

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CRIME CONTINUADO

THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT AND CONTINUED CRIME

Alex Feitosa de Oliveira

Doutorando em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.
Professor do Centro Universitário Unifanor. Defensor Público Federal.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9335143278148497>
ORCID: 0000-0003-3768-0698
alexfeito@gmail.com

Rafael Ribeiro Meireles

Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Unifor. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6434910066934155>
ORCID: 0000-0002-2455-2534
rafaelribeiromeireles22.rr@gmail.com

Resumo: O Acordo de Não Persecução Penal foi introduzido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/19, tendo como requisito para a sua propositura a ausência de elementos probatórios que indiquem a presença de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. A problemática que a presente investigação pretende aclarar se trata em buscar definir de que tipo de agente o legislador quis obstar o acordo ao prever tais termos imprecisos e, principalmente, a saber se estes abrangem o crime continuado, a partir de uma interpretação teleológica-axiológica da Lei 13.964/19, da análise de jurisprudência pretérita sobre temas correlatos, bem como de direito comparado.

Palavras-chave: Justiça negocial - Acordo de Não Persecução Penal - Continuidade delitiva.

Abstract: The Non-Criminal Prosecution Agreement was introduced in the Brazilian Criminal Procedure Code by Law 13.964/19, having as a requirement for its proposition the absence of proof elements that indicate the presence of habitual, repeated or professional criminal conduct. The problem that the present investigation intends to clarify is the attempt to define the type of agent the legislator wanted to obstruct the agreement by providing such imprecise terms and, mainly, to know if these include the continued crime, based on an interpretation teleological-axiological of the Law 13.964/19, the analysis of past jurisprudence on related topics, as well as comparative law.

Keywords: Business justice - Non-Criminal Prosecution Agreement - Criminal continuity.

1. Notas Introdutórias

A Lei 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, introduziu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na legislação processual penal brasileira, inserindo sua disciplina normativa no art. 28-A do Código de Processo Penal, figura jurídica antes prevista a nível infralegal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.¹

O instituto reflete uma alternativa consensual para a solução do conflito penal, ideia que avança no Brasil e tem sido a opção legislativa nos últimos anos,² que ganha força a partir da constatação da falha das penas tradicionais aplicáveis, especialmente pela crítica que aponta o declínio de legitimidade da pena de prisão (CARVALHO, 2010).

Trata-se de acordo entre o Ministério Público e o investigado, no qual ambos renunciam à eventual chance de êxito em um processo criminal, ficando a cargo do investigado cumprir as condições previstas no *caput* e incisos I a V do Art. 28-A do CPP. A legislação estabelece requisitos de natureza objetiva e subjetiva, além da confissão circunstanciada e formal para a propositura do benefício, como, por exemplo, que a pena mínima do delito seja inferior a 4 (quatro) anos, consideradas as causas de aumento e de diminuição.

Ocorre que, até pelo pouco tempo de vigência da norma que inaugurou o ANPP, muitas questões deverão ser interpretadas pelos tribunais e, dentre estas – objeto de análise deste ensaio – pode ser citada a previsão da vedação ao benefício em caso de existirem “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” (BRASIL, 2019), conforme preceitua o §2º, inciso II, do art. 28-A do CPP. Nota-se, de antemão, tratar-se de causa

impeditiva, que dá ampla margem de interpretação ao hermenauta, especialmente por expressar conceitos não determinados pela legislação.

Neste contexto, este texto destina-se a delimitar o espectro de incidência destes termos e, principalmente, a saber se o enquadramento típico de uma pluralidade de fatos criminosos no instituto da continuidade delitiva, previsto no art. 71 do CP,³ pode ser considerado hipótese de subsunção às referidas hipóteses vedadoras do benefício.

2. Da diferença entre crime continuado e criminoso habitual/reiterado/profissional

Antes de adentrar no propósito que se busca, é de salutar importância que se procure delimitar a abrangência do que seja conduta criminal habitual, reiterada e profissional, diferenciando tais termos do instituto do crime continuado.

Em relação ao conceito de crime continuado, Prado (2019) afirma ser uma “ficção construída para impedir, em determinados casos, a aplicação das regras do concurso real ou material”.

Tal ideia de abrandamento da pena possui raízes históricas desde a sua criação, na Itália, atribuída de forma controversa a Bartolo Sassoferrato (1314-1357), que trabalhou na unificação de diferentes crimes unidos pelo fato de se perseguir o mesmo objetivo. O instituto tinha o objetivo inicial de evitar a pena de morte prevista pelo *statuto della Valsassina*, de 1343, imposta ao agente que praticasse o seu terceiro furto (LATOURE, 2016).

