

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS INFRAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS INSIGNIFICANTES: UMA NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA¹⁶¹⁴

THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE PAST INSIGNIFICANT CRIMINAL OFFENSES: A FRESH INTERPRETATIVE PROPOSAL

Thiago Rocha de Rezende

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFF.
Advogado. E-mail: 1.thiago.rocha.rezende@gmail.com. Link lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>¹⁶¹⁵

RESUMO: O presente artigo concentra-se no debate em torno de uma vedação ao Acordo de Não Persecução Penal, referente ao investigado reincidente ou contra quem haja elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal). Mais especificamente, o artigo quer olhar para essa vedação legalmente disposta e entender a exceção a ela: serem insignificantes as infrações penais pretéritas. Em tal sentido, o trabalho objetiva responder a qual é a melhor forma de se ler essa exceção, em uma lógica de redução de danos, uma vez que, apesar de considerar-se aqui a própria vedação referida inconstitucional, a prática não vem entendendo da mesma forma. Para

tanto, o que o artigo fez foi, primeiramente, tratar de questões que tangenciavam o seu objeto central, mas que apresentavam debates preliminares e imprescindíveis a ele. Logo após isso, o artigo fez, então, uma revisão bibliográfica de diversos outros trabalhos que de alguma forma se dedicaram ao tema, identificando e explicando as interpretações que já foram desenvolvidas acerca das infrações penais pretéritas insignificantes a que se refere o Acordo de Não Persecução Penal. Somente após tal esforço foi possível entender o real cenário em se encontrava a prática e a literatura no tocante ao objeto deste artigo, viabilizando-se compreender as suas deficiências e necessidades. As principais conclusões a que se chegou

¹⁶¹⁴ Artigo recebido em 04/05/2023 e aprovado em 17/01/2024.

¹⁶¹⁵ Considers the mentioned prohibition itself unconstitutional, the forensic practice has not agreed to it. For that, what the article did was, firstly, to deal with questions that just slightly touched on its central object, but that presented preliminary and essential debates to it. Soon after that, the article made a bibliographical review of several other works that in some way researched the present subject, identifying and explaining the interpretations that have already been developed about the insignificant past criminal offenses referred to in the Criminal Non-Persecution Agreement. Only after this effort it was possible to understand the real scenario in which the forensic practice and the literature were located in relation to the object of this article, making it possible to understand its deficiencies and needs. The main conclusions reached were (a) the insufficiency of the interpretation criteria already

foram (a) pela insuficiência dos critérios de interpretação já desenvolvidos, (b) pela necessidade de se referir a tais infrações penais como menos relevantes, não insignificantes, a fim de evitar confusões conceituais e (c) pela proposição de um novo critério interpretativo para tal disposição legal, que tenha como marcador a efetiva privação de liberdade na punição: menos relevantes (nos termos da lei, insignificantes) são as infrações penais pretéritas fora do escopo de uma aplicação efetiva de pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; Lei anticrime; infrações penais pretéritas insignificantes; Direito Processual penal; justiça negocial.

ABSTRACT: This article focus on the debate around one prohibition to Criminal Non-Persecution Agreement, which refers to the recidivist investigated or to the investigated against whom there is evidence of habitual, repeated or professional criminal conduct ((art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal). More specifically, the article wants to look at such legally established prohibition and understand its exception: being insignificant the past criminal offenses. Thus, the work aims to respond to what's the best way to read this exception, in a logic of harm reduction, since, although this article developed, (b) the need to refer to such criminal offenses as less relevant, not insignificant, in order to avoid conceptual confusions and (c) the

proposition of a fresh interpretative criterion for that legal device, which has, as a marker, the effective deprivation of liberty in the punishment: less relevant (under the terms of the law, insignificant) are past criminal offenses outside the scope of an effective application of a custodial sentence.

KEYWORDS: Criminal non-prosecution agreement; anti-crime law; past insignificant criminal offenses; criminal procedural law; bargained justice.

INTRODUÇÃO

Com a famigerada Lei Anticrime – Lei nº 13.964/19 –, incluiu-se no Código de Processo Penal brasileiro o art. 28-A, inaugurando-se o hoje tão debatido Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Tal instituto permite que, em crimes cuja pena mínima cominada é inferior a 4 (quatro) anos, mediante algumas condições e proibições, seja proposto um acordo que, integralmente cumprido, deve resultar na extinção da punibilidade do agente.

Dentre essas vedações, uma em especial chamou a atenção deste trabalho, contida no inciso II do § 2º do referido dispositivo: “§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;”.

Vê-se que o dispositivo veda a proposição do ANPP em caso de reincidência ou de haver elementos

probatórios indicando conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Porém, ele faz uma exceção a tal vedação: serem insignificantes as infrações penais pretéritas. Ocorre que essa descrição legal da exceção é bastante vaga, sem ficar bem definido o que são essas infrações penais pretéritas insignificantes e o que demarca essa dita insignificância. Cabe à literatura processual penal, então, realizar uma construção interpretativa de tal conceito e é nessa esteira que se situa o presente artigo.

A partir desse cenário, a pergunta problema que norteia este trabalho já parece ficar mais clara: o que deve ser entendido por infrações penais pretéritas insignificantes no âmbito do ANPP? E com tal resposta, pode-se responder também a um questionamento mais geral: como deve ser lida a referida vedação ao oferecimento do ANPP?

O caminho metodológico que será feito para responder ao questionamento será o seguinte: a) primeiramente, o artigo fará uma análise crítica da referida vedação ao ANPP e uma análise interpretativa acerca do quanto da vedação é alcançada pela exceção – alcance integral da vedação ou parcial –, uma vez que são questões preliminares cujo tratamento é necessário para o debate do conteúdo da exceção; b) após, será feita uma análise igualmente crítica das interpretações que já foram produzidas acerca das infrações penais pretéritas insignificantes no ANPP; b) após, o artigo irá apresentar uma proposta própria de interpretação do referido conceito.

