



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000333957

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0013924-75.2023.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE ROBERTO DOS SANTOS, são apelados HERMINIO DEL TRANSITO MUNOZ LLANOS e MARIA ALICIA TORRES CARDENAS.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, com observação, DERAM PROVIMENTO ao recurso interposto para cassar a r. sentença de primeiro grau que declarou a extinção da punibilidade dos recorridos HERMÍNIO DEL TRANSITO MUÑOZ LLANOS, MARIA ALÍCIA TORRES CARDEÑAS, JOSÉ LUIZ FONSECA DA ROCHA e JOSÉ LAÉRCIO SANTANA, determinando-se o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN E JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

SÉRGIO RIBAS

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 0013924-75.2023.8.26.0001

Apelante: Jose Roberto dos Santos

Apelados: Herminio Del Transito Munoz Llanos e Maria Alicia Torres Cardenas

Partes: Jose Luiz Fonseca da Rocha e Jose Laercio Santana

Comarca: São Paulo

Voto nº 57.058

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por José Roberto dos Santos, contra a r. decisão de fls. 226/228, que extinguiu a punibilidade dos averiguados, julgando extinta a punibilidade de HERMÍNIO DEL TRANSITO MUÑOZ LLANOS, MARIA ALÍCIA TORRES CARDEÑAS, JOSÉ LUIZ FONSECA DA ROCHA e JOSÉ LAÉRCIO SANTANA, relativa à imputação de infração ao artigo 171, “caput”, do Código Penal, com fundamento no artigo 107, IV, do Código Penal.

Inconformado, recorre o interessado José Roberto dos Santos, visando à cassação da r. decisão de primeiro grau, para que seja dado prosseguimento os autos de investigação do crime de estelionato por parte dos recorridos (DIPO 3, Seção 3.2.2, do Foro Criminal da Barra Funda/SP, processo nº 0013924-75.2023.8.26.0001 - fls. 237/250).

O recurso foi bem processado e contrariado pelos recorridos, alegando as seguintes preliminares: (a) não conhecimento do recurso considerando-se a falta de adequação, consistente em “erro grosseiro”, uma vez que o recurso cabível na espécie, seria o recurso em sentido estrito; (b) manifesta ausência de legitimidade, aduzindo que o Ministério Público não recorreu da decisão que julgou extinta a punibilidade dos recorridos, não podendo a parte, apelar como assistente de acusação, já que não possui legitimidade recursal. Por fim, aduz que o direito de representação decaiu, nos termos da r. sentença que a seu ver, deve ser mantida (fls. 256/274).

O Ministério Público apresentou parecer no sentido do provimento do recurso interposto (fls. 280/284).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça pugnou pelo provimento do recurso (fls. 293/295).

Consta dos autos que, em um primeiro momento a Magistrada de piso, julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, com fundamento nos artigos 330, II e, 485, I e §3º, todos do Código de processo Civil, c.c. o art. 3º, do CPP (fls. 56), de modo que, naquela ocasião, não havia ainda sido instaurado o Inquérito Policial para investigação dos fatos.

Contra essa decisão, o ora recorrente ingressou com recurso (fls. 108/114 e 115/121), objetivando que fosse instaurado o inquérito policial para que os fatos por ele alegados fossem apurados, tendo sido, inclusive, oferecida a representação.

O Ministério Público contrarrazoou (fls. 125/127), opinando pelo acolhimento do recurso.

A d. Procuradoria (fls. 132/133), ofereceu parecer no sentido do provimento do recurso, ou seja, para que o Inquérito Policial fosse instaurado, a fim de que fosse investigado eventual prática do crime de estelionato por parte dos recorridos.

Sobreveio v. Acórdão (fls. 135/138), o qual deu provimento V.U, ao recurso para que fosse instaurado o Inquérito Policial para eventual apuração dos fatos alegados pelo recorrente.

Nesse ínterim ingressou nos autos a atual defesa técnica dos recorridos (fls. 158/166 e 167/217), peticionando, buscando o reconhecimento da decadência do direito de representação.

O Ministério Público se manifestou nos autos (fls. 222) afastando a intenção de reconhecimento da decadência pelos recorridos, aguardando o “urgente prosseguimento, com o cumprimento do v. Acórdão” que determinou a instauração do Inquérito Policial.

Todavia, antes mesmo, sobreveio a r. sentença, ora hostilizada (fls. 226/228), a qual julgou extinta a punibilidade dos recorridos, com relação ao crime de estelionato, reconhecendo a decadência, nos termos do art. 107, IV, do CP.

O Juízo “a quo” extinguiu a punibilidade dos investigados por entender que, com o surgimento da alteração promovida

pelo Pacote anticrime a vítima teria o prazo de 6 meses para ofertar a respectiva representação criminal, a qual teria findado em 22/07/2020, data anterior ao oferecimento da representação.