Como a consequência do reconhecimento da continuidade delitiva é a aplicação da pena de um único crime, acrescida de um sexto a

dois terços, nota-se, então, que o legislador pátrio, ao trabalhar as consequências da continuidade delitiva, corroborando sua origem, por opção de política criminal, decidiu abrandar a pena aplicada, o que conduz à ideia de que o instituto é utilizado como forma de benefício ao apenado.

Já sobre a conduta criminal habitual e profissional, **Messias** (2020) define que Conduta criminal habitual consiste na já conhecida habitualidade criminosa. É o meio de vida criminoso desenvolvido pelo agente, a característica da pessoa dada à prática de delitos. [...] Por fim, conduta criminal profissional define o agente que, como ofício ou profissão, pratica crimes repetidamente.

Embora se referindo a casos de sonegação de tributos ou créditos previdenciários, **Pacelli e Callegari** (2020) discorrem que, havendo seguidas reiterações da conduta criminosa, a habitualidade se configura de maneira subsidiária à continuidade delitiva, podendo incidir o benefício desta última no caso de haver um mesmo contexto fático que justifique a reiteração habitual da conduta, dando, como exemplo, dificuldades financeiras durante o período de sonegação. Por sua vez, **Mirabete** (2021) define o criminoso habitual como sendo aquele que faz do crime uma profissão, defendendo que este está excluído do benefício do crime continuado. Tal ideia se assemelha com a configuração dada por **Ferri** (1892), que define o "criminoso habitual" ou "profissional" como o indivíduo que adotou a prática de crimes em série como uma *vera professione*.

Ainda, ante a falta de definição legislativa dos termos, é válido nos socorrermos do Direito Processual Penal italiano, que, conforme **Lopes** (2021), possui modelo *civil law* similar ao ordenamento brasileiro e é paradigma em termos de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa. A importação ganha relevância já que o Pacote Anticrime importou a vedação contida no art. 4411-bis do Código de Processo Penal Italiano (ITÁLIA, 1988), que afasta a justiça negocial⁴ dos declarados "criminosos habituais, profissionais e de tendência, ou reincidentes". Ocorre que, diferentemente da legislação brasileira, a Itália possui previsão legal expressa que define tais termos (art. 102, 103 e 105 do Código Penal Italiano), tratando-os como situações mais gravosas do que a reincidência e em nada possuindo relação com a ideia de crime continuado, que está previsto no art. 81 do Código Penal Italiano e possui conceito similar com o do nosso ordenamento.⁵

Com a similitude dos ordenamentos, o ponto fulcral que devemos seguir do modelo italiano é o de que o crime continuado não deve se confundir com as hipóteses de vedação do acordo benéfico, devendo ser inserido na análise do cálculo da pena concreta para verificar a possibilidade do acordo pela pena máxima permitida.⁶

Nota-se, afinal, que, em todos os caminhos conceituais apresentados para "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional", há clara divergência com a conceituação de crime continuado. Ademais, os próprios contornos da opção legislativa de positivar o crime continuado, instituto favor rei criado para abrandar a pena, conflita com a opção legislativa de recrudescimento ao delimitar a vedação do ANPP para as situações de habitualidade, reiteração ou profissionalismo.

Em verdade, errou o legislador, ao permitir que o órgão acusador afaste o princípio da presunção de inocência com lastro em meros indícios, já que estaria obstando o benefício antes mesmo de iniciada a ação penal e, conseqüentemente, recrudescendo a busca punitiva ao não reincidente, que já é incrementada na situação de continuidade delitiva (MACRUZ; HAUG, 2019).

Pelo exposto, vê-se que os conceitos de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, não devem abarcar a ideia de crime continuado,⁷ o que está em consonância com a jurisprudência

pátria – afinal, já foi reconhecida a impossibilidade de aplicação da continuidade delitiva quando há habitualidade ou reiteração criminosa.⁸

3. Da possibilidade de propositura do ANPP em caso de crime continuado

O fato de o crime continuado não estar abrangido pelas vedações do §2º, inciso II, do Art. 28-A do CPP, já viria a tornar possível a propositura do ANPP na hipótese de sua configuração por força do princípio da legalidade. Outrossim, outros argumentos reforçam esta ideia. Entre eles, a interpretação teleológica-axiológica da norma que introduziu o novo instituto negocial.

De fato, o intuito da nova legislação foi o de fomentar o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Por esta razão, optou-se por abarcar a maior parte dos tipos penais previstos no ordenamento como passíveis de resolução pela via negocial, excluindo desta possibilidade os verdadeiramente de maior gravidade, como os praticados com violência ou grave ameaça, ou que possuam pena mínima igual ou superior a 4 anos.

