

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GEANDERSON MARCOS DUDA DOS SANTOS

**O DUELO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: A possibilidade de realização da
investigação defensiva no Brasil**

RECIFE
2025

GEANDERSON MARCOS DUDA DOS SANTOS

O DUELO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: A possibilidade de realização da
investigação defensiva no Brasil

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Damas da Instrução Cristã, como
requisito para obtenção do título de bacharel.

Orientador: Dr. Jorge André Mendonça

RECIFE

2025

Catalogação na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Santos, Geanderson Marcos Duda dos.
S237d O duelo de provas no processo penal: a possibilidade de realização da investigação defensiva no Brasil / Geanderson Marcos Duda dos Santos. - Recife, 2025.
44 f.
Orientador: Prof. Dr. Jorge André Mendonça.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da InSTRUÇÃO Cristã, 2025.
Inclui bibliografia.
1. Discovery. 2. Investigação defensiva. 3. Processo penal. 4. Iniciativa probatória. 5. Sistema adversarial. I. Mendonça, Jorge André. II. Faculdade Damas da InSTRUÇÃO Cristã. III. Título.
340 CDU (22. ed.)
FADIC (2025.1-010)

GEANDERSON MARCOS DUDA DOS SANTOS

O DUELO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: A possibilidade de realização da
investigação defensiva no Brasil

Esta monografia se submeteu à banca para
aprovação e obtenção de título de Bacharel no
curso de Direito da Faculdade Damas da
Instrução Cristã.

Recife, 01 de junho de 2025.

BANCA EXAMINADORA

A meu saudoso avô Paulo Duda, que mesmo
após a vida, me ensina a ser um homem justo.

AGRADECIMENTOS

Especial agradecimento aos meus pais, Marcos e Lena, e aos meus irmãos, Jefferson e Jessonias, que ao longo de cinco anos mostraram-se a base da minha graduação. Agradeço aos demais familiares, na pessoa da minha querida avó Carminha, por todo carinho e apoio.

Menção meritória aqueles que me ensinaram os valores da advocacia criminal: Daniel Lima, Yasmin Cordeiro e Victor Trajano. Assistir ao impecável trabalho dessa banca de advogados formou o caminho para uma real compreensão do que é o processo penal. Agradecimento especial ao professor Victor, um irmão presenteado pela Faculdade Damas, que por meio de lições do dia a dia me fez entender o que é a verdadeira justiça.

Não poderia esquecer Débora, Isis, Lucas e Thaymara, amigos que me acompanharam nos bons e maus momentos da graduação: muito obrigado. De igual modo, agradeço à Davi, Flaviane, Kaillany, Sabrina, Milena e demais companheiros da póstuma FADIC, por me apoiarem na trilha do direito. Profissionalmente, não poderia deixar de citar os estimados colegas de Luís Gallindo Advocacia: Eduardo Vila Nova, Guilherme, Jefferson, Igor e Luís Eduardo, que me ensinaram a exímia prática do direito público, a partir de uma advocacia de qualidade.

Ainda, agradeço a todo corpo docente da Faculdade Damas, composto por mestres que me permitiram uma formação impecável enquanto profissional do direito – agradecimento especial aos professores Fábio, Maíra e Renata, e aos ensinamentos dos penalistas Ricardo, Andrea, Simone e Leo (esse último que me despertou o interesse pela área penal, por meio de suas grandiosas aulas).

Por fim, e não menos importante, um muito obrigado ao meu orientador, Dr. Jorge André, a quem respeito e admiro imensamente, não apenas enquanto profissional, mas também como ser humano. Suas indagações professorais sempre me fazem questionar e ressignificar aquilo que já penso entender.

Gratidão a todos, que de um modo ou de outro, ajudaram na chegada desse momento, e possibilitaram a realização do presente trabalho. Sem mais para o momento: *Duc in Altum!*

RESUMO

O presente trabalho busca examinar a aplicabilidade do instituto “*Discovery*” no ordenamento brasileiro, tratando especificamente da possibilidade de investigação defensiva. Será analisado as disposições do artigo 13 do Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal), e se há compatibilidade do compartilhamento de provas e da investigação defensiva, conforme o modelo adversarial estadunidense, no sistema jurídico do Brasil. Será levado em conta as semelhanças entre o sistema processual penal brasileiro e o estadunidense. O trabalho se centra na análise do sistema processual, com ênfase na iniciativa probatória das partes, para então estudar o funcionamento e a importância do “*Discovery*” no direito estadunidense. Adota-se uma metodologia qualitativa, descritiva e de natureza aplicada, com abordagem dedutiva, procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, analisando a produção científica nacional e internacional, a legislação criminal dos Estados Unidos, as normas vigentes no Brasil e o Projeto de Lei nº 8.045/2010.

Palavras-chave: *discovery*; investigação defensiva; processo penal; iniciativa probatória; sistema adversarial.

ABSTRACT

This work aims to examine the applicability of the Discovery institute in the Brazilian legal system, specifically addressing the possibility of defensive investigation. The provisions of Article 13 of Bill No. 8,045/2010 (new Criminal Procedure Code) will be analyzed, as well as whether there is compatibility between evidence sharing and defensive investigation, according to the U.S. adversarial model, within the Brazilian legal system. The similarities between the Brazilian and American criminal procedural systems will be taken into account. The work focuses on the analysis of the procedural system, emphasizing the parties' evidentiary initiative, to then study the functioning and importance of Discovery in American law. A qualitative, descriptive, and applied methodology is adopted, with a deductive approach, monographic procedure, and bibliographic and documentary research techniques, analyzing national and international scientific production, U.S. criminal legislation, current Brazilian regulations, and Bill No. 8,045/2010.

Keywords: discovery; defensive investigation; criminal procedure; evidentiary initiative; adversarial system.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	American Bar Association
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
Rcon-AgR	Reconsideração em Agravo Regimental

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A INICIATIVA PROBATÓRIA	12
2.1O processo penal constitucional	12
2.2A classificação do sistema processual do Brasil.....	15
2.3A iniciativa probatória no processo penal brasileiro	19
3 O PROCESSO PENAL ESTADUNIDENSE E O DISCOVERY	25
3.1O processo penal adversarial dos Estados Unidos da América.....	25
3.2O uso do Discovery no processo penal dos Estados Unidos da América	29
4 A COMPATIBILIDADE DO DISCOVERY COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	34
4.1As características adversariais do processo penal brasileiro.....	34
4.2A compatibilidade do Discovery no projeto de novo Código de Processo Penal	35
5 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Assentado no ramo do Direito Processual Penal, o tema trata do duelo de provas no sistema processual penal, e a possível aplicação da investigação defensiva no direito brasileiro. Observando atentamente a fase investigatória do sistema processual penal brasileiro, se nota uma delimitação na atuação da defesa do investigado, diferentemente do que ocorre no sistema processual penal dos Estados Unidos da América, que em respeito à iniciativa probatória das partes, regulamenta diretrizes de investigação defensiva.

Desse modo, as particularidades do sistema processual penal adversarial, que trata do duelo entre o acusador e o acusado, incluem a institucionalização do *Discovery*, que, resumidamente, se refere à produção e compartilhamento de provas entre as partes. O duelo de provas, então, assume importante papel no processo penal estadunidense.

Portanto, levando em consideração as semelhanças entre o sistema de processo penal brasileiro e estadunidense, e a importância do *Discovery* nos Estados Unidos da América como instrumento de garantia do contraditório e da ampla defesa, cabe indagar: o compartilhamento de provas, e, em especial, a investigação defensiva, nos moldes do projeto de novo Código de Processo Penal, seria compatível com o sistema constitucional brasileiro?

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma base jurídica indissociável do Brasil de hoje: o Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, em especial os elencados no art. 5º da Constituição, tornaram-se colunas do ordenamento jurídico pátrio. Uma clara aplicação das garantias fundamentais ocorre no processo penal, instrumento de aplicação do direito penal, e que por ser meio sancionador máximo do Estado, exige maior atenção na interpretação legal.

No direito processual penal estadunidense, o *Discovery* ocupa papel de destaque como um dos meios da garantia do contraditório e da ampla defesa, em contraponto ao arbítrio estatal. Em um primeiro momento, o *Discovery* pode ser entendido tão somente como a necessidade de a acusação compartilhar, com a defesa do réu, de todas as provas e evidências que disponha, tanto na fase processual, como na investigatória, conforme pressupõe a Súmula Vinculante 14 do STF. Porém, o *Discovery* é mais amplo que isso, e inclui em si a iniciativa probatória das partes, e a consequente possibilidade de investigação direta pela defesa.

Sob essa égide, o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que dispõe acerca do novo Código de Processo Penal, apresenta, em seu art. 13, a faculdade do investigado, por meio de representação defensiva, tomar iniciativa de identificar fontes de prova a seu favor, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Diante deste Projeto de Lei, torna-se relevante a discussão da aplicação do *Discovery* – a partir de seu funcionamento nos Estados Unidos – frente ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto do ponto de vista do compartilhamento de provas, como, principalmente, pela maior atuação da defesa em fase pré-processual, sendo questionável, portanto, os aspectos de constitucionalidade do instituto e a sua compatibilidade com o direito do Brasil.

A relevância e validade da análise, decorre, principalmente, das características que o sistema processual penal brasileiro divide com o sistema adversarial estadunidense. O exame do *Discovery* do direito processual penal estadunidense reside se há compatibilidade com o sistema processual penal brasileiro, a partir do art. 13 do projeto de Novo Código de Processo Penal e de como a iniciativa probatória é reconhecida no direito do Brasil.

O *Discovery*, que parte do compartilhamento de provas e vai até a investigação defensiva, merece maior atenção, iniciando por uma descrição do sistema processual penal brasileiro, com destaque central para a iniciativa probatória das partes. Em seguida, é crucial analisar a funcionalidade e importância do *Discovery* no sistema processual penal dos Estados Unidos da América, para ao fim verificar se o instituto presente no art. 13 do projeto de Novo Código de Processo Penal é compatível, ou não, com o processo penal do Brasil.

A pesquisa, de cunho descritivo e de natureza aplicada, terá um método de abordagem dedutivo, com procedimento monográfico e aplicação das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, mediante uma abordagem qualitativa. Entre os instrumentos de pesquisa, destacam-se a produção científica nacional e internacional sobre o tema, a legislação criminal dos Estados Unidos da América, as normas vigentes no Brasil e o atual Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal).

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A INICIATIVA PROBATÓRIA

2.1 O processo penal constitucional

É exigido de todo e qualquer processo, seja administrativo ou jurídico, que trate de matéria de direito público ou privado, completa adequação às determinações constitucionais. Contudo, tendo em conta que a prospecção penal entra em conflito com os interesses coletivos e individuais com mais intensidade¹, o cuidado deve ser ainda maior, pois os crimes violam os bens jurídicos de maior valor para o convívio social, e a imposição da pena termina por tratar da maior intervenção estatal na liberdade do cidadão, e por conseguinte, a mais problemática².

O direito penal, enquanto mais gravosa forma de intervenção estatal, podendo retirar do cidadão seus direitos constitucionalmente assegurados (vida, liberdade e patrimônio)³, é o último meio de proteção a ser considerado, só cabendo sua utilização quando os outros meios falham⁴ – ao tutelar os bens jurídicos de alto valor e interesse, o direito penal assume seu caráter de *ultima ratio*, isso é, o último meio de ação estatal.

O processo, então, conduz a instrumentalização do direito penal, sendo um caminho necessário até a pena⁵, de modo que o conceito de processo, ao ser pensado sob a perspectiva de apuração do cometimento de crimes, traz consigo um encargo próprio, que é justamente o risco de restrição à liberdade do indivíduo, requerendo definição própria. Assim, merece destaque descrição proposta pelo exímio jurista alemão, Claus Roxin⁶:

[...] é necessário um procedimento regulado juridicamente com cujo auxílio se possa averigar a existência de uma ação punível e, se for o caso, possa ser determinada e imposta a sanção prevista na lei. Ao mesmo tempo, a expressão processo ‘juridicamente regulado’ compreende três ideias: suas prescrições tem que estar dispostas para contribuir para a realização do Direito penal material de acordo com a forma correspondente às circunstâncias de fato demonstradas; simultaneamente, elas devem estabelecer os limites fixados ao direito de intervenção das autoridades de persecução penal em proteção à liberdade do indivíduo; e, finalmente, devem alcançar a possibilidade, através de uma decisão definitiva, de restabelecer a paz jurídica rompida. O Direito processual penal (também chamado Direito penal formal) representa a síntese do conjunto de normas que servem a esse fim (tradução nossa).

¹ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10.

² *Ibid.*, p. 10.

³ BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006, p. 195

⁴ JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 2, n. 2, p. 521-534, 2005, p. 524-525.

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 2.

⁶ ROXIN, *op. cit.*, p. 1-2.

Embora a análise de Roxin seja voltada ao direito processual penal alemão, sua definição se trata de conceito amplo, plenamente aplicável ao cenário nacional. Segundo Roxin, o processo penal deve: a) ter regras que contribuam para realização do direito penal material; b) ter regras que determinem os limites das autoridades; c) e ter regras que possibilitem uma decisão que retome a paz jurídica.

Logo, o processo penal brasileiro, para que cumpra os objetivos determinados a si, que se centram na apuração da existência ou não de um fato delituoso, tem como ponto de partida a Constituição⁷. Quanto a isso, embora o atual Código de Processo Penal seja do ano de 1941, é indiscutível sua necessidade de estar em inteira conformidade com as diretrizes e garantias constitucionais, o que explica as constantes reformas, em especial a ocorrida em 2020⁸.

No Estado Democrático de Direito, o processo penal assume a importante função de instrumento de garantia do indivíduo, em contraponto ao *ius puniendi*⁹. O processo, enquanto meio democrático, decorre da proibição à mera presunção da culpabilidade do réu, de modo que não haja imposição antecipada da sanção penal. É a boa aplicação dos direitos e garantias que distingue a civilização da barbárie¹⁰, sendo imprescindível a estruturação de limites à pretensão punitiva estatal.

As garantias processuais do réu ao contraditório, ampla defesa e presunção da inocência, previstas no artigo 5º, incisos LV e LVII da Constituição, respectivamente, devem seguir toda persecução penal, desde o inquérito policial até os recursos às cortes superiores. Tais direitos são uma importante demarcação democrática, fruto de transformações históricas, pois sua funcionalidade estampa um dos mais valorosos postulados constitucionais do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana¹¹. A dignidade encontra-se prevista no art. 1º, III, da

⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 73.

⁸ A Lei nº 13.964/2019, intitulada de “Pacote Anticrime”, trouxe uma série de modificações relevantes ao ordenamento pátrio, algumas que inclusive serão estudadas mais à frente, qual seja, a instituição do juiz das garantias.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 37.

¹¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 835, p. 443-466, maio 2005, p. 444.

Constituição, e em razão de seu encargo histórico-jurídico¹², não admite interpretação restritiva¹³:

O tema abrange, portanto, não somente quem tem denúncia ou queixa-crime recebida contra a sua pessoa, mas também aquele que é investigado, na primeira fase da persecução penal, mesmo que não tenha sido formalmente indiciado pela autoridade policial.

[...] direitos e garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva, bem como relativização que venha a negá-los em sua essência.

Com efeito, não é dado transformar um direito fundamental, que sequer pode ser objeto de emenda constitucional (são as denominadas *cláusulas pétreas*), em *simulacro de direito, "pretenso" direito fundamental*.

Assim, o processo se revela como fator indispensável às relações jurídico-penais, pois é ele quem protege os cidadãos dos abusos do poder público¹⁴, especialmente em Estados que já vivenciaram restrições jurídico-políticas decorrentes de regimes ditoriais, tal qual o Brasil, que hoje possui como um de seus fundamentos constitucionais a dignidade da pessoa humana¹⁵.

Em outras palavras, o processo penal constitucional vai além do cumprimento às disposições do art. 5º da Constituição. Se trata, ao fim, de materializar a democracia, por meio de uma instrução processual integralmente lícita, que não deixe dúvidas quanto à forma que se seguiu para alcançar o resultado, seja ele condenatório ou absolutório¹⁶.

Em um primeiro momento, o que parece burocracia e formalismo excessivo, em um olhar mais atento se revela como rigorosa proteção dos direitos da pessoa humana em face à pretensão punitiva do Estado. Da soma desses elementos, é aferível que o processo penal busca, tão somente, um resultado justo, que evite erros – e acima de tudo, o que pode ser concebido como um dos maiores erros: a condenação de um inocente.

Desse modo, ao se falar em um sistema de processo penal brasileiro, se fala, acima de tudo, na necessidade de cumprimento do devido processo penal constitucional. Muito mais do que a separação entre as funções de acusar, defender e julgar¹⁷, apenas uma dentre as muitas

¹² No século passado houveram dois regimes ditoriais no Brasil, e referindo-se especificamente ao último, o regime militar, suas implicações resultaram na formação da Constituição conforme é concebida hoje, dando acentuado valor à dignidade da pessoa humana.

¹³ DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 835, p. 443-466, maio 2005, p. 444-445.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 32.

¹⁵ BITTENCOURT, Afrânio Henrique Pimenta. Estado de exceção - da ditadura militar à Constituição Federal de 1988: a anomia que ainda existe no Brasil. **Revista do MPC**, [S. l.], v. 36, p. 12-36, 2021.

¹⁶ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 202, p. 99.

regras procedimentais vigentes, é imprescindível observar as características processuais elencadas na Constituição, para compreender o que leva o Brasil a ser majoritariamente classificado pela doutrina nacional como sistema acusatório – pontua-se que, ao final do presente ensaio inicial, será analisado se tal classificação é a mais apropriada face às particularidades do processo penal pátrio.

2.2 A classificação do sistema processual do Brasil

O sistema acusatório pode ser definido – caso se busque uma conceituação simplória – como um conjunto de características que se centram em torno da distinção entre as atividades de acusar e julgar¹⁸, de modo a manter o juiz como um terceiro imparcial. As características incluem a predominância da oralidade, a garantia ao contraditório e o livre convencimento motivado do juiz.

Por outro lado, o sistema inquisitório se define a partir do acúmulo das funções de julgar e acusar na mesma figura, a do juiz-ator¹⁹. Logo, entre suas características, destaca-se o poder de gestão e iniciativa probatória, havendo “uma nítida conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui”²⁰. Grande parte do mundo adota um modelo processual desenvolvido a partir do sistema inquisitório²¹, especialmente quando se fala da Europa continental²².

Conceituar o processo penal de um país dentro de um determinado sistema processual mostra-se um problema de complexa implicação, dado as variantes político-históricas que se expressam globalmente. Uma possível linha de análise é a de compreender a ótica dado ao acusado, pois enquanto países de *common law* compreendem-no como um sujeito de direito, a interpretação dos países de *civil law* é distinta, com uma visão que se aproxima de conceber o acusado como um objeto de investigação²³.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 13.

¹⁹ *Ibid.* p. 11.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39.

²¹ Tal recorte, se feito equivocadamente, pode reforçar a ideia de Aury Lopes Jr., que em sua obra “Direito processual penal” classifica o Brasil como sistema neoinquisitório. Todavia, para realizar um apontamento do gênero, seria necessário realização de um estudo histórico mais apurado.

²² SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. **Indiana Law Journal**, [S. l.], v. 64, n. 2, art. 4, p. 301-381, 1989. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>. Acesso em: 27 abr. 2025, p. 301.

²³ LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. Tradução por Rogério Fernando Taffarello. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 116, ano 23, p. 239-257, set.-out. 2015, p. 242.

Pois bem, ao analisar as semelhanças e diferenças entre os sistemas processuais, utiliza-se como um critério diferenciador a gestão da prova, afinal, o processo penal, enquanto atividade cognitiva, requer a fixação de quem exercerá tal poder²⁴, e como o fará. No modelo inquisitório, pelo princípio inquisitivo, dá-se ao juiz poderes e deveres de iniciativa e produção de prova²⁵, de forma que sua grande marca é a presença de um juiz ativo.

Por outro lado, quanto às especificidades que permitem classificar um sistema como acusatório²⁶, todas derivam principalmente da rígida separação das funções dos sujeitos processuais, estruturando-se em uma ordenada divisão de partes (*actum trium personarum*). Dá-se autonomia e independência a cada sujeito processual, mediante contraditório, publicidade dos atos e oralidade, com gestão probatória prioritariamente atribuída às partes, tentando preservar-se a imparcialidade judicial. O objetivo é que o órgão jurisdicional se mantenha equidistante das pretensões conflitantes, abstendo-se do protagonismo na produção probatória e limitando-se à apreciação do material cognitivo legitimamente introduzido nos autos.

Tratando de qual seria o sistema processual nacional, a jurisprudência dos tribunais superiores tem classificado o sistema processual do Brasil como acusatório²⁷, com decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que o Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz do sistema acusatório²⁸.

Para se chegar à identificação do sistema brasileiro como acusatório, têm-se analisado comumente um conjunto de elementos, que juntos, permitiriam caracterizá-lo assim. O primeiro deles, e mais importante, seria a clara distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, garantindo imparcialidade no curso do processo. Outros seriam, como já comentado, a oralidade, a publicidade e a presunção da inocência²⁹. Para Renato Brasileiro³⁰, houve adoção

²⁴ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 145.

²⁵ *Ibid.*, p. 145.

²⁶BOGUS, Pedro Henrique Echeverria. Sistema acusatório, o juiz e a prova: o problema dos poderes instrutórios. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 31-34, 2024. Disponível em: <https://zenodo.org/records/13834873>. Acesso em: 09 maio 2025.

²⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 101.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 245131 Rcon-AgR/PB. Agravo Regimental na Reconsideração no Habeas Corpus. Relator: Min. André Mendonça. Segunda Turma, julgamento em 7 out. 2024, publicação em 22 out. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, divulgado em 21 out. 2024, publicado em 22 out. 2024.

²⁹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 87-88.

³⁰LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 40.

explicita dos legisladores ao sistema acusatório, a partir do art. 129, I da Constituição, que tornou privativo do Ministério Público o ato de propor a ação penal – tal norma constitucional distingue quem é legítimo para mobilizar a persecução criminal, de quem detém a legitimidade para julgar os fatos.

No entanto, o sistema acusatório adotado no Brasil não seria puro³¹, pois carrega consigo uma característica comum do sistema inquisitório. Têm-se, conforme expressa legislação vigente, a possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito e a realização de diligências, ambas disposições previstas, respectivamente, no art. 5º, II, e art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Tais previsões concedem ao juiz o poder de instaurar a persecução penal, e de agir com iniciativa probatória, resultando em uma atuação processual típica do sistema inquisitório.

Tourinho Filho, em análise da prospecção criminal estruturada no Código de Processo Penal³², observa que o sistema processual penal brasileiro se divide em duas fases distintas: inicialmente uma investigação preliminar não contraditória conduzida pela Autoridade Policial, seguida pela fase processual propriamente dita, que se instaura mediante denúncia ou queixa. O doutrinador continua, ao constatar que nesta segunda etapa estabelece-se efetivamente o contraditório, com características de publicidade e predominância escrita (embora contemple atos orais). Observa também que, ainda que o ônus probatório recaia sobre as partes, o magistrado não permanece como mero espectador, podendo determinar diligências de ofício para esclarecer pontos relevantes, inclusive antes do início da ação penal, conforme previsto no artigo 156, I, do CPP.

Em retrospecto, o funcionamento da persecução penal brasileira ocorre, via de regra, da seguinte forma: se inicia por uma fase investigativa, presidida pela Autoridade Policial, e é seguida da instauração do processo propriamente dito, por meio da denúncia oferecida pelo Ministério Público – após a denúncia, têm-se, então, o contraditório, que seria o elemento apto a sintetizar a natureza do sistema acusatório do Brasil, pela sua divisão de funções. Esta configuração demonstra como a Constituição, ao assegurar o contraditório, consolida o processo como um rito formado por partes distintas, alinhado com o que seriam as características fundamentais do sistema acusatório, conforme reconhecido majoritariamente pela doutrina e jurisprudência.

³¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 124.

³²*Ibid.*, p. 124-125.

A partir do exposto, se pode dizer, então, que, a Constituição adota o processo enquanto rito do contraditório. Porém, o ato de “catalogar” um ordenamento processual dentro de um respectivo sistema não é condizente com a complexidade legal inerente de um ordenamento jurídico. Em outras palavras, embora seja comum o processo penal do Brasil ser classificado como sistema acusatório por sua própria doutrina e jurisprudência, não é possível apontar tal conceituação como absoluta. Mais importante que classificar o processo penal brasileiro, é sempre examiná-lo a partir de temas específicos, pois atualmente não existe sistema acusatório ou inquisitório “puro”³³.

Ferrajoli, ao examinar ambos os modelos de sistema, inquisitório e acusatório, pontua a necessidade de distinção do caráter teórico, em contraponto ao caráter histórico de cada um. Isso porque, em razão das diferentes experiências históricas, a construção teórica de ambos os sistemas, em definir o que é essencial e o que vem a ser contingente, decorre de convencionalidade³⁴:

A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros.

Analizando esses aspectos, e considerando o contexto político-jurídico nacional, é notável que mais importante do que classificar o sistema de processo penal brasileiro, é compreender as regras constitucionais do processo, pois ao fim, é plenamente possível ter características que não sejam típicas do sistema acusatório, mas que sejam válidas ao ordenamento jurídico pátrio, caso amparadas pelo texto constitucional. Ou seja, caso as disposições do Código de Processo Penal, e demais legislações reguladoras da persecução penal, não entrem em conflito com a Constituição, serão aceitas e aplicadas na ordem jurídica do Brasil. Trata-se, portanto, de respeitar as determinações do constituinte, e mais crucial que

³³BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

³⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451-452.

isso, de entender as opções do legislador, que pode tanto seguir por especificidades condizentes do sistema acusatório, como do inquisitório, desde que não violem as disposições do texto constitucional.

Merece atenção célebre lição de Geraldo Prado³⁵, ao observar que no Brasil admite-se a teoria da aparência acusatória, pois embora haja uma série de elementos que permitiriam classificar o sistema nacional como acusatório, também há princípios que seriam opostos a tal sistema, principalmente considerando o estatuto jurídico imperante dos sujeitos processuais – na prática, se implicaria em reconhecer o sistema processual penal brasileiro como misto, dado a ambivalência de características do que seriam modelos processuais distintos.

Neste caso, para entender se há possibilidade de a defesa realizar atividade investigativa, é necessário, acima de tudo, compreender as diretrizes da ordem constitucional vigente – mais especificamente, como a iniciativa probatória é reconhecida no processo penal brasileiro frente à Constituição, e porventura, se ela permitiria a defesa do investigado ter atuação probatória em fase pré-processual.

2.3 A iniciativa probatória no processo penal brasileiro

O art. 157 do Código de Processo Penal estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, de modo que, sendo o Ministério Público a parte legítima para propor a ação penal nos termos do art. 129, I, da Constituição, é ele quem deverá provar suas alegações, que devem ser plenamente aptas a alterar o status natural de inocência do acusado, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição³⁶.

Diante dessa constatação, se assiste que o Ministério Público – no curso do processo – não se posiciona como órgão imparcial, que busca tão somente a verdade dos fatos, mas sim como órgão estruturalmente acusatório, que busca comprovar a imputação delituosa presente na denúncia. Embora seja possível, ao longo da instrução, o representante do *parquet* se manifestar pela absolvição do acusado, o mais provável, em atenção à natureza conflituosa do processo, é que tal posicionamento resulte dos esforços da defesa em contestar a denúncia.

Assim, o que se tem, na realidade, é um duelo de alegações. O Ministério Público, de um lado, narra uma suposta conduta delituosa cometida pelo acusado – réu do processo. A defesa

³⁵PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁶Trata-se da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, princípio norteador do direito penal e processual penal, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

do réu, em contraponto, se esforça para demonstrar uma narrativa acusatória falha, uma justificativa de direito que exclua a ilicitude ou culpabilidade, ou outra tese defensiva apta a comprovar a não ruptura da inocência do réu.

É justamente desse duelo de partes que se pode auferir, de maneira clara, o ônus de prova do Ministério Público. Ao longo do processo penal, a expectativa do órgão ministerial é comprovar a afirmação do réu enquanto culpado – comprovar materialidade e autoria delitiva, obtendo, ao final, sua condenação³⁷. O que o órgão acusatório espera é a comprovação que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado na inicial³⁸. Para o Ministério Público, o resultado esperado, em muitos casos, é a condenação.

O duelo entre o acusador e o acusado demonstra, portanto, um conflito adversarial, nesse ponto não tão distante do que se tem nos Estados Unidos da América: o Ministério Público, com o ônus da prova, e a defesa, com a faculdade de enfrentar as provas³⁹. A partir desse desenho processual, desponta a questão ora enfrentada: a iniciativa probatória, considerada a partir da arquitetura do sistema acusatório brasileiro, seria exclusiva do Ministério Público?

Tomando por base a literalidade da lei federal, a resposta é encontrada facilmente: não, a iniciativa probatória não é exclusiva do Ministério Público. A letra do art. 156 do Código de Processo Penal prevê que será facultado ao juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas em casos específicos, e determinar realização de diligências para dirimir dúvida. Além dessa concessão de iniciativa probatória, o art. 209 do Código de Processo Penal também viabiliza ao juiz, quando entender necessário, a possibilidade de ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes.

Embora o juiz imparcial seja um direito constitucional, conforme bem denota a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 8, ao prever que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”⁴⁰, o legislador, dentro das possibilidades do sistema processual penal pátrio, concedeu ao juiz o poder de iniciativa probatória. Significa

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.

³⁸ Embora o termo “inicial” seja de utilidade do processo civil, ele é perfeitamente aplicável ao processo penal para demonstrar que, analisado a prospecção a partir da teoria geral do processo, o protagonista também será o confronto entre partes adversárias, incentivado a partir de uma peça inicial – nesse caso, a denúncia.

³⁹ BADARÓ, 2003, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁰ O Brasil é signatário da CADH, de modo que a presente norma é integrativa do ordenamento jurídico nacional.

O art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição, também traz entendimento em sintonia com o princípio do juiz natural, no entanto, a letra do CADH é mais clara quanto à garantia de um juiz imparcial.

dizer que, em casos específicos, o juiz pode produzir provas – provas que contraditoriamente irá apreciar e utilizar, dentro do conjunto probatório que se formou, para decidir.

Ainda assim, dentro da sistemática brasileira, tal atuação jurisdicional não reflete na quebra ao princípio da imparcialidade. A atuação do juiz, nos moldes que se dá, a partir de amplos poderes instrutórios, detém como embasamento o entrelace do processo penal aos direitos indisponíveis envolvidos⁴¹ – além, é claro, da busca pela verdade processual, que seria o estágio mais próximo possível da certeza⁴². Ada Pellegrini, ao discorrer sobre a iniciativa probatória do juiz no processo, observa a necessidade de sua constante atuação pela busca da paz social, no que seria uma função social do processo⁴³:

[...] não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

Todavia, apesar destas anotações quanto ao papel ativo do juiz, como não poderia ser diferente, considerando as inúmeras excepcionalidades do direito brasileiro, seu papel na produção de provas encontra conflito legal no próprio Código de Processo Penal – trata-se aqui do art. 3-A, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, intitulada de Pacote Anticrime, conflito a qual, em um primeiro momento, apresenta grave contradição da própria legislação.

O art. 3º-A do CPP prevê que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Se interpretado de forma estrita, tal mudança legislativa seria entendida a partir da impossibilidade de ocupação do papel do Ministério Público pelo juiz, mesmo que mínima, pois esse seria o único competente para mobilizar a iniciativa de provas na ação penal – nesse caso, a mínima intervenção probatória do juízo representaria vício insanável, cabendo sequer determinação de diligências de ofício para esclarecimentos.

⁴¹Ibid., p. 196.

⁴²GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutoria do juiz no processo penal acusatório. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, [S. l.], v. 29, n. jan./jun. 1999, p. 13-25, 1999, p. 22.

⁴³Ibid., p. 18.

Todavia, embora haja tal crítica, a constitucionalidade da legislação processual que concede ao juiz o poder de atividade probatória foi reconhecida pelo STF no julgamento das ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, sendo plenamente constitucional os outrora citados artigos 156 e 209 do Código de Processo Penal. Apesar de permanecerem em vigor as possibilidades legais de atuação do julgador, ainda assim o entendimento da Corte Constitucional é de que o juiz não deve substituir o protagonismo e a atuação probatória do órgão de acusação.

Com base nesses termos, significa dizer que dentro da concretude processual do Brasil, juiz imparcial se difere de juiz passivo, diferenciação termológica crucial, que permite a harmonização entre o art. 3º-A e os demais do CPP. Logo, mesmo que o juiz detenha papel ativo para produção de provas em determinados momentos, tal ação não pode ser entendida como atuação parcial. Ao fim, mantém-se a imparcialidade do julgador na tomada decisória, pois ainda que o juiz utilize de poderes instrutórios, “poderá permanecer a dúvida sobre fato relevante no momento de decidir”⁴⁴, eis que o posicionamento acusatório no processo cabe única e exclusivamente ao Ministério Público.

Quanto ao papel da defesa no tabuleiro processual brasileiro, não há o dever de produzir provas de sua inocência, pois como o objetivo do acusado é buscar um resultado que lhe é favorável, sua atividade pode ser não fazer nada, caso o silêncio e a inatividade lhe seja favorável – trata-se, então, de uma faculdade de agir, um ônus subjetivo⁴⁵, que a depender das provas apresentadas pela acusação, pode ser uma atividade crucial para se alcançar a absolvição. Sobre o tema, cabe trazer valiosa lição de Janaina Matida⁴⁶, que em breves palavras esclarece qual a participação do réu frente à produção de provas:

É certo que o acusado interessado em contribuir ao máximo para aumentar as suas chances de absolvição apresentará impulso probatório com o objetivo de enfraquecer as provas produzidas pelo adversário, mas não incorre em descumprimento de um dever o acusado que tem uma postura mais passiva quanto à produção de provas que possam lhe favorecer.

Logo, em apreço a tal exposição, nota-se que mesmo que caiba ao Ministério Público a prova do fato constitutivo do direito⁴⁷, “nem por isso se pode inferir não tenha o réu interesse em fazer contraprova desse fato constitutivo, ou prova de sua inexistência, alegando, por

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 196.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 231-233.

⁴⁶ MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 58.

⁴⁷ Considere-se como termo emprestado do processo civil, perfeitamente aplicável ao debate em questão.

exemplo, um álibi”⁴⁸, afinal, em um duelo de partes adversárias, é essencial ter cartas favoráveis para vencer o “jogo” – nesse caso, poderia se dizer que as cartas seriam as provas favoráveis ao acusado, juntadas nos autos do processo pela própria defesa.

