

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: JUSTIÇA NEGOCIAL E OPRESSÃO RACIAL NO BRASIL

*NON-PERSECUTION CRIMINAL AGREEMENT:
NEGOTIAL JUSTICE AND RACIAL OPPRESSION IN BRAZIL*

Bruna Couto

Graduada em Direito (UFBA). Integrante do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3848669154577511>

ORCID: 0000-0002-6216-9827

brunacoutods@gmail.com

Alessandra R. Mascarenhas Prado

Doutora e mestra em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professora da Faculdade de Direito da UFBA. Líder do grupo de pesquisa NESP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>

ORCID: 0000-0001-9972-6634

alessandra.prado@ufba.br

Daniela Portugal

Doutora e mestra em Direito Público (UFBA). Professora da Faculdade de Direito da UFBA.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7457319565221885>

ORCID: D0000-0002-8160-2323

danielacarvalhoportugal@gmail.com

RESUMO: Esse trabalho parte do seguinte questionamento: o acordo de não persecução penal (ANPP) implica redução da intervenção penal ou é mais um meio de controle penal racializado? A partir de um diagnóstico do sistema penal brasileiro, sobretudo na perspectiva da criminologia crítica e da teoria crítica racial, nota-se que o controle social é exercido por meio de um processo de criminalização com interesses políticos e econômicos racialmente selecionados. Apesar da carência de dados acerca do ANPP, utilizando como base o perfil dos indivíduos sujeitos à investigação policial no Brasil, bem como a experiência americana do *plea bargaining*, é possível inferir que o ANPP constitui um instrumento de opressão racial.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal, Opressão Racial, *Plea bargaining*.

ABSTRACT: This work starts from the following question: does the Non-Persecution Penal Agreement (NPPA) imply a reduction in criminal intervention or is it another instrument of racialized penal control? Based on a diagnosis of the Brazilian penal system, especially from the perspective of critical criminology and racial critical theory, it is noted that social control is exercised through a criminalization process with racially determined political and economic interests. Despite the lack of data about the NPPA, based on the profile of individuals subject to police investigation in Brazil, as well as the plea bargaining experience, it is possible to infer that the NPPA is an instrument of racial oppression.

Keywords: Non-Persecution Penal Agreement, Racial Oppression, *Plea bargaining*.

As mudanças socioeconômicas ocorridas a partir do século XIX, por meio das tecnologias de poder, ensejaram a transformação do direito de soberania que reforça o direito de fazer viver e de deixar morrer. Nesse contexto, o *biopoder* representa o modo de exercício disciplinar sobre a vida, sendo o racismo essencial para assegurar "a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa (...), na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva" (FOUCAULT, 2005, p. 308). Ainda de acordo com Foucault (2015), a sociedade moderna é caracterizada pela fragmentação do poder, que é essencialmente disciplinar e exercido principalmente por meio das instituições de sequestro, mecanismos de dominação que regem a vida dos indivíduos por meio do controle do tempo e espaço, a exemplo das prisões. Assim, o Direito Penal moderno surge e encontra seu fim maior no incremento de um aparato destinado à subjugação dos corpos e ao controle de populações.

Esse mecanismo de controle social, que é exercido pelo sistema penal, se fundamenta na construção social do crime e do criminoso, de modo que as formas de punição são sempre compatíveis com

o sistema de produção vigente (RUCSHE; KIRCHHEIMER, 2004), ou seja, além de atender a interesses econômicos de determinadas classes, o Direito Penal necessariamente reproduz as desigualdades do sistema de produção adotado. Assim, ao entender que existe um processo de criminalização com interesses políticos e econômicos bem determinados, não é possível conceber o mito da igualdade que fundamenta a ideologia penal da defesa social. Com base nisso, Baratta (2002, p. 162) conclui que o Direito Penal não tem a finalidade de defender todos os cidadãos e os pune com intensidade desigual, distribuindo desigualmente o *status* de criminoso, o que independe da gravidade do fato delitivo.