Neste sentido, o limite de pena mínima escolhido pelo legislador para o cabimento do benefício não foi por acaso, pois coincide com o *quantum* exato, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, CP). Ou seja, ao que parece, o legislador quis possibilitar a justiça negocial para os crimes passíveis de substituição da pena por penas restritivas de direitos, tese que se reforça pela semelhança dos demais requisitos dos dois institutos. Nota-se que ambos vedam o cabimento a crimes com violência ou grave ameaça e também possuem uma cláusula aberta, que condiciona o cabimento à análise da reprovação do crime (art. 44, III, CP e art. 28-A, *caput*, CPP).

Somando esta análise à premissa de que uma condenação por crime continuado pode gerar uma pena passível de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, acredita-se que a norma deve ser interpretada no sentido de não elencar a continuidade delitiva no rol de impedimentos ao Acordo de Não Persecução Penal.

Ademais, o uso pelo legislador da possibilidade de propositura do acordo, "desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" no *caput* do art.28-A do CPP, parece ser o de obstá-lo para hipóteses de elevada culpabilidade do agente, o que não necessariamente se reflete na hipótese de continuidade delitiva. Portanto, analisando o contexto exposto, parece que, ao não inserir o crime continuado expressamente no §2º, inciso II, do art. 28-A do CPP, o legislador sugere que a "conduta criminal habitual" e a "reiterada" projetam reprovabilidade mais gravosa do que a continuidade delitiva.

Nesta linha de raciocínio, no sentido de possibilidade de aplicação da justiça negocial aos casos de continuidade delitiva, podem, ainda, ser citadas as súmulas 723 do STF e 243 do STJ⁹ que, interpretadas em *contrario sensu*, possibilitam a aplicação da suspensão condicional do processo e da transação penal na hipótese de crime continuado, desde que a pena não ultrapasse o limite permitido com a causa de aumento, conforme entendimento consolidado do STJ.¹⁰

Outra questão que justifica o raciocínio aqui empregado é a possibilidade de propositura de múltiplos ANPPs, simultaneamente, para fatos distintos, mesmo que as penas mínimas somadas sejam superiores ao limite estabelecido na lei, haja vista que o §2º, inciso III do Art. 28-A do CPP se limitou a vedar a propositura ao agente que se beneficiou de algum dos referidos benefícios nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração penal. Ainda, sequer a prática de um novo crime é cláusula de rescisão de eventual acordo

realizado, o que demonstra a tolerância do legislador em acatar o acordo para pessoas que praticam mais de um delito. Logo, vedar a aplicação à continuidade delitiva seria medida desproporcional quando comparada a esta situação.

Por fim, outras razões de política criminal justificam a possibilidade aqui aventada, pois a vedação da aplicação do ANPP poderia gerar um resultado contrário ao objetivado pela justiça negocial, que é o de dar oportunidade àquela pessoa que não é dedicada à vida do crime. Isto porque o primário e portador de bons antecedentes, a quem esteja sendo imputado continuidade delitiva, não teria a oportunidade de buscar a solução da problemática sem uma condenação, ou mesmo sem um processo,¹¹ o que, por consequência, gera efeitos penais e extrapenais deletérios para a sua reinserção social, ferindo os objetivos a serem alcançados pela justiça negocial (CHRISTIE, 2020).

Na jurisprudência, em que pese a discussão ainda ser embrionária, já se encontra entendimento albergando a ideia aqui posta. Por exemplo, o TRF-4 (BRASIL, 2020) emanou a inteligência de que não há óbice na aplicação do ANPP em caso de concurso de crimes (incluindo o crime continuado), quando a somatória das penas mínimas ou a pena for igual ou superior a 4 (quatro) anos.¹² Considera-se que este é o caminho a ser seguido, com a vedação do benefício apenas para situações que indiquem, por exemplo, não ser o instituto necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (*caput* do art. 28-A do CPP), ou mesmo quando constatada a “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, desde que fundamentada a negativa em dados fáticos que não o da continuidade delitiva.

4. Considerações Finais

O surgimento do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento pátrio trouxe inúmeras questões relacionadas a problemas que não são tão novos, especialmente o conflito entre a evolução da justiça negocial e a cultura de priorização do Processo Penal e da aplicação da pena em detrimento da ideia de se evitar o processo.

Neste contexto, discutiu-se se a continuidade delitiva, por si só, teria o condão de afastar a possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal, por estar esta continuidade relacionada à prática reiterada de crimes ou mesmo à habitualidade criminosa, caminhando-se para uma resposta negativa.