Foi contra essa decisão que o recorrido ingressou com a presente apelação.

É o relatório.

Segundo consta nos autos, foi iniciado procedimento por meio de *notitia criminis* apresentada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, em face de HERMÍNIO DEL TRANSITO MUÑOZ LLANOS, MARIA ALÍCIA TORRES CARDEÑAS, JOSÉ LUIZ FONSECA DA ROCHA e JOSÉ LAÉRCIO SANTANA, pela prática, em tese, do delito de estelionato (fls. 2/9). Consta dos autos que o apelante, advogado, foi contratado por Hermínio e Maria Alícia para representá-los nos autos da ação cível nº 0106428-24.1991.8.26.0001, em trâmite perante a 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santana.

Ocorre que, em 27 de agosto de 2019, o patrono foi destituído do patrocínio da causa, com a atuação dos representados José Luiz Fonseca da Rocha e José Laércio Santana nos autos. Afirma o requerente que, após o desarquivamento dos autos, tomou conhecimento de que, desde 2016, os representados estariam atuando com intenção de não pagar os honorários advocatícios devidos, evidenciando a prática, em tese, do crime de estelionato, além de crimes contra a honra. Dessa forma, em 26 de outubro de 2022, o requerente representou perante a Autoridade Policial do 40º Distrito Policial pela instauração de inquérito para apuração de delitos contra a honra, bem como pela infração penal de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estelionato (fls. 168/186).

O requerente apresentou *notitia criminis* perante o Juízo da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana I. Os autos vieram remetidos ao Juízo de primeira instância (fls. 46).

Estes são os fatos.

Inicialmente, algumas considerações devem ser feitas.

Sobre a alegação dos recorridos que o recurso não deveria ser conhecido, porquanto inadequado, já que no caso, o recurso cabível seria o recurso sem sentido estrito, observa-se que os Tribunais Superiores já têm entendido pela aplicação do princípio da fungibilidade em casos de interposição da apelação no lugar do recurso sem sentido estrito, como se vê:

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg nos EAREsp 1240307/MT, decidiu que “é possível a aplicação do princípio da fungibilidade entre os recursos em sentido estrito e de apelação, não havendo, portanto, que se falar em erro grosseiro”.

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO E DE APELAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO EAREsp 517516 / RO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial de

que é possível a aplicação do princípio da fungibilidade entre os recursos em sentido estrito e de apelação, não havendo, portanto, que se falar em erro grosseiro. 2. Nessa ordem de ideias, não há como afastar, no caso, a incidência do óbice do enunciado n. 168 da Súmula do STJ, segundo o qual, não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 1240307/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2021, DJe 23/03/2021).

Não bastasse nos ternos do Tema repetitivo 1219 (REsp 2082481/MG RECURSO ESPECIAL 2023/0224016-3):

“Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para determinar o processamento do recurso ministerial e fixar a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1.219: "é adequada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal aos casos em que, embora cabível recurso em sentido estrito, a parte impugna a decisão mediante apelação ou vice-versa, desde que observados a tempestividade e os demais pressupostos de admissibilidade do recurso cabível, na forma do art. 579, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO DO ART. 579, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. CONTROVÉRSIA ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL AOS CASOS EM QUE, EMBORA CABÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, A PARTE IMPUGNA DECISÃO MEDIANTE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA NO JULGAMENTO DOS EDCL NO AGRG NOS EARESP N. 1.240.307/MT. ERRO GROSSEIRO. CIRCUNSTÂNCIA INAPTA A CARACTERIZAR, POR SI SÓ, A MÁ-FÉ PRECONIZADA NA NORMA PROCESSUAL (ART. 579 DO CPP). INTELIGÊNCIA DO ART. 80 DO CPC, APLICADO NA FORMA DO ART. 3º DO CPP.

1. No julgamento dos EDcl no AgRg nos EAREsp n. 1.240.307/MT, a Terceira Seção desta Corte, ao acolher o voto do Ministro Joel Ilan Paciornik, estabeleceu as seguintes conclusões: 1) a ausência de má-fé, enquanto pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade, **não é sinônimo de erro grosseiro**, devendo ser adotado o critério estabelecido em lei sobre o que se considera litigância de má-fé (art. 80 do CPC, c/c o art. 3º do CPP), de modo que é possível rechaçar a incidência do princípio da fungibilidade com base no erro grosseiro na escolha do recurso, desde que verificado o intuito manifestamente protelatório; 2) a tempestividade, considerando o prazo do recurso cabível, bem como o preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade do reclamo adequado, também consubstanciam requisitos para aplicação da fungibilidade, pois o parágrafo único do art. 579 do CPP traz requisito implícito para a aplicação do princípio da fungibilidade, qual seja, a possibilidade de processamento do recurso impróprio de acordo com o rito do recurso cabível, de modo que o princípio da fungibilidade não alcança as hipóteses em que a parte lança mão de recurso inapto para o fim que se almeja ou mesmo direcionado a órgão incompetente para reformar a decisão atacada, tal como no caso de oposição de embargos de declaração ou interposição de agravo interno em face da decisão que inadmite o recurso especial na origem.

