

A ESCOLHA DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE PENA NOS CASOS DE CONTINUIDADE DELITIVA QUALIFICADA.

Giovani Avelar Vieira

EXPOSIÇÃO: A tese se propõe a examinar a escolha das frações de aumento, notadamente a mínima, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva qualificada (art. 71, parágrafo único, do Código Penal).

SÍNTESE DOGMÁTICA:

- 1) **Tese 01:** *Reconhecido o concurso de crimes na forma da continuidade delitiva qualificada (art. 71, parágrafo único, do Código Penal), a escolha da fração de aumento de pena não poderá ser baseada somente no número de infrações praticadas e nem ser de 1/6, independentemente da valoração negativa de alguma ou algumas das circunstâncias judiciais especificadas nesse mesmo dispositivo legal;*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da Individualização da Pena. 3. Continuidade Delitiva Simples. 4. Continuidade delitiva qualificada. 5. Critérios para a eleição da fração de aumento na Continuidade delitiva. 6. Conclusão. 7. Referências

1. Princípio da Individualização da Pena

Prevista no art. 5º, Inc. XLVI, da Constituição da República, a individualização da pena pressupõe a escolha da sanção apropriada, na forma e quantum estabelecidos previamente pelo legislador, como representante do povo, detentor do poder, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF, conforme a gravidade e especificidades da conduta criminosa reconhecida por praticada e condições pessoais do agente.

Punir, considerando integralmente todas as circunstâncias do delito e a própria personalidade do agente, indubitavelmente, consagra princípio fundamental da República Federativa do Brasil, inscrito no art. 3º, Inc. I, de construir uma sociedade justa, livre e solidária. E evidente que, espaiada a noção para a seara penal, não se concebe uma ordem jurídica justa que, na imposição da pena, não considere efetivamente a gravidade e todas as circunstâncias do delito praticado, assim como condições pessoais do próprio agente.

Não sem razão, que Alexandre de Moraes afirma que o princípio em questão *exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão* (MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 274).

E evidente que, para além de um direito do acusado de que sua pena observe as especificidades da conduta ilícita reconhecida como por ele praticada e evidentemente suas condições pessoais, a observância do princípio da individualização da pena também assegura, em alguma medida, a observância do princípio da proteção eficiente, também consectário do citado princípio fundamental inscrito no art. 3º, Inc. I, da CR, e muito bem asseverada pelo Ministro Gilmar no HC 106.163/RJ, senão vejamos:

[...]

Tal concepção legítima a ideia de que o Estado se obriga, não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*) mas, também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

[...]

Assim, forçoso reconhecer que, quando a pena não considera todas as circunstâncias ínsitas à prática criminosas e reveladoras de sua maior gravidade, a partir de critérios e conceitos estabelecidos pelo próprio legislador, o Estado não se desincumbe da obrigação em questão.

E o Ministério Público, enquanto instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, nos termos do art. 127, *caput*, da CF, tem a obrigação de envidar todos os esforços para a concretização do referido princípio constitucional, mesmo porque não é possível qualquer ordem, e ainda mais jurídica, que não tenha por objetivo a justiça.

Se, como visto, a própria CF, já elenca a obrigatoriedade de se individualizar as penas, o Código Penal, por sua vez, com regras muito específicas e demonstrando claramente o cuidado de cumprir com a referida determinação constitucional, traz um procedimento rígido, detalhado, prevendo regimes prisionais, penas e, no que tange ao quantum, a observação de um sistema trifásico, através do qual, em um primeiro momento, serão

analisadas as circunstâncias judiciais, em número de 08 (oito)¹, elencadas no art. 59 do Código Penal, para, em seguida, se debruçar sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, culminando no exame de causas gerais e especiais de imposição da pena.

Assim, não se pode admitir que, reconhecidos os requisitos da continuidade delitiva qualificada, nos termos do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, que, como será adiante visto, pressupõe a prática de delitos com um *modus operandi* mais grave e em face de múltiplas vítimas, que a escolha de aumento seja norteada tão somente pelo critério que norteia a escolha da fração de aumento de pena no crime continuado simples.

2. Continuidade delitiva

Segundo o art. 71, *caput*, do Código Penal, *quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

Em síntese, o instituto em questão, além da demonstração de que os delitos posteriores constituam, pela similitude do *modus operandi* e condições de tempo e lugar, e, a partir de uma ficção jurídica, prosseguimento, continuação do primeiro, é incompatível com o criminoso habitual².

