

**RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
PELO INFRATOR NOS ACORDOS PENAIS SOB A ÓTICA DO
PATERNALISMO JURÍDICO**

*RESTRICTIONS ON THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE OFFENDER IN
CRIMINAL AGREEMENTS FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL PATERNALISM*

Américo Bedê Freire Junior

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDV/ES. Juiz Federal. E-mail: bede@jfes.jus.br. Registro Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0128-8790>.

Letícia Lemgruber

Doutoranda em Direitos Fundamentais (FDV/ES). Mestre em Direito Processual (UFES/ES). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: leticialemgruber@hotmail.com. Registro Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9574-2290>.

RESUMO

O artigo aborda o conceito de paternalismo jurídico e adota a concepção de Valdés como uma coerção estatal no comportamento do indivíduo, contra sua vontade, visando evitar-lhe um dano, protegendo-o de um comportamento autorreferente. Analisa a admissibilidade do paternalismo para restringir disposições de garantias processuais pelos infratores nas negociações de acordos penais com o Ministério Público. Para tanto, aborda a autonomia do infrator e as condições nas quais sua decisão é tomada, tendo como parâmetro as lições de Valdés, Maniaci e Sarmento. São examinados os requisitos de uma decisão racional e autônoma, qual seja, a capacidade de discernir, baseada no conhecimento dos fatos relevantes, livre de vícios de discernimento, de pressões coercitivas, de vulnerabilidade, estável no tempo e sem causar danos a terceiros. São pontuados os direitos fundamentais imprescindíveis para garantir a *competência básica* do infrator no exercício de sua autonomia e elencadas as garantias processuais passíveis de restrição na negociação.

PALAVRAS-CHAVE: Paternalismo. Autonomia. Acordo Penal. Disposições de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The article addresses the concept of legal paternalism and adopts Valdés' conception, as a state coercion on the individual's behavior, against his will, aiming to avoid a harm to him, protecting him from a self-referential behavior. It analyzes the admissibility of

paternalism to restrict provisions of procedural guarantees by offenders in negotiating criminal agreements with the Public Prosecutor's Office. To this end, it addresses the offender's autonomy and the conditions under which his or her decision is made, using the lessons of Valdés, Maniaci and Sarmento as a parameter. The requirements of a rational and autonomous decision are examined, namely, the ability to discern, based on knowledge of the relevant facts, free from vices of discernment, coercive pressure, vulnerability, stable over time and without causing damage to third parties. The fundamental rights necessary to guarantee the basic competence of the offender in the exercise of his autonomy are pointed out, and the procedural guarantees that may be restricted in the negotiation are listed.

KEYWORDS: Paternalism. Autonomy. Criminal Agreement. Fundamental Rights. Provisions.

I INTRODUÇÃO

Os acordos penais presumem cedências recíprocas entre o Ministério Público e o infrator. Muitos argumentos permeiam a discussão sobre a possibilidade de o infrator pactuar o não exercício de garantias processuais, como a disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos fundamentais, a extensão do direito de liberdade, o paternalismo jurídico e a dignidade humana.

Interessa a este artigo abordar o paternalismo jurídico enquanto justificativa para restringir o poder de disposição do infrator na solução consensual firmada com o Ministério Público, seja proibindo, seja não reconhecendo a produção de efeitos jurídicos daquela solução.

Para tanto, será definido o conceito de paternalismo, a fim de evitar confusões terminológicas que levem à sua adoção irrestrita, com intervenções exageradas na liberdade individual, ou à sua rejeição total, com falta de proteção de bens jurídicos.

Definido o conceito, pretende-se investigar a admissibilidade e a juridicidade do tratamento paternalístico de autores de ilícitos na pactuação de acordos penais. Para tanto, será apreciada a autonomia e seus requisitos, a fundamentar o exercício do direito geral de liberdade do infrator na pactuação de restrições a garantias processuais. Em seguida, serão investigadas as hipóteses de vícios de discernimento, pressões coercitivas e vulnerabilidade, a permitirem intervenções paternalistas, bem como sugeridas possíveis medidas que possam suprir a fraqueza e admitir a solução negocial, além de explicitadas as garantias processuais passíveis de restrições consensuais.

Pretende-se, com isso, delinear, a partir de uma abordagem paternalista, as situações nas quais o Estado pode intervir na liberdade individual do infrator, a fim de limitar suas garantias passíveis de não exercício.

2 PATERNALISMO JURÍDICO

Dentre os vários conceitos de paternalismo jurídico, percebe-se um denominador comum como sendo uma restrição, pelo Estado, da autonomia do indivíduo, contra sua vontade, em atos autorreferentes, com a finalidade de protegê-lo de si mesmo, a partir do que se reputa como uma melhor opção para ele. Os exemplos são inúmeros, como a obrigação de motociclistas usarem capacetes e motoristas usarem cinto de segurança, proibição da prostituição, do consumo de drogas, de venda de alguns remédios sem receita e de jogos de azar.

Para Valdés (1988), o paternalismo pode ser compreendido como uma intervenção coercitiva no comportamento de uma pessoa, contra sua vontade, com a finalidade de evitar que ela se prejudique.

Já para Atienza (1988), uma conduta é paternalista se realizada com o fim de obter um bem para uma pessoa ou um grupo de pessoas, sem suas aceitações.

Feinberg (1980) afirma que o paternalismo seria uma coerção estatal para proteger um indivíduo de um dano auto infligido ou para guiá-lo para seu próprio bem, goste ele ou não.

E Dworkin (1987) relaciona o paternalismo a uma violação da autonomia do indivíduo, impedindo as pessoas de fazerem o que decidiram ou interferindo na tomada de decisões.

Sunstein e Thaler (2019) utilizam a expressão “paternalismo libertário” para referir a adoção de medidas não coercitivas tendentes a auxiliar o indivíduo a tomar decisões racionais (*nudges* ou “empurrõesinhos”), nas quais não se restringe sua liberdade de escolha. Martinelli (2010, p.107) abrange os “conselhos insistentes” como práticas paternalistas, mesmo não havendo contrariedade da vontade, porque as modifica, caso aceitas.

Ou seja, alguns autores compreendem como práticas paternalistas as interferências exercidas mediante informação ou conselho, por se destinarem a alterar o comportamento da pessoa. E há discussão se a intervenção paternalista visa evitar um dano ou alcançar um bem para o alvo da intervenção.

Este artigo adota a ideia central de paternalismo de Valdés, como uma coerção estatal no comportamento do indivíduo, contra sua vontade, visando evitar-lhe um dano, protegendo-o de um comportamento autorreferente. A coerção estatal pode ser direta, como a proibição; ou indireta, como o não reconhecimento jurídico dos efeitos de certos atos. Segundo o conceito adotado, o paternalismo não se confunde com medidas estatais não coercitivas de educação, estímulo ou dissuasão.

Optou-se por adotar um conceito que relaciona a finalidade do paternalismo com a proteção do indivíduo contra si mesmo, para evitar um dano ou risco de dano, e não

para obter um bem para o sujeito. No paternalismo, o comportamento é proibido ou exigido porque afeta negativamente o interesse da pessoa, o propósito é evitar um dano, ou seja, impedir que alguém passe de um nível de satisfação de interesses para um nível inferior (FEINBERG, 1985, p.50).

A ideia, portanto, não é promover um benefício, alcançar um passo superior na satisfação de interesses, já que esse propósito tangencia com outras formas de intervenções restritivas, como moralismo e perfeccionismo. Ao visarem à obtenção de um bem, afastam-se de padrões empíricos e objetivos; o comportamento é proibido porque aquela é a melhor maneira de viver, conforme a opinião dos outros.

