

A NEGOCIAÇÃO PENAL COMO EXPANSÃO DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PELA RACIONALIDADE NEOLIBERAL

PENAL NEGOTIATION AS AN EXPANSION OF THE INSTRUMENTALIZATION OF LAW BY NEOLIBERAL RATIONALITY

Alexia Cerveira Martins¹

Resumo: Ao longo da história ocidental, os acadêmicos têm associado a estrutura capitalista ao sistema penal, chegando em conclusões convergentes, especialmente acerca dos benefícios do encarceramento em massa à manutenção da lógica mercadológica. Não obstante, no direito brasileiro contemporâneo se observa uma crescente defesa da justiça negocial penal, em que são ofertadas sanções penais distintas da privação de liberdade como solução para conflitos penais não graves. Se insere nesse contexto o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), criado em 2017 como negociação proposta pelo Ministério Público ao acusado, na qual essas partes irão barganhar sobre condições para substituir a instauração de uma ação penal e o encarceramento. Sendo assim, à primeira vista, o ANPP se apresenta como instrumento distinto da tradicional operacionalização neoliberal do Direito Penal, porém, o presente trabalho busca verificar se é possível atribuir a ampliação dos espaços de negociação no sistema penal ao aprofundamento da sua instrumentalização pela racionalidade neoliberal. Assim, utiliza-se método dedutivo e emprega-se análise bibliográfica, iniciando com a introdução das discussões acerca da razão neoliberal e suas reverberações no sistema penal. Em seguida, apresentam-se as características básicas do ANPP, para, no fim, articular esse instituto negocial com os elementos da racionalidade neoliberal. Em derradeiro, verificou-se que o ANPP é mais um elemento de reprodução da lógica neoliberal mercadológica dentro do sistema punitivo nacional.

Palavras-chave: Justiça Negocial Penal; Racionalidade Neoliberal; Sistema Penal; Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: Throughout western history, academics have associated the capitalist structure to the criminal system, arriving to convergent conclusions, especially concerning the benefits of mass incarceration to the maintenance of market logic. Nonetheless, in contemporary Brazilian law one observes a growing defense of the criminal negotiation justice, in which criminal sanctions other than freedom deprivation are offered as a solution to non-severe criminal conflicts. In this context, there is the Non-Criminal Prosecution Agreement (NCPA), created in 2017 as a negotiation proposed by the Brazilian district attorney to the accused, in which these parties will bargain about conditions to substitute the criminal prosecution and the incarceration. Therefore, at first sight, the NCPA presents itself as an instrument different from the traditional neoliberal operationalization of the criminal system, however, this paper aims to verify if it is possible to assign the extension of the negotiation spaces inside the criminal system to the deepening of its instrumentation by the neoliberal rationality. Thus, it utilizes the deductive method and employs bibliographic analysis, beginning with the introduction of the discussions about the neoliberal rationality and its repercussions on the criminal system. Then, it presents the fundamental characteristics of the NCPA, so, in the end, it can be articulated with the neoliberal rationality characteristics. Finally, it was verified that the NCPA is another element of neoliberal market logic reproduction inside the national punitive system.

Key-words: Criminal Negotiation Justice; Neoliberal Rationality; Criminal System; Non-Criminal Prosecution Agreement.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: alexiacmartins@gmail.com

Introdução

É amplamente difundida a percepção social do Direito como uma ciência de técnicas e resultados exatos, inequívocos, plenamente capaz de apresentar a verdade acerca dos fatos, por meio de um método lógico. Assim, ignora-se que as ciências jurídicas tratam-se de uma ciência humana, criada, interpretada e aplicada por pessoas humanas, as quais reproduzem os ideais, preceitos e marcadores da cultura dominante.

É imprescindível compreender que o aparato técnico do Direito apenas possui uma superfície aparente de neutralidade e universalidade, pois, em verdade, as características principais do que se entende como Direito são inseparáveis da estrutura sociopolítica em que ele reside e se desenvolve.

