



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000327966

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0009295-27.2024.8.26.0000, da Comarca de Cordeirópolis, em que é peticionário KELBER JARDIM JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Indeferiram o pedido revisional. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), NOGUEIRA NASCIMENTO, CARLA RAHAL, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE SOUZA, PAULO ROSSI, AMABLE LOPEZ SOTO, ALEXANDRE ALMEIDA E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

REVISÃO CRIMINAL Nº 0009295-27.2024.8.26.0000 COMARCA: Cordeirópolis VOTO 30782

JUÍZO DE ORIGEM: Vara Única

AÇÃO PENAL Nº 1501181-11.2019.8.26.0320

PETICIONÁRIO: Kelber Jardim Junior

EMENTA: Direito Penal. Revisão Criminal. Roubos Majorados. Pedido indeferido.

I. Caso em Exame

Kelber Jardim Junior requer revisão criminal após condenação por roubo majorado, com pena de 16 anos e 4 meses de reclusão e 40 dias-multa. A defesa alega nulidade no reconhecimento policial e falta de provas, buscando absolvição ou redução da pena.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em: (i) a validade do reconhecimento policial e judicial do réu; (ii) a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena; (iii) o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes.

III. Razões de Decidir 3. O reconhecimento policial foi considerado válido, pois as vítimas descreveram características dos assaltantes e reconheceram o réu por foto e pessoalmente. Reconhecimento policial que foi ainda confirmado em juízo em ato que observou as formalidades legais. A jurisprudência admite, ademais, que as formalidades do art. 226 do CPP são recomendações, não exigências. 4. A aplicação cumulativa das causas de aumento de pena foi fundamentada nas circunstâncias concretas do crime, como o efetivo e ostensivo uso de arma de fogo, participação de múltiplos agentes a facilitar a ação marginal, além relevante e angustiante período de restrição de liberdade das vítimas. Circunstâncias concretas que emprestam maior gravidade às infrações. A continuidade delitiva foi afastada devido ao intervalo de quase seis meses entre os crimes.

IV. Dispositivo e Tese 5. Pedido revisional indeferido. Tese de julgamento: 1. A observância das formalidades do art. 226 do CPP não é obrigatória quando há outros elementos de prova. A positivação do reconhecimento observou todos os requisitos de validade, em todas as oportunidades em que foi realizada 2. A aplicação cumulativa de causas de aumento de pena é admissível quando justificada nas circunstâncias do caso concreto.

Legislação Citada:

CP, art. 157, § 2º, incisos II e V e § 2º-A, inciso I; art. 68, parágrafo único; art. 71; art. 59; art. 33, §§ 2º e 3º; art. 44, incisos I e III e § 3º; art. 77, caput e inciso II.

CPP, art. 621, inciso I; art. 226.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp nº 635.998 - DF, Rel. Min. Ericson Maranhão.

STJ, AgRg no REsp n. 2.061.969/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.

STF, RHC 113274-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Vistos.

Trata-se de revisão criminal requerida por Kelber Jardim Junior, condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos II e V e § 2º-A, inciso I, do CP, (por duas vezes), na forma do artigo 96 da Lei penal à pena de e 16 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, calculados no mínimo legal, em r. Sentença (fls. 23/37) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara única da Comarca de Cordeirópolis, que foi reformada por v. Acórdão (fls.38/64) da c. 15ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, com trânsito em julgado para defesa em 19/08/2021 (fls. 65).

A Defesa postula a desconstituição do julgado, com base no artigo 621, inciso I, do CPP, reconhecendo-se a nulidade do processo, por irregularidade do reconhecimento policial e, via de consequência, a absolvição do peticionário por falta de provas de autoria ou, subsidiariamente, o abrandamento da pena aplicando-se, ao caso, o disposto no artigo 68, parágrafo único do CP, bem assim o reconhecimento da continuidade delitiva entre as infrações, ao palio de que: o peticionário negou responsabilidade pelo delito imputado e foi reconhecido por ambas as vítimas apenas em solo policial, por meio de fotografias; em juízo, apenas uma das vítimas conseguiu confirmar o reconhecimento, no entanto o ato não se revestiu das formalidades previstas no artigo 226 do CPP; assim, o duvidoso reconhecimento pode ter ocorrido de forma equivocada em razão da chamada falsas memórias; o restante da prova oral colhida em juízo em nada contribuiu para a elucidação dos fatos, já que consistente nos equivocados relatos policiais que se reportaram, a ocorrência diversa da apurada; nessas condições a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP é de rigor em prestígio ao *in dubio pro reo*; o julgado