A maior parte da doutrina, ao abordar os limites do paternalismo, inicialmente referencia John Stuart Mill (2000, p. 17-18), que refutava os argumentos paternalistas e defendia que só o dano ou risco real de dano a outras pessoas pode justificar a restrição à liberdade. Suas ideias se fundamentam na diferenciação de atos autorreferentes, que dizem respeito apenas ao indivíduo, sem envolver terceiros, dos atos heterorreferentes, que ensejam dano ou risco de dano a terceiros. Apenas neste segundo caso poderia haver restrição à liberdade:

O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. Não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. Essas são boas razões para o advertir, contestar, persuadir, instar, mas não para o compelir ou castigar quando procede de outra forma.

A aplicação prática desse conceito envolve dificuldades relacionadas à complexidade de definir objetivamente e de conceituar dano e bem, além da existência de situações nebulosas nas quais é complicado distinguir se o ato diz respeito apenas à própria pessoa ou se afeta terceiros.

E o que se pretende é exatamente alcançar o maior grau de objetividade possível, para que se saiba até que ponto uma pessoa pode dispor do próprio corpo e da própria vida e até mesmo causar dano a si própria, legitimamente. Para alcançar esse intento, Maniaci adverte que de nada adianta se declarar liberal, referenciar a doutrina de Mill e fazer uso de conceitos vagos e imprecisos para justificar proibições paternalistas, como dignidade do ser humano, razoabilidade, interesse público ou bem comum (MANIACI, 2020, p. 9-10).

Para o que interessa a este artigo, importa decompor os argumentos e investigar a admissibilidade do paternalismo no recorte dos acordos penais, o que demanda

o estudo dos limites do paternalismo e sua relação com autonomia, discernimento, coerção e vulnerabilidade. Em outras palavras, se e quando o paternalismo justifica a proibição do consentimento do infrator em não exercer garantias processuais. Se o paternalismo supre o ônus argumentativo necessário para proibir o indivíduo de dispor de posições jurídicas de direitos fundamentais seus e em que situações.

De fato, as abordagens do paternalismo estão sempre entrelaçadas com as condições do sujeito e as condições nas quais a decisão é tomada.

Ao enfrentar os fundamentos normalmente utilizados contra o paternalismo, Valdés (1988) aborda o utilitarismo, a autonomia da pessoa e a violação ao princípio da igualdade.

O utilitarismo abrangeria não só a proibição de dano a terceiro, mas também a máxima de que quem tem melhores condições para tomada de decisões é sempre o próprio indivíduo. O autor relembra que o próprio Mill excepcionou tal realidade, ao defender a coerção estatal para proibição de contratos de escravidão, o que revela que há insuficiência da utilização de argumentos utilitaristas para rechaçar, sempre, intervenções paternalistas.

O segundo argumento sustenta que a restrição paternalista destrói a autonomia individual. Entretanto, só é possível exercer autonomia se não existirem impedimentos à oportunidade de o sujeito exercer sua capacidade de eleição. É preciso que ele seja capaz de eleger a melhor hipótese (mesmo que esteja momentaneamente impedido de exercer sua autonomia). Por isso, determinadas intervenções paternalistas poderiam garantir a autonomia individual.

O terceiro argumento se baseia numa relação de igualdade existente em uma sociedade democrática, que seria ferida por intervenções paternalistas, já que o paternalismo pressupõe uma relação de subordinação. Tal argumento também não seria suficiente para refutar o paternalismo, porque não alcança as hipóteses de paternalismo recíproco ou, ainda que existente uma subordinação, pode não haver violação da igualdade democrática, como, por exemplo, nas políticas de previdência social.

O fato dos três argumentos não serem suficientes para desautorizarem intervenções paternalistas não quer dizer que há sempre justificção para sua utilização. Aceitar que o sujeito cause até mesmo um dano a si próprio, a partir de um direito geral de liberdade, pressupõe sua autonomia para escolher aquela opção, ou seja, para fazer frente racionalmente aos desafios ou problemas que enfrenta, com probabilidade de êxito. Para Valdés, isso revelaria a *competência* de o sujeito estar em condições de compreender o alcance de sua escolha, situação sempre relativa ao contexto.

Valdés então sugere investigar, empiricamente, se o sujeito é um *incompetente básico*, o que ocorre nas seguintes hipóteses (VALDÉS, 1988, p. 165):

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación em la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar um puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la fraqueza del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas com la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas);

e) cuando alguien que acepta la importancia de um determinado bien y no desea ponerlo em peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es um sintoma claro de irracionalidade (Dworkin, 1983, 30). Ello permite incluir a la persona em cuestión em la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad em los automóviles y de los cascos de los motociclistas).

Para o autor, o rol das *incompetências básicas* não deve ser alargado, porque, para além das situações descritas, existe uma zona de penumbra que torna difícil propor critérios de aplicação universal. As hipóteses sugeridas possuem fundamento objetivo e recorrem a relações causais seguras.

Constatada uma dessas situações, o déficit provocado pela *incompetência básica* deve ser superado a partir da intervenção paternalista. A finalidade da medida é a superação da desigualdade gerada pela incompetência básica, por isso existe um propósito benevolente, qual seja, evitar o dano e o prejuízo que adviriam ao sujeito a partir de sua escolha.

Maniaci, por sua vez, destaca que o indivíduo é soberano sobre sua mente e seu corpo, sendo a autonomia o valor central do modelo por ele defendido, denominado antipaternalismo jurídico moderado.

Para o autor, o conceito de autonomia compreende um conjunto de liberdades, capacidades e oportunidades que o Estado deveria tutelar.

Uma decisão autônoma é aquela que se formou de maneira racional, com capacidade de discernir, baseada no conhecimento dos fatos relevantes, livre de pressões coercitivas e de forma estável no tempo. Preenchidas essas condições, o Estado não tem o direito de usar a coerção contra um indivíduo adulto, com a finalidade de evitar que ele cause um dano ou um perigo de dano a si próprio a partir de uma escolha autônoma (2020, p. 93).

Para depurar os limites do paternalismo jurídico no âmbito dos acordos penais, adotaremos, portanto, as hipóteses de *incompetências básicas* sugeridas por Valdés e as condições propostas por Maniaci como suficientes para se alcançar um grau de autonomia incompatível com intervenções paternalistas por parte do Estado.

Apesar da objeção de Maniaci à utilização do conceito de dignidade humana, dada sua vagueza, optamos por incluir a lição de Daniel Sarmiento acerca do princípio da dignidade humana, diante da objetividade e clareza com que o autor trata o tema e, também, porque a autonomia possui uma relação necessária com a dignidade. Para o autor, o princípio da dignidade humana possui quatro componentes, quais sejam, o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento subjetivo (2016, p. 98). Veremos, assim, qual autonomia deve ser perseguida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

3 AUTONOMIA

A análise da juridicidade do tratamento paternalístico dos autores de ilícitos penais nos acordos demanda uma abordagem prévia acerca da autonomia para tomada de decisões por parte do indivíduo.

Para Maniaci, a autonomia é o valor central para analisar uma intervenção paternalística; para Valdés, ela integra o conceito de *competente básico*; e para Sarmiento, ela integra o conceito de dignidade humana.

A autonomia está ligada à ideia de liberdades negativas e positivas. Engloba tanto a ausência de constrangimentos externos quanto a capacidade de autogoverno, autodeterminação, ser livre para conduzir sua vida conforme sua consciência, valores e princípios morais.

