



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000329158

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0022362-16.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado TIAGO FERNANDES DE SOUZA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a preliminar defensiva, sendo as apelações conhecidas como recursos em sentido estrito, deram provimento para revogar a decisão de fls. 302/303 e determinar o regular prosseguimento do feito. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente) E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 15617

Apelação Criminal nº 0022362-16.2018.8.26.0050

Comarca: 1ª Vara Criminal de São Paulo

Juiz de Direito: doutor Fabrizio Sena Fusari

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Itaú Unibanco S. A. (assistente de acusação)

Apelado: Tiago Fernandes de Souza

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. ESTELIONATO. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e Itaú Unibanco S.A. contra decisão que rejeitou denúncia contra Tiago Fernandes de Souza, acusado de estelionato. A decisão foi baseada na alegação de coisa julgada após arquivamento por falta de representação das vítimas. O Ministério Público e o assistente de acusação argumentam que a denúncia foi rejeitada de forma extemporânea e a representação foi feita em tempo hábil.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) se a decisão de rejeitar a denúncia por coisa julgada foi correta, considerando a representação feita em tempo hábil, e (ii) se a decisão de arquivamento do inquérito policial impede o prosseguimento da ação penal.

III. Razões de Decidir

3. Rejeita-se a preliminar de inadequação do recurso, aplicando o princípio da fungibilidade recursal, que permite a conversão do recurso de apelação em recurso em sentido estrito, desde que não haja má-fé e o recurso tenha sido interposto no prazo legal.

4. No mérito, o arquivamento do inquérito policial não impede o prosseguimento da ação penal, pois não houve manifestação sobre o mérito, apenas ausência de condição de procedibilidade, que, em verdade, já havia sido posteriormente suprida. A decisão de arquivamento fez apenas coisa julgada formal, permitindo o oferecimento da denúncia diante da demonstração da

manifestação de interesse da vítima dentro do prazo legal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido. Determina-se o prosseguimento do feito, mantido o recebimento da denúncia.

Tese de julgamento:

O princípio da fungibilidade recursal permite a conversão de apelação em recurso em sentido estrito, desde que não haja má-fé e o recurso seja tempestivo.

O arquivamento do inquérito policial por ausência de condição de procedibilidade não impede o oferecimento posterior da denúncia, quando a condição é suprida, pois tal arquivamento faz apenas coisa julgada formal.

A manifestação de interesse da vítima dentro do prazo decadencial justifica o desarquivamento do inquérito e o prosseguimento da ação penal.

Legislação Citada:

Código de Processo Penal, art. 395, II; art. 581, I; art. 579.

Código Penal, art. 171, § 4º e § 5º.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp 1.354.838/MT, Rel. Min. Campos Marques, T5, j. 05.04.2013.

STJ, AgRg no REsp 1610964/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 23.04.2019.

I – Relatório

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo **Ministério Público** e por **Itaú Unibanco S. A.** (assistente de acusação), em face da respeitável decisão de fls. 302/303, que, com fundamento no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia oferecida contra *Tiago Fernandes de Souza*, acusado de infringir o artigo 171, § 4º, do Código Penal.

Sustentam, em apertada síntese, que a decisão deve ser reformada, pois rejeitou a denúncia de forma extemporânea, decidindo o juízo sobre o pressuposto recursal negativo (coisa julgada) somente após a designação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

audiência de instrução. Tal circunstância, aliada ao fato de ter havido representação criminal pela continuidade do processo em tempo hábil, exige que seja mantido o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, designando-se nova audiência de instrução, possibilitando o regular prosseguimento do feito até final sentença condenatória (fls. 313/321 e 344/352).

Contrarrazões da Defensoria Pública a fls. 327/335 e 355/363, requerendo, preliminarmente, o não conhecimento dos recursos, ante a inadequação da via eleita e, no mérito, a manutenção da respeitável decisão.

Oposição ao julgamento virtual, fls. 374.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento dos recursos (fls. 377/383).

II – Fundamentação

De início, rejeita-se a preliminar de inadequação do recurso interposto.

A r. decisão de Primeiro Grau acolheu a preliminar arguida pela defesa - presença de pressuposto processual negativo (coisa julgada) - e rejeitou a denúncia, nos termos do artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal.

Os recursos interpostos foram de apelação, conquanto, de fato, a via processual adequada para impugnação de decisões de rejeição da inicial acusatória, nos termos da regra do artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal.

Todavia, no Código de Processo Penal existe o princípio da fungibilidade recursal. O artigo 579 dispõe que "*salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro*".

Ainda que haja ampla jurisprudência acerca do erro grosseiro, observa-se que este, conforme a norma processual vigente, não impede o exame do recurso, desde que, evidentemente, tenha sido apresentado dentro do prazo legal apropriado, afastando-se, assim, de forma inequívoca, qualquer indício de má-fé.