Nesse sentido, diversos estudiosos indicam a necessidade de estudar a instrumentalização do Direito para fins de manutenção da estrutura econômica, social e política capitalista. Pensando sob a ótica do direito penal, a parte do Direito que lida com o fenômeno “crime”, escritores têm, há décadas, estudado a recorrente aproximação do sistema penal para com a estrutura capitalista.

Ao longo do desenvolvimento do direito penal ocidental, os pesquisadores têm articulado que a sua instrumentalização em prol do capitalismo ocorre por meio do uso do encarceramento, seja como forma de produzir mão de obra para o mercado, seja como forma de controlar os corpos inúteis ao mercado.

Não obstante, é possível observar uma tendência brasileira no sentido da adoção de institutos negociais para a resolução de conflitos penais. Em verdade, tal tendência é geral no Direito, verificando-se a implementação de diversas formas de negociação em diferentes áreas, como a mediação e a conciliação no direito privado e os núcleos de conciliação para multas ambientais, instituídos no âmbito do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

No campo penal, identificam-se os institutos negociais advindos da Lei nº 9.099/95, quais sejam a transação penal e a suspensão condicional do processo, bem como o célebre *Acordo de não persecução penal* (ANPP). Todos propõem uma negociação entre a acusação e o acusado, a fim de evitar a realização do processo penal tradicional e promover uma sanção de aplicação imediata.

Trata-se, portanto, de institutos disruptivos em relação à concepção tradicional e costumeira de resolução de conflitos penais, pois representam o desprezo ao processo penal tradicional como forma de viabilizar a aplicação de alguma espécie de pena. Ainda, seu uso é defendido pelos legisladores e juristas sem grandes reflexões, como forma de trazer maior eficiência ao sistema penal, concedendo-lhe agilidade e flexibilidade.

O que se observa é que, com a ascensão dos institutos negociais, prevalece a barganha acerca de valores caros à democracia, como a própria liberdade, que poderá ser restringida

mediante simples consenso e sem a comprovação formal da materialidade ou da autoria de um ato criminoso. Por essa prevalência da barganha como forma de solucionar conflitos, parece existir uma correlação entre os institutos de negociação penal e os fundamentos neoliberais do capitalismo, que mercantilizam a vida humana.

É aqui que se insere o problema explorado neste trabalho, mediante análise bibliográfica e método dedutivo. Busca-se, assim, verificar se a ampliação dos espaços de negociação no sistema penal representa aprofundamento da instrumentalização deste pela racionalidade neoliberal. Para tanto, inicia-se com uma seção introduzindo as características e discussões sobre a razão neoliberal e suas reverberações no sistema penal. Após, apresenta-se o instituto de negociação penal chamado ANPP, eleito como foco desta pesquisa por conta da sua extensão, que não permitiria abarcar os três institutos antes mencionados. Por fim, procura-se articular as características do ANPP com os elementos da racionalidade neoliberal, para observar em que medida é possível afirmar que representam aprofundamento das características neoliberais do sistema penal.

Racionalidade neoliberal e o sistema penal

Primeiramente, é importante partir da noção de racionalidade neoliberal, que, por sua vez, deriva da governamentalidade foucaultiana: diz respeito à maneira como se conduz a conduta dos homens, sendo uma lente para analisar as relações de poder (Foucault, 2022, p. 250). As governamentalidades instrumentalizadas pelo Estado fazem surgir a racionalidade (ou razão) governamental, isto é, a razão que vincula todas as instituições da administração pública, norteando seus funcionamentos em favor da manutenção da própria estrutura estatal.

A racionalidade governamental se configura a partir do formato próprio do Estado no qual foi desenvolvida. Por conseguinte, pode-se pensar em uma racionalidade governamental que sustentou os Estados absolutistas europeus e noutra que baseou os Estados liberais. Atualmente, é necessário considerar a racionalidade correlata ao modelo neoliberal, uma vez que a estrutura capitalista encontra-se em sua fase financeira-globalizada, inaugurada após a metade do século XX, com a crise enfrentada pelo capitalismo após os fracassos do Estado de bem-estar social e do Estado liberal clássico.

