIFERENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. I – A litispendência no processo penal – pressuposto processual de validade objetivo extrínseco negativo ou impeditivo – configura-se quando ao mesmo acusado, em duas ou mais ações penais, forem imputadas a prática de condutas criminosas idênticas, ainda que se lhes confira qualificação jurídica diversa. Precedentes. II – Na hipótese, não há litispendência entre as ações penais, tampouco a ocorrência de dupla imputação, tendo em vista que, conforme observou a Corte a quo no v. acórdão recorrido, as ações penais tratam de crimes distintos, perpetrados em associação com agentes diversos em localidades e lapsos temporais diferentes. Precedentes. III – É assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 153.799/RJ, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 19/11/2021) – grifei No caso em testilha, não há coincidência de causa de pedir ou dupla imputação. Ainda que o delito de tráfico de drogas seja considerado crime permanente, não se verifica, nos autos, que a apreensão de entorpecente apurada no presente procedimento esteja englobada nas imputações constantes na Ação Penal nº 0305575-68.2018.8.05.0001, que tramitou na Vara de Organização Criminosa da Comarca de Salvador, sobretudo porque os procedimentos persecutórios tiveram origens em operações policiais diversas, sendo o inquérito policial que deu ensejo à presente ação, instaurado a partir da prisão em flagrante do réu, por prepostos da polícia militar, enquanto a ação penal que tramitou na VORCRIM foi deflagrada a partir de procedimentos cautelares determinados judicialmente, e cumpridos pela polícia civil, sob monitoração do GAECO, para apuração de fatos noticiados em outro contexto criminoso. Sendo assim, merece acolhida o pleito ministerial de anulação da sentença extintiva, sem resolução do mérito, que acolheu exceção de litispendência oferecida pela Defesa do acusado. Ante o exposto, e na esteira do parecer ministerial, voto pelo provimento do Recurso, a fim de que seja anulada a sentença extintiva que declarou a litispendência, e devolução dos autos ao juízo primevo, para que proceda à apreciação do meritum causae, superada a preliminar deduzida. É como voto. Salvador/BA, 22 de agosto de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora