

A barganha no processo penal brasileiro: incompatibilidade sistêmica e inconstitucionalidade *Bargaining in Brazilian criminal proceedings: systemic incompatibility and unconstitutionality*

Dan Santiago Valentim Giroto Pereira¹

v. 14/ n. 3 (2026)
Julho/Setembro

Aceito para publicação em
16/06/2026.

¹Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná. Advogado da Assembleia Legislativa do Paraná. ORCID: 0009-0009-9626-9939. E-mail: dansantiago747@gmail.com.

<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP>

RESUMO: O artigo trata da barganha apresentada no Projeto de Lei do Código de Processo Penal (PL 8.045/10), que estabelece a possibilidade de acordo entre defesa e acusação para a aplicação da pena no mínimo legal mediante confissão do acusado. A proposta apresenta diversos problemas: o caráter coercitivo do instituto, violações aos direitos e garantias fundamentais do acusado e aos princípios basilares do Processo Penal, especialmente ao devido processo legal e à separação de funções dos atores do processo. Para fundamentar tais problemas, analisou-se o art. 283 do Projeto de Lei em confronto com a Constituição da República de 1988 e pela comparação com o modelo de *plea bargaining* praticado nos Estados Unidos. Realizou-se também um cotejo entre a barganha, a tortura e a coercibilidade, com base nas reflexões de John Harris Langbein em *Torture and Plea Bargaining*. Conclui-se pela necessária reforma do sistema processual penal inquisitório e sua incompatibilidade com institutos de caráter acusatório provenientes de sistemas de *common law*, reforçando as violações constitucionais e principiológicas que a adoção da barganha acarreta ao ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Barganha; coercibilidade; Direito Processual Penal; justiça penal negocial; *plea bargain*; *plea bargaining*.

ABSTRACT: The article deals with the bargain presented in the project of the Code of Criminal Procedure (Bill 8.045/10), which establishes the possibility of reaching an agreement between defense and prosecution for the application of the minimum legal penalty through the confession of the accused. The proposal presents several problems: the coercive nature of the institute, violations of the fundamental rights and guarantees of the accused, and violations of the basic principles of Criminal Procedure, especially the due process of law and the separation of functions. To substantiate such problems, article 283 of the Bill was analyzed in comparison with the 1988 Brazilian Constitution and with the plea bargaining model practiced in the United States. A comparison was also made between bargaining, torture and coercibility, based on John Harris Langbein's text *Torture and Plea Bargaining*. It is concluded that a reform of the Brazilian inquisitorial criminal procedure system is needed and that it is incompatible with accusatory institutes from common law systems, reinforcing the constitutional and principled violations that the adoption of the bargain entails in the national legal order.

Keywords: Bargaining; coercibility; Criminal Procedural Law; *plea bargain*; *plea bargaining*.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, o debate acerca da negociação processual penal ocorre, pelo menos, desde a década de noventa com a introdução de medidas despenalizadoras no ordenamento jurídico, tendo se intensificado desde a introdução do acordo de não persecução penal. O presente artigo trata do tema *plea bargaining* como delineado no Projeto de Lei nº 8.045/10, que propõe um novo Código

de Processo Penal, deixando em segundo plano considerações sobre outras medidas negociais e sobre o acordo de não persecução penal. A razão é simples: a barganha, ao contrário do acordo, assemelha-se ao *plea bargaining* por impor uma sentença condenatória ao réu.

Distingue-se, desde logo, a barganha proposta do acordo de não persecução penal vigente. Este último, uma vez cumprido, implica a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal), sem sentença condenatória e sem pena privativa de liberdade. A barganha, ao contrário, tem como traço característico exatamente a imposição de pena privativa de liberdade, ainda que no mínimo legal. Trata-se, portanto, de fenômenos jurídicos inteiramente distintos, embora ambos integrem o campo da chamada justiça penal negocial.