Para Sarmento, é a possibilidade real de o agente decidir e agir em conformidade com sua escolha. Ela pressupõe a ausência de constrangimentos e também a existência de condições materiais e culturais apropriadas para que cada um possa se autodeterminar (2016, p. 187).

Abordaremos os requisitos para uma decisão racional em tópicos, visando aclarar a compreensão.

3.1 Capacidade de discernir, baseada no conhecimento dos fatos relevantes

Para Valdés e Maniaci, a primeira exigência da *competência básica* e da autonomia do sujeito, para tomada de decisões, é no sentido de a decisão ser racional, advinda de quem possui capacidade para discernir.

A capacidade de discernimento é o potencial que o sujeito tem de separar as informações que possui e utilizá-las dentro do seu contexto. É ter consciência dos atos, interpretar os fatos, suas causas e consequências. Ela é ampla e abrange até mesmo os comportamentos do sujeito para consigo mesmo.

No consentimento, existe um discernimento peculiar, pois há outra pessoa envolvida, o sujeito faz um acordo com um terceiro, aceita seu comportamento, ainda que em prejuízo próprio (MARTINELLI, 2010, p.163).

O *competente básico* de Valdés é aquele que possui capacidade de discernimento, que alcança uma suficiência cognitiva, processa as informações recebidas, julga-as conforme seus valores e comunica seus desejos. Ela se expressa tanto no momento da prática do ato quanto no momento em que o sujeito responde por ele.

Só pode refletir sobre seus atos quem tem informação suficiente. Portanto, a condição para que o sujeito tenha capacidade de discernimento, de refletir sobre sua conduta, é receber informações necessárias sobre sua ação e as consequências.

Por isso, Valdés e Maniaci vinculam a autonomia à capacidade de discernir, com base no conhecimento dos elementos relevantes para tomada de decisão.

No caso dos acordos penais, é preciso que o infrator saiba acerca dos fatos apurados e seus reflexos jurídicos. Obviamente, para que ele tenha conhecimento e seja apto a tomar uma decisão racional é preciso que os fatos tenham sido apurados previamente.

Nos acordos de colaboração premiada, a depender do momento no qual são pactuados, ainda não haverá total apuração dos fatos, e o conhecimento dos elementos relevantes envolverá o conjunto dos fatos já investigados, sem prejuízo de que o acordo seja precedido de instrução (art.3-B, § 4º, Lei nº 12.850, de 2013).

As repercussões jurídicas da negociação nos acordos penais demandam conhecimentos específicos, por isso o infrator deve estar assistido por advogado, que detém a competência específica, e ter habilidade para consultá-lo com um grau razoável de compreensão.

A autonomia, portanto, pressupõe, de início, uma capacidade real de escolha, que advém da capacidade de discernimento, a partir do conhecimento dos fatos e de suas repercussões jurídicas.

Importante registrar que a autonomia aqui referida, enquanto capacidade de o indivíduo atuar como agente moral, fazendo escolhas, não se limita à autonomia da vontade disciplinada pelo Código Civil na categoria dos direitos obrigacionais. A autonomia da vontade é fruto de um conceito histórico superado, uma visão civilista fundamentada principalmente em negócios jurídicos de cunho patrimonial (SARMENTO, 2016, p. 141).

O Código Civil elenca em seu Capítulo IV o que denomina de “defeitos do negócio jurídico”, quais sejam, o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. Este último é denominado pela doutrina como vício social; os demais, como vícios de consentimento. São hipóteses de vícios dos negócios jurídicos, problemas relacionados à formação do ato os quais podem gerar sua invalidade, em razão de a vontade ter sido declarada de forma imperfeita, no sentido de que se o sujeito soubesse da verdade ele não teria se manifestado daquela forma. Tais fatos acarretam sua falta de autonomia, seja por impedirem seu discernimento válido, seja por inviabilizarem que se comporte de acordo com sua vontade.

Este artigo adota uma abordagem da autonomia mais ampla que a conceituação civilista, porque não se contenta com a compreensão formal da liberdade do sujeito, mas com a existência de condições reais, materiais, de empoderamento do indivíduo para exercer com plenitude sua liberdade quando da negociação dos acordos penais.

Por isso a abordagem da *decisão racional* de Maniaci e da *competência básica* de Valdés, no recorte dos acordos penais, será enriquecida com o suporte do regramento do Código Civil apenas naquilo que houver compatibilidade.

O que se defende é que diante de uma decisão individual racional, fruto da capacidade de discernir do sujeito, apoiada no amplo conhecimento dos elementos relevantes, o Estado não deve impedir uma escolha autônoma, sob o pretexto de auxiliar o sujeito a não se prejudicar (paternalismo).

A intervenção paternalística do Estado depende, portanto, da real possibilidade de discernimento do sujeito. Por isso, é importante abordar os vícios de discernimento, afinal eles podem justificar uma intervenção legítima do Estado na liberdade individual.

3.2 Vícios de discernimento

Ao tomar conhecimento dos fatos, é possível que o sujeito não os pondere da melhor maneira, por uma falsa percepção da realidade, seja por uma falha pessoal, seja por uma falha nas condições em que o fato é apreciado (MARTINELLI, 2010, p. 164).

No erro, o sujeito tem uma falsa percepção da realidade e manifesta sua vontade de uma forma que não o faria se a conhecesse (caso ele tenha sido induzido ao erro, o Código Civil denomina o vício de dolo).

No caso dos acordos penais, por exemplo, poderíamos pensar na hipótese de o Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal com acusado pela prática de porte de arma de fogo de uso restrito, com pactuação da obrigação de prestação de serviço à comunidade, calculada a partir do redutor de dois terços, aplicado sob a pena mínima de três anos (art. 16 da Lei nº 10.826, de 2003, c/c art.28-A, III, do Código de Processo Penal). Depois do acordo, o infrator toma conhecimento de que a arma apreendida não era de uso restrito e que sua conduta se subsume ao art. 14 da Lei nº 10.826, de 2003, cuja pena mínima é de dois anos. A projeção errônea dos fatos provocada pelo Ministério Público induziu o celebrante a erro na pactuação da densidade da cláusula da prestação de serviço à comunidade. Esse vício, em seu discernimento, enseja, a nosso ver, a repactuação do acordo ou mesmo, diante de eventual negativa do Ministério Público, sua anulação.

Outro exemplo seria a celebração de uma suspensão condicional do processo, pela prática do delito de estelionato, no qual não foi pactuada a reparação integral do dano em razão de o infrator ter alegado impossibilidade financeira (art. 89, §1º, I, Lei nº 9.099, de 1995). Depois do acordo, chega ao conhecimento do Ministério Público que o infrator omitiu uma fortuna, depositada em nome de laranjas, advinda exatamente do prejuízo causado à vítima, de forma que essa circunstância também fundamentaria a invalidação do acordo. Neste exemplo, o erro teria incidido sob a ótica do Ministério Público, a ensejar a anulação (por parte do infrator teria havido dolo).

Em seu art. 156, o Código Civil afirma que há estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar a si ou a terceiro, de dano grave, assume obrigação excessivamente onerosa. E no artigo seguinte, a lesão é caracterizada pelo fato de a pessoa, “sob premente necessidade, ou por inexperiência”, se obrigar a “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Em ambos, o sujeito está numa situação de risco, no estado de necessidade há dolo de aproveitamento e na lesão este não é necessário.