equivocadamente afastou a aplicação do disposto no artigo 68, parágrafo único do CP; não obstante o legislador tenha se utilizado do verbo poder na previsão legal, na verdade, diante da falta de parâmetros legais que possibilitem a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena da parte especial, não tem o juiz a opção de escolha, devendo, no caso de concurso de ditas causas, aplicar a que mais majora a sanção, pena de vulnerar o princípio da reserva legal e da proibição de analogia em malam partem, prevista nos artigos 5, inciso XXXIX, da CF e 1º do CP; mesmo sendo o entendimento de possibilidade de aumentos cumulados, este não prescinde de devida fundamentação em elementos concretos do crime, o que não é o caso do julgado que se valeu apenas do número de causas de aumento incidentes para majorar a reprimenda, portanto, em patente afronta à Súmula nº 443 do c. STJ e à previsão do artigo 5º, inciso XLVI, da CF; o caso ensejava o reconhecimento do crime continuado, previsto no artigo 71 do CP, já que os delitos contaram com o mesmo *modus operandi* e perpetrados em datas relativamente próximas, não havendo na lei previsão de qual seria o período máximo entre as infrações para caracterização da continuidade (fls. 5/17).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da revisão criminal ou, caso conhecida, pelo seu indeferimento (fls. 72/88).

É o relatório.

Conhece-se do pedido revisional, haja vista que somente assim é possível verificar se ocorreu o erro judicial alegado. No mérito, o pedido revisional não comporta deferimento.

O artigo 621 do Código de Processo Penal (CPP) dispõe que a revisão dos processos findos será admitida: *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize*

diminuição especial da pena.

O jurista Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, ensina que a revisão criminal: “é uma ação de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, **destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judicial**” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pag. 620 - g. n.).

De início, há de se rechaçar a alegada nulidade do reconhecimento do peticionário.

Na Delegacia, conforme consta dos autos, em um primeiro momento, a vítima Silvio apesar de declarar não ter condições de descrever os roubadores (fls. 6- autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320), posteriormente revelou que no primeiro depoimento, dado logo após os fatos, estava extremamente nervoso e amedrontado, pois sofreu violência real por parte dos marginais, porém, ficou cara a cara com um de seus algozes, lembrando claramente do indivíduo e o descrevendo como uma pessoa parda clara, cabelo crespo castanho claro, magro, com cerca de 1,70 de altura (fls. 13- autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320).

Posteriormente, dentre o retrato de diversas pessoas que lhe foram mostradas, reconheceu, sem sombra de dúvidas o peticionário como sendo o assaltante que participou da ação que foi vítima (fls. 14/15 – autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320).

De igual forma, José também vitimado pela ação do peticionário e seu bando, descreveu as características dos meliantes que o abordaram, dentre eles o peticionário, consignando ser ele “o ocupante do banco do passageiro traseiro, que era o mais violento e ameaçava de morte a todo momento era um homem, cor clara, cabelos claros, encaracolado, com corte curto, compleição normal” (fls. 34 – autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320).

Depois de indicar os sinais característicos de seu algoz reconheceu o

revisando por foto, sem sombra de dúvidas, dentre vários retratos constantes dos álbuns policiais.

Assim, restou claro que, o ato contou, no que foi possível, com a observância dos requisitos legais exigidos, tendo os ofendidos previamente descrito os sinais característicos dos rapinadores a serem reconhecidas e, após a exibição de outros retratos de suspeitos, reconheceu, sem sombra de dúvidas o ora peticionário como um dos autores da rapina.