A tese central deste trabalho é a incompatibilidade da barganha, tal como concebida no projeto, com o processo penal inquisitório brasileiro e com o sistema de *civil law*, além da possível inconstitucionalidade da proposta. Ao contrário do que já ocorreu no Brasil com medidas anteriores, em que se exigia do acusado, em crimes leves, apenas a confissão e o adimplemento de uma quantia próxima a um salário mínimo, sem maiores repercussões jurídicas, o projeto propõe a imposição de pena privativa de liberdade mediante confissão em crimes com pena máxima cominada de até oito anos, com diversas ofensas ao sistema de direitos e garantias do réu.

O percurso argumentativo parte da análise do *plea bargaining* estadunidense e do clássico texto de John Harris Langbein, que compara o instituto à tortura da Europa medieval. Em seguida, examina-se o art. 283 do projeto e seus problemas constitucionais e principiológicos, com ênfase na violação ao devido processo legal, na separação de funções, na presunção de inocência e no risco de condenação de inocentes.

2. A BARGANHA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: CIVIL LAW E HERANÇA INQUISITÓRIA

A compreensão dos problemas que a barganha apresenta no ordenamento jurídico brasileiro exige, antes de qualquer análise dispositivo a dispositivo, a fixação de uma premissa estrutural: o processo penal brasileiro é de base inquisitória, e não acusatória. Essa distinção não é meramente acadêmica, ela é determinante para avaliar a compatibilidade ou não de institutos importados de sistemas de *common law*.

A respeito da discussão sobre a natureza dos sistemas processuais penais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é preciso ao afirmar que "seria desnecessário dizer que todos os sistemas processuais penais que o mundo conhece são mistos", esclarecendo que "os sistemas são mistos porque, em tendo uma base inquisitória (um princípio reitor inquisitivo), viram agregar a si institutos

provenientes do sistema acusatório; ou, ao contrário, tendo um princípio reitor dispositivo (ou acusatório) viram agregar a si institutos provenientes do sistema inquisitório. Não se definem, porém, em face dessas contingências; e isso é fundamental, de vital importância. Assim, o 'misto' ganha uma nova feição que, por evidente, não é de um terceiro sistema; e nem pode ser." (Miranda Coutinho, 2019).

O que importa, portanto, é identificar o princípio reitor do sistema. No Brasil, o princípio reitor é inquisitório. Essa base inquisitória torna a barganha, surgida e desenvolvida em países de *common law*, notadamente os Estados Unidos e países anglo-saxões, estruturalmente incompatível com o ordenamento nacional.

A incompatibilidade não é apenas formal; é também funcional. O *plea bargaining* pressupõe um sistema processual com características de oralidade, negociação caso a caso e ampla discricionariedade das partes. O sistema brasileiro é escrito e restrito às disposições legais, o que torna inconcebível a estipulação da redução da pena caso a caso, razão pela qual o projeto de lei precisou, ele próprio, fixar parâmetros legais rígidos (pena no mínimo legal, teto de oito anos). Esse enrijecimento normativo prova, antes de resolver, a incompatibilidade do instituto em um sistema de *civil law*.

A consequência é bem sintetizada por Miranda Coutinho: "Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus." (Miranda Coutinho, 2019). O projeto de lei do novo Código de Processo Penal, contudo, tenta importar apenas os aspectos que interessam à acusação, ignorando a infraestrutura processual acusatória que daria suporte ao instituto.

3. O ART. 283 DO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ANÁLISE DISPOSITIVO A DISPOSITIVO

O art. 283 do Projeto de Lei do Código de Processo Penal é a peça central da barganha à brasileira. Sua redação é a seguinte:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I — a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II — o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo; III — a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal,

se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório (Brasil, 2010).