A influência das circunstâncias nas quais foi pactuado o acordo (necessidade de salvamento de dano grave, “premente necessidade”), sob a ótica dos acordos penais, será abordada quando tratarmos das pressões coercitivas e da vulnerabilidade do infrator.

No que se referem à proporcionalidade das prestações, os acordos penais presumem cedências recíprocas, construídas a partir de um processo dialógico, conduzido com a participação do infrator e de sua defesa técnica. A “inexperiência” do infrator será suprida pela atuação de seu defensor. Não é possível categorizar previamente um rol de prestações “proporcionais” a ser pactuado nos diversos tipos de acordos penais, até porque a construção das cláusulas exige a análise do caso concreto e da situação do infrator. Mas é possível partir da ideia de que, no acordo, não há vencedor nem derrotado. Na prática, não é possível pactuar uma avença na qual o infrator se resume a aceitar a imposição de todas as sanções cominadas em suas densidades máximas. Ou, noutro extremo, no qual não seja imposto nenhum ônus ao infrator, transformando o acordo em um protocolo de boas intenções futuras. Mesmo na colaboração premiada, na hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, haverá proporcionalidade com a colaboração pactuada.

Não basta ter discernimento, conhecer os elementos relevantes, mas não conseguir se comportar conforme sua consciência e vontade. Nesse caso, em que pese haver discernimento, falta autonomia.

Por isso, também é importante abordar as pressões coercitivas, a fim de que se saiba se e quando elas são suficientes para justificar um tratamento paternalístico que não reconheça efeitos ou anule um acordo penal mesmo contra a vontade do indivíduo que o celebrou.

3.3 Pressões coercitivas

A terceira exigência trazida por Valdés e Maniaci para uma atuação autônoma diz respeito à ausência de ameaças e pressões coercitivas, que abrangem coerções físicas, psicológicas e violência sistêmica.

Para Maniaci, a coerção possui um aspecto subjetivo e outro objetivo para restar configurada. Do ponto de vista do infrator, a coerção envolve a relação entre seus desejos e as opções que tem à disposição (não haverá coerção se a pressão recair sobre algo que lhe é indiferente). Mas o aspecto subjetivo não é suficiente para definir a coerção, afinal, um mesmo trabalhador que aceita cumprir uma jornada extenuante para pagar a cirurgia de um filho enfermo poderia aceitar fazê-lo para comprar um imóvel de luxo. Por isso, a coerção, em seu aspecto objetivo, depende dos direitos fundamentais garantidos a um indivíduo, sobre a base de uma concepção de igualdade liberal. É a tutela dos direitos fundamentais das pessoas que determina se a pressão coercitiva que um sujeito sofre é suficiente para excluir ou diminuir sua vontade na realização daquela ação. No exemplo, como não foi garantido o direito à saúde para o filho do trabalhador, tal circunstância configura pressão coercitiva apta a lhe retirar a autonomia ao pactuar a carga horária extenuante.

O conceito de autonomia, inspirada, para o autor, em um ideal liberal igualitário, está interligado, portanto, ao conceito de coerção, no sentido de que é preciso garantir os direitos fundamentais para excluir a hipótese de o sujeito estar agindo por pressões coercitivas.

Maniaci defende a necessidade de se garantir ao indivíduo seus direitos fundamentais para que se avalie a autonomia do seu agir, e o faz sob a ótica da igualdade liberal.

Já Sarmento aborda a capacidade real de autodeterminação a partir de uma concepção de liberdade associada ao Estado Social, no sentido de atrelá-la à presença de condições materiais que viabilizem o efetivo exercício da liberdade. Nesse aspecto, destaca a importância de se atentar para o impacto de desigualdades materiais e carências econômicas sobre o exercício da liberdade, evitando-se que a liberdade sirva de fachada para submissão da vontade do indivíduo à vontade mais poderosa.

No âmbito dos acordos penais, é necessário ter clareza sobre quais direitos fundamentais garantem a *competência básica* do infrator para negociar uma solução consensual e assegurar tais direitos, a fim de lhe proporcionar condições para exercer sua autonomia.

No item 4 abordaremos quais os direitos fundamentais do infrator precisam estar assegurados para que se alcancem condições materiais mínimas para pactuação de um acordo penal.

A cautela que se deve ter é a de não confundir autonomia, que é um objeto da natureza humana, com responsabilidade, que é um fenômeno de natureza jurídica. Responsabilidade é a obrigação que uma pessoa adquire para responder por seus atos (MARTINELLI, 2010, p. 177). Nada impede que o sujeito deixe de ser responsabilizado a partir de critérios de autonomia, como pode ocorrer, por exemplo, na inexigibilidade de conduta diversa, causa de exclusão da culpabilidade. E, ainda, alguns ordenamentos jurídicos implementam medidas que reduzem a responsabilidade penal de quem comete crimes em um contexto de ausência de condições mínimas de sobrevivência, que deveriam ter sido providas pelo Estado.

A ausência de saúde, educação, trabalho, segurança, a influência do meio social na banalização da prática de crimes são situações que contribuem para que o indivíduo abandone sua ética e a moral exigida na vida social. Nesse contexto, pela teoria da coculpabilidade de Zaffaroni (2019, p. 545), o Estado dividiria a responsabilidade do cometimento dos crimes praticados por tais pessoas, por deixar de prover as condições mínimas de vida digna, o que justificaria o abrandamento da punição.

O direito penal, entretanto, é do fato; a responsabilidade deve decorrer da conduta praticada, e não das condições de quem a praticou. Embora o sistema penal brasileiro leve em consideração o direito penal do fato para responsabilização criminal diante da prática de um crime, em um momento posterior, na aplicação da pena ao caso

concreto, o art. 187, § 1º, do Código do Processo Penal autoriza que o juiz colha as condições sociais do acusado, e os arts. 59 e 66 do Código Penal fornecem respaldo normativo para aplicação de uma pena mais branda, caracterizando típicas hipóteses de direito penal do autor.

Por paralelismo, será preciso aplicar parâmetros semelhantes na negociação da densidade das obrigações a serem pactuadas nos acordos penais, não obstante o equívoco do tratamento do tema sob a ótica do direito penal do autor.

Enquanto as pressões coercitivas atuam sobre a autonomia do indivíduo, de forma pessoal e individualizada, existem várias condições que, apesar de não abrangerem coerção, podem determinar a vulnerabilidade de um grupo de pessoas, por indicarem desequilíbrio nas relações pessoais e, por isso, demandarem interferência externa para restabelecer o equilíbrio.

Importante, assim, analisar a vulnerabilidade de alguns grupos de indivíduos que praticaram crimes e o impacto direto na autonomia de seus integrantes.

3.4 Vulnerabilidade do infrator nos acordos

Como dito, inúmeras situações podem acarretar a vulnerabilidade de um grupo de pessoas. Tais condições podem ser sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais, de saúde, não havendo um rol taxativo. Citem-se os menores de idade, pessoas que convivem numa realidade de baixo nível socioeconômico, pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pessoas que estejam sob efeito de álcool ou substâncias ilícitas, a ponto de suas forças de vontade estarem tão afetadas que ficam impedidas de tomar decisões.

Algumas vulnerabilidades excluem a responsabilidade penal, como a dos menores de idade, outras isentam o infrator de pena, como os inimputáveis.

Interessam, nessa abordagem, as vulnerabilidades que podem impactar na negociação e na aceitação de propostas, pelo infrator, contra seus desejos ou consciência (ou seja, sem autonomia). Isso porque a formação da *opinio delicti* sobre a existência do crime, sua autoria e responsabilidade penal do infrator precedem o momento do acordo (e eventual impacto da vulnerabilidade na responsabilização criminal do infrator receberá resposta diversa à do acordo).