2. Em suma, em sede processual penal, caso verificado que o recurso

interposto, embora flagrantemente inadequado (erro grosseiro), foi interposto dentro do prazo do recurso cabível e ostenta os requisitos de admissibilidade daquele reclamo, sendo possível processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível, é possível receber tal reclamo no lugar daquele que seria o adequado por força do princípio da fungibilidade recursal, desde que não se verifique intuito manifestamente protelatório, condição apta a caracterizar a má-fé (art. 80 do CPC, c/c o art. 3º do CPP) e a obstar a incidência da norma processual em comento (art. 579 do CPP). 3. Aplicando tal conclusão ao caso sob exame, deve ser acolhido o recurso ministerial, a fim de se admitir a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na espécie, pois, da mera interposição de apelação em substituição ao recurso que seria cabível (recurso em sentido estrito) ou vice-versa, não se verifica intuito protelatório apto a caracterizar litigância de má-fé nem óbice ao processamento, já que é possível ao Tribunal a quo adotar o rito do recurso cabível. 4. Recurso especial provido, fixada a seguinte tese: é adequada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal aos casos em que, embora cabível recurso em sentido estrito, a parte impugna a decisão mediante apelação ou vice-versa, desde que observados a tempestividade e os demais pressupostos de admissibilidade do recurso cabível, na forma do art. 579, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Antonio Saldanha Palheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas. DATA DO JULGAMENTO **11/09/2024** PUBLICACAO 13/09/2024 TRANSITADO EM JULGADO”. (grifei)

É o caso dos autos.

Assim, ainda que esta Relatoria tenha

adotado entendimento diverso, no caso, no julgamento do recurso (RSE nº 1501137-59.2021.8.26.0372, rel. DES. SÉRGIO RIBAS, j. 22.03.2024), como, aliás, destacado pela combativa defesa dos recorridos, como se vê, entendimento diverso, mais atual, tem sido adotado pelos Tribunais Superiores, como se demonstrou acima, em decisões, inclusive, supervenientes a decisão mencionada pelos recorridos.

Deve-se considerar, no caso, os princípios da instrumentalidade das formas, do acesso à justiça e, em especial, o da fungibilidade recursal.

Assim, fica afastada a preliminar alegada pelos recorridos de ocorrência de “erro grosseiro” uma vez que foram observados os demais requisitos necessários à interposição do recurso, não se vislumbrando, ainda, “má fé” por parte do apelante, a qual não ficou comprovada nos autos.

Sobre a preliminar alegada pelos recorridos de ilegitimidade de parte, observa-se que, na hipótese, mais do que a figura do “assistente de acusação”, assim classificado pela defesa, deve-se considerar o direito daquele que se diz “vítima” buscar a investigação e apuração dos fatos alegados, para somente após, respeitando-se a marcha processual e os atos do processo, inclusive e, antes disso, a instauração de inquérito policial e, nessa ordem, o prosseguimento ou não do processo, tudo em busca da verdade real, ou seja, da prestação jurisdicional.

De maneira que, não seria coerente com o que dispõe a CF/88 que, após uma decisão de primeiro grau, a qual extingue a punibilidade dos recorridos, sem que a ação processual tivesse sido iniciada, ou seja, uma decisão proferida em sede de inquérito policial, e ainda, ausente,

por qualquer razão, recurso do Ministério Público, tivesse a parte que entende estar sendo “lesionada em seu direito”, não ter como demonstrar seu inconformismo e interpor recurso para ter a possibilidade de ver modificada a decisão que não lhe foi favorável.

De modo que, também nesse caso, deve-se respeitar o direito do acesso à Justiça daquele que se entende por vítima, direito, aliás garantido amplamente pela Constituição Federal.

Por fim, deve-se considerar ainda, que não ficou comprovado qualquer prejuízo para os recorridos, já que até o momento, sequer foi instaurada ação penal pelo Ministério Público, titular da ação, e, mais, ele sequer se manifestou nos autos acerca de eventual arquivamento ou eventual prosseguimento da ação, o que lhe cabe, já que como dito ele é o titular da Ação Penal., ainda que condicionada à representação, como é o caso dos autos.

De modo que, as preliminares arguidas em sede de contrarrazões pela combativa defesa dos recorridos, ficam afastadas.