Nota-se que os direitos e garantias fundamentais propositalmente não se distribuem de maneira igualitária na sociedade. Há, em verdade, uma violação autorizada de direitos constitucionalmente assegurados de parte da população, de modo que "o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal" (AGAMBEN, 2004, p. 13). Ou seja, o estado de exceção prescinde de um determinado contexto fático excepcional, que enseja a suspensão total ou parcial de direitos, porque essa

suspensão é uma técnica de poder adotada pelo próprio governo. O estado de exceção normativizado, ao tempo em que legitima a hiperinflação do estado policial e ampliação do poder punitivo, não estrutura, apenas, um sistema de dominação econômica por meio dos sistemas penais, mas, especialmente, um modelo neocolonial racializado de segregação. A equação “colonização = coisificação” referida por **Césaire** (2010, p. 27) ainda se faz sentir desde as reivindicações da classe operária negra e pobre às repressões policiais e expedições punitivas.

Nessa linha, é preciso reconhecer a importância do Direito no período da colonização, quando este foi utilizado para “fundar juridicamente uma determinada ideia da humanidade dividida entre uma raça de conquistadores e outra de escravos”, na qual apenas “a raça dos conquistadores podia legitimamente se atribuir qualidade humana” (MBEMBE, 2018, p. 115). Na perspectiva decolonial, ainda é preciso lutar contra os efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos da “lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais” (MALDONADO-TORRES, 2018, n.p.).

No Brasil, como aponta **Flauzina** (2006, p. 100-101), a agenda da globalização neoliberal potencializou os expedientes nutridos desde o advento da República, com foco no extermínio da população negra, no seu genocídio. Entendendo-se o genocídio, no sentido criado por **Carlos Wedderburn**, como a “negação da presença africana nas Américas”, evidenciada pelo apagamento da população negra pelos grandes veículos de comunicação, o que sem dúvida caracteriza um “fator violento de genocídio simbólico” (FLAUZINA, 2006, p. 32-33). Dessa forma, ao longo da história brasileira, verifica-se que a produção da morte das pessoas negras pelo Estado se dá de variadas formas, desde a morte política – da impossibilidade de votar e ser votado – à morte civil – de não poder frequentar determinados lugares ao não acesso aos serviços de educação e de saúde – ou à morte penal – ao disparo de projéteis contra corpos negros. Podemos concluir que vivenciamos, no Brasil, continuamente um estado de exceção estruturalmente racializado, no sentido de que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional” (ALMEIDA, 2019, n.p.).

Em matéria penal e processual penal, esse estado de exceção reflete a edição de normas em desacordo com as garantias de direitos fundamentais, além de práticas judiciárias controversas. Para **Karam** (2006), a própria Constituição Federal favoreceu tal estado de exceção na seara penal ao produzir cláusulas de penalização, e assim, segundo **Borges** (2018, p. 40), viabilizou a manutenção da escravidão moderna no emprego da violência e repressão para a subjugação de corpos negros.

O período que segue é marcado pela agenda neoliberal da eficiência e “a busca da eficiência no terreno penal dá origem a um paradoxo, consistente em atribuir-se a um Estado mínimo o controle social máximo sobre os excluídos” (BATISTA, 1997, p. 147). É nesse processo de segregação que se funda o “novo normal” ou “novo equilíbrio racial” das sociedades modernas, revigorando os já conhecidos discursos e práticas de discriminação racial, mas desta vez por meio da positivação de um sistema dito legítimo de exclusão (ALEXANDER, 2018, p. 260-261), fundamentado na normalização do encarceramento em massa, a pretexto de garantia da defesa social. No que diz respeito ao sistema penal, a eficiência deve ser entendida como o incremento do exercício do controle em prol da defesa social, ou seja, punir mais e “melhor”. Essa busca pela eficiência ensejou, por exemplo, a ampliação das denominadas penas alternativas, as quais se afastam da finalidade declarada de servir como instrumentos de despenalização, no sentido de redução da intervenção penal,

e acabam se revelando como uma forma de ampliação do poder punitivo, tendo em vista que a vigilância ultrapassa os muros da prisão, garantindo a onipresença estatal.