No entanto, a faculdade de iniciativa probatória da defesa em nada impacta a regra do ônus da acusação, que é basilar do processo penal brasileiro. Significa dizer que, em razão dos direitos fundamentais norteadores do processo penal, o ônus da imputação criminal sempre será oponível ao *parquet*⁴⁹, que para alcançar uma sentença acusatória, não basta apresentar indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, muito mais que isso, é necessário superar qualquer dúvida além do razoável, exigindo-se um “elevado nível de confirmação probatória que seja racionalmente exigível, para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira”⁵⁰. Desse modo, é incumbido ao Ministério Pùblico a importante tarefa de formar um conjunto probatório capaz disso. Nesse sentido, têm-se lição de Badaró⁵¹:

Concebido o Ministério Pùblico como uma parte interessada na persecução penal, desejando ver provada a tese acusatória, é perfeitamente possível afirmar que ao Ministério Pùblico incumbe o ônus da prova dos fatos necessários para a condenação penal. A concepção do Ministério Pùblico como parte imparcial e portadora de um dever de descoberta da verdade, visando a correta aplicação da lei, é incompatível com processo penal acusatório, que exige uma dualidade de partes, em igualdade de condições, mas com interesses contrapostos.

Em resumo, no processo penal do Brasil, todas as partes que compõem a relação processual possuem iniciativa probatória, cada qual de um modo diferente. A regra é o ônus da prova do Ministério Pùblico, que deve comprovar todas as suas alegações, por ser uma parte interessada que deseja ver atestada a tese acusatória. Em contrapartida, a defesa possui tão somente a faculdade de iniciativa probatória, atuando conforme seu interesse e conveniência, um ônus subjetivo, que não pode prejudicá-lo em virtude da prevalência do *in dubio pro reo*. Em complemento, é permitido ao juiz a iniciativa probatória condicionada a situações específicas, pode-se dizer, então, uma faculdade de iniciativa probante mitigada, em caráter *ex*

⁴⁸CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura. p. 1-23, p. 11.

⁴⁹SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5^a edição. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 130.

⁵⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 247.

⁵¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 240.

offício e subsidiário/suplementar⁵², resultando em um ônus processual imperfeito, que ao fim, deve se guiar pelo *in dubio pro reo* quando houver dúvida sobre fato relevante.

Por tudo isso, destaca-se que há diferença entre: (i) processo de partes, e (ii) iniciativa instrutória do processo⁵³. No modelo acusatório, a máxima processual se traduz, de maneira expressa, na proposta de que (i) o exercício da jurisdição acusatória seja movido por órgão diverso do juízo decisório, conforme resumido no aforisma *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*. Por outro lado, quando se fala em (ii) iniciativa de prova e nos poderes instrutórios do juiz, fala-se, especificamente, nos primados do sistema adversarial, particular do sistema anglo-saxônico, e no caso do presente estudo, do *adversarial system* dos Estados Unidos. O sistema adversarial vai muito além da mera divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, tratando-se de modelo que abarca um intrínseco duelo de provas, por conta da funcionalidade da gestão probatória.

Logo, para prosseguir à análise da compatibilidade do *Discovery* – instituto desenvolvido no sistema de processo penal adversarial dos Estados Unidos – é crucial ter em mente que a iniciativa probatória do devido processo penal constitucional brasileiro é ampla, podendo advir não apenas das partes, mas também do juiz. A próxima questão está em analisar como se distribui o ônus de prova nos EUA, e logo após, se a previsão de investigação defensiva estadunidense é amparada ou não pelo sistema constitucional pátrio, a partir da disposição do atual projeto de novo Código de Processo Penal. Para isso, é imprescindível destrinchar, com atenção, o sistema adversarial estadunidense e o instituto do *Discovery*.

⁵²BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

⁵³GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutoria do juiz no processo penal acusatório**. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, [S. l.], v. 29, n. jan./jun. 1999, p. 13-25, 1999, p. 16.

3 O PROCESSO PENAL ESTADUNIDENSE E O *DISCOVERY*

3.1 O processo penal adversarial dos Estados Unidos da América

O processo penal dos Estados Unidos da América possui algumas semelhanças e diferenças quando comparado ao processo penal brasileiro. A primeira observação quanto à diferença decorre da própria organização político-administrativa dos EUA, que detém considerável variância legislativa entre os cinquenta estados-membros.

Historicamente, há uma tradição federalista de preservação à autonomia dos entes federados⁵⁴, sendo que a manutenção de governos estaduais fortes é uma característica central do federalismo norte-americano, o que se expressa no fato de cada um dos cinquenta Estados possuírem legislação criminal autônoma⁵⁵ – mesmo que no geral possuam uma estrutura semelhante⁵⁶.

Desse modo, a própria análise do instituto do *Discovery* requer atenção, pois não existe um modelo americano padrão⁵⁷ que delimita a necessidade de compartilhamento pré-processual de provas, e a possibilidade de investigação defensiva. Ou seja, para que se faça uma observação adequada do funcionamento do instituto nos Estados Unidos, é necessário levar em consideração que existem diferenças entre as jurisdições estaduais. No entanto, apesar das diferenças, prevalecem as regras gerais do sistema processual vigente no país: o sistema adversarial.

A alcunha de “adversarial” não é ao acaso, pois o modelo em questão trata de um duelo entre oponentes, uma “contenda agressiva”, por assim dizer, incumbindo exclusivamente às partes adversárias, por via de representação técnica, apresentar as teses e argumentos perante um julgador (passivo) imparcial⁵⁸.

Em breve introito, se pode dizer que o sistema adversarial consiste no duelo de lados opostos, que se enfrentam meio a um conjunto de regras e a um tomador de decisões (juiz ou júri), em um cenário no qual as partes têm controle significativo sobre o avanço da disputa, a

⁵⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 57-64, out./dez. 1987, p. 60

⁵⁵ Para fins de comparação, cabe rememorar o conhecimento básico de que no Brasil compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual penal, conforme art. 22, I, da Constituição.

⁵⁶ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 129, p. 237-247, jan./mar. 1996, p. 238.

⁵⁷ BROWN, Darryl K. **Discovery in State Criminal Justice in III Reforming Criminal Justice**. Virginia: University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper, 2017, p. 148.

⁵⁸ VALARINI, Victor. **Processo penal adversarial**: influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 23-24.

partir, principalmente, da seleção de alegações e dos argumentos a serem apresentados⁵⁹. Tal sistema possui uma extensa linha de desenvolvimento histórico, com origens que remetem às jurisdições bárbaras pós-queda do Império Romano⁶⁰:

Depois da queda do Império romano, o processo volta a ser acusatório, confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais, evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório, elaboradas entre o fim do primeiro milênio e o século XII, e desenvolvendo-se e consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*.

Porém, antes de prosseguir na análise deste modelo processual, é crucial anotar que as ideias que sustentam o sistema adversarial estão tão imersas no direito processual estadunidense, que grande parte dos advogados norte-americanos sequer o questionam⁶¹, sendo vir a ser justificável a forma que concebem o instituto do *Discovery*, e a importância que dão a ele, conforme será abordado oportunamente.

Pois bem, quanto à análise do sistema adversarial em si, semelhante ao que se faz no estudo dos sistemas inquisitório e acusatório, no adversarial realiza-se um exame do conjunto de características que seriam aptas para permitir tal classificação, destacando-se como primado elementar o funcionamento da gestão de provas, que se dá a partir do controle das partes e da presença de um juiz passivo⁶²:

O sistema adversarial é caracterizado por um controle das partes na investigação e apresentação de provas e argumentos, e por um tomador de decisão passivo que somente ouve ambos os lados e decide com base no que apurou. [...] A corrente atual principalmente exalta o sistema adversarial como o melhor sistema para garantir a dignidade e autonomia do indivíduo, embora alguns teóricos continuem a professar a ideia original, qual diz que a apresentação e argumentação adversarial são o melhor caminho para alcançar a verdade (tradução nossa).

Como se observa no trecho acima, a autonomia das partes na produção – e consequente apresentação – de provas é um elemento crucial do sistema adversarial. Além disso, outro elemento de suma importância diz respeito à necessidade da presença de um julgador alheio ao

⁵⁹EPPS, Daniel. Adversarial asymmetry in the criminal process. **New York University Law Review**, v. 91, n. 4, p. 762-854, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2877348>. Acesso em: 27 abr. 2025, p. 772.

⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

⁶¹SWARD, Ellen E. **Values, ideology, and the evolution of the adversary system**. Indiana Law Journal, [S. l.], v. 64, n. 2, art. 4, p. 301-381, 1989. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>. Acesso em: 27 abr. 2025. p. 301.

⁶²*Ibid.*, p. 302.

processo, que não atue ativamente e apenas recepcione as provas que são juntadas nos autos da ação.