Questão interessante é saber se é possível a pactuação de acordos com os inimputáveis e semi-imputáveis. A aferição da imputabilidade, no incidente de insanidade mental, relaciona-se à constatação da incapacidade do infrator para compreender o caráter ilícito *daquela* conduta imputada, bem como sua determinação *no tempo* daquela ação praticada. Não necessariamente o sujeito também será incapaz para os atos da vida civil ou não terá condições de manifestar sua vontade. Em muitos casos, o

que se observa é uma semi-imputabilidade decorrente de um episódio específico de determinada enfermidade, com posterior recuperação do juízo racional.

Pelo Código Penal, constatada a inimputabilidade ou semi-imputabilidade e a responsabilidade criminal, será imposta medida de segurança ao infrator, sanção penal de natureza condenatória, podendo gerar suspensão de seus direitos políticos (arts. 26 e 96 do Código Penal, e Resolução nº 22.193 do Tribunal Superior Eleitoral, de 11/4/2006). Os acordos penais, portanto, podem ser mais benéficos ao infrator, já que por meio deles ele pode alcançar um tratamento menos rigoroso. Vedar, de forma genérica e prévia, a possibilidade de acordos penais para os crimes praticados por este grupo vulnerável, parece configurar tratamento diferenciado ao portador de transtorno mental, não autorizado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (recepcionada pelo Decreto nº 6.949, de 2009).

Por isso, a princípio não vemos óbice à pactuação do acordo, observando-se a nomeação de curador, que pode, a depender das condições psíquicas do infrator, até mesmo atuar de forma a contribuir para uma decisão apoiada (art. 149, § 2º, do Código de Processo Penal, c/c art. 72, I, do Código de Processo Civil, c/c art. 1.783-A, do Código Civil). O importante é que o infrator, mesmo com auxílio de decisão apoiada ou a forma como se mostrar mais adequada ao caso, alcance alguma parcela de compreensão acerca do processo, suas consequências, e consiga exteriorizar suas razões sobre os fatos. As medidas de segurança foram estabelecidas como forma de proteção dos inimputáveis e semi-imputáveis, fere à lógica utilizá-las em desfavor destes. O objeto da avença, no caso, abrangerá obrigações equivalentes às medidas de segurança, como, por exemplo, comparecimento periódico para atendimento ambulatorial em unidade de saúde, afinal, nada impede que sejam pactuadas medidas equivalentes, como já se reconheceu para a suspensão condicional do processo (Tema 930 do Superior Tribunal de Justiça).

Para além da vulnerabilidade dos inimputáveis e semi-imputáveis, a própria posição de quem comete um crime é mais fraca e assimétrica em relação à posição do Ministério Público, colocando aquele em situação de vulnerabilidade, a justificar a intervenção estatal em seu favor. Há discussão se essas intervenções, para proteger a parte débil da relação social, configuram paternalismo.

Para Sarmento, tais medidas fazem fronteiras com o paternalismo, mas com ele não se confundem, sendo que o que justifica a intervenção estatal nesses casos é neutralizar o poder de barganha de quem está na posição assimétrica (2016, p. 171).

Maniaci adverte que algumas limitações legais impostas pelo Estado podem ser indispensáveis diante da assimetria de posições entre os pactuantes, não caracterizando paternalismo, já que, naquele contexto, não se conseguiria neutralizar completamente a pressão de um pactuante sobre outro, como, por exemplo, de empresários em face de consumidores ou trabalhadores (2020, p. 37-51).

No âmbito dos acordos penais, independentemente do nome que se dê, se iremos ou não tachar de paternalistas as intervenções estatais, certo é que existem limites para negociação das cláusulas, estabelecidos pela Constituição Federal, legislação ordinária e normatização do Conselho Nacional do Ministério Público. Tais limites focam exatamente no desequilíbrio na relação do infrator com Ministério Público. Trataremos deles no item 5.

Além desses limites, na pactuação dos acordos, deve o Ministério Público assegurar que estão presentes os direitos fundamentais do infrator, não enquanto mera formalidade jurídica, mas sim para proporcionar os pressupostos fáticos para o exercício da liberdade de negociação por parte do infrator. Esses direitos fundamentais serão elencados no item 4.

Observados os limites para negociação e assegurados os direitos fundamentais do infrator, na construção dialógica das cláusulas, deve o Ministério Público averiguar eventual vulnerabilidade do indivíduo, enquanto pessoa concreta, e, se for o caso, abrandar a densidade das obrigações pactuadas, por paralelismo à opção adotada pelo legislador no art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal, e arts. 59 e 66 do Código Penal. No caso do acordo de não persecução penal, a legislação expressamente autorizou que as obrigações pactuadas sejam moldadas conforme a condição do infrator. Nesse sentido, o art. 28-A do Código de Processo Penal autoriza a não reparação do dano, quando for impossível ao infrator fazê-lo (inciso I) e a pactuação de outras condições além daquelas previstas legalmente, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada (inciso V). O ajuste da prestação de serviços à comunidade e do pagamento de prestação pecuniária também deverá ser negociado conforme a condição do infrator.

O último item proposto por Maniaci para que se forme uma decisão autônoma, infensa a intervenções paternalísticas, é a estabilidade da decisão no tempo, que, no caso, deve vir acompanhada da capacidade de discernir, baseada no conhecimento dos fatos relevantes, livre de pressões coercitivas e observando-se a eventual vulnerabilidade do infrator.

3.5 Estabilidade da decisão no tempo

Maniaci sugere que as decisões que tenham consequências irreversíveis sejam estáveis no tempo, ou seja, não sejam tomadas por impulso, instabilidade emocional, incerteza, devendo ser observado um período de reflexão prévio (2020, p. 104).

Adaptando-se o requisito para a hipótese dos acordos penais, não vemos óbice à ausência de período de reflexão prévio para pactuação de transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal, já que as consequências de eventual arrependimento não serão irreversíveis. O descumprimento da avença

fará com que o Ministério Público ajuíze o processo criminal (mesma providência que seria tomada caso o acordo não tivesse sido entabulado).

No acordo de não persecução penal, naturalmente já há um transcurso de tempo entre a pactuação e a audiência para sua homologação (art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal). Da mesma forma, no acordo de colaboração premiada, além do tempo transcorrido durante as tratativas, transcorrerá um tempo entre a pactuação e a oitiva sigilosa do colaborador pelo juiz antes da homologação do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850, de 2013).

Delimitados os requisitos sugeridos por Maniaci para se alcançar uma decisão autônoma, resta abordar um último elemento mencionado por Valdés como sendo uma hipótese de *incompetência básica* a justificar uma intervenção paternalística e confrontá-la com os acordos penais.

3.6 Incoerência do infrator

Valdés liga o agir de forma incoerente a um sintoma de irracionalidade, na hipótese de o sujeito aceitar a importância de um bem e não desejar colocá-lo em perigo, entretanto se negar a utilizar os meios necessários para sua salvaguarda, mesmo tendo facilidade para tanto. Isso configuraria uma *incompetência básica* e justificaria a intervenção paternalista do Estado. O autor dá como exemplo a obrigação de uso de capacete por motociclistas.

Transportar a incoerência como fundamento de uma *incompetência básica* para o âmbito dos acordos penais parece ser de difícil execução prática, porque demandaria que um terceiro (Estado) investigasse as preferências morais do infrator para concluir se agiu, ou não, de forma incoerente.