Aliado às mudanças tecnocientíficas do mesmo período, o capitalismo ingressou num cenário de internacionalização dos agentes que atuam no mercado financeiro, de crescente privatização dos setores públicos, de dominância da especulação como forma de atuação econômica e de desenvolvimento do fenômeno da empresa, para citar alguns elementos principais da nova configuração global.

Diante da nova fase, a racionalidade governamental precisou adaptar-se, surgindo, assim, a referida racionalidade governamental neoliberal, cuja função é condicionar os corpos da sociedade civil para que sejam os recursos humanos necessários à manutenção do capitalismo

financeiro. Para tanto, a racionalidade neoliberal impõe a concorrência como norma de conduta generalizada e a empresa como modelo de subjetivação (Dardot; Laval, 2016, p. 17).

Aqui, há uma superação do *homo oeconomicus* clássico, descrito por Foucault (2022, p. 302-303) como o homem da troca, um dos dois parceiros no processo de troca; agora, o *homo oeconomicus* é um empresário de si mesmo, que é seu próprio capital, seu próprio produtor, sua própria fonte de renda.

Em derradeiro, a racionalidade governamental atualmente vigente busca gerir os corpos, mentes e instituições que constituem o corpo social, mantendo-os coniventes e úteis à lógica do consumo e de produção, ao sistema de concorrências e ao acúmulo de capital e de recursos pelas oligarquias econômicas.

Nesse contexto, considerando que o Direito e as instituições vinculadas a ele dependem da interpretação humana, é inevitável que essa racionalidade governamental se infiltre no sistema penal, especialmente porque a hegemonia de uma lógica baseada no mercado depende da definição que se dá ao conceito de crime e às condutas socialmente desviantes, pois esses institutos precisarão se pautar a partir do risco ao acúmulo de capital e à livre circulação de mercadorias (Alves; Amin, 2018, p. 172).

Então, dentro de uma estrutura em que a subserviência ao mercado é regra, o poder punitivo torna-se instrumento indispensável, já que é a forma de institucionalizar uma intolância sistemática e armada à ilegalidade, atingindo as mercadorias, riquezas e máquinas que compõem o ciclo de trocas capitalista (Foucault, 1999, p. 72).

Não obstante, o sistema punitivo, além de afrontar a ilegalidade que põe em risco o modelo neoliberal, propõe uma forma de controle dos corpos que criaram esse risco: a forma-prisão, capaz de transformar os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los e tirar deles o máximo de tempo e de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo e formar em torno deles um aparelho completo de observação (Foucault, 1999, p. 195).

Assim, a pena de encarceramento surge, em substituição aos suplícios, como aparato da racionalidade governamental vigente na Europa dos séculos XVI e XVII, onde passou a existir uma carência de mão de obra decorrente da Guerra dos Trinta Anos, de forma que o cárcere e a imposição do exercício de trabalho durante a custódia serviram como solução aos problemas da vagabundagem, da escassez de força de trabalho e do aumento dos salários (De Giorgi, 2006, p. 41). Com a nova função atribuída ao cárcere, cria-se a seleção das pessoas pobres como sujeitos a serem encarcerados e, já dentro do espaço prisional, a serem disciplinados como sujeitos-proletários:

A prisão se consolida então como dispositivo orientado à produção e à reprodução de uma subjetividade operária. Deve-se forjar, na penitenciária, uma nova categoria de indivíduos, indivíduos predispostos a obedecer, seguir ordens

e respeitar ritmos de trabalho regulares, e sobretudo que estejam em condições de interiorizar a nova concepção capitalista do tempo como medida do valor e do espaço como delimitação do ambiente de trabalho (De Giorgi, 2006, p. 44).

O cárcere molda o corpo e a mente, criando o sujeito trabalhador ideal ao capitalismo. No entanto, tal função do sistema penitenciário ganhará alterações com a evolução tecnocientífica, a qual modificou substancialmente a forma de produção fabril e estimulou o fenômeno empresarial hoje conhecido, e com o desenvolvimento do capitalismo neoliberal.