1. QUESTÕES CRÍTICAS E INTERPRETATIVAS PRELIMINARES: SOBRE A REINCIDÊNCIA E A CRIMINALIDADE HABITUAL, REITERADA OU PROFISSIONAL E O ALCANCE DA EXCEÇÃO

A primeira questão cuja abordagem aparece como necessária após a leitura do dispositivo é o uso da reincidência e da criminalidade habitual, reiterada ou profissional como vedações à proposição do ANPP, afinal, a compreensão de uma exceção tem como pressuposto a compreensão do objeto a ser excepcionado.

Em primeiro lugar, veja-se a reincidência. Reincidente, conforme definição legal (art. 63 do Código Penal), é o agente que cometeu novo crime após o trânsito em julgado de sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, tenha o condenado por crime anterior. Cabe acrescentar que, ainda nos termos da lei (art. 64, inciso I, do Código Penal), não há reincidência se entre a data do cumprimento (ou da extinção) da pena e a infração posterior tiver decorrido mais de 05 anos.

A reincidência vem sofrendo diversas críticas ao longo do tempo, destacando-se aqui duas delas. Primeiramente, vê-se que a reincidência se assenta na reavaliação de um fato que já foi valorado e punido. Nos termos de Roig, a reincidência faz com que a punição anterior, em vez de encerrar em si o castigo, projete as suas sequelas

para a nova pena.¹⁶¹⁶ Nisso, vê-se uma clara violação do *ne bis in idem*: está-se adicionando à pena atual uma parcela de castigo cujo fundamento corresponde não ao fato em julgamento, mas a outro, já julgado e punido – está-se punindo novamente o mesmo fato. Desse modo, viola-se a garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), pois está-se adicionando carga punitiva a uma pena cujo limite já transitou em julgado. E tais críticas aplicam-se igualmente no que se refere à utilização da reincidência como vedação ao ANPP, como bem percebe Schmitt de Bem: está-se afastando a possibilidade do ANPP, ou seja, submetendo-se o investigado a um prejuízo, com fundamento não no fato objeto do ANPP, mas sim em fato pretérito, já punido e cujo limite punitivo já transitou em julgado.¹⁶¹⁷

A segunda crítica que vale ser destacada é a de que a reincidência consiste em um instrumento de Direito Penal do autor, violando um Direito Penal do fato. O Direito Penal do autor, na definição de Zaffaroni e Pierangeli, é aquele que não proíbe o ato em si, mas apenas a título de manifestação de um modo de ser do autor. O ato teria valor de

sintoma de uma personalidade; o ato delitivo, mais especificamente, de uma personalidade perigosa, fundamento da punição.¹⁶¹⁸ Isso carrega o sério problema de despersonalizar a pessoa, tratando-a como se trata um animal: abdica-se de punir o sujeito na estrita medida do ato cometido para contê-lo na medida do perigo que ele supostamente representa, como se faria com um bicho perigoso, coisificando-o.¹⁶¹⁹ E é exatamente isso que a reincidência propõe: submete-se o autor a um prejuízo por se considerar que a repetição do ato delitivo manifesta uma personalidade mais perigosa do que a daqueles que estão praticando-o pela primeira vez.

Novamente, trata-se de crítica que se aplica perfeitamente à utilização da reincidência como vedação ao ANPP: o impedimento do ANPP devido à reincidência fundamenta-se na consideração do autor como alguém supostamente mais perigoso do que os outros e que, por isso, não poderia se valer de uma despenalização. Foi assim que, como percebe Schmitt de Bem, o ANPP abriu as suas portas para um Direito Penal do autor.¹⁶²⁰ Ainda assim, importante registrar, não houve um reconhecimento de

¹⁶¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

¹⁶¹⁷ SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 193.

¹⁶¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

¹⁶¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

¹⁶²⁰ SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 194.

inconstitucionalidade da reincidência pelo STF e ela segue sendo amplamente utilizada pelos tribunais para diversos fins.

Em relação aos “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, podem ser oferecidas críticas similares às feitas acima: eles manifestam um *bis in idem* por valorarem em duplicidade infrações penais – elas estão sendo (ou serão) julgadas e, eventualmente, punidas por si e ainda gerarão prejuízo para outro fato –, além de serem claro instrumento de Direito Penal do autor, atribuindo prejuízo por uma suposta personalidade perigosa. Entretanto, há ainda problemas adicionais, específicos para essa questão. Aqui, novamente, dois deles serão destacados.

Em primeiro lugar, a possibilidade de proibir a proposição do ANPP por elementos probatórios que indiquem criminalidade habitual, reiterada ou profissional viola frontalmente a presunção da inocência, constitucionalmente reconhecida (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Isso porque “elementos probatórios” que não compõem uma decisão condenatória transitada em julgado não podem ser interpretados como praticados pelo investigado; se forem, não se está mais tratando o sujeito como inocente, violando-se o mandamento constitucional de fazê-lo. Aliás, nesse ponto, cabe lembrar da Súmula 444 do

STJ ¹⁶²¹, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, exatamente como fundamento na presunção da inocência. Se nem o juiz pode, em sede de sentença, interpretar supostas infrações não transitadas em julgado em prejuízo do réu, sob pena de violação da presunção da inocência, por que o Ministério Público poderia fazer uma interpretação desse tipo e ainda em sede pré-processual? Fica claro, assim, que a disposição é inconstitucional.