A escolha da fração de aumento de pena, nessas hipóteses, sempre se assentou tradicionalmente no número de infrações penais praticadas, entendimento que, recentemente, foi consolidado na Súmula 659, segundo a qual *A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.*

3. Continuidade delitiva qualificada

Segundo o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, *Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.*

Assim, presentes os requisitos estabelecidos pelo dispositivo legal em questão – **crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa** -, forçoso o reconhecimento, por parte do julgador, da continuidade delitiva na forma qualificada, bem como as suas respectivas implicações na dosimetria da pena, mais precisamente a fração de aumento a ser utilizada, a qual poderá chegar até o triplo, **havendo de ser determinada pela combinação de elementos objetivos** - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - **e subjetivos**, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

Sobre este último ponto, registra-se que o juízo desfavorável da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime não distingue a continuidade delitiva simples (71, *caput*, do CP) da qualificada (71, parágrafo único, do CP), **mas, tão somente, servirá de critério de modulação da pena, que, a depender de sua valoração, poderá ser elevada até o triplo.**

4. Critérios para a escolha da fração de aumento de pena na continuidade delitiva

Se na continuidade delitiva simples, disposta no art. 71, *caput*, do Código Penal, sobretudo após o advento da Súmula 659³ do Superior Tribunal de Justiça, a escolha da fração de aumento de pena será determinada tão somente pelo número de infrações, tratando-se, portanto, de critério puramente objetivo, na qualificada, por sua vez, o legislador apenas estabeleceu que, dependendo da análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos e circunstâncias do crime, o magistrado poderá elevar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.

De pronto, observa-se que, diversamente do que ocorre com a continuidade delitiva simples, com o estabelecimento de frações mínima (1/6) e máxima (2/3), na qualificada, houve a previsão apenas do máximo, no caso, o triplo (de um dos crimes ou do do mais grave), respeitado o limite que seria obtido com a soma das reprimendas de todos os delitos se praticados em concurso material.

¹ Segundo o art. 59 do Código Penal, constituem circunstâncias judiciais a serem consideradas na pena-base, a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e, comportamento da vítima.

² O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que a continuidade delitiva não pode contemplar criminosos habituais (AgRg no HC 902518/SC, Rel. Min. Rogério Schietti. SEXTA TURMA, Dje 19/06/2024; AgRg no AREsp 2546867/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, Dje. 11/06/2024).

³ A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

Assim, havendo o reconhecimento de que os crimes foram praticados na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal (crimes com violência ou grave ameaça à pessoa em face de vítimas distintas), a questão é saber qual a fração mínima haverá de ser eleita.

Nesse passo, deve, de pronto, em qualquer hipótese, ser afastado o critério do número de infrações, consagrado na citada Súmula 659 do STJ, utilizado para a escolha das frações de aumento de pena na hipótese de crime continuado simples, mesmo porque o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, depois de elencar os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva qualificada (crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça em face de vítimas distintas), estabelece que, a depender da análise empreendida da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como das circunstâncias e dos motivos do crime, a pena de um dos crimes, se iguais, ou a do mais grave, se diversas, poderá ser majorada até o triplo.

E no mesmo sentido do entendimento ora esposado, no sentido de que, na continuidade delitiva qualificada, a fração de aumento não pode ser eleita apenas em razão do número de infrações praticadas, colhem-se reiterados precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único, do Código Penal - CP), a pena pode ser aumentada até o triplo e, para a definição do quantum de aumento de pena, além no número de infrações, existem critérios de natureza subjetiva.

2. "Estabelecido o espectro de exasperação entre 1/6 e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das

circunstâncias do crime" (HC n. 447.799/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 1º/8/2018).

3. No caso dos autos, foram praticados dois homicídios qualificados e, na primeira etapa da dosimetria, houve a valoração negativa das circunstâncias do crime e dos antecedentes. Além disso, considerou-se a reincidência do paciente, tudo a justificar o aumento da pena em dobro.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no HC n. 747.579/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023) (destacamos).

RECURSO ESPECIAL. LESÕES CORPORAIS GRAVES. RECONHECIMENTO CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME DOLOSO. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. VÍTIMAS DIFERENTES. REQUISITOS CONTINUIDADE ESPECÍFICA. PARÁGRAFO ÚNICO. ACRÉSCIMO DE PENA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Reconhecida a figura continuada para os crimes praticados pelo recorrente, impõe-se a regra do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, uma vez presentes simultaneamente os três requisitos exigidos para a configuração do crime continuado específico, quais sejam, crime doloso, com violência ou grave ameaça à pessoa e contra vítimas diferentes.

2. Não há que falar em acréscimo de fundamentação por parte do Tribunal de origem, que apenas se utilizou de outras palavras para demonstrar que a gravidade das lesões (consequências do crime) justifica a exasperação da pena ao dobro.

3. O acréscimo da pena ao dobro, em razão da continuidade delitiva específica, mostra-se bastante razoável e proporcional aos delitos praticados pelo recorrente.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.475.676/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 29/4/2015) (destacamos).

Registra-se que, nesse último precedente, muito embora, no primeiro crime, nenhuma circunstância judicial tenha sido reputada desfavorável ao acusado, ao passo que, no segundo, apenas as consequências do crime, que não estão contemplados no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, o acréscimo da pena ao dobro foi chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido, colhe-se recentíssimo precedente da mesma Corte Infraconstitucional, provendo recurso especial do Ministério Público de Minas Gerais, para, combinando o critério número de infrações com a análise desfavorável de 02 circunstâncias daquelas previstas no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, definir que o aumento haveria de ser ao triplo:

[...]

