

# **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CERTIDÕES DE ANTECEDENTES**

**Fernando Pascoal Lupo**

**Promotor de Justiça**

A Lei nº 13.964/19, que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, criou o instituto do acordo de não persecução penal.

Antes, porém, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181, de 07.08.2017, com a redação dada pela Resolução nº 183, de 24.01.2018, já previa no artigo 18 a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal, com muitos critérios que acabaram sendo aproveitados pela nova lei.

No Estado de São Paulo, ao decidir nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, o Procurador-Geral de Justiça vem admitindo a aplicabilidade do instituto, com base na mencionada Resolução.

Em outros casos, ao receber processos nos quais o Juiz de Direito questiona a negativa de oferecimento de proposta de não persecução penal, pelo Promotor de Justiça natural, o Procurador-Geral de Justiça vem entendendo que compete ao *Parquet* a análise sobre o cabimento ou não da benesse (Protocolados nº 88.947/19, 76.756/19, 80.325/19, 88.945/19 e 49.277/19).

Como orientação para a formulação do acordo de não persecução penal, a Procuradoria Geral de Justiça editou o Protocolo de Atuação nº 01/2018, por intermédio do CAOCRIM.

De outra banda, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público detém poder normativo primário, de tal modo que, por meio de suas resoluções, podem inovar a ordem jurídica, como no caso do acordo de não persecução penal (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-MC/DF).

A nova lei preceitua que não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado, formal e circunstanciadamente, a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação do crime.

Para a aferição da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Foram estabelecidas condições ao beneficiário a serem ajustadas cumulativa e alternativamente, tais como a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renúncia voluntária a certos bens e direitos; prestação de

serviços à comunidade ou para entidades públicas; pagamento de prestação pecuniária para entidade pública ou de interesse social; cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito, pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor e, em seguida, homologado em audiência na qual o juiz irá verificar a legalidade e a voluntariedade do beneficiário, por meio da oitiva do investigado na presença de seu advogado.

Devidamente homologada a avença penal, caberá ao Ministério Público o início de seu cumprimento perante o juízo da execução penal, bem como intimar a vítima do seu teor e do eventual descumprimento do acordo.

A Lei prevê a inaplicabilidade do instituto em alguns casos, como quando couber transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, quando o investigado for reincidente ou tenha praticado conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Igualmente, não se pode firmar acordo de não persecução penal nos casos de violência doméstica ou familiar, ou praticadas contra a mulher por razões do sexo feminino, em favor do agressor.

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

Outras situações são previstas na Lei, como recusa de homologação pelo juiz e descumprimento pelo beneficiário das condições estipuladas. A Resolução nº 1187/20-PGJ/CGMP, de 23.01.20, disciplinou o trâmite da recusa na celebração de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público.

Os Enunciados PGJ/CGMP, de 22.01.20, publicados no D.O.E. de 23.01.20 (Aviso nº 26/2020-PGJ), fixaram entendimentos, entre os quais que “a proposta de acordo de não persecução penal tem a natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado” (Item 21).

A inovação jurídica trouxe inúmeras dúvidas e questões de ordem prática a serem dirimidas para o cumprimento da Lei.

Com efeito, uma dessas reside na proibição de constar em certidão de antecedentes criminais a celebração do acordo, salvo para impedir que o indivíduo venha obter o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos (art. 28-A, § 2º, III e § 12).

Todavia, esse comando pode acabar se tornando letra morta se não houver o devido registro da benesse, que esteja à disposição para consulta no Instituto de Identificação, o que irá viabilizar o exame da possibilidade de oferecimento da proposta, quando cabível.

Situação similar ocorreu com o advento da Lei nº 9.099/95, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas Criminais, ao estabelecer princípios como os da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade.

De modo igual, a Lei nº 9.099/95 previu que a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, não importará reincidência, servindo o registro apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, § 4º).

Com essa foi abolido o inquérito policial – dando lugar ao termo circunstanciado – e, por via de consequência, o formal indiciamento, que somente pode ser realizado em casos excepcionais, como quando o autor dos fatos se recusar a assinar o termo de compromisso de comparecimento ao Juizado Especial, ou quando o agente

tentar se subtrair da ação da autoridade para não ser identificado e, com isso, deixar de responder criminalmente pelo fato.

Na primeira hipótese, caberá a prisão em flagrante delito, com o formal indiciamento e, na segunda, o autor dos fatos fica sujeito à condução coercitiva para ser identificado e indiciado formalmente.

E a falta do formal indiciamento levava à possibilidade de o autor dos fatos obter transações penais em prazo inferior ao previsto em lei. Ocorre que o registro do benefício, geralmente, ficava restrito ao próprio Ofício de Justiça, uma vez que o órgão responsável pelos registros criminais não era comunicado (Instituto de Identificação e Estatística, ou congêneres).

Isso também, e pelo mesmo motivo, ocorria quando da proposta de suspensão condicional do processo formulada com o oferecimento da denúncia, possibilitando ao infrator a concessão de benefícios em hipóteses vedadas por lei.

Os processos criminais eleitorais seguiram a mesma sorte das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, pois raramente eram procedidos os formais indiciamentos na fase inquisitiva.

Como a maioria dos crimes previstos no Código Eleitoral não possui penas mínimas, este fato também contribuía para dificultar a aplicação e a fiscalização do instituto de suspensão condicional do processo criminal eleitoral.

Para melhor compreensão, se deve ter em mente que o indiciamento difere do formal indiciamento. Indiciar é apontar alguém como autor, coautor ou partícipe de uma infração, administrativa, civil ou penal.