O *caput* fixa o marco temporal da barganha até o início da instrução ou da audiência de instrução, desde que cumpridas as disposições do rito ordinário. Isso significa que não é possível realizar o acordo em sede de investigação preliminar ou de inquérito policial: a ação penal deve estar aperfeiçoada e a peça acusatória deve ter sido recebida pelo juiz. Não poderia ser diferente, porque é a partir daí que se tem algo a negociar e os fatos estão delineados.

O teto de oito anos de pena máxima cominada é calculado com a incidência de causas de aumento e diminuição e de agravantes e atenuantes sobre a pena máxima. Estariam abrangidos pela norma, por exemplo, os seguintes crimes previstos no Código Penal: tráfico de pessoas (art. 149-A), furto qualificado (art. 155, § 4º), apropriação indébita (art. 168), estelionato (art. 171), abuso de incapazes (art. 173), receptação qualificada (art. 180, § 1º), violação sexual mediante fraude (art. 215), rufianismo (art. 230), constituição de milícia privada (art. 288-A), fraudes em certames de interesse público (art. 311-A), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), fraude em licitação ou contrato (art. 337-L) e sabotagem (art. 359-R).

O § 1º, inciso I, exige a confissão, total ou parcial, dos fatos narrados na denúncia ou queixa. A norma não permite ao acusado apresentar sua versão própria dos fatos; exige que ele confesse especificamente a versão apresentada pelo Ministério Público na peça acusatória. A confissão parcial permite que o acusado reconheça apenas parte dos fatos narrados, mas não lhe autoriza modificar a narrativa apresentada.

Essa configuração revela, desde já, uma margem de negociação muito pequena à disposição do acusado, ao contrário do modelo estadunidense, em que a discricionariedade negocial é ampla. Percebe-se que a acusação escolhe a narrativa objeto da confissão, em vez de o acusado confessar no âmbito de um efetivo acordo. A denúncia é feita com base em inquérito policial do qual o acusado não participou, e sem participação da defesa na sua elaboração e é então apresentada ao acusado para que ele a confesse.

O inciso II do § 1º determina que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento. Assim, em um crime hipotético com pena mínima de dois anos, máxima de seis, e uma majorante de um terço, essa causa de aumento não influencia a pena final: ela é aplicada no mínimo legal, sem a incidência das circunstâncias agravantes ou causas de aumento.

O § 3º prevê a possibilidade adicional de redução de até um terço do mínimo legal, mediante requerimento das partes, desde que as condições pessoais do agente, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima, e a menor gravidade das consequências do crime o indiquem. O § 4º, por sua vez, exclui essa redução quando incidir outra causa de diminuição da pena, ressalvada a hipótese de crime tentado, ocasião em que a redução de um terço pode ser cumulada com a redução do crime tentado, o que é juridicamente coerente, pois as duas reduções têm fundamentos distintos.

O § 6º isenta o acusado de despesas e custas processuais. O § 7º determina que, na homologação, o juiz observe o cumprimento formal dos requisitos previstos no artigo, redação que revela a intenção legislativa de restringir o controle judicial à legalidade estrita, excluindo o controle de mérito. O § 8º, por fim, equipara a homologação do acordo a uma sentença condenatória para todos os efeitos. Aqui reside a diferença crucial em relação ao acordo de não persecução penal: este último, quando cumprido, implica extinção da punibilidade; a barganha implica condenação.

4. PLEA BARGAIN À BRASILEIRA: POR QUE NÃO É PLEA BARGAINING

Antes de avançar na análise crítica, é indispensável precisar a questão terminológica. *Plea bargain* e *plea bargaining* não são sinônimos. De acordo com o dicionário de Cambridge, *bargain* é "um acordo entre duas pessoas ou grupos em que cada uma promete fazer algo em troca de outra coisa"; *bargaining*, por sua vez, é "discussões entre pessoas a fim de chegar a um acordo em algo como preços, condições de trabalho, etc." (Cambridge Dictionary, 2023). O sentido adequado quando se fala em barganha no processo penal é o de *plea bargaining*, porque deve haver uma efetiva negociação entre defesa e acusação. O modelo do projeto, todavia, está mais próximo do *plea bargain*, acordo imposto por lei, sem negociação real.