Além do mais, consoante pacífica jurisprudência dos Tribunais, as disposições previstas no artigo 226 do CPP são meras recomendações do legislador quanto ao modo que se procederá o reconhecimento dos acusados. O próprio texto legal estabelece, expressamente, que a pessoa a ser reconhecida será colocada, **se possível**, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

Veja, neste sentido, dentre inúmeros outros, o seguinte aresto do C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. – As disposições inculpidas no art. 226 do Código de Processo Penal - CP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se cuidando,

portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Precedentes. Agravo regimental desprovido (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 635.998 - DF (2015/0000051-0 - MINISTRO ERICSON MARANHÃO);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE ROUBO E EXTORSÃO. ABSOLVIÇÃO. AUTORIA DELITIVA E PROVA DA MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ART. 226 DO CPP. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Como é de conhecimento, "Em revisão à anterior orientação jurisprudencial, ambas as Turmas Criminais que compõem esta Corte, a partir do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, passaram a dar nova interpretação ao art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado em juízo" (AgRg no AREsp n. 2.109.968/MG, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

2. Na hipótese, o Tribunal a quo consignou que o Delegado da Polícia Civil, ouvido em juízo, relatou que sua equipe conseguiu levantar a identidade da quadrilha que estava realizando assaltos a bancos na região, que foram comparadas as imagens das câmeras de segurança da casa da vítima com algumas obtidas em redes sociais, sendo passível identificá-lo.

3. Por conseguinte, verifica-se que a autoria delitiva dos crimes em questão não tem como único elemento de prova eventual reconhecimento viciado realizado pelas vítimas na fase policial, mas também a prova oral colhida durante instrução criminal, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, o HC n. 598.886/SC, da relatoria do E. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.

4. A reversão das premissas fáticas das instâncias ordinárias, em relação ao conteúdo das imagens obtidas por meio das câmeras de segurança, a fim de desconstituir a autoria delitiva, depende de reexame de fatos e provas, o que atrai o óbice da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.061.969/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.).

Para além, após a captura dos suspeitos, o peticionário foi novamente identificado pela vítima Silvio, sem sombra de dúvidas, após confirmar as características físicas de seu opressor dentre 8 enfileirados (fls. 250/251 – autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320).

Portanto, não procede a alegação da defesa suscitando inobservância das formalidades do ato.

Para além, o reconhecimento policial, foi ainda confirmado judicialmente durante a audiência pela vítima Silvio.

Na ocasião, diversamente do que afirma a defesa, o réu foi reconhecido entre outros dois enfileirados com 100% de certeza, oportunidade, inclusive que contou com idêntica versão a dada em solo policial, a dinâmica fática, inclusive individualizando a conduta do réu, como sendo um dos dois meliantes que entraram em seu caminhão sendo quem ostentava uma arma e com ele ficou na parte de traz da cabine do veículo durante o trajeto que fizeram (fls. e mídia audiovisual).

Mais a mais, ainda que outro fosse o caso, segundo o próprio c. Superior Tribunal de Justiça, **a observância das formalidades do artigo 226 do CPP não é exigida quando existem outros elementos de prova da autoria delitiva do réu.**

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 42, 66, 70, 155, 157, § 2º, II, E 180, TODOS DO CP, E 155, CAPUT, 386, VII, 387, § 2º, TODOS DO CPP. TESE DE NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO PESSOAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA VÁLIDOS E INDEPENDENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA FURTO OU RECEPÇÃO. NECESSÁRIA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PEDIDO DE DECOTE DO RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES. FUNDAMENTOS CONCRETOS APRESENTADOS. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. CONCURSO FORMAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. LESÃO A PATRIMÔNIOS DISTINTOS.

1. O Tribunal de origem dispôs que, no caso dos autos, era mesmo dispensável a realização de reconhecimento formal, uma vez que os apelantes foram presos em flagrante com a res furtiva em mãos, pouco tempo após a consumação do crime, ou seja, trata-se de delito com relação ao qual se tem certeza absoluta da autoria. As providências enumeradas pela lei processual penal (artigo 226 do Código de Processo Penal) devem ser adotadas nos casos em que existam dúvidas, diante de meros indícios acerca da autoria de um crime, hipótese em que pode ser necessário submeter o suspeito a reconhecimento, situação à qual não se enquadra o presente caso (fls. 424/426).

2. A autoria delitiva não se amparou, exclusivamente, no reconhecimento pessoal realizado na fase do inquérito policial, destacando-se que os apelantes foram presos em flagrante com a res furtiva em mãos, pouco tempo após a consumação do crime,

ou seja, trata-se de delito com relação ao qual se tem certeza absoluta da autoria.