Essa ampliação é perceptível há anos, principalmente a partir da experiência estadunidense, na qual, ainda na década de 90, dados apontavam que os norte-americanos efetivamente encarcerados representavam apenas um quarto da população submetida à tutela penal, sendo que a aplicação das medidas alternativas não implicou redução da população carcerária, apenas aumentou a quantidade de pessoas sob controle do poder punitivo estatal (WACQUANT, 2003, p. 29-30).

Assim, a junção do modelo neoliberal de eficiência com o estado de exceção inerente ao direito brasileiro ensejou o surgimento das medidas ditas despenalizadoras, através da introdução dos juizados especiais criminais por meio das Leis 9.099/95 e 10.259/01. Dessa maneira, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a pretexto de configurarem medidas que implicam menor sofrimento ao investigado, flexibilizam as garantias do devido processo legal e ampliam a abrangência do sistema penal,¹ ressaltando que a adoção de modelos negociais não implica a existência de uma verdadeira “composição entre as partes, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu” (CASARA, 2011, p. 155).

Insta consignar que os institutos de natureza consensual no processo penal brasileiro englobam também a composição dos danos civis, a colaboração premiada e, mais recentemente, o ANPP – ajuste obrigacional firmado entre o promotor e a pessoa investigada, no qual, mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, a exemplo da confissão, o investigado aceita cumprir condições que implicam restrições de direitos mais brandas do que a pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao crime confessado.² Esses mecanismos têm em comum a mesma inspiração: a tradição de justiça consensual estadunidense, protagonizada pelo denominado *plea bargaining*.³

Ao tratar sobre o *plea bargaining*, **Alschuler** (1979, p. 4) esclarece que existe uma diferença crucial entre a barganha por informações e a barganha pela confissão de culpa, pois quando alguém presta informações contra outrem, o depoimento pode ser refutado e criticado durante o processo, o que não ocorre no *plea bargaining*, porque a confissão do investigado já configura prova suficiente para ensejar a condenação. Assim, pode-se inferir que o conjunto probatório que permite a prolação de sentenças condenatórias nos Estados Unidos é extremamente frágil – não por acaso estamos diante do país com a maior população carcerária do mundo.

Para o autor (ALSCHULER, 1979), o surgimento do instituto no século XIX está relacionado às dificuldades associadas ao conjunto probatório exigido para fundamentar uma condenação. Segundo **Walsh** (2019, p. 78), os tribunais criminais estadunidenses são extremamente dependentes do *plea bargaining*, principalmente por questões de ordem econômica, pois “juízos são caros e demorados. Racionalmente, duas partes podem chegar a um bom resultado de forma mais rápida e barata por meio de barganha”.

Tratar de acordos é, necessariamente, tratar de voluntariedade. Na seara penal, é difícil crer na existência de uma real voluntariedade por parte do investigado, principalmente levando-se em consideração dois fatores: a manifesta disparidade de armas e a imposição de medidas cautelares privativas de liberdade durante as tratativas.

Analisando especificamente a interferência da desigualdade racial no *plea bargaining*, pesquisas demonstram que em casos de investigações com arcabouço probatório frágil, em razão da ausência de informações sobre o fato, a raça do investigado pode ser indiretamente utilizada para indicar suposta probabilidade de reincidência e criminalidade latente (BERDEJÓ, 2018). Como

explica Alexander (2018, n.p.), a população estadunidense vivencia há anos um novo Jim Crow, ou seja, um período de segregação racial institucionalizada pelo Estado através do encarceramento em massa. Um dos fatores que contribui para o estabelecimento desse sistema é o *plea bargaining*.