Agora, o proletariado é globalizado e substituível por tecnologias, criando uma situação de desemprego que é estruturante do mercado, cujas políticas de assistência social, sufocadas o máximo possível pelo “Estado mínimo” neoliberal, não consegue abarcar, criando “populações problemáticas” (De Giorgi, 2006, p. 96): os excedentes da força de trabalho sujeitados à miséria.

Cumprir destacar que a sociedade neoliberal somente pode existir sobre uma sociedade desigual, em que pouquíssimos ganham muito e muitos são explorados para continuar movimentando a riqueza na direção daqueles pouquíssimos. Assim, diante do fluxo pré-definido de alocação dos recursos, a ascensão das classes pobres a uma situação de efetiva qualidade de vida fica impedida, tornando-os candidatos a incorrer nos delitos pré-definidos para a proteção dos bens, das riquezas e do poder das oligarquias. A destruição social inerente ao modo de produção neoliberal, movido por uma busca sem precedentes de lucro independente do custo humano (Davis, 2020, p. 98), continuamente produz a delinquência que alimenta o cárcere.

Passando, então, a ser dispensável a formação de uma mão de obra disciplinada para as fábricas, o sistema penal assume uma configuração atuarial, a fim de gerenciar os grupos de riscos, as populações problemáticas:

[...] dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim atuarial (De Giorgi, 2006, p. 97).

A lógica atuarial desenvolve a noção de risco e de insegurança para criar categorias de indivíduos perigosos, em essência: aqueles que compõem o excedente da mão de obra, sem negligenciar a inegável perspectiva racista no cenário brasileiro, que privilegia corpos pretos nessa seleção de quais populações oferecem riscos à sociedade.

Apontar como inegáveis riscos aqueles que representam corpos de difícil adestramento ou que são completamente descartáveis por serem excedente da mão de obra justifica o encarceramento de grupos sociais inteiros, a partir da defesa que a mera localização dentro desse grupo já representa risco e justificativa para a repressão penal. Essa é a forma que a racionalidade

governamental atual encontrou para controlar o excedente de pessoas nas camadas pobres da sociedade.

Para De Giorgi (2006, p. 98), o cárcere é a zona de espera em que são alocados esses sujeitos de risco, extinguindo-se a função disciplinar desse ambiente. Partilha tal entendimento com Anitua (2015, p. 819), o qual expõe que o cárcere, na atual configuração estatal, não apresenta mais uma utopia educativa, pois é lugar que reduz riscos pela vigilância, para que ninguém saia de seu sítio; sua essencialidade é a mera exclusão dos grupos encarcerados.

Outrossim, Juliana Borges (2019, p. 75) desenvolve que, no Brasil, a prisão performa um trabalho ideológico: libera a sociedade civil do engajamento sério para com os problemas da sociedade, produzidos pelo racismo e pelo capitalismo global, que geram a seleção da população negra e pobre como sujeitos a serem excluídos e encarcerados.

Ainda refletindo sobre a peculiaridade do cárcere no Brasil, ressalta-se que o ordenamento jurídico estruturado pelo poder constituinte de 1988 exige que o governo forneça a todos os cidadãos mecanismos igualitários de acesso à qualidade de vida e à vida humana digna. Contudo, Alves e Amin (2018, p. 179) propõem que o encarceramento é justamente a forma do Estado brasileiro de reduzir a demanda de gastos em saúde, educação e assistência social, ao isolar os eventuais ou efetivos beneficiários em prisões, as quais não exigem a mesma quantidade de investimentos para a sua manutenção. Simultaneamente, o cárcere consegue estagnar o risco à propriedade e ao mercado, novamente, ao isolar essa parcela da sociedade.

Por fim, compreendendo que a forma-prisão tem sido uma estável instituição durante o desenvolvimento capitalista, restando seu caráter funcional permanente na configuração neoliberal, é simples visualizar que o investimento na estrutura penitenciária é de grande potencial lucrativo.

Por isso, desenvolve-se o complexo-industrial prisional, formado pelas corporações que lucram com o encarceramento, seja por gerirem os estabelecimentos prisionais no lugar do Estado (situação que tem timidamente se expandido no cenário brasileiro), seja por fornecerem elementos essenciais à estrutura prisional, como a alimentação dos internos. Conforme explica Angela Davis (2020, p. 17), a partir da criação de uma indústria cujo centro é a manutenção do cárcere, não apenas o mero encarceramento é vantajoso às figuras mercadológicas que investem na estrutura prisional: a existência de um encarceramento em massa significa ampliação na margem de lucro.