Portanto, as apelações podem ser conhecidas como recursos em sentido estrito, sanando-se as irregularidades, sem prejuízo às partes, para, no mérito, dar-lhes provimento, respeitando o entendimento do culto Magistrado, doutor Fabrizio Sena Fusari.

Tiago Fernandes de Souza foi preso em flagrante, em **15.3.2018**, por ter, em tese, infringido o **artigo 171, § 4º, do Código Penal**, porque, por volta de **17 horas**, em estabelecimento da empresa Magazine Luiza, situado na Rua Doze de Outubro, n. 357, Lapa, nesta capital, teria obtido, para si, vantagem ilícita de R\$ 12.676,00 (doze mil seiscentos e setenta e seis reais), em prejuízo do banco Itaú S.A, induzindo em erro, mediante meio fraudulento a idosa S. B. H. Ao que consta, pessoa não identificada, passando-se por funcionário do Banco Itaú, entrou em contato com a vítima, alegando ter verificado transações irregulares em sua conta, induzindo-a a fornecer suas senhas bancárias e a entregar dois cartões de créditos para um motoboy, que passou em sua residência para recolhê-los. Horas depois, o verdadeiro setor de fraudes do Itaú constatou a utilização dos cartões da vítima para aquisição de quatro aparelhos celulares da marca Apple, em estabelecimento comercial pertencente à Magazine Luiza. Rapidamente entraram em contato com a vítima, tomando ciência do ocorrido e imediatamente acionaram apoio da polícia civil. Investigadores de Polícia detiveram Tiago ainda no interior do estabelecimento, na posse dos aparelhos celulares e cartões de crédito em nome

da idosa, bem como outros cartões pertencentes a terceiros.

Todavia, em 27.1.2022, o Ministério Público manifestou-se pela falta de condição de procedibilidade da ação ante a ausência de representação das vítimas (fls. 141), promovendo-se o arquivamento dos autos pelo Juízo do DIPO, em 4.2.2022 (fls. 142/143), com trânsito em julgado em 30.5.2022 (fls. 144).

Em petição apresentada posteriormente pela instituição financeira Itaú Unibanco S/A, requereu-se a reconsideração da decisão, pois já havia expressamente manifestado interesse na representação criminal, aos 20.7.2020, dentro do prazo legal, cf. fls. 87, cumprindo, assim, a condição de procedibilidade do artigo 171, § 5º, do Código Penal (fls. 145/147), sendo importante ressaltar que referida petição foi juntada aos autos em momento que muito antecede a sentença que reconheceu a extinção da punibilidade (repise-se, em 4.2.2022, fls. 143).

Diante disso, os autos foram com vistas ao Ministério Público que, então, ofereceu a denúncia (fls. 164 e 216/217).

A inicial acusatória foi recebida (fls. 218) e, após a citação do ora recorrido (fls. 253) e a apresentação da resposta à acusação (fls. 258/261), o douto Magistrado manteve o recebimento da denúncia, ressaltando não estarem presentes "quaisquer causas de extinção de punibilidade" e designou audiência de instrução e julgamento para o dia **26.4.2023, às 14h30** (fls. 268/272).

Entretanto, instalada a audiência (fls. 301), o Juiz de Primeiro Grau proferiu nova decisão, rejeitando a denúncia, sob o argumento de que houve formação de coisa julgada material, pressuposto processual negativo impeditivo do recebimento da inicial acusatória, "in verbis":

"Acolho a preliminar trazida pela Defensoria Pública na resposta à

acusação apresentada. Com efeito, verifico a presença de pressuposto processual negativo (coisa julgada) que inviabiliza a continuidade da presente ação penal. Da análise dos autos do inquérito, verifico que, a fls. 141, o Ministério Público apresentou promoção de arquivamento, sob fundamento de que as vítimas não apresentaram interesse na persecução penal, condição de procedibilidade trazida na Lei 13.964/19 para a hipótese do crime de estelionato. O Juízo do DIPO, então, acolhendo a tese do Ministério Público, julga extinta a punibilidade do investigado, com fundamento no art. 107, inciso V, do Código Penal, e a decisão transita em julgado em 30 de maio de 2022, conforme certidão de fls. 144. Sobrevém, então, petição do banco-vítima, requerendo a reconsideração da decisão, ao argumento de que a instituição financeira já havia apresentado perante a autoridade policial a representação como condição de procedibilidade, e dentro do prazo legal. Segundo a peticionante, por algum equívoco atribuível à autoridade policial, referido documento não teria sido juntado nos autos de inquérito. O pedido de reconsideração não é submetido à apreciação judicial. Os autos são encaminhados em vista ao Ministério Público que, ignorando a declaração de extinção de punibilidade transitada em julgado, sem qualquer justificativa jurídica ou apresentação de fatos novos, oferece a denúncia. Esse é o quadro processual sob exame e assiste razão à Defensoria Pública nas teses apresentadas que afetam a justa causa para o prosseguimento da ação penal. Inicialmente, como bem destacado, ao contrário do que consta da petição da instituição financeira, a representação protocolada sempre esteve nos autos do inquérito, conforme se verifica a fls. 87 dos autos (fls. 78 quando ainda tramitava sob a forma física) , em momento que em muito antecede a promoção de arquivamento e a homologação judicial. Não se desconhece entendimento doutrinário e jurisprudencial, inclusive sumulado (Súm. 524, STF) de que a decisão que homologa a promoção de arquivamento do inquérito policial produz, tão somente, coisa julgada formal, e que é possível a reabertura das investigações. Essa reabertura, entretanto, é condicionada a superveniência de novas provas, o que é a situação dos autos. Não se está diante, também, de