Mesmo quem defende que existem respostas certas e erradas a questões sobre moralidade e valores, e que é possível defender verdades morais no contexto da ciência, reconhece que não é possível afirmar que existem respostas intrinsecamente erradas (HARRIS, 2013, p. 36).

Por isso nos parece que a incoerência não se apresenta como um parâmetro suficiente, por si só, para evidenciar a *incompetência básica* do infrator e justificar uma intervenção paternalista no âmbito dos acordos penais.

Ultrapassada a abordagem das hipóteses de *incompetências básicas* sugeridas por Valdés e das condições propostas por Maniaci como suficientes para se alcançar a autonomia de uma decisão (e, conseqüentemente, se afastar a legitimidade da intervenção paternalista), resta pontuar quais seriam os direitos fundamentais do infrator que devem ser garantidos como forma de se alcançarem os pressupostos fáticos para o exercício da liberdade de negociação.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INFRATOR

Como dito, nos acordos penais é preciso saber quais os direitos fundamentais garantem uma *competência básica* ao infrator para exercer sua autonomia e negociar uma solução consensual com o Ministério Público.

O primeiro direito fundamental que deve ser assegurado é a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). É preciso que os fatos tenham sido apurados, e os elementos de informação sejam valorados a partir de critérios racionais, que se valem da epistemologia e busquem a verdade, como critério de justiça, respeitando-se a vedação à utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da Constituição Federal).

Delineada a hipótese acusatória, é preciso assegurar o exercício do direito fundamental geral de liberdade por parte do infrator (art. 5º, caput, incisos II e VI, da Constituição Federal). A opção do infrator por pactuar de uma ou de outra forma integra sua liberdade de escolha e o autorregramento da sua vontade, a partir de uma ponderação voluntária, consciente, livre de coação, da melhor estratégia de defesa a ser exercida, diante do benefício perseguido. E todas essas possibilidades coexistem com o processo jurisdicional e o pleno exercício de todas as garantias processuais.

Ou seja, o infrator não poderá sofrer prejuízos pela não aceitação do acordo caso opte por exercer todas as garantias processuais perante um processo judicial. Nesse aspecto, a recusa à pactuação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não parece ser motivo suficiente, por si só, para que o Ministério Público – oferecida a denúncia – deixe de propor a suspensão condicional do processo (situação diferente do sujeito pactuar este Acordo e não cumprir as condições, o que poderá ensejar a recusa à proposta da suspensão condicional, conforme § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal).

Como visto, a compreensão e o discernimento que sustentam o exercício da autonomia do infrator dependem do conhecimento dos fatos, do processo e das consequências que podem advir. Há de se assegurar ao infrator, então, a garantia ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), no sentido de acessar a devida informação sobre a apuração dos fatos; poder exercer uma reação; influenciar e não ser surpreendido. Como os acordos penais envolvem, além do conhecimento dos fatos, conhecimentos técnicos, é imprescindível que o infrator seja assistido por advogado.

O conhecimento dos elementos relevantes que dá suporte ao exercício da autonomia envolve, também, o dever de fundamentação racional e o princípio da transparência, por parte do Ministério Público. As obrigações entabuladas devem ser precedidas das respectivas fundamentações (art. 93, IX, da Constituição Federal), de forma que se saiba porque está sendo negociada a obrigação equivalente à determinada sanção naquela densidade. A motivação é “a maior garantia contra o capricho humano” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 107).

Nesse contexto, não configura um método coercitivo a impactar na autonomia do infrator o Ministério Público lhe informar o reflexo jurídico de sua conduta e a possibilidade de postulação das medidas judiciais pertinentes, que, ao fim e ao cabo, representam o *exercício de um direito* (exatamente por isso não constituem meio apto a configurar um vício no consentimento do infrator).

No mesmo sentido, a prisão do infrator no momento da celebração do acordo não é suficiente, por si só, para privá-lo de condições e discernimento para agir com autonomia, além de não representar uma pressão coercitiva, pois sua decisão deve refletir uma escolha “com liberdade (liberdade psíquica)”, e não necessariamente “em liberdade” (liberdade física). Nesse sentido, o HC 127.483, Rel. Dias Toffoli, Plenário do STF, 27.8.2015.

É essencial, ainda, que o acordo seja pactuado com o promotor de justiça natural, a garantir sua imparcialidade (art. 5º, LIII, da Constituição Federal). Na formação de sua *opinio delicti* e na construção do acordo, para que o Ministério Público alcance justiça e legitimidade, é preciso realizar um correto juízo fático, um correto juízo de direito e observar um procedimento válido, com respeito às leis e às garantias processuais (TARUFFO, 1997).

O acordo penal representa a expressão do poder estatal na aplicação das consequências jurídicas que se mostraram mais adequadas àquele caso concreto. E o consentimento do infrator é a justificativa procedimental para pactuação daquelas obrigações. Por isso, é preciso que os atos sejam registrados e entabulados em um procedimento. Esse processo consensual será o método de trabalho, o procedimento em contraditório entre o Ministério Público e o infrator, que vai servir para construção de normas jurídicas que regerão aquela relação. O registro das tratativas está previsto no art. 4º, § 13º, da Lei nº 12.950, de 2013 (colaboração premiada) e no art. 18, § 2º, da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2017, não podendo ser dispensados pelos envolvidos, já esta intervenção paternalística visa evitar um dano ao próprio infrator (o objetivo é assegurar que ele tenha de fato acesso aos elementos relevantes, acompanhado de defesa técnica e garanta sua participação dialógica na construção das cláusulas).

A garantia desses direitos fundamentais do infrator não é mera formalidade jurídica a ser suprida, mas sim condição indispensável para fruição da liberdade de escolha por parte do imputado.

Ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarmento afirma que a autonomia a ser perseguida pelo princípio é uma liberdade positiva, que visa impedir a imposição de barreiras às escolhas individuais e empoderar as pessoas, para que elas possam realmente exercer a plenitude de suas liberdades (2016, p. 158).

E o que se pretende ao reforçar os direitos fundamentais do infrator que devem ser respeitados na pactuação dos acordos é exatamente isso, proporcionar condições reais de capacidade de autodeterminação, para o exercício de uma decisão informada, dentro de um cálculo de vantagens e desvantagens a ser analisado, conforme suas escolhas enquanto agente moral, com apoio de sua defesa técnica.

Identificados os direitos fundamentais que garantem o exercício da *competência básica* do infrator nos acordos penais, resta verificar quais garantias processuais podem ser restringidas na negociação a partir do exercício de sua autonomia.

5 GARANTIAS PROCESSUAIS PASSÍVEIS DE RESTRIÇÕES CONSENSUAIS

Sobre a possibilidade de restrições a garantias processuais dos infratores, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o direito a um julgamento justo é compatível com o fato de o infrator abrir mão de direitos e garantias em troca de vantagens, desde que haja previsão de medidas de garantia¹. Ainda, espaços de consenso não conduzem a uma impropriedade por si só, devendo ser rodeados de garantias compatíveis com o direito que deixou de ser exercido, não afrontar um interesse público e o não exercício do direito advir de manifestação inequívoca².

Antes de abordar as garantias passíveis de serem restringidas, é bom frisar aquelas que não admitem restrição.

Visando evitar que o desequilíbrio de posições entre o Ministério Público e o infrator dê ensejo a desigualdades e gere danos aos infratores, a própria Constituição Federal impôs um limite aos acordos penais, qual seja, a pactuação de *pena*. Seu art. 5º, inciso LVII, exige pronunciamento judicial sobre a formação da culpa para imposição de pena. Ou seja, está expressamente vedado pactuar *pena* nos acordos penais, independentemente do consentimento do infrator.

