



**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0012733-78.2023.8.19.0004**

**RECORRENTE :** Fábio Amado (Assistente de Acusação)

**RECORRIDOS:** Mauro José Gonçalves, Maxwell Gomes Pereira e Fernando de Brito Meister

**JUÍZO DE ORIGEM:** 4ª Vara Criminal de São Gonçalo

**AÇÃO PENAL:** 0040480-71.2021.8.19.0004

**RELATOR :** Des. Fernando Antônio De Almeida

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICIDIO QUALIFICADO E INOVAÇÃO ARTIFICIOSA DO LOCAL – ARTIGO 121 § 2º, I E IV C/C ART.61, II ‘G’ DO CÓDIGO PENAL E ART.23 DA LEI 13.869/2019 C/C ART.29 DO CP – PEDIDO DE MEDIDAS CAUTELARES PARCIALMENTE INDEFERIDAS PELO MAGISTRADO A QUO – **INSURGÊNCIA DO ASSISTENTE** – PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO – DISCUSSÃO ACERCA DO RECURSO CABÍVEL – **AUSENCIA DE MÁ FÉ A IMPLICAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE SOB RISCO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – HIPÓTESE DE APELAÇÃO RESIDUAL EM QUE SE DETERMINA O ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO REVISOR****



## **ACORDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0012733-78.2023.8.19.0004, em que é Recorrente FABIO AMADO e Recorrido MAURO JOSÉ GONÇALVES, MAXWELL GOMES PEREIRA e FERNANDO DE BRITO MEISTER **A C O R D A M** os Desembargadores que compõem a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria e nos termos do voto do relator, foi determinado o encaminhamento à 2VP quanto ao presente feito para que o mesmo seja registrado como apelação e posteriormente receba um revisor, rechaçadas as preliminares de cabimento e legitimidade quanto ao recurso. A divergência, no particular, foi do segundo vogal que entende pela impossibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade de recurso por se tratar de erro grosseiro diante da enumeração exauriente do RSE, sem prejuízo de que a limitação quanto a legitimidade, esta contida ao final do art. 271 do CPP, não seria aqui alcançada.

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2024.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**  
Relator



## RELATÓRIO

Trata a hipótese de recurso em sentido estrito com amparo no art.581, V do CPP, interposto pelo Assistente de Acusação, através do núcleo dos Direitos humanos da Defensoria Pública, contra decisão da lavra do d. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de São Gonçalo, vista em cópia a fls. 52/53– id.005(fl. 4691/4692 dos autos originários), que indeferiu o pedido de restabelecimento das medidas cautelares anteriormente impostas em desfavor dos recorridos Mauro José Gonçalves, Maxwell Gomes Pereira e Fernando de Brito Meister, acusados da prática, no dia 18/05/2020, dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, incisos I e II, c/c artigo 61, inciso II, alínea (g), todos do Código Penal, e artigo 23 da Lei 13.869/2019; n/f do artigo 69 do Código Penal– sob o fundamento de não serem mais necessárias, tendo em vista o encerramento da instrução probatória.

Nas razões recursais, o recorrente requer a reforma da decisão, com o reestabelecimento das medidas cautelares em razão do requerimento de acareação entre testemunhas, o que importaria em continuidade da instrução. Continua, esclarecendo que os acusados Mauro José e Maxwell já responderam, em outra oportunidade, por uso abusivo e desproporcional da força e por fraude processual, assim como agora o fazem no processo de origem, fato capaz de incutir justificado temor na família da vítima e nas demais testemunhas, expostas a sistemáticos conflitos armados na região do complexo do Salgueiro, local do fato delituoso imputado aos acusados. Por fim, argumenta que o crime imputado aos recorridos é grave, requerendo a assistência às vítimas, proibindo a aproximação, com distância mínima de 200 metros, além da já deferida medida cautelar de proibição de comunicação (diretamente ou por intermédia pessoa) por qualquer meio, incluindo telefônico, por aplicativos de mensagens ou outras redes sociais, com os familiares da vítima, em especial seus pais e sua irmã, bem como com as demais testemunhas



de acusação, mais especificamente aquelas que não sejam agentes públicos; e proibição de exercerem suas funções públicas no território do Complexo do Salgueiro, sobretudo por meio de incursões policiais armadas.

Contrarrazões defensivas, sustentando, em preliminar, a ilegitimidade do assistente de acusação para a interposição do recurso e, no mérito, pugna pelo seu desprovimento.

O magistrado de piso exerceu o Juízo de Retratação, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos. (fl. 68 – arq. 0005).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Dr. ROGÉRIO LIMA SÁ FERREIRA (Id. 00113), opinando pelo conhecimento do recurso e no mérito seja dado provimento ao mesmo.

**É o relatório.**

## VOTO

De início, cumpre a análise da tese aventada quanto a ausência de legitimidade recursal do Assistente de Acusação. Sustenta a operosa Defesa que tal legitimidade depende tanto da inércia do Ministério Público, como da natureza da decisão a ser impugnada, ressaltando ser o mesmo parte secundária. Aduz que o mesmo somente poderá arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio nos casos de extinção de punibilidade, impronúncia e de recurso de apelação perante o Tribunal do Júri nos termos do art.271 do CPP.

Em primeiro lugar, faz-se necessário a discussão a respeito do cabimento especificamente do RESE para impugnação de decisões que venham a indeferir ou revogar as medidas cautelares pessoais previstas no art.319 do CPP.