A partir disso, é correto afirmar que o modelo adversarial exige a participação de um juiz passivo⁶³, que apenas observe, para ao final decidir com base em tudo que foi exposto, tanto pelo acusador, como pelo acusado. Em outras palavras, o juiz é um mero espectador das provas produzidas, se assentando em posição de completa neutralidade para recepcionar as informações apresentadas pelas partes.

Com base nesses elementos, têm-se como acertado os ensinamentos de Badaró, qual diz que nos “países de *common law*, a regra fundamental do *adversary system* é a iniciativa das partes”⁶⁴ – e vai além, destacando que em um sistema que os mecanismos de funcionamento dependem da atuação processual das partes, o advogado assume como protagonista, por conta da efetividade de sua participação como engrenagem motora da dinâmica processual⁶⁵.

Como mencionado ao início, a compreensão do sistema processual penal estadunidense é requisito fundamental para que se entenda a importância do *Discovery*, pois a própria necessidade de a defesa realizar investigação em fase pré-processual decorre da forte natureza duelista do processo norte-americano, que em sua forma mais agressiva chega a guardar semelhanças com o juízo por combate, que posicionava as partes para se enfrentarem em batalha⁶⁶.

Diante desses apontamentos, não é de se espantar que o modelo processual dos EUA seja nomeado de sistema adversarial. Especificamente na seara criminal, as partes adversárias assumem posições opostas de acusar (*prosecutor*) e defender (*defendant*), pretendendo-se afastar o juiz da atividade investigativa (e porventura, da produção probatória), e evitando a sua potencial contaminação decisória, em favor de se manter a completa neutralidade⁶⁷.

Nos Estados Unidos, a ideia de neutralidade e imparcialidade, então, se mesclam à ideia de juiz passivo, de modo que, em geral, se espera do juízo da causa um desconhecimento

⁶³Em um curioso jogo de palavras, poderíamos também dizer que o modelo adversarial exige a não participação do juiz.

⁶⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

⁶⁵*Ibid.*, p. 217.

⁶⁶HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico:** una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 68.

⁶⁷SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5. ed. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 287.

completo do caso, até que as partes o apresentem os fatos⁶⁸ – tal exigência estaria diretamente ligada à expectativa de garantia processual à imparcialidade decisória.

Além disso, outras características marcantes do sistema adversarial seriam: o devido processo legal, o rito do contraditório, a existência de júri, a discricionariedade da ação penal, a razoável duração do processo, a publicidade e oralidade dos atos processuais, e, não menos importante, a vedação das provas ilícitas – todas são características também presentes no processo penal brasileiro.

Entre as garantias processuais⁶⁹, importa destacar a proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato⁷⁰, a garantia de defesa técnica, a garantia do princípio da não autoincriminação, a necessidade de ciência do acusado quanto à imputação penal, e a possibilidade de arrolar testemunhas, podendo inclusive inquirir as que prestam depoimento em seu desfavor – prática do *cross-examination*.

Ainda, um elemento importante da justiça estadunidense consiste na discricionariedade da ação penal, que se associa diretamente à consensualidade predominante nos EUA, manifestada por meio de uma eficiente justiça negocial⁷¹. O sistema adversarial possui como ferramenta o *plea bargain*, um instrumento que permite as partes firmarem um acordo. No *plea bargain*, o imputado assume a responsabilidade pelo fato, e é agraciado com redução de pena ou retirada de parte da acusação, com o acordo sendo posteriormente submetido à chancela do juiz, que o homologa⁷².

O *plea bargain* é ainda mais compreensível quando se considera o rito procedural dos EUA⁷³. A primeira fase do processo é o *pre-trial*. Nesse primeiro momento, se faz uma análise preliminar dos fatos imputados, de modo a buscar definir se a acusação tem base para sustentar o avanço da prospecção penal, ou se é hipótese de arquivamento ante a insuficiência de evidências. É justamente no *pre-trial* que o *plea bargain* se faz presente. Além da possibilidade de barganha negocial, é possível o acusado reconhecer a responsabilidade pelos

⁶⁸EPPS, Daniel. Adversarial asymmetry in the criminal process. **New York University Law Review**, v. 91, n. 4, p. 762-854, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2877348>. Acesso em: 27 abr. 2025, p. 313.

⁶⁹SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5. ed. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 291.

⁷⁰Nos EUA utiliza-se o termo *double jeopardy*, mas a proteção de direito é equivalente ao que se tem no Brasil com a aplicação do princípio do *non bis in idem*.

⁷¹A referida eficiência trata da benesse de se evitar júris nos EUA, que possuem procedimentos longos e custosos. FACCINI NETO, Orlando. **Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Ed. RT, v. 166, p. 175-201, abr. 2020, p. 186.

⁷²SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5. ed. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 295.

⁷³*Ibid.*, p. 305.

fatos que lhe foram imputados, assumindo sua culpabilidade (*guilty plea*). Acaso não se firme uma dessas hipóteses, o processo segue ao *trial*, isso é, a fase de julgamento.

É justamente a fase *pre-trial* que interessa o presente ensaio, diante da possibilidade de a defesa atuar objetivando a garantia do melhor resultado ao seu defendido. Uma das alternativas para que o defendantee consiga atuar de maneira plena na formação de uma defesa inicial robusta, que permita maiores possibilidades de se alcançar um fim mais favorável ao acusado, é por intermédio da realização de investigação defensiva: chega-se, então, ao *Discovery*.

3.2 O uso do *Discovery* no processo penal dos Estados Unidos da América

Feita breve análise do sistema processual penal adversarial, passe-se ao estudo do *Discovery*, objeto propriamente dito da presente pesquisa. Conforme observado anteriormente, em razão da natureza da república federativa dos Estados Unidos, há diferença na aplicação do *Discovery* nos cinquenta estados-membros, o que pode gerar imprecisão caso se considere especificidades de casos concretos. Desse modo, o trabalho buscará construir um conceito que seja apto de aplicar-se ao cenário geral do sistema adversarial.

Pois bem, quanto à definição do instituto, o *Discovery* pode ser resumido como a necessidade das partes conflitantes do processo (acusação e defesa), compartilharem das provas que dispõem, objetivando evitar o fator surpresa do processo, e por conseguinte estimulando a resolução consensual de conflitos na seara penal, evitando a mobilização do aparato estatal à gerência de uma ação processual. No modelo adversarial de gestão de provas, o *Discovery* causa um significativo impacto na racionalização decisória⁷⁴, e as partes, por conhecerem as informações disponíveis de ambos os lados, adquirem uma maior previsibilidade do resultado.

Em outras palavras, o instituto caracteriza-se por estabelecer deveres mútuos de revelação (*duty to disclose*), através dos quais tanto a promotoria quanto a defesa devem compartilhar informações relevantes sobre o caso. Este instrumento baseia-se em dois primados fundamentais da consensualidade judicial, quais sejam: a transparência processual e a reciprocidade de obrigações. O *Discovery* decorre das imperfeições do modelo adversarial,

⁷⁴SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. **Indiana Law Journal**, [S. l.], v. 64, n. 2, art. 4, p. 301-381, 1989. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>. Acesso em: 27 abr. 2025, p. 330.

sendo uma tentativa de superar a desigualdade de informações⁷⁵, de modo a possibilitar uma apuração dos fatos mais concreta e robusta.

O ato de compartilhar as provas, isso é, a ação das partes trocarem evidências entre si, engloba os elementos que forem reunidos pela defesa. A título de exemplificação, é como se antes de iniciar o litígio, o Ministério Público e a defesa do investigado sentassem-se, e cada qual mostrasse as cartas que têm em mãos, sendo que, as cartas seriam equivalentes às provas que ambos têm à sua disposição.

Mas é claro que, para ter cartas em mãos, é necessário antes colhê-las. A investigação defensiva, então consiste no ato da defesa buscar elementos que sustentem suas eventuais teses processuais, seja a produção de um depoimento, a obtenção de uma prova documental ou o esclarecimento de um fato antes incompreendido, considerando que mesmo diante um compartilhamento de provas, a investigação defensiva independente é um componente essencial para uma representação técnica adequada⁷⁶.

Entres as espécies de elementos de prova a serem compartilhados pelo *Discovery*, têm-se três tipos, sendo os seguintes⁷⁷: (i) provas de posse estatal, que o órgão acusatório pretende utilizar no processo – estas seriam as provas incriminatórias; (ii) provas de posse estatal, que a acusação não pretende usar no processo, incluindo as evidências que favoreçam a defesa – fala-se aqui nas provas exculpatórias; e (iii) as provas obtidas a partir da investigação realizada pela defesa, que possuem a natureza de contraprova.