Sinteticamente, as conexões construídas por diversos pesquisadores entre o sistema punitivo e o modelo capitalista indicam que o cárcere é a instituição proeminente de instrumentalização do sistema penal em prol da racionalidade neoliberal. Isto é, seja por auxiliar na manutenção do *status quo* ao excluir e desmobilizar as pessoas em situação de miséria, seja por gerar lucros aos agentes integrantes do complexo industrial-prisional, seja por reduzir os gastos públicos, o cárcere assume posição de aliado do sistema produtivo.

Porém, conforme a análise bibliográfica, a forma-prisão permanece como essencial à racionalidade governamental neoliberal por estar elevada a sua máxima potência, mediante o encarceramento em altas quantidades. Em derradeiro, ao associar a racionalidade neoliberal e o sistema punitivo, evidencia-se que aquela faz o melhor uso desse último quando o aprisionamento dos indivíduos é prioridade. Obviamente, essa fórmula aplica-se às populações vulneráveis à forma-prisão, já que as oligarquias do capitalismo estão protegidas por não representarem risco à configuração sociopolítica e econômica.

O Acordo De Não Persecução Penal (ANPP)

Sob uma perspectiva contrária a acima descrita, surge o acordo de não persecução penal (ANPP), inaugurado no ordenamento jurídico por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), como uma forma pragmática de trazer maior eficiência ao poder punitivo, o qual poderia restringir a forma-prisão e a persecução penal, essencialmente custosa, aos casos de conflitos penais graves.

Nesse contexto, o ANPP e seus ideais correlatos concretamente ingressaram no ordenamento jurídico como lei mediante o art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP). Conforme esse dispositivo, o ANPP é cabível apenas aos tipos penais com pena mínima inferior a quatro anos e cuja execução tenha sido sem violência ou grave ameaça, sendo proposto pelo Ministério Público quando não for o caso de arquivamento do instrumento investigatório, bem como quando o *parquet* compreendê-lo como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, na hipótese de ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal.

No *caput* do art. 28-A, o legislador processual penal dispôs todos os requisitos para a existência do ANPP, implicitamente indicando que se trata de escolha da política criminal nacional, a qual privilegia solução consensual para crimes cujo potencial ofensivo não seja grave. Para essas pessoas investigadas, o Ministério Público poderá propor condições específicas que substituirão a aplicação da sanção penal cabível ao tipo penal, em tese, cometido.

As referidas condições também estão previstas no art. 28-A, em que existem cinco grupos de condições, passíveis de aplicação cumulativa: (1) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; (2) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo órgão ministerial como instrumentos, produto ou proveito do crime; (3) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; (4) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; e (5) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição escolhida pelo Ministério Público, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ou seja, esse conjunto de condições é rol exemplificativo, restando disponível ao órgão acusatório o uso de sua criatividade punitiva para desenvolver novas condições que sejam ca-

bíveis no contexto.

Assim, o acordo será celebrado por escrito, pelo membro do Ministério Público e pelo investigado e seu respectivo defensor; em seguida, haverá audiência para homologação judicial do ANPP, restando ao juiz o dever de verificar a voluntariedade e a legalidade do instrumento, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor. Pode o juiz, ainda, devolver os autos ao *parquet* para reformular a proposta, caso as condições impostas sejam consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas.

Então, após homologação, o ANPP é cumprido perante o juízo de execução penal, por força do art. 28-A, § 6º do CPP. Caso haja descumprimento de qualquer condição, o Ministério Público comunicará o juízo para a rescisão do acordo e posterior oferecimento de denúncia. Caso haja efetivo cumprimento, será declarada extinta a punibilidade do agente.