Reforçando esse entendimento, veja-se o que percebeu Schmitt de Bem. Conforme o autor, os conceitos de criminalidade habitual e profissional foram importados da lei processual italiana, especialmente em um dispositivo de justiça negociada. Entretanto, essa importação teria sido inadequada – nos termos do autor, acéfala –, uma vez que, conforme o Código Penal italiano, a habitualidade presumida por lei ou considerada pelo juiz exige uma pluralidade de condenações definitivas por crimes dolosos. Além disso, a profissionalidade é disposta como característica de criminoso habitual com atuação ainda mais acentuada. Portanto, na Itália, essas são figuras ainda mais graves do que a reincidência e, portanto, respeitadoras pelo menos da presunção da inocência. Porém, por equívoco legislativo, elas foram trazidas para o Brasil associadas ao investigado primário, fulminando a sua garantia

¹⁶²¹ “Súmula 444/STJ - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

constitucional de ser presumido como inocente.¹⁶²²

Além disso, pode-se criticar a disposição, ainda, por uma completa ausência de objetividade: não há um critério objetivo para determinar o que são “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.¹⁶²³ Quantas infrações constituem uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? Em quanto tempo elas devem ser praticadas? Quais elementos probatórios são idôneos para indicar que há conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? Nada disso está claro, nada disso está objetivamente limitado, abrindo-se um imenso espaço de discricionariedade para o Ministério Público na (não) proposição do ANPP e, eventualmente, para o Juiz na (não) homologação dele. Em poucas palavras: elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional serão qualquer coisa que o Ministério Público ou o Juiz quiserem que seja. Ao cabo, isso pode até ser entendido como um desrespeito ao princípio da legalidade, deixando-se de oferecer ao particular um parâmetro legal minimamente seguro para que ele saiba o que pode ser considerado como um elemento probatório de conduta

criminal habitual, reiterada ou profissional.¹⁶²⁴

Em relação a essa segunda vedação – por suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional –, a situação (ao menos ainda) não é tão desalentadora no que tange ao reconhecimento judicial da inaplicabilidade, uma vez que, diferentemente da reincidência, ainda não há um entendimento consolidado do STF no sentido de que ela é constitucional. Nesse cenário, seria recomendável que os tribunais e o próprio Ministério Público não apliquem ao menos essa segunda vedação, promovendo um processo penal mais respeitoso aos preceitos constitucionais e à segurança jurídica. Entretanto, não parece ser isso que têm ocorrido, devendo-se trabalhar aqui para reduzir danos no cenário dado.

Neste ponto, cabe sintetizar as questões críticas trazidas acima, a fim de prosseguir para a análise da exceção prevista. No entendimento deste artigo, nenhuma das vedações ao ANPP trazidas no dispositivo objeto desse estudo – art. 28-A, § 2º, inciso II, do Código de Processo Penal – deveria ser aplicada por serem inconstitucionais. Apesar disso, a reincidência já foi afirmada como constitucional pelo STF e

¹⁶²² SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 195-196.

¹⁶²³ WUNDERLICH, Alexandre et al. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 50.

¹⁶²⁴ No mesmo sentido, afirmando que a expressão é demasiada vaga, permitindo interpretações subjetivas sem qualquer segurança jurídica, e que há um desrespeito ao princípio da legalidade, MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 61-62.

a suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional não tem visto a sua aplicabilidade ser negada na prática forense. Portanto, em uma lógica de redução de danos provenientes da aplicação dessa vedação, cabe prosseguir para a exceção legalmente prevista para ela.

Entretanto, antes de entrar efetivamente no conteúdo dessa exceção, é necessário tratar de mais uma questão preliminar, que versa sobre a interpretação acerca do alcance dessa vedação dentro do próprio dispositivo. Isso porque há autores ¹⁶²⁵ que entendem que a exceção das infrações penais pretéritas insignificantes se refere somente à vedação da proposição do ANPP em caso de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional; com isso, ela não se aplicaria à vedação de proposição do ANPP ao reincidente – em caso de reincidência, mesmo que por infração penal insignificante, o ANPP não poderia ser oferecido.

Essa interpretação (minoritaríssima), porém, é bastante problemática. Primeiramente, veja-se que a redação do dispositivo ¹⁶²⁶ não expressa absolutamente nenhum indicativo de que a exceção se refere somente à sua parte intermediária – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Nesse cenário, não há

justificativa para limitar o alcance da exceção e impedir que ela seja aplicada também aos casos de reincidência – parte inicial do dispositivo –, o que constituiria uma aberta atuação prejudicial ao réu sem amparo no dispositivo legal. Em síntese: se o legislador não dispôs que a exceção se aplica somente a uma parte do dispositivo, então ela se aplica a todo ele.

Em segundo lugar, percebe-se que uma mínima interpretação teleológica do inciso já descarta a referida interpretação. Olhando-se para o dispositivo, percebe-se que, em uma perspectiva geral, ele pretende impedir que o ANPP possa ser oferecido caso a vida pregressa do investigado conte com a prática de outras infrações penais (o que é absolutamente criticável e foi criticado acima). Entretanto, ele abre uma exceção para os casos em que essas infrações penais pretéritas são “insignificantes”. Nesse cenário, fica a questão: por que tal exceção iria alcançar os casos de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não alcançaria os de reincidência, quando o pano de fundo de ambas – uma vida pregressa que conta com a prática infrações penais – é exatamente o mesmo? E mais: um caso de reincidência pode consistir em um único crime precedente, enquanto a

¹⁶²⁵ Exemplificativamente, veja-se: “iii) salvo quando forem insignificantes: Aqui o legislador abriu uma exceção à vedação da realização de ANPP para aqueles que cometem crimes de maneira habitual, reiterada ou profissional.” CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei*

13.964/2019 (pacote anticrime). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 121.

¹⁶²⁶ “II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

criminalidade habitual, reiterada ou profissional deve contar com a multiplicidade de delitos antecedentes. Qual seria o sentido de permitir a exceção quando houver diversas infrações penais pretéritas insignificantes, mas não permitir quando houver somente uma? Não parece haver sentido, razão pela qual a interpretação de que a exceção se refere somente à suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não à reincidência, está longe de ser adequada – a exceção refere-se ao todo do dispositivo, inclusive à reincidência.