O sistema estadunidense desenvolveu quatro tipos de barganha negociável: (a) *charge agreements*, em que se negocia a própria acusação, podendo-se acordar que certas acusações não serão feitas ou serão retiradas; (b) *recommendation agreements*, em que o promotor ou advogado recomenda ao juiz uma sentença mais benéfica; (c) *specific sentence agreements*, em que a corte impõe uma sentença específica dentro de parâmetros mais favoráveis ao acusado; e (d) *fact-stipulation*

agreements, em que os próprios fatos são objeto de negociação (U.S. Departamento of Justice, 1992). O modelo americano é, portanto, desenvolvido o suficiente para proporcionar uma negociação minimamente ampla dos termos a serem acordados.

O projeto brasileiro, ao contrário, não prevê negociação em relação aos fatos (*charge agreement*), nem acatamento de sentença pelo advogado ou promotor (*recommendation agreement*). Prevê apenas a aplicação imediata da pena no mínimo legal, o que se enquadra, em tese, no conceito de *sentence agreement*, mas com a diferença de que o sistema brasileiro impõe por lei, desde logo, a redução da pena ao mínimo legal, o teto de oito anos de pena máxima cominada, e reduz a discricionariedade do defensor e do promotor ao mínimo. Há, portanto, no projeto o *plea bargain* (acordo imposto por lei) e não o *plea bargaining* (acordo negociado caso a caso).

A dinâmica prática é elucidativa. Previsivelmente, após a denúncia, ocorrerá o pedido de acordo para imposição da pena no mínimo legal, e o acusado confessar-se-á totalmente, porque uma confissão parcial, apesar de prevista, é processualmente incompatível: a acusação apresenta a denúncia "à lá carte" e o acusado "ou confessa ou confessa". Ao contrário do que deveria ocorrer, uma efetiva negociação entre as partes sem denúncia prévia, ou que em havendo denúncia ela viesse depois da confissão e com base nela, o que se verifica é uma confissão seguida da aplicação da pena atenuada, sem qualquer negociação real. O resultado é uma denúncia que é, na prática, uma sentença condenatória disfarçada de acordo, sujeita à homologação judicial.

5. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

Uma das principais funções do devido processo legal é que a acusação tem o ônus de provar o crime imputado ao acusado *beyond a reasonable doubt*, como dizem os anglo-saxões, convencendo o juiz. Há, ou pelo menos deve haver, no julgamento uma clara divisão de funções entre os atores do processo.

Na barganha prevista no projeto, cabe ao juiz apenas homologar o acordo e "proferir" a sentença condenatória, zelando pelas "formalidades deste artigo". Vinicius Gomes de Vasconcelos aponta que não há separação legítima "já que, além da disparidade inerente ao processo penal, em um sistema negocial ocorre a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador." (Vasconcelos, 2014). A barganha concentra o controle do processo nas mãos do promotor de justiça: ele acusa e, ao fixar os termos do acordo, efetivamente julga. A própria peça acusatória torna-se a sentença, na forma de um acordo homologado pelo juiz.

O acordo nasce, assim, como uma "sentença condenatória prematura", que fica sob condição resolutória esperando a mera homologação do Poder Judiciário. A analogia tributária é instrutiva: é

como um tributo lançado pelo contribuinte a ser homologado pela autoridade fazendária, todos sabem que a tarefa está nas mãos do contribuinte, e o fisco cumpre papel meramente formal. No caso em análise, quem pratica a atividade de sentenciar, ou pelo menos inicia sua prática, é o promotor de justiça.

Isso viola frontalmente o art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Homologar uma sentença é muito diferente de sentenciar, e a Constituição Federal impõe somente ao Poder Judiciário a prática dessa atividade. A homologação não é uma decisão fundamentada o suficiente para condenar o acusado, como exige o art. 93, inciso IX, da CF/88, porque não foi feita em contraditório nem segue os requisitos de uma sentença condenatória.