No caso dos autos, assiste razão ao recorrente, pois conforme consignado pelas instâncias ordinárias, os crimes foram praticados contra vítimas distintas, com emprego de violência e grave ameaça às pessoas, sendo, portanto, caso de incidência da continuidade delitiva específica prevista no parágrafo único, do art. 71 do CP.

Ademais, embora o juiz sentenciante tenha mantido as penas-base no mínimo legal, houve a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade e da conduta social, razão pela qual, considerando os critérios objetivos e subjetivos, quais sejam, o número de crimes praticados, no total de 8 roubos, e a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, verifica-se adequado o aumento da pena no triplo pela continuidade delitiva específica.

[...]

(REsp nº 2095594 (2023/0322488-7), Rel. Min. Joel Ilan Parcionik, j. 25/04/2024).

Se, portanto, emerge incontroverso que a escolha da fração de aumento de pena para os crimes reconhecidos por praticados em continuidade delitiva qualificada não pode ter por critério apenas o número de infrações, resta saber qual o mínimo de incremento haveria de ser observado pelo julgador.

Ora, se evidente que as circunstâncias do art. 71, parágrafo único, do Código Penal são mais gravosas (crimes dolosos, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e contra vítimas distintas), por certo que, uma vez reconhecida a presença dos requisitos da continuidade delitiva específica, a situação do agente não pode ser a mesma se houvesse incorrido na continuidade delitiva simples, prevista no *caput* do referido dispositivo legal, devendo, por razões de razoabilidade e proporcionalidade, ser apenado de forma diferenciada e mais elevada.

Ou seja, partindo-se da premissa de que o legislador, ao criar a figura do parágrafo único, do art. 71, do CP, quis deliberadamente punir com mais rigor, dando a possibilidade de apenação até o triplo da pena daqueles que praticam crimes dolosos em face de vítimas diferentes, com emprego de grave ameaça ou violência de forma continuada, não haveria razão para, por exemplo, considerar que um estelionatário que pratica um mesmo golpe, como o do bilhete premiado por 02 (duas) vezes em continuidade (e que estaria inserido na figura do *caput* do art. 71, *caput*, do CP) e aquele que leva a efeito 02 (dois) delitos de roubo a mão armada contra pessoas da mesma cidade seriam apenados com a mesma fração decorrente do reconhecimento da continuidade tão somente porque praticaram o mesmo número de infrações penais.

5. Conclusão

Dessa forma, sendo cediço que, para o cálculo da fração de aumento prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, a lei somente estipulou a exasperação máxima (até o triplo), não apontando a fração mínima aplicável, é de rigor, sem embargo de respeitáveis vozes ao contrário, como é o caso de Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. De Almeida Delmanto (2010, p. 321) e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça em alguns casos, a partir de uma interpretação extensiva e lógico-sistemática do art. 71 do Código Penal como um todo, pautando-se também nos princípios da individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade, a utilização de fração superior a 1/6 (um sexto), sob pena de a continuidade delitiva específica tornar-se inútil, por ser substituída pelo concurso material ou mesmo pela regra constante da figura do *caput* do respectivo artigo que, diga-se de passagem, não possui os mesmos requisitos.

Justifica-se assim, nos casos de continuidade delitiva qualificada, ainda mais quando alguma das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 71, parágrafo único, do CP, tenha sido reputada desfavorável ao agente, a opção pela fração de aumento diversa e superior a 1/6 (um sexto).

Frisa-se que, se algum dos vetores dispostos no art. 71, parágrafo único, do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime) merecer juízo desfavorável ao agente, com muito mais razão a fração de aumento haverá de ser superior a 1/6 (um sexto), sob pena de ofensa a esse dispositivo legal e ao art. 59 do mesmo diploma repressivo.

Portanto, chega-se à conclusão de que, uma vez identificados os requisitos de incidência da continuidade delitiva específica (crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa), a escolha da fração de aumento, independente do juízo favorável ou desfavorável das circunstâncias judiciais especificadas no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, não poderá ter por critério apenas o número de infrações penais praticadas, consagrado na Súmula 659 do STJ, e haverá, obrigatoriamente, de recair em fração superior a 1/6 (um sexto), não havendo de se excogitar de “*direito do réu à aplicação do critério (puramente matemático) contido no caput do art. 71 do CP*” (AgRg no REsp n. 1917193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe 10/8/2021).

6. Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nº 747.579/RS, da 5ª Turma, Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik, 21.8.2023. Disponível em: < www.stj.jus.br > Acesso em: 03.jul.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.475.676/SP, da 6ª Turma, Rel.: Rogério Schiatti Cruz. Brasília, 28.4.2015. Disponível em: < www.stj.jus.br > Acesso em: 03.jul.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.163/RJ, da 2ª Turma. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 6.3.2012. DJe 14.9.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 10.jul.2024.

DELMANTO. Celso [et.al]. *Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 321.