2. AS INTERPRETAÇÕES EXISTENTES

2.1. INFRAÇÕES PENAIS INSIGNIFICANTES COMO FATOS ALCANÇADOS PELA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

A interpretação que talvez tenha soado, para alguns autores, mais intuitiva para “infrações penais pretéritas insignificantes” foi a de uma remissão ao conceito penal da insignificância. Para entender a insignificância, é preciso compreender que há uma dupla dimensão na tipicidade: formal e material. Enquanto a tipicidade formal está satisfeita quando o fato apresenta todos os elementos descritos no tipo penal, a tipicidade

material só se completa quando o comportamento formalmente típico representou uma lesão significativa ao bem jurídico. Com a insignificância, portanto, – mais próxima de um critério de interpretação do que de um princípio, como comumente é chamada – busca-se interpretar o fato formalmente típico praticado e verificar se há uma lesão significativa do bem jurídico, ou seja, se há tipicidade material. Caso não haja, o fato é atípico.¹⁶²⁷

A insignificância, cabe acrescentar, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no RHC n. 122.464/BA. Conforme a Corte, o “princípio” da insignificância, que descaracteriza a tipicidade penal no seu aspecto material, aplica-se conforme alguns critérios, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Alguns autores enxergaram aí, na insignificância, a interpretação para as “infrações penais pretéritas insignificantes” do ANPP. Um exemplo disso é Rodrigo Cabral. O autor escreve, desde o ano de 2020, que o legislador, com a referência a “infrações penais pretéritas insignificantes”, abriu uma exceção à vedação do ANPP para aqueles que cometam crimes de

¹⁶²⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 270-271. Rafael Fagundes Pinto, apesar de chamar a insignificância de princípio, também afirma que ela é um mecanismo de

interpretação restritiva dos tipos penais. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 67.

maneira habitual, reiterada ou profissional. Tal exceção, por sua vez, abarcaria os casos em que as infrações penais antecedentes, apesar de dotadas de tipicidade formal, não importassem em relevante violação a bens jurídicos.^{1628 1629}

Outro autor que também aderiu à essa perspectiva foi Renee do Ó Souza. Conforme o autor, o dispositivo processual penal funda a sua vedação em circunstâncias que indicam um comportamento de violação contumaz à ordem jurídica – reincidência e suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional –, incompatível com os propósitos político-criminais restaurativos e despenalizantes do ANPP. Entretanto, conforme o mesmo dispositivo, excepciona-se desse quadro as situações de práticas delitivas insignificantes, caracterizadas pela inexpressividade da lesão ao bem jurídico e que, portanto, sequer foram

objeto de atuação persecutória anterior.¹⁶³⁰

Carlo Velho Mais é mais um exemplo de adesão a tal perspectiva. O autor, ao escrever sobre as vedações ao ANPP, abordou brevemente a questão da reincidência e da “conduta criminal habituada, reiterada ou profissional”, pontuando (ainda que de forma bastante sutil) a crítica de que tal vedação se sustenta sobre um Direito Penal do autor. Ele ainda apontou a exceção a essa vedação: que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes. Porém, ao fazer tal apontamento, o autor colocou uma nota de rodapé logo após “insignificantes” para explicar como vem sendo aplicado judicialmente o “princípio” da insignificância – como os outros autores trazidos, ele entendeu “infrações penais pretéritas insignificantes” como fatos pretéritos alcançados pela insignificância.¹⁶³¹

¹⁶²⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110.

¹⁶²⁹ Neste ponto, é necessário fazer dois esclarecimentos. Primeiramente, deve-se apontar que a interpretação que exsurge do escrito pelo autor no sentido de que a exceção legal só se refere à criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não à reincidência, já foi contestada na parte final do tópico anterior. Em segundo lugar, cabe registrar que, posteriormente, o autor – apesar de não ter abdicado da sua posição de que “infrações penais insignificantes”, no ANPP, faz referência à insignificância penal – acrescentou o reconhecimento de que o legislador utilizou expressões contraditórias e de que talvez também fosse possível fazer uma interpretação um pouco mais ampla da cláusula para permitir

o ANPP quando as infrações penais anteriores fossem de escassa gravidade, ainda que não alcançadas pela insignificância. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 121-123.

¹⁶³⁰ SOUZA, René do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do código de processo penal, inserido pela lei 13.964/2019. In: Idem (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2. ed. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 147.

¹⁶³¹ MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 274.

Ocorre que há um claro problema nessa interpretação, cuja responsabilidade deve ser partilhada entre o legislador, pela sua notória falta de técnica na redação do dispositivo, e a parcela da literatura que propôs tal interpretação, uma vez que ela só poderia advir de uma reflexão consideravelmente apressada da questão.

Quando o legislador dispõe “infrações penais pretéritas insignificantes” a título de exceção da vedação de reincidência ou de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, é uma obviedade que ele não está se referindo a fatos alcançados pela insignificância. Isso porque, se estivesse o fazendo, ele não estaria excepcionando nada. Como visto, fatos insignificantes são atípicos. Esses, por sua vez, não geram reincidência delitiva, pois para a reincidência delitiva é preciso que tenha havido um delito anterior e, se o fato anterior foi atípico, ele não constituiu um delito. Além disso, uma conduta criminal – reiterada ou não – requer a existência de crime e fato atípico, novamente, não constitui crime. Portanto, se essa fosse a exceção disposta pelo legislador, ele não estaria dispondo exceção nenhuma: se o investigado é reincidente ou supostamente pratica conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, certamente o fundamento disso não é um fato atípico, razão pela qual a exceção disposta seria totalmente vazia de efeitos.

Ocorre que não haveria razão para o legislador prever uma exceção se ele não quisesse realmente uma

exceção. Logo, está claro e óbvio que o legislador não quis se referir à insignificância penal e, assim, descrever formalmente uma exceção materialmente inexistente. O que ele quis, na verdade, foi abrir uma exceção para os casos em que as infrações penais pretéritas fossem menos relevantes, menos graves, porém, cometeu o erro crasso de referir-se a elas como insignificantes, ignorando ou negligenciando a existência do conceito penal de insignificância e induzindo o intérprete a erro. Eis a parcela de responsabilidade do legislador.