Some-se a isso o disposto no art. 5º, inciso LIV — "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", e no art. 129, inciso I, da CF/88, que reserva ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, jamais a atividade de julgar ou de fazer qualquer coisa disfarçada de sentença condenatória. A acusação promove, nunca sentenciar.

O juiz, no processo em contraditório, não apenas controla os atos dos outros atores, mas também se autocontrola. O promotor de justiça, sujeito parcial do processo, não possui essa atribuição de imparcialidade e não se pode, nem se deve exigir dele as mesmas obrigações que um juiz tem ao proferir sentença.

Jed S. Rakoff, ao analisar o sistema americano, afirma que a barganha é como um "contrato de adesão": "o promotor tem todo o poder. A ideia da Suprema Corte de que o *plea bargain* é justo e um contrato voluntário entre duas partes relativamente iguais é um mito total: É muito mais um 'contrato de adesão' em que uma parte pode forçar o seu querer na outra." (Rakoff, 2014). O mesmo pode ser dito sobre a barganha à brasileira. A sentença, em que pese ser homologada pelo Poder Judiciário, é, afinal, decidida pelo Ministério Público em suposto acordo com o acusado.

6. A CONFISSÃO COMO ÚNICA PROVA E A SUBVERSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O inciso III do § 1º do art. 283 prevê a "expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas". Isso significa que a acusação está dispensada de provar a materialidade e a autoria do crime imputado, e que não há, para a defesa, ônus de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito. A única prova é a confissão do acusado.

Essa configuração representa o retorno da confissão ao papel de "rainha das provas". Tourinho Filho, ao tratar do tema, ensina que "houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado. Tão importante

era ela que se torturava o pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa." (Tourinho Filho, 2011). Parafraseando suas palavras, pode-se afirmar que, na barganha à brasileira, a confissão volta ao seu trono: tão importante ela passa a ser que se oferece uma generosa leniência penal ao pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de culpabilidade. Muitas vezes, a prisão por muito mais tempo é pior do que uma pena mínima, o que leva o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa.

No sistema processual vigente, a presunção de inocência cede somente com uma instrução probatória em contraditório. Provas produzidas em inquérito policial não podem servir de fundamento à decisão condenatória. Uma mera confissão não é suficiente para derrubar a presunção de inocência, e o juiz pode absolver um réu confesso caso a confissão esteja em manifesta contrariedade com as provas dos autos. A barganha subverte essa lógica por completo: a produção probatória é inexistente e a presunção de inocência do acusado é relativizada.

A confissão, em sua natureza mais profunda, é algo eminentemente pessoal, que deve provir do próprio indivíduo. Ela carrega, em sua essência, as características oriundas das confissões religiosas: ao confessar, não só a narrativa é reputada verdadeira (aspecto objetivo), como o confessante deve se arrepender do que fez (aspecto subjetivo), geralmente mediante alguma penitência. A palavra "confessar" traz consigo a ideia de que haverá alguma consequência.

O procedimento estabelecido pelo projeto, contudo, consegue fazer com que a confissão perca seu caráter pessoal. O acusado não confessa com suas próprias palavras o que fez, confessa o que outra pessoa (o Ministério Público) disse que ele fez: a narrativa da denúncia. A denúncia é feita com base em inquérito policial do qual o acusado não participou; a denúncia é feita sem participação do acusado; e então se apresentam os fatos para que ele os confesse. Em nenhum momento houve negociação. A narrativa objeto da confissão não é a do acusado, mas a da acusação.