Já o formal indiciamento é ato privativo da autoridade policial civil (estadual ou federal) ou militar, consistindo em ato administrativo complexo.

Reunidos os elementos sobre a autoria e materialidade, a autoridade policial, em despacho fundamentado, irá formalizar o indiciamento, que compreende no ato de interrogar o suspeito, de colher as informações sobre a sua qualificação e vida pregressa, incluir o processo fotográfico, coletar material biológico para a obtenção do perfil genético, obter a identificação dactiloscópica e preencher o BIC - Boletim de Identificação Criminal.

O preenchimento do BIC está relacionado, diretamente, com a identidade física do agente, e nele constarão, dentre outras informações, todas as características físicas da pessoa, individualizando-a.

Tal documento é de suma importância, pois será enviado ao Instituto de Identificação e Estatística no qual é formado ou abastecido o denominado 'D.V.C.' (ficha criminal). Dessa ficha criminal surge a folha de antecedentes, da qual se extrai a **certidão de antecedentes**, fundamental para a dosimetria da pena.

Com a ausência desse procedimento, abolido, pela Lei nº 9.099/95, o autor dos fatos acabava recebendo propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo diversas vezes em prazo vedado por lei, pois o BIC não era preenchido e, por via de consequência, não era enviado ao Instituto de Identificação para registro e formação ou abastecimento do 'D.V.C.'. O benefício, invariavelmente, ficava restrito ao respectivo Ofício Judicial. Essa situação ocorria com muita frequência, gerando impunidade.

Com o passar do tempo essa questão veio à tona, e normas administrativas foram implantadas pela Corregedoria Geral da Justiça Paulista e pela Corregedoria Regional Eleitoral de São Paulo, prevendo a necessidade de comunicar ao Instituto de Identificação a concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo comum e eleitoral.



Nos termos do Código de Processo Penal, compete ao Instituto de Identificação e Estatística, ou congêneres, armazenar o banco de dados criminais, sem prejuízo da identificação civil da pessoa (art. 23).

Certamente, por isso, a Corregedoria Geral do Ministério Público formulou a Recomendação Administrativa, por intermédio do Aviso nº 11, de 09.08.2016, para que os Promotores de Justiça, ao oferecerem denúncia contra agente, que não tenha sido indiciado em inquérito policial, requeiram ao Juiz de Direito a expedição de ofício à autoridade policial, visando o preenchimento do “Boletim de Identificação Criminal – BIC” e comunicação ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD), para completa alimentação dos registros criminais.

Com a formação do ‘D.V.C’. -, os dados do inquérito policial ficam eternizados, vinculando-os ao processo criminal e execução penal, nesse constando a qualificação do agente, a existência de mandados de prisão, de medidas cautelares e protetivas, e assim por diante, cujos registros servem para avaliar a possibilidade ou não de concessão de benefícios, assim que for consultado.

Como dito, a folha de antecedentes da qual se extrai a certidão de antecedentes criminais tem origem com o envio do BIC preenchido na polícia ao Instituto de Identificação, gerando ou abastecendo o ‘D.V.C’.

É importante destacar que a folha de antecedentes da 'Vara de Execuções Penais – VEC' nem sempre retrata todos os dados constantes do 'D.V.C.' existentes no Instituto de Identificação.

Finalmente, a Corregedoria Geral da Justiça Paulista unificou os casos de obrigatoriedade de comunicação ao Instituto de Identificação de São Paulo (IIRGD), pelos Ofícios de Justiça, para as anotações cabíveis, juntamente com a qualificação completa do acusado (Normas da Corregedoria Geral da Justiça, TOMO I, art. 393, I a X).

Assim, devem ser comunicados: o recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa; o aditamento da inicial; a inclusão, nas denúncias, de pessoas não indiciadas nos inquéritos policiais e nos autos de prisão em flagrante delito; a não inclusão, nas denúncias, de pessoas indiciadas nos inquéritos policiais e nos autos de prisão em flagrante delito; o despacho no inquérito policial (arquivamento, absolvição, extinção da punibilidade, condenação, etc.); o cumprimento de mandado de prisão quando ocorrer no ato da audiência admonitória.

Também devem ser comunicadas: a prisão informada pelo juízo do cumprimento do mandado de prisão, nos termos do parágrafo 3º, do art. 289-A do Código de Processo Penal, na hipótese da depreciação prevista no art. 289 do CPP; a suspensão do processo, nos termos do art.

366 do Código de Processo Penal; a homologação da transação realizada no Juizado Especial Criminal, para o fim de cumprir o disposto no art. 76, § 2º da Lei nº 9.099/95, bem como o seu desfecho e a suspensão do processo, a revogação ou a extinção da punibilidade no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O parágrafo 3º do referido artigo dispõe que a comunicação da transação penal constará na folha de antecedentes judicialmente requisitada, mantendo-a a sua exclusão nas certidões expedidas para efeitos civis.

Com a criação do acordo de não persecução penal surge a necessidade de o mesmo ser devidamente comunicado ao Instituto de Identificação para o devido abastecimento dos registros criminais no banco de dados, para fins judiciais, o que contribuirá para que o infrator não seja beneficiado nos casos em que não tiver direito.

Como esta comunicação de ordem prática não foi prevista pela lei, de rigor que os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, que detém poder normativo primário, por meio de resoluções inovem a ordem jurídica para assegurar a existência dos registros do acordo de não persecução penal, impedindo a concessão do benefício em desacordo com a lei.

Sem prejuízo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Civil devem regular a matéria pelas vias administrativas, uma vez que a Lei nº 13.964/19 não previu tal situação.