Entretanto, a parcela de responsabilidade da literatura também deve ser considerada. Isso porque, em primeiro lugar, interpretar que a lei processual estava fazendo uma remissão à insignificância parte de algum nível de insensibilidade dogmática. Os autores que propuseram tal percepção do dispositivo, ao menos a princípio, tão somente disseram que infrações penais pretéritas insignificantes seriam aquelas em que estaria ausente a tipicidade material. Ocorre que “infração penal insignificante” é uma notória contradição em termos. A insignificância exclui a tipicidade material, que é indispensável para se caracterizar um fato como infração penal. Logo, se é infração penal, não é insignificante e se é insignificante, não é infração penal – um conceito exclui o outro. Nesse cenário, eis a insensibilidade dogmática: é inexplicável como essa parcela da literatura nem ao menos estranhou, já em uma primeira leitura, que o legislador estivesse usando uma claríssima

contradição em termos. Estava ali o primeiro indicativo de que o dispositivo estava redigido de forma tecnicamente imprópria e de que, para realmente compreendê-lo, seria necessário um esforço para entender o que o legislador quis dizer com a expressão – essa parcela da literatura, porém, não o identificou.

Além da insensibilidade dogmática, há ainda uma insensibilidade político-criminal, mais grave do que a anterior. Essa parcela da literatura não desconhecia ou negligenciava a insignificância penal, como era o caso do legislador. Por isso, ao ler “infrações penais insignificantes”, ela associou à insignificância penal. Entretanto, como já explicado, entender que a exceção se refere a fatos alcançados pela insignificância é esvaziá-la totalmente de efeitos. Veja-se, então, a insensibilidade, agora político-criminal: é também inexplicável como essa parcela da literatura nem estranhou que a exceção (conforme a sua leitura) era totalmente vazia de efeitos. Tinha-se aí mais um indicativo de que havia algo errado com a leitura a partir da insignificância e de que seria necessário fazer um esforço para entender o que o legislador pretendia com aquela exceção – essa literatura, entretanto, nem percebeu a ausência de efeitos na exceção conforme a sua interpretação.

Por tudo isso, parece seguro falar que essa interpretação de “infrações penais insignificantes” como fatos alcançados pela insignificância não é adequada. Está claro que o legislador quis excepcionar infrações penais

menos relevantes, menos graves, devendo, na ausência de definição legal, haver um esforço da literatura para definir o que poderia ser considerada uma infração penal menos relevante. É dentro desse esforço que se situa a próxima interpretação.

2.2. INFRAÇÕES PENAIS INSIGNIFICANTES COMO INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Outra interpretação para “infrações penais pretéritas insignificantes”, tentando extrair o que o legislador pretendeu excepcionar, entendeu que isso pode ser lido como infrações penais pretéritas de menor potencial ofensivo. O conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo está definido legalmente (art. 61, parágrafo único, Lei nº 9.099/95): são as contravenções penais e os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 2 anos. O que se propõe é trazer esse conceito para preencher o sentido da exceção à vedação ao ANPP fundada na reincidência e na suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional – em caso de reincidência e/ou suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que as infrações anteriores sejam de menor potencial ofensivo, excepciona-se a regra e permite-se a proposição do ANPP.

Um dos autores que adere a essa posição é Renato Brasileiro de Lima. Ele inicia a exposição do seu entendimento questionando se, ao se referir a infrações penais insignificantes, o

legislador teria se referido ao “princípio” da insignificância. Em seguida, ele próprio já responde negativamente ao questionamento, justificando que seria inadequado falar em infração penal insignificante quando a insignificância exclui a tipicidade material, inexistindo a própria infração penal. Por tal motivo, afirma o autor, leva-se a crer que o legislador usou o termo insignificante em seu sentido vulgar, possivelmente se referindo às infrações penais de menor potencial ofensivo.¹⁶³²

Outro exemplo de autor que interpreta dessa forma é Cezar Augusto Rodrigues Costa. Comentando sobre a referida exceção à vedação do ANPP, o autor observa que infração penal pretérita insignificante é algo vago e aberto. Além disso, ele acrescenta que não desconhece que o STF vem decidindo como insignificantes as “infrações” que apresentam mínima ofensividade social da conduta, baixo grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão ao bem jurídico e ausência de periculosidade social da ação, mas que ele entende ser possível ter como insignificantes as infrações de menor potencial ofensivo, com o parâmetro da Lei 9.099/95.¹⁶³³ Apesar de se poder apontar uma falha dogmática do autor ao não perceber que não existem “infrações insignificantes” – a insignificância exclui a infração –, ele

demonstrou clara sensibilidade político-criminal ao optar por uma interpretação que desse real sentido à exceção processual penal.

Sandro Carvalho é mais um que adere à interpretação de infrações insignificantes como infrações de menor potencial ofensivo. Conforme o autor, a ressalva do dispositivo permite a aplicação do ANPP mesmo para aqueles investigados que cometam crimes de maneira habitual, reiterada ou profissional desde que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes. Nesse contexto, ele afirma que devem ser considerados como insignificantes os delitos de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁴ Cabe registrar que a referência a “delitos” em vez de “infrações”, reproduzindo um Enunciado (que será visto mais à frente), parece ser mero equívoco técnico, não uma pretensão de excluir as contravenções dessa exceção. Logo, onde está escrito “delitos de menor potencial ofensivo”, parece razoável ler “infrações de menor potencial ofensivo”.

Walter Nunes da Silva Júnior também compartilha dessa interpretação, mas com um interessante acréscimo. No entendimento do autor, a ressalva legal, utilizando-se do termo “insignificantes” para caracterizar as infrações penais pretéritas, é vaga, atécnica e de difícil definição. Ele ainda

¹⁶³² LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*: comentários à lei 13.964/2019 – artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 227-228.

¹⁶³³ COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Acordo de não persecução penal – breves comentários. In: *Projeto de lei anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da faculdade*

nacional de direito da UFRJ. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, 72-73.