3. Jurisprudência do STJ: Esta Corte Superior inicialmente entendia que "a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório. [...] Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. [...] **Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Há outras provas, como os testemunhos dos policiais envolvidos e o fato de que João Pedro foi preso minutos depois da prática do roubo na condução de motocicleta produto de crime, cuja placa foi memorizada pela vítima e informada na delegacia aos policiais. Além disso, no momento da abordagem, os policiais verificaram que um dos celulares que estava na posse dos acusados recebeu uma chamada da verdadeira proprietária (esposa de Jadson) que logo informou sobre o assalto ocorrido minutos antes** (AgRg no AREsp n. 1.903.858/DF, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/12/2021).

[...]

0. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.963.909/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 22/9/2022 – destaque nosso).

E, na hipótese, a autoria atribuída ao peticionário deriva de longo e competente serviço investigativo da equipe policial envolvida no caso, que contou, inclusive, com monitoramento do réu e seus comparsas, além de escutas telefônicas autorizadas que deixaram claro o seu envolvimento em vários roubos de caminhões, preferencialmente caminhões-tanque para desmanche e venda do ferro extraído das carretas rapinadas, conforme se observa do relatório de investigações (fls. 41/54 e 78/179 – autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320) e relatório final das investigações (fls. 302/356 – autos nº 1501181-11.2019.8.26.0320), que descreve todas as rapinas investigadas, inclusive as duas apuradas na origem, com farto esclarecimento acerca das diligências procedidas que lograram desbaratar o grupo e implicar o peticionário nas ações criminosas apuradas.

Tampouco convence a tentativa da defesa de desqualificar o testemunho dos policiais incumbidos das investigações, apontando terem eles discorrido de fatos sem relação com os roubos apurados, já que se extrai de clareza solar dos depoimentos que, não tendo eles presenciado as duas rapinas apuradas, seus esclarecimentos foram de grande valia para confirmar os elementos indiciários, já que detalharam como transcorreram as investigações que viabilizaram a elucidação da autoria dos roubos em questão, bem assim, de vários outros perpetrados pelo peticionário e seu bando (537/540 - 1501181-11.2019.8.26.0320).

Vale citar resumidamente o que declarou o investigador em juízo.

No particular, João Paulo policial civil incumbido das investigações reportou que se tratava de uma investigação de roubos de carga na região consistentes em óleo essencial e álcool. Em meio às investigações logrou identificar o peticionário, quando ele tentou praticar uma rapina e, Rio Claro usando para tanto o veículo Toyota Corola de cor branca, posteriormente apreendido na residência do

rêu, duas semanas depois, juntamente com dois coletes. Pelas interceptações telefônicas durante conversas captadas entre o réu e seu comparsa Wilson, ficou ciente que uma carreta tanque de álcool roubada, estava sendo desmontada em ferrovelho, tendo diligenciado até o local e localizou o tanque rapinado. Disse que o réu também se utilizou nos assaltos um veículo Fluence preto. Confirmou que os caminhoneiros vitimados reconheceram o peticionário por foto e, também, pessoalmente e que todos os crimes executados tinham o mesmo *modus operandi* e com arma de fogo. Citou, ainda que em uma das conversas captadas, o peticionário comentou sobre um roubo de álcool e a vítima também reconheceu o tanque de álcool, como sendo o que lhe foi subtraído, sem sobre de dúvida.

Oportuno frisar que o depoimento dos policiais é de grande valor probante, sobretudo quando prestados de forma coerente, segura e harmônica com os elementos indiciários e demais provas judiciais, como ocorreu no presente caso.

Confira-se o seguinte precedente do C. STJ:

[...] De outro lado, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ: AgRg no HC 695991. Quinta Turma: Relator Ministro Jesuíno Rissato. Publicado no DJe em 17/11/2021).

Deste modo em que as provas colhidas na ação, especialmente o reconhecimento, são hábeis a confirmar a autoria atribuída, não havendo provas novas a serem apreciadas, não há como se acolher o pedido rescisório com absolvição do sentenciado.

No mais, tampouco a pena revista pelo e. Tribunal comporta qualquer ajuste.

Ao réu foi imposta pena total no montante **de 16 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa.**

Na primeira fase, as penas de cada roubo foram elevadas em 1/6 diante da consideração de uma circunstância judicial.