A *American Bar Association* (ABA), qual seja, a ordem advocatícia norte-americana, entende que há dever da defesa se mobilizar pela obtenção de provas, realizando todas as diligências que forem necessárias ao interesse do defendido, até mesmo quando o acusado tiver confessado o cometimento do delito⁷⁸. O livro dos *Standards for The Administration of Criminal Justice*⁷⁹, em seu *Standard 11*, elucida os direitos e deveres do *Discovery*, pontuando que o uso do instituto deve ocorrer o mais breve possível, e a investigação defensiva não pode

⁷⁵ SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, [S. l.], v. 64, n. 2, art. 4, p. 301-381, 1989. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>. Acesso em: 27 abr. 2025, p. 329.

⁷⁶ TURNER, Jenia I.; REDLICH, Allison D. Two models of pre-plea discovery in criminal cases: an empirical comparison. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, v. 73, n. 1, p. 285-346, 2016. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol73/iss1/7>. Acesso em: 17 maio 2025.

⁷⁷ BROWN, Darryl K. **Discovery in State Criminal Justice in III Reforming Criminal Justice**. Virginia: University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2017-15, 2017, p. 150-151.

⁷⁸ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis/SC: EMais, 2019, p. 35-38.

⁷⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION. **List of ABA Criminal Justice Standards**. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/resources/standards/list/. Acesso em: 17 maio 2025.

ser impedida ou obstaculizada. Quanto à realização de investigação defensiva propriamente dita, o *Standard 4-4.1* traz como dever da defesa o ato de investigar e determinar se há base factual suficiente para embasar uma ação penal, sempre de modo legal, ético e em conformidade com os interesses do representado.

O *Discovery*, enquanto troca de informações entre as partes, tal qual uma via de mão dupla, inclui uma série de informações possíveis de serem compartilhadas⁸⁰, tais como: (i) inspeção e cópia de dados, documentos, fotografias e objetos do gênero; (ii) acesso a relatórios de exames e/ou perícias; e (iii) resumo das declarações de especialistas, com sua qualificação profissional. Importante enfatizar que o compartilhamento advindo do *Discovery* não é estático⁸¹, sendo que no curso do processo, as provas eventualmente obtidas deverão ser compartilhadas, acaso a parte adversa haja solicitado anteriormente, ou acaso haja determinação judicial que preveja a necessidade de sua apresentação.

Note-se que, ao cumprir o dever de compartilhar suas provas, o órgão acusatório, enquanto figura representativa do Estado, não pode obstaculizar o acesso da defesa aos elementos probatórios que favoreçam o acusado, pois conforme estabelecido no caso *Brady v. Maryland*⁸², é exigência do devido processo constitucional que as provas relevantes para a determinação de culpa do réu não sejam retidas. O entendimento pacificado pela Suprema Corte norte-americana refere-se tanto às provas exculpatórias, como também às provas que fragilizam a confiabilidade das provas incriminatórias (de “*impeachment*”)⁸³. Indo além, defende-se a necessidade de a revelação ser mais ampla do que definida no precedente *Brady v. Maryland*, de modo a incluir o compartilhamento das provas incriminatórias⁸⁴, ou seja, as provas que seriam cruciais para a defesa verificar o pleito acusatório existente contra o defendido.

Dado às especificidades do instituto, há desafios à aplicação do *Discovery* que merecem ser ressaltados, como no caso da revelação ampla que possa comprometer investigações em andamento, expondo informantes ou testemunhas a riscos de intimidação. Porém, até mesmo tais desafios possuem mecanismos de autocontrole. Ora, tanto é possível requerer em juízo

⁸⁰SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5^a edição. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 329-330.

⁸¹*Ibid.*, p. 331.

⁸²BROWN, Darryl K. **Discovery in State Criminal Justice in III Reforming Criminal Justice**. Virginia: University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2017-15, 2017., p. 151-152.

⁸³MADURO, André Mirza; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O requisito de informação como pressuposto para voluntariedade da colaboração premiada: direito de acesso aos autos durante as negociações. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano XXI, n. 86, p. 13–37, jul./set. 2022. p. 20-21.

⁸⁴*Ibid.*, p. 23.

exceção à divulgação, fundamentando conforme a necessidade do caso, como é possível reter as provas e notificar o acusado e a autoridade judicial da não divulgação, cabendo revisão do ato pelo juiz de primeiro grau⁸⁵. A título de exemplo, o *Classified Information Procedures Act* PL 96-456 prevê a restrição de revelação de provas quando presente a necessidade de proteção aos interesses de segurança nacional⁸⁶ – em casos do gênero, a defesa até pode acessar os elementos sigilosos, se conseguir especial habilitação de segurança (*security clearance*).

Todavia, a aplicação da sistemática do *Discovery*, nos moldes do sistema adversarial dos EUA, também traz encargo à defesa. Por se tratar de forma de transparência entre as partes, evitando surpresas processuais, a defesa também adquire o ônus de compartilhar o material obtido, por via de investigação, com o órgão acusatório⁸⁷. Assim, levando em conta que o defensor é quem detém a iniciativa de mobilizar o pedido de compartilhamento de provas, caberá à defesa a avaliação da pertinência de proceder com tal pedido⁸⁸

Porém, apesar dessas observações, no contexto geral, a transparência na revelação de evidências evita a utilização de provas surpresas no curso da ação penal, condicionando um procedimento mais democrático, e que siga conforme à dignidade da pessoa humana. Nos moldes que se tem nos EUA, trata-se de instituto apto a possibilitar um processo penal mais justo, elevando o nível de confiabilidade do resultado. Nestes termos, o *Discovery* ocupa papel relevante em contraponto ao poder estatal, eis que permite maior autonomia do acusado na elaboração de sua defesa, a partir do momento que lhe é permitido e legalmente estruturado produzir elementos de informação.

Partindo da ótica do sistema adversarial penal dos Estados Unidos, o que se têm, então, é um instituto que, legitimado pela gestão de provas de seu modelo processual, permite a antecipação do contraditório. Em outras palavras, os elementos de prova da acusação, de frente aos elementos de contraprova da defesa do acusado, antecipam o que será utilizado pelas partes

⁸⁵BROWN, Darryl K. **Discovery in State Criminal Justice in III Reforming Criminal Justice**. Virginia: University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2017-15, 2017, p. 161.

⁸⁶LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. Tradução por Rogério Fernando Taffarello. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 116, ano 23, p. 239-257, set.-out. 2015, p. 251.

⁸⁷SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 5. ed. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023, p. 328.

⁸⁸*Ibid.*, p. 329.

opostas no curso do processo – o *Discovery*, em sua completude, permite, então, um notável duelo de provas.

4 A COMPATIBILIDADE DO DISCOVERY COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 As características adversariais do processo penal brasileiro

Conforme observando no início, o sistema processual penal brasileiro tende a ser classificado por sua doutrina e jurisprudência como sistema acusatório⁸⁹. No entanto, ao invés de restringir a complexidade de um ordenamento processual em definições limitantes, demonstra-se mais adequado observar as características próprias do processo penal brasileiro, de acordo as previsões da Constituição e das leis federais.

Embora a gestão de provas do processo penal pátrio adote um modelo inquisitorial, que permite ao juiz produzir provas frente à negligência das partes ou às necessidades do processo (ou seja, em hipóteses restritas pelo Código de Processo Penal), há outras características do processo penal brasileiro que, distintamente dessa, guardam relação direta com o modelo adversarial.

Objetivando a busca da verdade processual, com estrita separação entre as funções de julgar e acusar, o processo penal brasileiro conta com relativa discricionariedade de propositura da ação, diante da possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal, e das medidas despenalizadoras – essas últimas dispensam a ação penal quando há prática de crime de menor potencial ofensivo⁹⁰. Além disso, o processo pátrio é composto por tribunal de júri, prezando por publicidade, oralidade e paridade entre acusação e defesa, frente à prevalência do contraditório, conforme disposição constitucional.

A título de melhor exemplo, é contundente citar a evolução da forma de inquirição das testemunhas. O Código de Processo Penal, em sua redação original, determinava que as perguntas das partes fossem direcionadas ao juiz, que as reformulava à testemunha. Esta sistemática, denominada "presidencialista"⁹¹, conferia ao magistrado papel central na produção da prova, evidenciando traços inquisitoriais.

Com a reforma processual implementada pela Lei nº 11.690/2008, o artigo 212 do CPP passou a determinar "a inquirição direta da testemunha pelas partes, relegando ao juiz a inquirição complementar, residual, apenas sobre os pontos não esclarecidos". Esta mudança

⁸⁹A própria legislação federal traz essa previsão, conforme art. 3º-A, do CPP, *in verbis*: “O processo penal terá estrutura acusatória (...”).

⁹⁰Tais dispositivos estão presentes na Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais.

⁹¹VALARINI, Victor. **Processo penal adversarial:** influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 114.

representa significativo avanço em direção ao modelo adversarial, ao transferir às partes maior protagonismo na produção probatória⁹².