¹⁶³⁴ CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021, p. 118.

adiciona que, na sua percepção, é claro que o legislador não teve a intenção de se referir à teoria da insignificância, razão pela qual seria mais acertado se ele tivesse colocado como exceção, por exemplo, os crimes culposos e de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁵ Além da necessária correção técnica no sentido de que, como já visto de forma similar anteriormente, está-se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, não de crimes de menor potencial ofensivo – esta definição exclui as contravenções penais, enquanto aquela as inclui –, cabe destacar que o acréscimo dos crimes culposos – inspirado no art. 77 do Código Penal – é bastante interessante, pois traz para a exceção mais um grupo de infrações penais de gravidade reconhecidamente reduzida em relação às demais, o que se comprova pela significativa diminuição de pena em relação à modalidade dolosa do crime.

Essa interpretação está tão bem aceita atualmente que deu origem ao Enunciado n. 21 do Grupo Nacional de Coordenadores de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), o qual afirma expressamente que infrações insignificantes, no dispositivo, devem ser entendidas como

“delitos” de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁶ E tendo em vista essa simpatia do Ministério Público com tal interpretação, parece que a tendência é que a prática se aproxime cada vez mais dela.

Uma possível crítica a esse critério interpretativo ou a qualquer outro que tente extrair uma definição de “infrações penais insignificantes”, a fim de não ver a exceção legal esvaziada, poderia ser proposta a partir de um argumento de legalidade: assim como se afirma que a absoluta vagueza da vedação legal ao ANPP por “indícios probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” ofende a segurança jurídica e a legalidade, razão pela qual tal vedação não deveria ser aplicada, seria possível tentar argumentar no sentido de que a ausência de definição clara do que são “infrações penais insignificantes” na exceção legal não deveria suscitar uma extração de sentido pela literatura, mas igualmente a inaplicabilidade de tal exceção.

Entretanto, uma crítica desse tipo estaria perdendo do seu campo de visão todo o sentido do princípio da legalidade. Esse princípio existe para que o particular tenha a possibilidade de prever como será a intervenção do poder punitivo estatal, gerando-se para ele um

¹⁶³⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de não persecução penal. In: Idem; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2021, p. 57-58.

¹⁶³⁶ “Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou

profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.” Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

sentimento de segurança jurídica – o poder punitivo só pode intervir como está previamente disposto e o particular deve poder confiar nisso.¹⁶³⁷ Desse modo, quando o legislador estabelece uma forma de aumentar a intervenção do poder punitivo – aqui, especificamente, vedando-se o ANPP –, ela deve ser absolutamente clara, para que o particular possa saber como esse poder será exercido sobre ele. Logo, na ausência de claridade de um dispositivo que amplia o espaço de intervenção penal em detrimento da segurança jurídica, ele deve deixar de ser aplicado. Todavia, quando um dispositivo visa diminuir o espaço de intervenção punitiva – aqui, excepcionando a vedação ao ANPP –, a falha técnica do legislador em não defini-lo bem não pode ser utilizada em prejuízo do cidadão. Nesse caso, deve-se tentar extrair o melhor sentido desse dispositivo, restringindo-se a intervenção. Em síntese: a legalidade tem uma natureza exclusiva de garantia do cidadão diante do Estado; assim, quando o Estado quer intervir mais e se equivoca na técnica legislativa, a legalidade deve operar para tornar o dispositivo inaplicável; por outro lado, quando o Estado quer intervir menos e se equivoca na técnica legislativa, não há qualquer obstáculo de legalidade em extrair o sentido que pretendia ser exposto, pois a legalidade existe tão somente como uma garantia do sujeito

em face do Estado, não o inverso. Eis a razão para que se entenda aqui como coerente que a vagueza na referida vedação conduza à inaplicabilidade dela enquanto, na exceção, leve a uma construção de definição por parte da literatura – ambas operam igualmente para garantir o sujeito diante da ausência de técnica do Estado.

Schmitt de Bem, entretanto, faz uma crítica mais específica a essa interpretação que vale ser destacada. O autor entende que ela é curiosa e incoerente. Curiosa porque se as infrações pretéritas de menor potencial ofensivo podiam ser consideradas insignificantes, não haveria razão para terem sido denunciadas e/ou condenadas em primeiro lugar. Incoerente porque permite que investigados que foram condenados por infração de menor potencial ofensivo possam celebrar o ANPP, mas, tendo em vista a vedação do inciso posterior¹⁶³⁸, não é permitido que ele seja feito em relação àqueles que nem foram condenados por infração de menor potencial ofensivo em virtude de transação penal ou suspensão condicional do processo concedidas em menos de 5 (cinco) anos.

Em relação à curiosidade da interpretação, não parece haver um problema tão grande, uma vez que propor que “infrações penais insignificantes” devem ser lidas como “infrações penais de menor potencial

¹⁶³⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 67.

¹⁶³⁸ “§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] III – ter sido o

agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.”

ofensivo” é uma tentativa de achar sentido prático para a referida exceção em meio à falha técnica do legislador em redigi-la, esforço que, em si, parece absolutamente correto. Por óbvio, infrações penais de menor potencial ofensivo não são insignificantes e podem, a depender do caso concreto, virem a dar origem a denúncias e condenações. Porém, tentou-se entender o que o legislador efetivamente pretendia dizer, que eram infrações menos relevantes ou menos graves, e procurou-se um critério para auxiliar na definição delas. Não se vê aqui realmente um problema com isso.

Já em relação à incoerência da interpretação, parece ter mais razão a crítica do autor. Permitir a proposição do ANPP para condenados por infrações penais de menor potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, vedá-la para aqueles que nem denunciados ou condenados por elas foram é absolutamente incoerente. Entretanto, cabe registrar que essa incoerência, no entender deste artigo, deve-se resolver não em favor da vedação do ANPP em todos os casos de supostas infrações penais de menor potencial ofensivo anteriores, e sim da permissão. Se, como vem reconhecendo uma considerável parcela do próprio Ministério Público, a leitura correta de “infrações penais pretéritas insignificantes” deve ser “infrações penais pretéritas de menor potencial ofensivo”, então ele mesmo reconhece que o legislador entendeu tais infrações como compatíveis com a propositura do ANPP. E se isso é verdade, ele mesmo deve reconhecer que tal legislador se equivocou e foi

contra o espírito do ANPP ao vedá-lo nos casos de transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 (cinco) anos, já que esses se restringem exatamente à suposta prática de infrações de menor potencial ofensivo. Portanto, o próprio Ministério Público, por coerência, deveria deixar de aplicar a vedação, cumprindo o espírito que ele mesmo identificou no instituto do ANPP.