In casu, o julgado ponderou que a ação se reveste de maior gravidade, já que se trata de roubo de carga, que além de exigir prévio planejamento e audácia, ainda alimenta o mercado de produtos de origem ilícita.

Assim, a conduta conta com maior reprovação social, algo a justificar, nos termos do artigo 59 do CP, o proporcional aumento efetivado.

Restam mantidas as penas iniciais no montante de **4 anos e 8 meses de reclusão mais o pagamento de 11 dias-multa para cada roubo imputado.**

Na segunda fase, foi bem reconhecida a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do CP, pois o peticionário à época dos fatos contava com menos de 21 anos.

Deste modo a pena intermediária de cada infração retornou para o piso legal de **4 anos de reclusão e 10 dias-multa.**

Na terceira fase, a sanção foi novamente implementada com aumentos cumulativos de 3/8 seguido de mais 2/3 diante das causas de aumento corretamente reconhecidas pelo julgado.

Com efeito, inquestionável a incidência das majorantes, já que ambas as vítimas descreveram detalhadamente a ação criminosa, afirmando que foram abordadas e subjugadas sob a mira de arma de fogo, por ao menos três assaltantes, além de serem mantidas sob coação no interior do próprio caminhão ou no veículo dos infratores durante razoável período de tempo.

Consigne-se que a falta de apreensão e perícia da arma utilizada na ação não é argumento apto a afastar referida circunstância.

Isso porque, consoante amplamente reconhecido na jurisprudência, a admissão do reconhecimento da majorante de emprego de arma de fogo pode se basear em simples menção da existência de arma pela vítima.

A propósito, confira-se seguinte julgado do STF:

Recurso ordinário em habeas corpus. **2. Extorsão com emprego de arma de fogo.** Condenação. Fixação de regime inicial fechado. 3. Pedidos de redução da pena-base ao mínimo legal, exclusão da agravante de crime praticado contra mulher (Lei Maria da Penha) e da majorante do emprego de arma de fogo, e, ainda, de fixação de regime inicial semiaberto. 4. Dosimetria. 4.1. Elevação da pena-base justificada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. 4.2. Agravantes devidamente justificadas. 4.2.1. A pretensão do réu foi obrigar a ex-companheira a transmitir um bem imóvel para seu nome, utilizando-se de violência física e moral, inclusive retirando do lar da vítima pertences pessoais e domésticos. 4.2.2. A jurisprudência do STF é no sentido de ser prescindível a apreensão de arma de fogo e a perícia para fins de majoração da pena quando comprovado o uso por outros meios de prova colhidos na instrução criminal. 5. As circunstâncias do crime, o quantum da pena fixado e a reincidência do sentenciado autorizam a manutenção do regime inicial fechado. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (STF, segunda turma, RHC 113274-DF, Ministro Relator Gilmar Mendes, V. U., DJe 10/09/2013).

No mesmo sentido o seguinte julgado do c. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS

(...)

2. No que diz respeito ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

(...)

– Habeas corpus não conhecido.

(HC 352.285/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016).

Comprovada a realidade das majorantes, a cumulação de aumentos foi devidamente fundamentada no julgado levando-se em consideração as circunstâncias concretas do crime.

No particular, entendeu o julgado que o acionado se valeu de ao menos mais dois comparsas para facilitar a ação e ostensivamente se usaram do artefato bélico que possuíam já subjugar suas vítimas e mantê-las cativas por prolongado período de tempo, portanto, em situação de maior angústia, dados concretamente apreciados que revelam a maior gravidade dos delitos, em ordem para justificar mais severo sancionamento.

Registre-se que, consoante julgado do c. Superior Tribunal de Justiça, é admissível a aplicação cumulativa de causas de aumento de pena, desde que justificadas nas circunstâncias do caso concreto. A propósito, confira-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONCURSO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - CP.

CUMULAÇÃO JUSTIFICADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REFORMATIO IN PEJUS NA DECISÃO AGRAVADA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DEVE SER LIDO COMO UM TODO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal paulista fez cumular as causas de aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma de fogo com justificativa nas circunstâncias do caso concreto (roubo de veículo com perseguição policial, acidente de trânsito e troca de disparos, culminando inclusive com o falecimento do corréu), consoante admitido nesta Corte.