Perceba-se que ao estabelecer tais medidas não se tem em mente antecipar efeitos condenatórios, o que esbarraria na presunção constitucional de não-culpabilidade, mas, sim, de garantir a prestabilidade da sentença de mérito nas ações penais cognitivas

Da análise do art. 282 do Código de Processo Penal infere-se que as cautelares penais possuem basicamente quatro funções, quais sejam: a garantia da aplicação da pena, a garantia da produção da prova, a reparação dos danos e, por fim, a garantia da ordem pública (função de prevenção especial)

Saliente-se que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no art. 581 do Código de Processo Penal, são exaustivas, isto é, *numerus clausus*. Isso porque o recurso em sentido estrito constitui exceção à regra geral da irrecorribilidade das decisões interlocutórias

no processo penal, motivo pelo qual, em razão da legalidade estrita e do próprio princípio do devido processo legal, não se admite a ampliação das hipóteses legais de cabimento por meio da analogia, com a utilização de determinado recurso quando a lei não o prevê para aquela situação concreta.

A possibilidade de extensão do rol do art. 581 do Código de Processo Penal é matéria extremamente controvertida na doutrina. Todavia, a reforçar o entendimento de inaplicabilidade de ampliação de suas hipóteses, o legislador trouxe previsão expressa acerca do cabimento da apelação em face de decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo RESE ou seja fora das hipóteses legais de cabimento do 581 do CPP. É a chamada apelação residual com previsão no art.593, inciso II do CPP.

**Art. 593.** *Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*

*I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;*

*II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (Redação dada pela Lei nº [263](#), de 23.2.1948).*

[...]

Diante do contexto fático aqui narrado me parece ser essa a medida a ser utilizada para impugnação da decisão atacada.

A maior dificuldade talvez esteja na interpretação do que pode ser compreendido como decisão definitiva ou com força de definitiva. Para Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup>, decisões definitivas ou com força de definitivas são hipóteses que não julgam o mérito (pretensão punitiva do Estado), mas terminam

---

<sup>1</sup> [Código de Processo Penal](#) Comentado, 10ª edição: São Paulo: RT, pág. 1.021



colocando fim a uma controvérsia surgida no processo principal ou em processo incidental, podendo ou não extingui-lo.

Como já indicado, a questão a ser enfrentada está relacionada ao recurso cabível para atacar decisão que indeferiu a medida aqui perseguida, qual seja, uma medida cautelar diversa da constrição de liberdade. Pois bem, Romeu Pires de Campos Barros<sup>2</sup> classifica as medidas cautelares penais em: a) cautelas pessoais, que são as prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por força de pronúncia e prisão em virtude de sentença condenatória recorrível), as medidas de segurança e interdições de direito (previstas no Título XI do Livro I do Código de Processo Penal e que se viram esvaziadas pela reforma da parte geral do Código Penal, levada a efeito em 1984), as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança) e as restrições processuais (Título X); b) cautelas patrimoniais, disciplinadas nos arts. 6º (inquérito policial), 125 (seqüestro), 132 (arresto), 136 (hipoteca legal) e 240 (busca e apreensão) do Código; c) cautelas referentes aos meios de prova (depoimento AD PERPETUAM REI MEMORIAM [art. 225], exame de corpo de delito [arts. 158/181], perícia complementar [art. 168, § 2º] e exame do local do crime [art. 169/173])

Nessa toada, a jurisprudência já pacificou que o sequestro de bens admite recurso de apelação (Precedentes STJ AgRg no RMS 35.973/MG, STJ REsp 1585781/RS, STJ, RMS 036532; STJ, RMS 018182 ). Considerando estarmos tratando de outra medida cautelar não seria demais supor que também o caso dos autos comportaria o recurso de apelação, com fulcro justamente no inciso II do art.593 do CPP.

---

<sup>2</sup> Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 42.



Pois bem, tratando-se de decisão monocrática, emanada de juiz togado, proferida na primeira fase do procedimento do júri, compreendo possível a aplicação do referido dispositivo na hipótese em comento.

De toda a forma, ainda que o caso comporte solução diversa, é o caso de aplicação do princípio da fungibilidade. Como não se ignora, o princípio da fungibilidade pressupõe a interposição do recurso inadequado que não caracterize um erro grosseiro e que o recorrente não esteja agindo de má-fé, servindo-se de recurso impróprio de prazo maior em razão de sua desídia em interpor o recurso correto, de prazo menor.

É exatamente essa a situação dos autos, em que a utilização de instrumento processual tido por inadequado não pode acarretar prejuízos concretos para as partes, ainda que secundárias, sob risco de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal)

Sem mais delongas, deve-se sublinhar a necessidade de dar uma interpretação sistemática ao art. 271 do CPP, não se restringindo à literalidade do dispositivo. No ponto, é firme a jurisprudência no sentido de que *"o assistente de acusação tem legitimidade para, quando já iniciada a persecução penal pelo seu órgão titular, atuar em seu auxílio e também supletivamente, na busca pela justa sanção, podendo apelar, opor embargos declaratórios e até interpor recurso extraordinário ou especial (REsp 1.675.874/MS, Voto do Ministro Rogério Schietti Cruz)" (AgRg nos EDcl no AREsp 1.565.652/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/6/2020).*



Ante o exposto, recebo o presente recurso como apelação, determinando o envio dos autos a douta revisão.

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2024.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**  
Relator