Toda essa obsessão pela confissão tenta inverter a lógica das coisas: faz com que a narrativa confessada pelo acusado seja considerada não apenas verdade, mas a verdade que se aproxima inteiramente dos fatos, quando, todavia, não houve nem haverá qualquer produção probatória para confirmá-la, nem participação da defesa em sua formulação. Atribui-se força de realidade absoluta à confissão a fim de possibilitar a condenação, ao preço de subverter a presunção de inocência e a devida produção probatória.

7. O RISCO DE CONDENAÇÃO DE INOCENTES E O BAIL PROBLEM BRASILEIRO

O risco de que pessoas inocentes se declarem culpadas não é apenas teórico: é uma realidade que se verifica em países que adotam a barganha. Poder-se-ia argumentar que o risco de um inocente ser condenado existe também em um processo com instrução e julgamento, de modo que isso não seria um problema inerente à barganha. O argumento é improcedente: em um processo devido, o risco existe *apesar* da produção probatória; na barganha, o risco existe e é muito maior *justamente pela inexistência* da necessidade de produzir provas.

O jargão "melhor soltar um culpado do que condenar um inocente" parece ter cedido espaço para "melhor condenar um culpado e um inocente com uma pena pequena". A lógica dos defensores da medida segue assim: condena-se o suposto culpado com base na confissão, e se ele for inocente vai sofrer "somente" uma pequena pena. Este é o preço de tentar condenar todos os supostos culpados: assume-se o risco de condenar inocentes.

Um exemplo ilustra o problema com precisão. Imagine que Tício e Mévio estão sendo acusados pelo mesmo crime de estelionato. Tício é inocente; Mévio é suposto culpado. Tício, diante da pressão coercitiva da barganha, aceita o acordo e confessa, incluindo a participação de Mévio no esquema criminoso. Mévio, munido de advogado, escolhe a via do devido processo legal. Surgem então duas hipóteses: (a) caso Mévio seja declarado culpado, a prévia confissão de Tício afetou a imparcialidade do julgamento; (b) caso Mévio seja declarado inocente, a confissão de Tício era evidentemente mentirosa e percebe-se que um inocente foi condenado. A contradição lógica é evidente: enquanto Mévio não for julgado, Tício é ao mesmo tempo culpado (porque confessou) e potencialmente inocente (porque Mévio pode ser absolvido pelo mesmo crime).

A teoria dos jogos aprofunda essa análise. O dilema do prisioneiro é um jogo em que dois membros de uma gangue são presos, cada um em uma solitária, sem possibilidade de comunicação. A polícia não tem evidência suficiente para a condenação principal e planeja sentenciar ambos a dois anos por uma acusação secundária. Simultaneamente, oferece a cada um deles o seguinte acordo: se um confessar e o outro ficar em silêncio, quem confessou é solto e quem ficou em silêncio cumpre dez anos; se ambos confessarem, ambos cumprem cinco anos; se ambos ficarem em silêncio, ambos cumprem dois anos.

De acordo com a teoria, a estratégia dominante é que ambos se entreguem mutuamente e cumpram cinco anos porque o risco de ficar em silêncio e ser entregue pelo outro supera o risco de ambos se entregarem. Em cenários de crimes em concurso de pessoas, portanto, a barganha tenderá a ser a prática dominante: à medida que um dos acusados confessa o crime, o outro se vê pressionado a também agir dessa forma, ainda mais se a confissão tratou de relatar sua participação.

O *bail problem* brasileiro acrescenta uma dimensão adicional à coercibilidade da barganha. Nos Estados Unidos, altíssimos valores de fiança impedem que a maioria dos presos temporários se coloque em liberdade, e a barganha é proposta nesse intervalo, com um prazo curto para decisão: ou o acusado aceita e se vê livre, em condicional, ou continua preso esperando meses ou anos pelo julgamento.