2. Embora tais circunstâncias não tenham sido especificadas no tópico do acórdão que decidiu pela cumulação, certo é que estão delimitadas em tópico anterior. A leitura do acórdão como um todo, admitida nesta Corte, e não em blocos, como pretende a defesa do agravante, denota a suficiência da fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça, bem como a inexistência de reformatio in pejus na decisão agravada que rechaçou a pretensão defensiva de um só aumento.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.199.623/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023.)

Sendo assim, e ausentes causas de diminuição da pena, de serem mantidas as majorantes consideradas na origem.

Desta forma a pena definitiva para cada roubo imputado deve permanecer no montante de **8 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 20 dias-multa.**

Melhor sorte não socorre a defesa ao pleitear o reconhecimento da

continuidade delitiva.

Isso porque a benesse exige que a pluralidade de infrações, além serem perpetradas com semelhantes atos executórios e no mesmo contexto espacial, ainda exige que a infração seja praticada em curto espaço temporal.

Ora, ainda que não tenha a Lei estipulado período certo para a incidência da benesse, o parâmetro é verificado a partir de critérios de razoabilidade, havendo julgados estipulando o período dias de intervalo das infrações para a incidência do benefício.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes do C. STJ:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO INDETERMINADO DE ATOS SEXUAIS. FRAÇÃO DE MAJORAÇÃO DA PENA. CRIMES PRATICADOS POR LONGO PERÍODO DE TEMPO. RECORRÊNCIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PRÁTICA INEQUÍVOCA DE MAIS DE 7 (SETE) REPETIÇÕES. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO MÁXIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TIPOS PENAS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1. A continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é instituto da dosimetria da pena concebido com a função de racionalizar a punição de condutas que, embora praticadas de forma independente, estejam inseridas dentro de um mesmo desenvolvimento delitivo. Por opção legislativa e critérios de política criminal, a lei penal afasta excepcionalmente a aplicação do concurso material e impõe uma única punição àqueles casos nos quais os crimes subsequentes possam ser tidos como continuação de um primeiro delito, de acordo com a análise das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

2. A compreensão jurisprudencial uníssona desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, diante da prática de apenas 2 (duas) condutas em continuidade, deve-se aplicar o aumento mínimo previsto no art. 71, caput, do Código Penal, qual seja, 1/6 (um sexto). A partir desse piso, a fração de aumento deve ser aumentada gradativamente, conforme o número de condutas em continuidade, até se alcançar o teto legal de 2/3 (dois terços), o que ocorre a partir da sétima conduta delituosa.

3. A adoção do critério referente ao número de condutas praticadas suscita questões específicas nos crimes de natureza sexual, especialmente no delito de estupro de vulnerável, em razão do triste contexto fático que frequentemente se constata nestes crimes.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2023 acerca da violência sexual infantil, ao longo de 2022 houve, no Brasil, 56.820 registros policiais de estupro de vulnerável. Desse total, 72,2% dos casos ocorreram na própria residência da vítima e em 71,5% dos casos o estupro foi cometido por um familiar.

4. A proximidade que o autor do delito de estupro de vulnerável normalmente possui com a vítima, a facilidade de acesso à sua residência e a menor capacidade que os vulneráveis possuem de se insurgir contra o agressor são condições que favorecem a repetição silenciosa, cruel e indeterminada de abusos sexuais. Não raras vezes, cria-se um ambiente de submissão perene da vítima ao agressor, naturalizando-se a repetição da violência sexual como parte da rotina cotidiana de crianças e adolescentes. Nessas hipóteses, a vítima, completamente subjugada e objetificada, não possui sequer condições de quantificar quantas vezes foi violentada.

A violência contra ela deixou ser um fato extraordinário, convertendo-se no modo cotidiano de vida que lhe foi imposto.

5. A torpeza do agressor, que submeteu a vítima a abusos sexuais tão recorrentes e constantes ao ponto de tornar impossível determinar o número exato de suas condutas, evidentemente não pode ser invocada para se pleitear uma majoração menor na aplicação da continuidade delitiva. Nos crimes de natureza sexual,

o critério jurisprudencial objetivo para a fixação da fração de majoração na continuidade delitiva deve ser contextualizado com as circunstâncias concretas do delito, em especial o tempo de duração da situação de violência sexual e a recorrência das condutas no cotidiano da vítima, devendo-se aplicar o aumento no patamar que, de acordo com as provas dos autos, melhor se aproxime do número real de atos sexuais efetivamente praticados.