Em suma, após a compreensão das regras impostas ao ANPP pela legislação, observa-se que se trata de procedimento de barganha entre acusação e defesa, ausente a figura do juízo penal nesse momento. Em verdade, a própria instauração da barganha está a cargo do órgão ministerial, que possui espaço discricionário para decidir se mero acordo é suficiente e proporcional ao caso concreto ou se a imposição de sanção penal tradicional se faz necessária.

Com a negociação instaurada, o acusado precisará confessar que incorreu nos atos descritos no ato investigatório e analisará as condições impostas pelo Ministério Público, assistido pelo seu procurador judicial.

Interessante observar que o legislador parece desconsiderar as situações de disparidade de poder que podem se estabelecer em uma reunião na qual as partes são colocadas para barganhar, pois, embora exista uma presunção de equiparação entre defesa e acusação, é necessário observar que a figura do Judiciário, responsável pela manutenção dessa equiparação durante o processo, está excluída das negociações. Aqui, são colocadas para barganhar a defesa e a acusação, ignorando as tradicionais configurações de poder que conferem ao Ministério Público alto grau de influência e persuasão, especialmente considerando o espaço discricionário que funda o ANPP, como anteriormente mencionado.

Outrossim, a negociação centraliza elementos muito característicos, tendo em vista que ao aceitar o acordo, o investigado dispensa seu direito ao devido processo legal e opta pela aplicação de condições as quais são efetivas sanções penais, já que são medidas cabíveis àquele que, em tese, cometeu ato tipificado como crime. Logo, não perde seu caráter penal a condição que é utilizada como método de responsabilização não encarcerador, especialmente porque o instrumento do ANPP se localiza dentro do sistema do direito penal, como forma de solução de conflitos de menor gravidade, porém, necessariamente coíbe tipos penais, movimenta o órgão acusatório e é fiscalizado pelo juízo de execução penal, mantendo-se, portanto, seu claro teor de materialização do poder punitivo estatal.

O que ocorre no caso do ANPP é que o Estado escolheu efetuar seu poder coercitivo

mediante negociação, autorizando que o Ministério Público afaste a persecução penal mesmo existindo indícios suficientes à instauração de ação penal. É incabível sustentar que as condições impostas pelo acordo não são efetivas penas, pois, de forma inequívoca, são expressões do poder punitivo característico do direito penal diante do cometimento de um delito.

Aqueles que defendem que as condições de ANPP não são penas em sentido estrito falam ao reconhecer que o acordo é uma nova forma de controle penal, o qual, por excelência, é exercido mediante a sanção penal, seja essa privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa ou medida de segurança. Nesse sentido:

[...] ao concordar voluntariamente com medidas de responsabilização, o investigado confesso torna certa a imposição de medida que, se não implica sanção penal em seu sentido mais estrito, cumpre informalmente as propaladas missões de retribuição e prevenção que subjazem ao próprio discurso de existência do Direito Penal e de sua resposta por meio da pena (Suxberger, 2018, p. 103-104).

Mesmo as penas restritivas de direitos implicam a interferência estatal, legítima, sobre a esfera da liberdade individual, não o sendo diferente para o caso do ANPP, no qual, em que pese o sujeito tenha voluntariamente aceitado as condições em detrimento da persecução penal, existe a anuência para que o Estado, sem a sentença condenatória resultante de uma ação penal, restrinja a liberdade do investigado de exercer seus direitos como desejar livremente.

Desse modo, compreende-se a natureza do ANPP como instrumento de negociação que resulta na aplicação de sanção penal, *lato sensu*, a partir da anuência do investigado e da homologação do juízo criminal. Em essência, o ANPP é uma política criminal desencarceradora, já que oferece uma solução distinta da custódia estatal aos casos cabíveis em suas regras básicas; trata-se de clara tentativa contemporânea de desafogamento das varas criminais e das penitenciárias nacionais, privilegiando a barganha como solução de conflitos penais.

ANPP como operacionalização da razão neoliberal

Partindo do funcionamento geral do acordo de não persecução penal, observa-se que ele atua justamente de forma oposta ao que se tem teorizado como operacionalização do poder punitivo pela racionalidade neoliberal, vez que a racionalidade governamental neoliberal exige a destinação dos corpos delinquentes ao cárcere para a exclusão desses e a estabilização do mercado. Ao fornecer uma solução diversa do encarceramento, o ANPP, e a justiça penal negociada no geral, parecem propor uma saída ao ciclo vicioso da reprodução neoliberal.