No Brasil, o mecanismo é análogo, mas por razão diversa: a decretação da prisão preventiva pela ordem pública ocorre, muitas vezes, com fundamentos genéricos na audiência de custódia, e o réu enfrenta tanto um demorado processo quanto as condições sub-humanas das penitenciárias. Embora o tempo de prisão preventiva seja descontado da pena privativa de liberdade, o acusado não pensa em um futuro próximo, mas no que pode fazer no presente para minorar sua situação. A barganha, que vem em momento prematuro do processo, será extremamente conveniente: o réu pode desde já receber a suspensão condicional da pena, a substituição por pena restritiva de direitos, ou começar logo a cumprir a pena privativa de liberdade para progredir de regime. Some-se a isso o fato de que o advogado, na maioria dos casos, tem contato breve com o acusado, enquanto o promotor dispõe de todas as informações da investigação, disparidade de conhecimento prejudicial a uma defesa adequada.

8. A BARGANHA EM PERSPECTIVA COMPARADA: ALEMANHA, ITÁLIA E AMÉRICA LATINA

A expansão da justiça penal negocial não é fenômeno exclusivamente brasileiro ou americano. O cenário é de expansão mundial, e os casos da Alemanha e da Itália são especialmente reveladores.

Na Alemanha, a barganha "ingressou na prática jurídica de modo informal (...) ou seja, ironicamente, em um país intrinsecamente pautado pela legalidade, as negociações venceram os limites normativos." (Vasconcellos, 2014). A experiência alemã demonstra como a pressão sistêmica pelo volume processual pode levar à adoção de práticas negociais mesmo sem previsão legal expressa, contornando as garantias formalmente estabelecidas.

Na Itália, a barganha "implementou-se como parte integrante de uma ampla reforma processual que almejava a estruturação de um sistema acusatório, a qual enfrentou intensas resistências pelos atores jurídicos e, assim, moldou-se no sentido de adaptar-se às premissas da tradição continental." (Vasconcellos, 2014). O caso italiano é paradigmático para o Brasil: a tentativa de transplantar um instituto acusatório sem a correspondente reforma estrutural do sistema resultou em uma versão distorcida do instituto, moldada pelas resistências da tradição inquisitória.

No âmbito da América Latina, a situação do Brasil é atípica. Quase todos os países da região realizaram reformas processuais penais que transitaram para o modelo acusatório, dotando seus

sistemas de maior transparência, oralidade e separação efetiva de funções. O Brasil permanece como exceção a esse movimento reformista, mantendo um sistema de base inquisitória enquanto tenta, ao mesmo tempo, importar institutos acusatórios como a barganha sem, contudo, criar a infraestrutura processual necessária para sustentá-los.

Vasconcelos identifica, nesse cenário, uma tendência preocupante: a justiça penal negocial é fundada em "uma suposta necessidade sistêmica das negociações entre acusação e defesa, a qual oculta uma instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo em um cenário de expansão do direito penal",¹¹ de modo que "os acordos entre acusação e defesa para imposição de uma sanção penal consentida representam grave patologização de aspectos indispensáveis à necessária configuração de um modelo processual acusatório, ao passo que significam acentuado contragolpe inquisitivo."¹²

Não parece haver, no Brasil, um fator único que explique a resistência à reforma processual adequada: trata-se de uma conjuntura de aspectos jurídicos, políticos e sociais que mantém o *status quo*, em que pese o cenário de expansão da justiça penal negocial. O que é certo é que, sem a reforma do sistema, a importação de institutos como a barganha tenderá a reproduzir e aprofundar as distorções já presentes no modelo atual.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso argumentativo deste artigo permite articular, em síntese, os fundamentos da inconstitucionalidade e da incompatibilidade sistêmica da barganha proposta no Projeto de Lei nº 8.045/10.

O projeto propõe, a título de *plea bargaining*, algo que se configura, na prática, como *plea bargain*: um acordo imposto pela acusação, com discricionariedade mínima da defesa, em que a narrativa objeto da confissão é sempre a da denúncia, nunca do próprio acusado. A importação do instituto é incompatível com o sistema de *civil law* e com a base inquisitória do processo penal brasileiro como Miranda Coutinho advertiu, não basta importar o instituto; é necessário importar o sistema todo.