6. No caso, a Corte estadual esclareceu que a Vítima, com apenas 11 (onze) anos de idade no início das condutas delitivas, foi submetida pelo Acusado aos mais diversos tipos de atos libidinosos, de modo frequente e ininterrupto, ao longo de cerca de 4 (quatro) anos.

Estas circunstâncias fáticas tornam plenamente justificada a majoração da pena, em decorrência da continuidade delitiva, na fração máxima de 2/3 (dois terços).

7. Não é possível a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de estupro qualificado (art. 213, § 1.º, do Código Penal) e estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), pois se tratam de tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos e que possuem circunstâncias elementares bastante distintivas. Enquanto o estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual e o direito ao desenvolvimento da personalidade livre de abusos, o estupro qualificado tutela a liberdade sexual e o direito ao exercício da sexualidade sem coações. No caso, verifica-se que ambos os bens jurídicos foram violados, pois o Recorrido violou a dignidade sexual da criança, convertendo-a em instrumento sexual quando ela sequer era capaz de consentir com os atos praticados, bem como, posteriormente, violou a liberdade sexual da adolescente, privando-a da liberdade de consentir ao constrangê-la mediante o emprego de grave ameaça.

8. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: "No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições".

9. Recurso especial provido.

(REsp n. 2.029.482/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023 – destaque nosso);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA.
INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessário que se observe, além dos requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução), os de ordem subjetiva, assim entendidos como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos, em observância à Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva, o que não ocorreu no caso.

2. "Apesar de o legislador não ter delimitado expressamente o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, firmou-se, nesta Corte, o entendimento de que não ser possível a aplicação da regra quando os delitos tiverem sido praticados em período superior a 30 dias" (AgRg no REsp n. 1.503.538/SC, Sexta Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 21/5/2018.) 3. Por outro lado, o período de 30 dias não é um critério absoluto, mas tão somente um parâmetro que deve ser observado conforme as peculiaridades do caso concreto. No entanto, o caso não permite a mitigação do período de 30 dias, tendo em vista o transcurso de 5 anos entre o último crime de estupro de vulnerável e o crime de estupro, o que afasta a unidade temporal necessária para a continuidade delitiva, impossibilitando o reconhecimento de que o ato subsequente seja considerado como continuação dos primeiros.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.052.168/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024 – destaque nosso).

Pois bem, conforme consta do julgado, os crimes foram praticados em datas distintas, o primeiro realizado no dia 19 de setembro de 2018, já o segundo foi executado em 04 de março de 2019, algo a revelar descabida a pretensão defensiva de reconhecimento da continuidade delitiva, pois praticados em intervalo de quase seis meses entre as infrações, denotando claramente os desígnios autônomos que motivaram o autor.

Nesse contexto, a somatória das infrações era medida de rigor, nos termos do artigo 69 do CP, restando, por isso, mantida a pena total no montante de **16 (dezesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.**

Acrescente-se que tampouco o regime inicial fechado para cumprimento da pena comporta adequação.

Isso porque, além do montante de pena imposto superar 8 anos, as desfavoráveis circunstâncias do crime e concreta gravidade da ação não favorece a estipulação de meios prisionais mais brandos, pois evidentemente inoperantes para a retribuição pelo malfeito e inaptos para deflagrar a esperada terapêutica penal.

Não pode passar despercebido, que para a escolha do regime prisional mais adequado é imprescindível a observância tanto do montante de pena imposta, como também, da análise conjunta das circunstâncias do crime e condições pessoais do apenado, aqui, como visto, negativas, o que inquestionavelmente autoriza nos termos do artigo 33, §§ 2º, “a” e 3º, do CP, a eleição do regime prisional mais intenso para o desconto da pena.

In verbis:

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

(...).

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(...).

Inviável, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo o *sursis* da pena pois vedados pelo disposto nos artigos 44, incisos I e III e § 3º e 77, *caput*, e inciso II, ambos do CP.

Confira-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

(...);

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...).

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida

seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

(...).

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

(...);

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Ante o exposto, **INDEFERE-SE** o pedido revisional.

RENATO GENZANI FILHO

Relator