Quanto ao objeto do recurso da apelação, pelo que se verifica, em síntese, foi instaurado inquérito policial a partir da notícia de crime pelo recorrente alegando ter sido vítima do crime de estelionato e de delitos contra a honra, em tese, praticado pelos recorridos, em novembro de 2017, oportunidade em que o recorrente foi destituído, da qualidade de patrono das partes (autos 0106428-24.1991.8.26.0001 – 1ª Vara Cível de Santana), bem como realizadas outras transações por parte dos apelados, para não pagarem os honorários advocatícios ao noticiante (fls. 55).

Consta, ainda que, os atos executórios do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

crime, em tese, noticiados, teriam se iniciado antes da alteração legislativa trazida pelo Pacote Anticrime e, segundo entendimento do STF a regra da representação deve retroagir aos casos de estelionato em andamento quando de sua promulgação, tendo a vítima um prazo de 30 dias para manifestar-se sob pena de decadência, considerando a natureza híbrida do instituto da representação (penal e processual penal). Assim, o prazo decadencial de 6 (seis) meses deve ser contado a partir da entrada em vigor da referida norma.

Porém, ao que tudo indica, os fatos vieram à tona de forma progressiva, sendo que, de início, havia apenas uma suspeita da prática de crime, sendo que os fatos foram ocorrendo, em tese, ao longo do decurso do tempo, de maneira que não se pode afirmar, de forma inequívoca que o dolo da fraude (elemento subjetivo do tipo) tenha ocorrido já em 2016.

O recorrente tinha conhecimento das ações perpetradas pelos recorridos tendo ajuizado ação de execução (nº1124051-62.2020.8.26.0100). Diante das condutas subsequentes dos apelados, a vítima representou à Autoridade Policial em 26/10/2022, tendo ocorrido o exaurimento do estelionato em 22/09/2023 (fls. 63). Aliás, tecnicamente, verifica-se que o apelante era patrocinador da causa dos apelados até o ano de 2019, não havendo, nos autos, a data da consumação do crime de estelionato, o qual, segundo decisão do v. Acórdão de fls. 135/138, foi determinada a instauração de inquérito policial a fim de se apurar eventual crime de estelionato, sendo que as partes sequer foram ouvidas.

De modo que, de qualquer forma, a tese acima apresentada pelo STF não restou contrariada, considerando a data da representação pela vítima, e a decadência não poderia ter sido reconhecida, nos termos e momento em que o foi, de modo que a investigação deveria

mesmo ter prosseguido a fim de se apurar a verdade real dos fatos, a qual, poderá, aliás, até favorecer os apelados, como bem destacou o representante Ministerial.

Verifica-se que o Inquérito Policial foi instaurado, segundo determinação do v. Acórdão de fls. 135/138, o qual foi relatado pela Autoridade Policial (fls. 101), a qual propôs s.m.j. “o arquivamento do feito **após criteriosa análise e manifestação do representante do Ministério Público**”. (Grifei).

De modo que, a r. decisão de primeiro grau que extinguiu a punibilidade dos recorridos se deu, respeitados entendimentos diversos, fora do contexto da marcha processual, uma vez que a Lei Instrumental Penal, em seu Título III, especificamente no art. 61, declara que: “em qualquer momento do **processo**, o juiz se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício” (grifei)

Deve-se observar que o legislador pátrio usou a expressão – “**processo**” – no referido preceito, já que é a palavra adequada, uma vez que o Título III, do citado Diploma Legal, trata de “Ação Penal”, sendo coerente e adequado dizer que para que haja a declaração de extinção de punibilidade, de ofício, como é o caso dos autos, deve haver “**Ação Penal**”, que no caso não existe, já que, como dito, o feito encontrava-se na fase de inquérito policial. (grifei)

De maneira que, **com observação**, considerando-se as circunstâncias peculiares do presente feito, em especial, o fato de que após relatado o Inquérito Policial, não se manifestou o Ministério Público, seja pelo arquivamento do feito, seja pela propositura ou não da ação Penal, concluiu-se que indevida a declaração de extinção da punibilidade,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

devendo, assim, serem encaminhados os autos ao Ministério Público para que tome as providências que entender cabíveis ao caso.

Portanto, de rigor a cassação da r. sentença de primeiro grau.

Via de consequência, rejeitadas as preliminares, **com observação**, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso interposto para cassar a r. sentença de primeiro grau que declarou a extinção da punibilidade dos recorridos HERMÍNIO DEL TRANSITO MUÑOZ LLANOS, MARIA ALÍCIA TORRES CARDEÑAS, JOSÉ LUIZ FONSECA DA ROCHA e JOSÉ LAÉRCIO SANTANA, determinando-se o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

Sérgio Ribas

Relator