A barganha é prejudicial ao devido processo legal porque elimina a necessidade de produção de provas e viola intensamente a separação de funções entre acusar e julgar. O Ministério Público, ao fixar os termos do acordo sobre a peça acusatória que ele próprio elaborou, pratica, em substância, a atividade de sentenciar, atividade que a Constituição Federal reserva com exclusividade ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso LIII). A homologação judicial, reduzida ao controle formal dos requisitos do artigo, não supre essa deficiência: não é fundamentada nos termos exigidos pelo art. 93, inciso IX, da CF/88, não foi precedida de contraditório e não segue os requisitos de uma sentença condenatória.

A ausência de produção probatória em contraditório subverte a presunção de inocência. A confissão, elevada de volta ao papel de "rainha das provas", não pode, por si só, suprir o dever constitucional de fundamentação necessário para condenar alguém. E o fato de que o acusado confessa a narrativa alheia, a narrativa da denúncia, elaborada sem sua participação, retira da confissão seu caráter eminentemente pessoal, convertendo-a em mero instrumento de validação da versão acusatória.

A coercibilidade do instituto é estrutural, não accidental. Ela decorre da diferença material entre a pena obtida na barganha e a pena que o acusado enfrentará caso exerça seu direito ao julgamento e seja condenado. O *bail problem* brasileiro, a prisão preventiva como indutora de barganha prematura e a dinâmica do dilema do prisioneiro em casos de concurso de pessoas agravam esse quadro, aumentando significativamente o risco de que inocentes se declarem culpados.

Por fim, o contexto comparado revela que o Brasil trilha um caminho inverso ao dos demais países latino-americanos: em vez de reformar o sistema processual para torná-lo acusatório e, então, incorporar institutos coerentes com essa estrutura, tenta importar, de um sistema acusatório, um instituto que só funciona com a infraestrutura que ele não possui. O resultado, como demonstram os casos da Alemanha e da Itália, é um instituto distorcido e, no caso brasileiro, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Plea and Charge Bargaining – Research Summary**. Washington: U.S. Department of Justice, 24 jan. 2011. p. 1–4. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Bargain**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023a. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/bargain>. Acesso em: jan. 2023.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Bargaining**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023b. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/bargaining>. Acesso em: jan. 2023.

CONSTITUTION FACTS. **The U.S. Constitution & Amendments: The Bill of Rights**. [S. l.]: Constitution Facts, 2010. p. 2. Disponível em: https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/Constitution_BillOfRights.pdf. Acesso em: jan. 2023.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Plea bargaining**. Chicago: Encyclopædia Britannica, 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining>. Acesso em: jan. 2023.

FIDELIS, Dafne Pavanelli; FALEIROS, Pedro Bordini. Dilema do Prisioneiro na Análise Experimental do Comportamento: uma revisão sistemática da literatura. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**, Belém, v. 13, n. 1, p. 42-52, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/rebac/article/view/5262/4441>. Acesso em: jan. 2023.

LANGBEIN, John Harris. Torture and Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, p. 3-22, 1978-1979. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Torture_and_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: jan. 2023.

RAKOFF, Jed S. Why Innocent People Plead Guilty. **The New York Review of Books**, Nova York, p. 1-6, 2014. Disponível em: <https://www.nacdl.org/getattachment/8e5437e4-79b2-4535-b26c-9fa266de7de8/why-innocent-people-plead-guilty--jrakoff-ny-review-of-books-2014.pdf>. Acesso em: jan. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; GARDNER, W. L.; RIFKIND, D. S. Basic Guide to Plea Bargaining Under the Federal Sentencing Guidelines. **Criminal Justice**, Washington, v. 7, p. 14-21, Summer 1992. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/basic-guide-plea-bargaining-under-federal-sentencing-guidelines>. Acesso em: jan. 2023.