Contudo, ao analisar os fundamentos da barganha, verifica-se que as aparências não se sustentam. Em primeiro lugar, retorna-se ao conceito de *homo oeconomicus*: o sujeito condicionado pela racionalidade neoliberal atualmente vigente é o homem da empresa, na figura do qual há a plena integração das vidas pessoal e profissional em favorecimento do índice de

produtividade dentro do mercado.

Nesse contexto, existe uma ressignificação do conceito de cidadania, que deixa de estar conectado a um engajamento político e coletivo, passando a ser um engajamento em parcerias e contratos com empresas e associações para a produção de bens e a prestação de serviços (Dardot; Laval, 2016, p. 239). Assim, há uma contratualização de todas as esferas da vida humana, tornando qualquer coisa suscetível à venda, ao descarte e à troca: tudo torna-se uma mercadoria.

Nesse sentido, Casara (2017, p. 28) afirma que ocorre uma mutação simbólica que afeta os valores democráticos, como o direito à dignidade da pessoa humana, os quais deixam de ser uma esfera inviolável de princípios e conquistas de lutas históricas, tornando-se apenas mercadorias, passíveis de serem objeto de contratos e negociações. É justamente aqui que nasce a fundamentação lógica para a negociação penal, pois esta implica a plena negociação de direitos, em especial, o direito fundamental ao devido processo legal, constitucionalmente instituído no art. 5º, LIX da Constituição Federal de 1988.

À primeira vista, a negociação em sede de direito penal parece impossível de ser conciliada com a estrutura tradicional dessa seara jurídica, já que é a mais violenta, por interferir diretamente em um dos direitos mais caros ao Estado democrático: a liberdade individual. Por isso, entende-se que a solução penal é a *ultima ratio* do Direito, a última opção a ser colocada em prática.

Destarte, para aplicação do instrumento mais violento que o Direito possui em seu arsenal, exige-se a realização do devido processo legal. Aqui, o processo de conhecimento é o procedimento cognitivo adequado e necessário para averiguar a culpa do acusado, a partir da valoração das provas juntadas aos autos, de forma que a sanção penal é a consequência da aferição de responsabilidade penal do réu. O professor Aury Lopes Junior (2020, p. 55) explica que a configuração tradicional do direito penal visualiza a pena não apenas como efeito jurídico do delito, mas também como efeito do processo, que, por sua vez, é efeito da necessidade de impor uma pena ao delito.

Nesse quadro, a sanção penal existe unicamente como resultado de um processo cuja função básica é a proteção da figura do réu, por meio da efetividade de direitos como a presunção de inocência, e a garantia da pretensão punitiva do Estado, mediante procedimentos ordenadamente desencadeados.

Dessa maneira, soa como incompatível a introdução da possibilidade de aplicação de uma sanção penal sem a existência prévia de um processo penal; no entanto, esse cenário é justamente o ANPP. Propor a aplicação de uma sanção sem a realização do devido processo legal importa dispensar as diversas garantias e direitos que são salvaguardados pelos procedimentos ordenadamente desencadeados anteriormente citados.

Por exemplo, ao exigir que o acusado confesse a realização do tipo penal para gozar do ANPP, o legislador processual penal despreza o direito constitucional de não produzir provas

contra si mesmo; igualmente, desvaloriza-se o devido processo legal como direito e elemento lógico e indispensável para se chegar à afirmação de culpabilidade e à pena. Além disso, ignora-se que o acusado está em posição de vulnerabilidade diante do órgão acusatório e se subestima o poder social e institucionalmente atribuído aos membros do Ministério Público, capaz de indiretamente coagir um acusado a consentir, mesmo que esteja acompanhado de seu defensor.