Várias razões levam a esta conclusão. É o que se constata da não inserção expressa do crime continuado ao inciso II do §2º do Art. 28-A do CPP, sendo presumível que o instituto não se confunde com os termos delineados na norma, que se referem a hipóteses mais gravosas. Ademais, os próprios conceitos dos termos e a forma como são utilizados na jurisprudência indicam a possibilidade de aplicação do acordo em caso de continuidade delitiva.

Também se apresentou argumentos de política criminal e direito comparado, que condizem com a ideia de aplicação do ANPP para a situação de crime continuado, deixando eventuais recusas a serem realizadas com base em outras situações fáticas. Esta é a interpretação que se coaduna com os objetivos de aplicação crescente da justiça negocial no Brasil, em detrimento da cultura de aplicação da pena.

Notas

- ¹ Sobre a constitucionalidade da previsão do acordo via resolução, conferir, por exemplo, Andrade (2018).
- ² Cita-se, por exemplo, a transação penal (art. 76) e a composição civil dos danos (art. 74), previstos na lei 9099/95.
- ³ “art. 71 - 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.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
- ⁴ O modelo negocial acusatório italiano é o *patteggiamento sulla pena*, previsto no art. 444 e seguintes do CPP italiano, possuindo grande semelhança com o ANPP. Trata-se de uma negociação entre acusado e Ministério Público, que não permite que se negocie sobre o tipo penal imputado, não podendo ser proposto acordo caso a pena supere 5 anos, com a redução de 1/3 (LOPES, 2021), cf. art. 444.1. Neste modelo, o juiz faz o controle de legalidade sobre a qualificação jurídica do fato e os limites das penas substitutivas ou pecuniária negociadas (cf. art. 448 e 444.1). Em caso de negativa na propositura do acordo, o MP deve motivar de forma idônea (cf. art. 446.6).
- ⁵ As principais diferenças entre os modelos consistem no *quantum* de aumento da pena e na expressa necessidade de configuração do requisito subjetivo da unidade do desígnio.

Referências

- ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - artigo 18 da resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, v. 29, n. 137, p. 45-60, abr./jun. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152993. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.964/19. Pacote Anticrime. Art. 28-A, §2º, inciso II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Apelação Criminal nº 50201491820174047200*. Rio Grande do Sul, 25/05/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF421664049>. Acesso em: 16 set. 2021
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2. ed. Campinas: Russel, 2009.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: O Papel da Punição na Política Criminal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale* 3. ed., Turim: Fratelli Bocca, 1892. Disponível em: http://data.decalog.net/enap1/Liens/gallica/gallica_0034.pdf Acesso em: 29 abr. 2021.
- ITALIA, Decreto Presidencial de 22 de setembro de 1988, n. 447. Código de Processo Penal

- ⁶ ITALIA, Corte de Cassação. Seção A. Sentença nº 42738 de 24 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/29795.html> Acesso em: 14/06/2021.
- ⁷ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou repetidas vezes no sentido de que os termos “habitualidade” e “reiteração delitiva” não se confundem com o conceito de crime continuado. Neste sentido: HC: 74066 SP, Dj: 10/09/1996, 2ª Turma. HC: 109730 RS, Dj: 02/10/2012, 1ª Turma. HC: 107636 RS, Dj: 06/03/2012, 1ª Turma. HC 94.970, 1ª Turma, Dje de 28/11/2008.
- ⁸ Cita-se, por exemplo: HC 109730, 1ª Turma, Dj: 02/10/2012, data de publicação: 29-10-2012
- ⁹ Súmula 723/STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”; Súmula 243/STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”
- ¹⁰ Cita-se, por exemplo, o RHC 66.196/RJ, 5ª Turma. Dje 27/05/2016
- ¹¹ De fato, o próprio processo já traz, por si só, efeitos deletérios, cf. Carnelutti (2009).
- ¹² TRF-4 - ACR: 50201491820174047200 SC 5020149-18.2017.4.04.7200, Dj: 25/05/2020, 8ª Turma.

- Italiano, art. 441-bis, livro VI, título I. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/05/28/procedimenti-speciali-giudizio-abbreviato>. Acesso em: 15 set. 2021
- LATOUR, Nicola. Il reato continuato: dalle origini al rapporto con l'art. 131 bis c. De Iustitia, n. 4, p. 144-161, 2016. Disponível em: http://www.deiustitia.it/cms/files/20170112044545_qzsa.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.
- LOPES, Junior. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021.
- MACRUZ, A; HAUG, M. O Pacote Anticrime e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 331. 2019, p. 14.
- MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 37.
- MIRABETE, Julio. Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP, volume 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PACCELLI, E; CALLEGARI, A. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PRADO, Luiz. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 703.