Não podem os envolvidos nas tratativas, ainda, pactuarem acerca da imparcialidade do membro do Ministério Público que fará o acordo, da utilização de provas ilícitas e da dispensa de fundamentação das decisões (em sentido correlato, o Enunciado nº 37 da Enfam).

Em contrapartida, as garantias processuais contra a autoincriminação, garantia do contraditório e garantia ao recurso/duplo grau de jurisdição parecem admitir alguma restrição (MENDONÇA, 2018, p. 71-72).

1 COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso Scoppola v. Itália (n. 2). Application n. 10249/03, julgado em 17 set. 2009, § 135.

2 COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia, Application n. 9043/05, julgado em 8 set. 2014, §§ 88-89-90.

Não se nega estarem assegurados ao infrator a presunção de inocência e o direito ao silêncio (art. 5º, LVII e LXIII, da Constituição Federal). Mas também lhe está assegurada a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), que abrange um amplo rol que vai do silêncio, passa pela negativa e chega até a colaboração. A análise do custo-benefício das estratégias de defesa a serem adotadas e da opção pelo acordo se insere na autonomia do infrator, assistido por seu advogado. A opção pelo acordo, seja este a transação, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal ou colaboração premiada, é um dos caminhos a serem trilhados, conforme seja do interesse de o infrator alcançar os benefícios de cada acordo. O acordo, como dito, presume cedências recíprocas, tanto o Ministério Público quanto o infrator abrem mão de alguma coisa. No acordo de não persecução penal, a acusação deixa de oferecer denúncia e o infrator confessa circunstanciadamente os fatos (art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal). Na colaboração premiada, para alcançar determinados benefícios (que vão da redução da pena até o perdão), o colaborador renuncia o direito ao silêncio e se submete ao direito de dizer a verdade (art. 4º, § 14, Lei nº 12.850, de 2013). Exatamente porque o que se busca alcançar é a obtenção de um benefício que não seria possível sem aquela estratégia de defesa em que a garantia processual contra a autoincriminação pode ser restringida.

A garantia ao contraditório também pode ser restringida nos acordos penais, não havendo maiores questionamentos quando se refere aos atos processuais (intimação por *whatsapp*, e-mail).

O contraditório se manifesta de diversas formas, sendo que, nos institutos despenalizantes da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, as partes renunciam à instrução probatória em juízo, pactuam obrigações e, com isso, implementam uma saída alternativa para repararem a ordem jurídica.

Mesmo no acordo de colaboração premiada, seguido de instrução probatória após sua homologação e constatação, ao final, da efetividade da colaboração, o colaborador se compromete a colaborar, renuncia ao silêncio e fornece meios de prova. Assim agindo, o colaborador exerce sua influência sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, principal objetivo da garantia do contraditório (STF, HC 127.843/PR, Ministro Dias Toffoli).

A maior discussão relacionada ao contraditório diz respeito à possibilidade de renúncia à instrução probatória judicial para obtenção de um pronunciamento judicial que gere *pena*. O “Pacote Anticrime” acrescentava o art. 395-A ao Código de Processo Penal e previa o acordo de admissão de culpa entre infrator e Ministério Público, a ser firmado entre o recebimento da denúncia e o início da instrução, dispensada a produção probatória judicial e renunciado o direito ao recurso, promovendo a solução antecipada do feito mediante a aplicação imediata das penas. O projeto exigia

confissão circunstanciada do infrator; reparação dos danos causados à vítima e homologação judicial, ocasião na qual deveria ser analisada a legalidade, a proporcionalidade e a existência de prova suficiente para condenação, gerando sentença condenatória.

Em que pese à sua rejeição, o debate interessa à análise do limite aceitável do poder de disposição do infrator sobre o contraditório.

Sobre o ponto, não nos parece que a previsão extrapolava o limite aceitável de restrição ao princípio do contraditório e também não se mostrava incompatível com uma decisão racional. A renúncia à instrução probatória em juízo, atrelada à confissão, permitia, pela proposta, que o infrator recebesse um benefício (redução na pena) que não alcançaria de outra forma. Necessário constatar que nenhuma norma constitucional vinculou o conceito de devido processo legal à instrução probatória obrigatória em juízo (CUNHA, 2019, p. 253). O que se exige é que a *pena* seja oriunda de pronunciamento judicial (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). O confronto probatório judicial só é imprescindível para gerar imposição da pena contra a vontade do infrator. Havendo voluntariedade do infrator, ele pode dispor desse confronto probatório judicial (tanto pode dispor que, mesmo no processo judicial *full trial*, o infrator pode confessar e receber por isso uma diminuição de pena). Ademais, o acordo seria instituído por lei e demandaria apreciação judicial da culpa (ao proferir a sentença homologatória-condenatória o juiz analisaria as provas, quais sejam, elementos de informação colhidos na investigação, atrelados à confissão).

Exatamente porque o acordo de admissão de culpa se apresentaria como uma opção (avaliação do custo-benefício para adotar o comportamento estimulado pela Lei), não haveria ofensa ao contraditório. O infrator estaria restringindo seu direito de resistir à acusação (ao direito ao silêncio, ao direito de confrontar e produzir provas judiciais, ao direito de impugnar o mérito das decisões), mas mantendo seu direito enquanto garantia de participação (por exemplo, na assistência pela defesa técnica e na possibilidade de contestar o acordo judicialmente por razões afetas à validade, aos efeitos produzidos etc.). A opção estaria inserida dentro de sua liberdade de escolha.

Por fim, também não vemos óbice à restrição da garantia ao recurso/duplo grau de jurisdição, desde que diga respeito ao conteúdo do que foi avençado no acordo. Isso porque o recurso é, em regra, disponível, um meio voluntário de impugnação de uma decisão, sendo faculdade de o infrator exercê-lo, ou não.

Como dito, o acordo deve ser precedido da devida apuração dos fatos e da autoria, com amplo acesso à defesa aos elementos de informação e vedada qualquer consequência negativa ao infrator que opte por responder judicialmente pela imputação. Não sendo este o caso, optando, como estratégia de defesa, em decisão racional, acompanhada de advogado, pela pactuação do acordo, fere a lealdade processual o comportamento do acusado que depois da pactuação utiliza meios de impugnação

para confrontar a densidade das obrigações pactuadas ou mesmo para sustentar falta de justa causa à imputação outrora realizada.

Nesse sentido a decisão monocrática proferida no HC 619.751 do Superior Tribunal de Justiça, ocasião na qual o ministro Felix Fischer rejeitou HC impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em que se pleiteava a aplicação do princípio da insignificância em caso em que fora celebrado no Acordo de Não Persecução Penal. No mesmo sentido o HC 495.148-DF, no qual o ministro Antônio Saldanha Palheiro concluiu pela impossibilidade de impugnação de aspectos da imputação depois da aceitação de transação penal.

A exigência de lealdade também se aplica ao Ministério Público. O promotor de justiça não pode celebrar o acordo e dar continuidade às investigações daquele fato (a não ser, obviamente, que se trate de acordo de colaboração premiada, cujo propósito é exatamente este).

A renúncia ao direito de recorrer se fundamenta, portanto, na própria voluntariedade e disponibilidade recursal, bem como na lealdade processual.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que restrições ao direito ao recurso em acordos penais não viola o duplo grau de jurisdição³.