hipótese em que a extinção de punibilidade decorre de documento cuja falsidade é apresentada a posteriori, situação essa que igualmente é admitida a retomada da persecução penal, sem que haja ofensa à coisa julgada. Como exposto, a declaração de extinção de punibilidade decorre da constatação pelo Juízo de ausência de condição de procedibilidade, conforme alteração trazida pelo Pacote Anticrime em relação ao crime de estelionato. Novamente, o Ministério Público promove arquivamento por erro na análise da documentação que instruíra o inquérito policial. Se houve equívoco nessa avaliação preliminar do inquérito, não seria possível superar a prejudicial sem a devida avaliação judicial e oferecer a denúncia, ressaltando-se que na cota introdutória à inicial não há qualquer menção ou justificativa idônea para a apresentação superveniente da peça. Com razão a defesa ao sustentar que "no caso dos autos, a coisa julgada não pode sofrer relativização, sobretudo porque já existia nos autos documento atestando a representação criminal ofertada pela instituição financeira e, nada obstante, foi proferida sentença decretando a extinção da punibilidade do acusado". Ante o exposto, reconheço a presença de pressuposto processual negativo (coisa julgada) e, em consequência, JULGO EXTINTA a ação penal, com fundamento no art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal. Após o trânsito em julgado, façam-se as comunicações de praxe, verificação de objetos e valores apreendidos e arquivem-se os autos" (fls. 302/303).

A respeito da aventada nulidade da decisão recorrida, que revogou o anterior e regular recebimento da inicial acusatória, existe divergência sobre o tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De um lado, há entendimento no sentido da nulidade da decisão posterior de retratação do Magistrado, ao rejeitar a denúncia já recebida, por força da preclusão lógica da matéria ou, ainda, preclusão "pro judicato", com vistas a preservar a segurança jurídica (STJ - **REsp 1.354.838/MT** – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Campos Marques - Desembargador convocado do TJ/PR - DJe

5.4.2013). Por outro lado, existe posição mais atual e consolidada pela possibilidade do juízo de retratação, no entanto, isso deve ocorrer antes da resposta à acusação ou, se feito posteriormente, deve estar respaldado em tese defensiva, como ocorreu no caso dos autos (STJ - *AgRg no REsp 1610964/RJ* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 23.4.2019 - Dje 30.4.2019).

Porém, no mérito, respeitando o entendimento do culto Magistrado, **não há se falar em coisa julgada que inviabilize a continuidade da ação penal.**

Isso porque o arquivamento de inquéritos policiais é ato administrativo judicial, não tendo aptidão à coisa julgada material. E, na hipótese, como bem ressaltou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer, "*o arquivamento se deu com base na ausência de condição de procedibilidade, inexistindo qualquer manifestação a respeito do mérito, de modo que a decisão judicial que homologou a promoção de arquivamento formulada pelo Ministério Público fez apenas coisa julgada formal, o que não impede ulterior oferecimento de denúncia, caso a condição seja implementada posteriormente*" (fls. 382).

Com efeito, não se pode simplesmente ignorar o fato de que a manifestação ministerial pela promoção de arquivamento do inquérito policial e o seu acolhimento pelo Juízo da DIPO, resultaram, em verdade, de evidente equívoco na análise das condições de procedibilidade para a instauração da ação pública condicionada, pois, como já mencionado, a instituição financeira (vítima) já havia manifestado seu interesse na representação criminal dentro do prazo decadencial. Tal circunstância justifica o desarquivamento do inquérito, sendo, de fato, inaceitável o prejuízo causado à instituição financeira (vítima) decorrente desse equívoco.

Portanto, a r. decisão de fls. 302/303 pode ser cassada, determinando-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

se, em consequência, o prosseguimento do feito, mantido o recebimento da denúncia em desfavor de Tiago Fernandes de Souza.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar defensiva, podendo as apelações serem conhecidas como recursos em sentido estrito, dando-lhes provimento para revogar a decisão de fls. 302/303 e determinar o regular prosseguimento do feito.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.