Em relação à América Latina, Anitua (2015, p. 44-45) explica que, no final do século XX, foram implementadas reformas importantes no processo penal, com fundamento, em um primeiro momento, no processo de "democratização" dos países. Pouco depois, surgiu um novo fundamento, que ensejou o abandono das pretensões democráticas: a garantia da "eficácia" das funções penais. Assim, surgiu a necessidade de simplificação do processo, uma vez que a busca pelos objetivos estatais desmedidos (aqueles sinalizados na criminalização primária) torna necessária a colaboração do acusado para que ele abra mão de seus direitos constitucionalmente previstos. Para Anitua (2015), esses mecanismos de simplificação do processo influenciados pelo *plea bargaining* remetem a práticas inquisitivas, uma vez que se trata de um procedimento sigiloso e no qual a confissão do acusado é prova determinante de culpabilidade. É verdade que a confissão não é extraída mediante tortura, mas não se pode negar a existência de certa coação para realização do acordo. Os objetivos do poder punitivo são obter rapidez e eficácia, mesmo que isso implique na violação de todo o sistema de garantias, a exemplo dos princípios acusatório e da presunção de inocência. Aduz ainda o autor, que os sistemas penais contemporâneos adotam mecanismos consensuais com a pretensão de um confronto

de partes em pé de igualdade, mas que, em verdade, há uma relação de profunda desigualdade real.

No Brasil, a adoção dos acordos na seara penal desperta grande preocupação, tendo em vista as raízes inquisitoriais de nosso processo. Diferente do *plea bargaining*, o ANPP não pode gerar pena privativa de liberdade, mas "tanto o *plea bargain*, quanto o acordo de não persecução penal foram embalados no mesmo berço e pelas mesmas mãos" (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. 64). Com a implementação do ANPP, possivelmente iremos conviver com a figura do promotor que, além de acusar, terá legitimidade, na prática, para julgar.

Os indivíduos que serão julgados pelos promotores, não por acaso, apresentam o mesmo perfil daqueles que lotam as prisões brasileiras. Apesar da carência de informações acerca da aplicação do ANPP, com base em dados coletados nas audiências de custódia,⁴ é possível inferir que os investigados sujeitos ao acordo são racialmente selecionados. A flexibilização de garantias obtidas com a ampliação da justiça negocial no Brasil constitui mais um mecanismo de opressão racial, porque tem por objetivo facilitar a punição e o controle da população negra brasileira. O acordo configura, assim, norma processual que garante não mais que a manutenção do velho "equilíbrio racial", negociando e mercantilizando os mesmos e já conhecidos corpos negros. O ANPP, portanto, é mais um instrumento de legitimação do poder punitivo e de manutenção do sistema penal de segregação racial.

NOTAS

- ¹ Para Karam (2002, p. 172), os delitos de menor potencial ofensivo, na forma do art. 76 da Lei 9.099/95, dificilmente ensejariam a aplicação de pena privativa de liberdade em caso de condenação. Além disso, a "velha" suspensão condicional já abrangia casos de condenações cujas circunstâncias correspondessem àquelas previstas no art. 89 da lei 9.099/95.
- ² Na prática, todavia, as condições impostas podem ter mesma gravidade ou maior do que aquelas resultantes de uma condenação.
- ³ Trata-se de um "mecanismo pelo qual o acusado pode, logo no início das apurações

pré-processuais, reconhecer a responsabilidade pelo fato, abrindo mão de seu direito a um processo e consequente julgamento judicial de mérito para receber, desde logo, uma pena." (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5). Em contrapartida, há a possibilidade de condenação a uma sanção menos grave do que aquela que seria aplicada no procedimento regular.

- ⁴ Cf. PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Editora Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. E- book (não paginado).
- ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018. E- book (não paginado).
- ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-49, jan. 1979.
- BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 145-154, 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21215. Acesso em: 28 out. 2020.
- BERDEJÓ, Carlos. *Criminalizing Race: Racial Disparities in Plea-Bargaining*. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 4, p. 1187-1249, 2018. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss4/2>. Acesso em: 30 out. 2020.
- BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018, p. 40.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2019, do Senado Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-157.
- CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. 2. ed. Florianópolis: Livros & Livros, 2010.
- DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 5-7, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150548. Acesso em: 29 set. 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 148-174, jul./set. 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39456. Acesso em: 28 out. 2020.
- KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, p. 95-114, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/92>. Acesso em: 27 out. 2020.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Análise da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; Nelson MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón (Orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórica*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. E- book (não paginado).
- MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. São Paulo: N-1, 2018.
- MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020. p. 64.
- PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos Estados Unidos são tão dependentes da plea bargaining?. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 89, p. 76-81, abr./mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151558. Acesso em: 29 set. 2020.