Todavia, apesar das defesas que essa interpretação merece e que aqui foram feitas, pode-se vislumbrar uma crítica que parece decisiva para a rejeição dela: tal interpretação, que transporta um critério abstrato da Lei n. 9.099/95, tem sérios problemas para lidar com uma parcela significativa dos seus casos, que já foi submetida à análise concreta. A Lei n. 9.099/95 trouxe o critério da infração penal de menor potencial ofensivo para determinar a competência dos Juizados Especiais Criminais. Portanto, tal critério só poderia ser abstrato, tendo em vista o momento processual inicial a que se refere a questão da competência. Nesse critério, só se pode olhar para a pena abstratamente cominada ao fato imputado, uma vez que é tudo o que se tem sobre a gravidade do fato naquele momento processual. Entretanto, a presente exceção refere-se a casos de reincidência e de elementos probatórios de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, para os quais poderiam ser utilizadas condenações, ainda que não transitadas em julgado. Nesses casos, já houve uma análise concreta acerca da gravidade daquele fato específico, tornando-se obsoleta aquela percepção abstrata inicial – não há razão para

continuar usando um critério abstrato de gravidade quando já há uma avaliação concreta e específica da gravidade do fato.

Para que se visualize o problema prático que isso pode gerar, veja-se um exemplo. Imagine-se 2 casos. No caso 1, há uma reincidência por prática anterior de calúnia (art. 138 do Código Penal) – pena de 06 meses a 02 anos de detenção. No caso 2, uma reincidência por furto – pena de 01 a 04 anos de reclusão. Conforme o critério da infração penal de menor potencial ofensivo, o ANPP será cabível no caso 1, uma vez que a calúnia é delito de menor potencial ofensivo, mas não no caso 2, já que o furto não é. Porém, ao se olhar para as condenações definitivas, vê-se que, no caso 1, o juiz, valorando a gravidade do fato, aplicou uma pena de 01 ano de detenção. Já no caso 02, o juiz aplicou a pena mínima – 01 ano de reclusão. Nesse cenário, percebe-se que a situação analisada concretamente mostrou um cenário diferente daquele que se vislumbrava abstratamente. Em um cenário abstrato, as gravidades dos fatos eram marcadamente distintas, distinção essa que, concretamente, mostrou-se inexistente. Portanto, deve-se formular um critério que dê conta também da concretude que caracteriza parte significativa das infrações penais pretéritas insignificantes.

3. A INTERPRETAÇÃO PROPOSTA POR ESTE TRABALHO

Antes de propor aqui um critério para interpretação de “infrações penais pretéritas insignificantes”, é importante fazer alguns esclarecimentos, até já expostos ou ao menos tangenciados em outros momentos deste artigo. Primeiramente, cabe esclarecer que este trabalho entende que a vedação ao ANPP com base na reincidência ou na suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional é, ela mesmo, inaplicável por ser inconstitucional. Entretanto, considerando que, a despeito disso, ela segue sendo aplicada, faz-se aqui uma construção de um critério para interpretar a exceção legalmente disposta para tal vedação, em uma lógica de redução de danos.

Outro esclarecimento importante é em relação à própria terminologia empregada pela lei: “infrações penais pretéritas insignificantes”. Independentemente da insignificância penal, “infrações penais insignificantes” já deveriam ser entendidas como uma contradição em termos. Como preconiza o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.¹⁶³⁹ Sendo assim, se há um ataque a bem jurídico que, em qualquer medida, possa ser considerado insignificante ou irrelevante, ele não deve ser uma infração penal. Logo, os termos

¹⁶³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

empregados pela lei são contraditórios entre si. Portanto, o critério depende, preliminarmente, de compreender o que o legislador pretendia ao utilizar tais termos e aqui se entende que ele quis se referir a infrações menos relevantes. Logo, trata-se de interpretar o que seriam essas infrações penais menos relevantes.

A lógica do que se irá propor aqui parte de uma inversão interpretativa, como forma de respeitar o princípio do *in dubio pro reu*. Com isso, quer-se dizer que em vez de buscar definir o que são as infrações penais menos relevantes, deve-se definir o que são as infrações penais mais relevantes e todas as que não estiverem claramente dentro dessa definição devem ser consideradas como menos relevantes. Definindo dessa forma, a dúvida operará em favor do réu: não estando indubitavelmente conforme a definição de infrações penais mais relevantes, está-se diante de um caso de, no mínimo, uma infração penal menos relevante.

Adentrando, então, no que são as infrações penais mais relevantes, é necessário buscar por um marcador de maior relevância para as infrações penais: o que caracteriza uma infração penal mais relevante? No entender deste artigo, esse marcador é a pena privativa de liberdade. O que mais caracteriza uma infração de maior relevância e gravidade para o Direito Penal se não a pena privativa de liberdade? Essa é a pena destinada para aqueles delitos mais graves e, consequentemente, mais relevantes, parecendo, portanto, ser o melhor marcador possível para realizar a

definição de relevância vulgarmente disposta pelo legislador.

Sendo assim, nos casos de reincidência ou de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que já houve condenações (não transitadas em julgado) – já houve avaliação concreta da infração penal específica –, para verificar se o ANPP é cabível, deve-se conferir se a pena aplicada foi efetivamente de privação de liberdade. Se a resposta for negativa, o ANPP é cabível, uma vez que excepcionada a vedação legalmente disposta. Seria o caso, por exemplo, de o autor ser reincidente com uma condenação anterior, mas a pena privativa de liberdade ter sido substituída por uma pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal). Também seria o caso de a punição da condenação anterior ter sido objeto de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), exemplificativamente.