Isso não significa que o acordo pactuado seja imutável, ou mesmo que seja autorizada a renúncia ao recurso ou ao acesso ao Poder Judiciário de forma plena e irrestrita. Situações como *abolitio criminis* ou mesmo caso fortuito ou força maior (doença, perda do emprego) podem justificar pedido de reconhecimento da extinção da punibilidade ou mesmo requerimento direto ao Ministério Público para uma revisão dos termos do acordo. E o acesso ao Poder Judiciário, seja por recursos ou ação de impugnação autônoma, está sempre preservado para tais hipóteses.

Especificamente no que se refere aos acordos de colaboração premiada, necessário observar a proibição legal imposta no § 7º-B do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, que expressamente vedou a pactuação de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, na mesma linha do que já tinha decidido o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de opção legislativa e limite à liberdade de pactuação das partes, que deve ser respeitada.

6 CONCLUSÃO

Dentre os diversos conceitos de paternalismo jurídico, adotou-se a conceituação de Valdés, como sendo uma coerção estatal no comportamento do indivíduo, contra

3 COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso Natsvlshvili e Togonidze v. Georgia, Application n. 9043/05, julgado em 8 set. 2014, § 93.

sua vontade, visando evitar-lhe um dano, protegendo-o de um comportamento autorreferente. Isso porque conceituações que relacionam a finalidade do paternalismo com a obtenção de um bem ao indivíduo (e não para evitar um dano) tangenciam com outras formas de intervenções restritivas nos comportamentos, como moralismo e perfeccionismo, e se afastam de padrões empíricos e objetivos. E o objetivo do artigo é exatamente saber quais garantias processuais o infrator pode, ou não, dispor na negociação dos acordos penais.

Aderiu-se à ideia de paternalismo jurídico moderado sugerido por Maniaci, com algumas contribuições de Valdés e Sarmento, para concluir que o Estado não tem o direito de limitar a liberdade de um indivíduo adulto, que pactue um acordo penal com o Ministério Público, se sua vontade se formou de maneira racional, isenta de vícios de discernimento, livre de pressões coercitivas, de vulnerabilidade, com alguma estabilidade no tempo e sem causar dano a terceiros.

A autonomia decorre da condição de ser humano, enquanto agente moral, livre para fazer escolhas pessoais e segui-las. Há de se garantir a liberdade de eleição de cada pessoa para decidir o que é melhor para si, substituindo-se proibições e falta de reconhecimento de efeitos jurídicos por incentivos que proporcionem uma arquitetura de tomadas de decisões com autonomia e consentimento plenos.

A capacidade de atuar como agente moral, fazendo escolhas, demanda uma real capacidade de discernimento, a partir do conhecimento dos elementos relevantes acerca dos fatos e de suas repercussões jurídicas, o que demanda a assistência de defesa técnica para pactuação de acordos penais.

É preciso empoderar o indivíduo para exercer com plenitude sua liberdade quando da negociação dos acordos penais. E isso se faz garantindo que ele não incida em vícios de discernimento nem sofra pressões coercitivas, que abrangem coerções físicas, psicológicas e violência sistêmica.

O que exclui a hipótese de o infrator estar agindo por pressões coercitivas é a garantia de seus direitos fundamentais, quais sejam, a presunção de inocência, o direito fundamental geral de liberdade, a garantia ao contraditório e à ampla defesa, no sentido de ele acessar a devida informação sobre a apuração dos fatos; poder exercer uma reação; influenciar e não ser surpreendido. Ainda, deve ser assegurada a fundamentação da *opinio delicti* e da densidade das obrigações pactuadas pelo Ministério Público, por meio de seu promotor de justiça natural. E providenciar que os atos sejam registrados e entabulados em um procedimento.

Esses direitos fundamentais garantem a *competência básica* do infrator para negociar uma solução consensual com o Ministério Público.

Além disso, algumas condições determinam a vulnerabilidade de um grupo de pessoas, por indicarem um desequilíbrio nas relações pessoais e, por isso, demandam uma interferência externa para restabelecer o equilíbrio.

A Constituição Federal e a Legislação ordinária impuseram limites para os acordos penais, com base na vulnerabilidade do infrator oriunda da própria assimetria de sua posição frente ao Ministério Público. Destacam-se a proibição de pactuação de pena (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), de negociação sobre a imparcialidade do membro do Ministério Público que fará o acordo, da utilização de provas ilícitas e da dispensa de fundamentação das decisões. E, ainda, a proibição de renúncia à impugnação de decisão homologatória do acordo de colaboração premiada.

Além da vulnerabilidade intrínseca à relação assimétrica entre Ministério Público e infrator, a vulnerabilidade dos imputáveis e semi-imputáveis não deve impedir, por si só, os acordos, já que eles podem representar uma opção mais benéfica, por permitirem que se alcance um tratamento menos rigoroso. Por isso, é preciso encontrar mecanismos para procurar neutralizar a vulnerabilidade em questão. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de nomeação de curador, a utilização da técnica da decisão apoiada (art. 149, § 2º, do Código de Processo Penal, c/c art.72, I, do Código de Processo Civil, c/c art. 1.783-A, do Código Civil) e a pactuação de cláusulas compatíveis com a situação pessoal do infrator.

Na construção dialógica das cláusulas, deve ainda o Ministério Público averiguar eventual vulnerabilidade do indivíduo, enquanto pessoa concreta, e, se for o caso, abrandar a densidade das obrigações pactuadas, por paralelismo à opção adotada pelo legislador no art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal, e arts. 59 e 66 do Código Penal, e por expressa autorização do art. 28-A, inciso V, do Código de Processo Penal.

Asseguradas as condições reais para tomada de decisão informada, pelo respeito aos direitos fundamentais acima destacados, é possível restringir, a partir da decisão racional tomada nesse contexto, as garantias processuais contra a autoincriminação, garantia do contraditório e garantia ao recurso/duplo grau de jurisdição.

A análise do custo-benefício das estratégias de defesa a serem adotadas e da opção pelo acordo se insere na autonomia do infrator, enquanto agente moral apto a fazer escolhas, assistido por seu advogado. O que se busca alcançar é a obtenção de um benefício que não seria possível sem aquela estratégia de defesa e sem a opção pelo acordo.

A própria Corte Europeia de Direitos Humanos autoriza espaços de consenso na solução de casos penais, autorizando que o infrator abra mão de direitos e garantias em troca de vantagens, desde que haja previsão de medidas de garantia, não se afronte um interesse público e o não exercício do direito advenha de manifestação inequívoca.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Discutamos sobre paternalismo**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 5, p.203-214, 1988.

CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). **Paternalism**. Minnesota: Minnesota University, 1987. p. 19-35.

_____. Paternalism: some second thoughts. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). **Paternalism**. Minnesota: Minnesota University, 1987. p. 105-112.

FEINBERG, Joel. Legal paternalism. In: FEINBERG, Joel. **Rights, justice and the bounds of liberty: essays in social philosophy**. Princeton: Princeton University, 1980. p. 110-129.

_____. **Harm to others: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1985.

HARRIS, Sam. **A paisagem moral: como a ciência pode determinar os valores humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MILL, John Stuart. **A liberdade: utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANIACI, Giorgio. **Contra el paternalismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 53-104.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana. **Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad (Nudge)**. Objetiva, 2019. Ebook Kindle.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, p.315-328, 1997.

VALDES, Ernesto Garzon. **Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 5, p. 155-173, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul.; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Recebido em: 30/06/2021

Aprovado em: 08/09/2021