Simultaneamente, o ANPP consegue violar diversos paradigmas que sustentam o ordenamento jurídico democrático nacional, em prol da rápida e eficiente solução dos conflitos penais não graves. Tal hipervalorização da negociação somente é possível em um cenário que todos os direitos e garantias humanas foram transmutados em mercadorias, passíveis de serem trocadas e barganhadas:

A estratégia neoliberal consistirá, então, em criar o maior número possível de situações de mercado, isto é, organizar por diversos meios (privatização, criação de concorrência dos serviços públicos, “mercadorização” de escola e hospital, solvência pela dívida privada) a “obrigação de escolher” para que os indivíduos aceitem a situação de mercado tal como lhes é imposta como “realidade”, isto é, como única “regra do jogo”, e assim incorporem a necessidade de realizar um cálculo de interesse individual se não quiserem perder “no jogo” e, mais ainda, se quiserem valorizar seu capital pessoal num universo em que a acumulação parece ser a lei geral da vida (Dardot; Laval, 2016, p. 217).

A racionalidade neoliberal funciona como o substrato perfeito para a reprodução da negociação, a qual é defendida como a solução mais eficiente possível aos conflitos, pois os direitos fundamentais, os quais são objeto de garantia do processo tradicional, são rebaixados da posição de conquistas históricas à posição de mercadoria. O indivíduo possui direito ao devido processo legal e direito a não produzir provas contra si mesmo, todavia, mais importantes que esses é o seu direito de dispor livremente desses direitos anteriores, haja vista que tudo que o *homo oeconomicus* toca e observa é mercadoria.

O acordo de não persecução penal, em síntese, nasce e se desenvolve no cenário contemporâneo porque sua base fundante é a subjetivação de todos como empresários de si mesmos, capazes, dentro da ótica capitalista, de negociar as melhores vantagens para si em qualquer situação.

Considerações finais

Em suma, este trabalho buscou explorar as características básicas da racionalidade neoliberal, a qual transforma todos os cidadãos em empresários de si mesmo e proporciona a contratualização da vida humana, de modo a averiguar se é possível associar o fenômeno contemporâneo da justiça negocial penal à racionalidade neoliberal.

Com esse objetivo, verificou-se que a celebração de ANPP se realiza como mais uma

troca de mercadorias, colocando o consenso em um lugar privilegiado, já que o acordo implica que a anuência das partes é mais relevante do que a verdade sobre os fatos, pois esta última, dentro da estrutura tradicional do Direito, é alcançada apenas mediante o devido processo legal. Ocorre a substituição do valor “verdade”, o qual o processo tradicional busca reconstruir e alcançar ao fim de sua tramitação, pelo consenso (Casara, 2018, p. 72), construído mediante negociação.

Assim, em que pese a academia tradicionalmente associe os efeitos neoliberalizantes no poder punitivo ao encarceramento em massa, com a análise das características do ANPP, verifica-se que a negociação — quase — desenfreada que constitui o ANPP é resultado lógico da racionalidade neoliberal, a qual autoriza a ampla barganha sobre todos os elementos da vida humana. Portanto, embora represente política que se distancia do encarceramento, a justiça penal negociada se demonstra como aprofundamento da instrumentalização do sistema penal em prol da racionalidade governamental, para os casos de delitos menos graves.

Em última instância, a colonização da justiça penal por institutos negociais é um elemento de perpetuação do neoliberalismo, o qual permeia absolutamente todos os espaços e torna aceitável a contínua mercantilização da vida humana, concedendo perigosos contornos de empresa ao próprio sistema de justiça. É uma corrente vibrante e contundente a que sustenta a justiça negocial penal, que não deve ser subestimada e deve ser analisada com atenção e criticidade, a fim de barrar os seus efeitos deletérios à garantia dos direitos fundamentais das pessoas investigadas e acusadas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Verena Holanda de Mendonça; AMIN, Aleph Hassan Costa. O cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: Direito Penal, Processo Penal e Constituição II*, 27., 2018, Salvador. **Anais [...]**. Salvador: CONPEDI, 2018. p. 163-182. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/B9394vH30762ZkU7.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.
- CASARA, R. R Rubens. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASARA, R. R Rubens. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 6. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.
- DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.
- DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2022.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. *In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 87-107.