Já nos casos de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que não houve condenações – estágio abstrato de avaliação da infração penal –, parece ainda mais desaconselhável que se aplique a vedação ao ANPP presente no dispositivo, pois aplicá-la daria uma abertura para a arbitrariedade ainda maior do que toda a já aberta. E para negar a aplicação de tal vedação, seria possível o simples argumento de que não é idôneo para constituir um elemento probatório da suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional qualquer coisa menor de que sentenças condenatórias.

Entretanto, caso a prática ignore isso também, pode-se sugerir que, para verificar se há exceção à vedação, confira-se se, abstratamente, há possibilidade de não ser efetivamente aplicada uma pena privativa de liberdade às supostas infrações, fazendo-se, novamente, a dúvida operar em favor do réu – se há dúvida quanto à efetiva aplicação de uma pena privativa de liberdade no futuro, deve-se interpretar, no presente, como se ela não fosse ser aplicada. Caso exista essa possibilidade, o ANPP deve ser permitido, uma vez que tais infrações penais pretéritas devem ser consideradas menos relevantes, excepcionando a vedação legalmente disposta. Seria o caso, por exemplo, de o sujeito não descumprir claramente, em uma perspectiva abstrata, os requisitos para a substituição por uma pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou para uma suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Parece possível haver uma crítica de coerência ao critério aqui proposto, questionando o fato de o ANPP ser vedado para aqueles a quem foi concedida transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 (cinco) anos (conforme o art. 28-A, “§ 2º, inciso III, do Código de Processo Penal) e não o ser para quem foi condenado a uma pena privativa de liberdade, mas que foi substituída por uma restritiva de direitos ou objeto de uma suspensão condicional da pena. Porém, como já dito, entende-se aqui que essa crítica deve levar a um questionamento sobre a (in)aplicabilidade ou até mesmo da

revogação da vedação para os primeiros – a quem foi concedida transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos –, não a uma vedação para todos. Isso porque as infrações cuja pena efetivamente aplicada não foi de privação de liberdade detém um marcador de menor relevância nelas, razão pela qual não devem obstar o ANPP, conforme o que aqui se considera a melhor interpretação da exceção legalmente disposta; uma falta de coerência entre isso e as demais vedações, por sua vez, devem ser resolvidas em favor dos particulares, negando-se tais vedações e permitindo-se o ANPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, primeiramente, que a própria vedação ao ANPP baseada na reincidência ou em elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não deveria ser aplicada por desrespeitar a Constituição. No caso da reincidência, vê-se uma fulminação da intangibilidade da coisa julgada, uma vez que se está atribuindo prejuízo ao autor – vedação do ANPP – com fundamento em fato anterior, cujos limites punitivos já transitaram em julgado, além de ser uma manifestação de Direito Penal do autor. No caso da suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional, tem-se uma violação do *in dubio pro reu*, uma vez que ele é tratado como culpado antes de uma condenação transitada em julgado, além de uma violação ao princípio da legalidade, já que não há uma mínima definição legal de quais

fatos no mundo constituiriam essa figura. Entretanto, considerando-se que a prática não tem deixado de aplicá-las, prosseguiu-se para uma análise do conteúdo da exceção – serem insignificantes as infrações penais pretéritas.

Nessa análise, percebeu-se que as duas interpretações já oferecidas tinham problemas, mais ou menos graves. A interpretação de infrações penais insignificantes a partir de uma referência à insignificância penal revelou-se problemática dogmaticamente, ignorando que incorre em uma contradição em termos, e político-criminalmente, esvaziando a exceção de efeitos reais. Já a interpretação de infrações penais insignificantes como infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo um critério essencialmente ligado a uma análise abstrata dos fatos, não se mostrou adequada para lidar com uma parte significativa dos casos abarcados pela exceção, nos quais já há uma análise concreta do fato específico. Nesse cenário, fez-se necessário delinear um novo critério.

O critério proposto por este artigo baseou-se, preliminarmente, em duas questões. Primeiramente, em deixar claro que, apesar da impropriedade técnica do legislador em dispor “infrações penais insignificantes”, isso deve ser lido como infrações penais menos relevantes, uma vez que, pelo princípio da intervenção mínima, nenhum ataque insignificante a bem jurídico pode ser considerado infração penal. Em segundo lugar, em uma inversão interpretativa: define-se o que

são infrações penais mais relevantes e toda infração penal que não se encaixa claramente nisso, pelo princípio do *in dubio pro reu*, deve ser considerada menos relevante.

O critério em si, por sua vez, foi proposto com base na efetiva aplicação de pena preventiva de liberdade: mais relevantes são aquelas infrações penais submetidas a uma efetiva aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, nos fatos concretamente analisados – reincidência e sentenças condenatórias consideradas como elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional –, infrações penais mais relevantes são aquelas em que foi efetivamente aplicada uma pena privativa de liberdade; assim, todas as que não o foram são menos relevantes; exemplificativamente, veja-se os casos de substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) e de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Já nos fatos abstratamente analisados – elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional menores do que uma sentença condenatória (ao que trabalho fortemente se opõe) –, mais relevantes são as infrações em que não há possibilidade de o autor futuramente não ter sobre si uma efetiva aplicação de pena privativa de liberdade; havendo essa possibilidade, a infração penal é menos relevante; exemplificativamente, veja-se os casos em que o sujeito não está claramente fora dos requisitos da substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou da

suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021.
- COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Acordo de não persecução penal – breves comentários. In: *Projeto de lei anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da faculdade nacional de direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 67-74.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime: comentários à lei 13.964/2019 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 264-293, jan./jun. 2020.
- MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 171-206.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de não persecução penal. In: Idem; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2021, p. 19-86.
- SOUZA, René do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do código de processo penal, inserido pela lei 13.964/2019. In: Idem (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 141-158.
- WUNDERLICH, Alexandre et al. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 42-64, jan./jun. 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.