Outro elemento que denota aproximação ao sistema adversarial é a possibilidade de contradita da testemunha antes do início de seu depoimento, conforme previsto no artigo 214 do CPP. Tal norma objetiva criar “um campo próprio para a contestação da credibilidade das testemunhas, o que é salutar quando se pensa em determinação competitiva dos fatos”⁹³.

De igual modo, a vedação à manifestação de apreciações pessoais pela testemunha (art. 213, CPP) contribui para a racionalidade adversarial, sendo um meio de garantia de um processo imparcial, uma vez que “toda a noção de ‘disputa justa’ se deteriora quando se permite a utilização de elementos probatórios que não sejam racionalmente refutáveis – no caso, impressões pessoais”⁹⁴.

Acima dessas características, quando se fala no *Discovery*, prevalece um elemento que condiciona a compatibilidade de tal instituto com o processo penal brasileiro: a faculdade probatória da defesa. Embora no Brasil a defesa tenha a faculdade de produzir prova, quando se fala na necessidade de formular a melhor defesa ao acusado, essa faculdade assume a função de dever da defesa técnica – um dever que pode resultar em um melhor resultado ao defendido, e, portanto, deve se estender à toda prospecção penal, incluindo a fase pré-processual. Os elementos de informação passíveis de serem obtidos pela defesa, mais do que ferramentas de defesa, são formas de robustecer a própria formação da verdade processual, o que torna compatível, então, a disposição do art. 13 do projeto de Novo CPP com a atual sistemática do processo penal pátrio.

4.2 A compatibilidade do Discovery no projeto de novo Código de Processo Penal

O projeto do novo Código de Processo Penal, especificamente em seu artigo 13, apresenta significativa inovação no ordenamento jurídico brasileiro ao prever expressamente a possibilidade de investigação defensiva. O dispositivo estabelece que “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com

⁹²VALARINI, Victor. **Processo penal adversarial:** influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 102-104.

⁹³Ibid. p. 100.

⁹⁴Ibid., p. 100-101.

poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas."

A análise atenta deste dispositivo permite identificar uma aproximação ao instituto do *Discovery* estadunidense, especificamente quanto ao aspecto da iniciativa probatória da defesa em fase que antecede o processo, colhendo elementos de informação. Embora não contemple a integralidade do instituto conforme praticado nos Estados Unidos, principalmente no que tange à obrigatoriedade de compartilhamento mútuo de provas entre acusação e defesa, o art. 13 representa uma possibilidade de mudança relevante à prospecção criminal do Brasil, reconhecendo explicitamente a legitimidade da atuação investigativa defensiva em fase pré-processual.

O dispositivo, conforme previsto no projeto de lei, não apenas autoriza a investigação defensiva em sentido amplo, mas também regulamenta aspectos procedimentais de sua realização, estabelecendo limites e condições para sua execução. Os parágrafos seguintes do artigo detalham requisitos específicos, como a necessidade de esclarecimentos sobre os objetivos das entrevistas e o consentimento formal dos entrevistados (§1º), a proteção especial à vítima, que só poderá ser interpelada mediante autorização judicial (§2º), a possibilidade de fixação de condições pelo juiz das garantias para a realização de entrevista da vítima, quando permitida (§3º), a exigência de discrição e reserva nos procedimentos (§4º), a possibilidade de juntada do material aos autos do inquérito (§5º), além da previsão de responsabilidade civil, criminal e disciplinar por eventuais excessos (§6º).

Merece ser ressaltado o §5º do artigo 13 do projeto de novo CPP, por suscitar observação relevante quanto à falta de um aspecto importante do *Discovery*. Ao estabelecer como facultativa a juntada do material produzido pela defesa aos autos do inquérito, condicionando-a ao "critério da autoridade policial", compromete-se um dos elementos basilares do instituto norte-americano: a obrigatoriedade do compartilhamento recíproco de informações entre as partes. Esta discricionariedade conferida à autoridade policial pode representar um obstáculo à paridade de informações no processo, uma vez que a investigação defensiva, para cumprir sua finalidade no paradigma do *Discovery*, deveria necessariamente integrar os autos investigativos, garantindo a transparência e o conhecimento mútuo das evidências coletadas, o que possibilitaria uma avaliação mais precisa da viabilidade da persecução penal e consequentemente estimularia a resolução consensual de conflitos. Desta forma, ao condicionar a incorporação das provas defensivas à discricionariedade da autoridade policial, o dispositivo compromete o potencial democratizante da investigação defensiva, podendo resultar em um compartilhamento seletivo de informações que privilegia a narrativa

acusatória, indo na contramão da filosofia do instituto, que visa justamente evitar "prova surpresa" e assegurar que todas as evidências, favoráveis ou desfavoráveis, componham um acervo único e compartilhado à disposição de ambas as partes⁹⁵. Salvo essa observação, a estruturação normativa do *Discovery* no projeto de novo CPP evidencia uma preocupação do legislador em estabelecer parâmetros para a atividade investigativa defensiva.

Respaldado na faculdade da defesa de produzir provas, ofertando ao acusado a possibilidade de buscar indícios probatórios de modo autônomo, o legislador proponente reconhece que a efetividade da defesa técnica por vezes requer uma atuação proativa e dinâmica na identificação e produção de elementos probatórios⁹⁶, não se limitando a uma postura reativa diante do acervo investigativo produzido pelos órgãos oficiais. Por essa razão, a previsão normativa dialoga diretamente com a faculdade probatória da defesa no sistema processual brasileiro, conforme discutido anteriormente.

Embora a defesa não possua o ônus de provar a inocência do acusado, em virtude da presunção constitucional de inocência e da regra de que o ônus probatório incumbe a quem alega (art. 156 do CPP), tem, ainda assim, a faculdade de produzir provas favoráveis ao acusado, que a depender do caso concreto, assimila-se a um dever, diante os direitos de defesa técnica e autodefesa⁹⁷. O art. 13 do projeto do novo CPP, portanto, não altera a natureza facultativa da produção probatória defensiva, mas legitima seu alcance ao reconhecer explicitamente a possibilidade de seu exercício em fase pré-processual, reforçando a necessidade de direito de defesa na persecução preliminar⁹⁸.

Nesse sentido, o dispositivo em análise, nos termos que se dispõe, não representa uma ruptura com o sistema processual penal vigente, mas sim uma mudança coerente com a diretriz constitucional de maximização da efetividade das garantias fundamentais. A faculdade probatória da defesa, já reconhecida na fase processual, é estendida, de modo expresso e assegurado, à fase investigativa, potencializando a concretização do direito à ampla defesa desde os momentos iniciais da persecução penal, e condicionando a antecipação do contraditório a partir de um duelo entre elementos de provas e contraprovas.

⁹⁵SILVA, Franklyn Roger Alves. **A investigação criminal direta pela defesa** – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41–80, jan./abr. 2020, p. 51.

⁹⁶*Ibid.* p. 49.

⁹⁷MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Orientador: Prof. Titular Antonio Scarance Fernandes, 2009, p. 86.

⁹⁸*Ibid.*, p. 86.

É importante observar que, embora a previsão do artigo 13 não contemple todos os aspectos característicos do *Discovery* estadunidense, notadamente a obrigatoriedade de compartilhamento recíproco de provas, incorpora seu aspecto mais fundamental no contexto do processo penal brasileiro: a legitimação da atuação defensiva na produção probatória desde a fase pré-processual. Esta incorporação parcial do instituto é coerente com as particularidades do modelo processual penal brasileiro, qual compartilha características com o sistema adversarial que são suficientes a permitir uma configuração do *Discovery* com o arcabouço constitucional vigente.

A investigação defensiva, nos moldes previstos pelo projeto, alinha-se à necessidade de equilíbrio entre as partes no processo penal, reconhecendo que a faculdade probatória da defesa, para ser efetiva, não pode ficar restrita à fase processual – assegurando paridade de armas e ampliando o campo cognitivo do julgador na fase pré-processual⁹⁹. Em muitos casos, elementos de informação essenciais à defesa precisam ser identificados e preservados ainda na fase investigativa, sob pena de perecimento ou comprometimento de sua qualidade probante. Ao reconhecer esta realidade, o legislador avança na concretização de um processo penal mais equilibrado e justo – lembre-se, a presente discussão gira em torno de um momento processual oportuno ao acusado, por abordar elementos que permitam-no reputar o recebimento da acusação¹⁰⁰.

Por fim, cabe ressaltar que a previsão do art. 13 do projeto de novo CPP não apenas reconhece a investigação defensiva como faculdade do investigado, mas também sistematiza um verdadeiro dever ético-profissional do defensor de buscar todos os elementos possíveis para a construção da melhor defesa do acusado. Este dever, já implícito nas normas deontológicas da advocacia¹⁰¹ e na própria concepção constitucional do direito de defesa, ganha maior densidade e operacionalidade com a regulamentação expressa da investigação defensiva.

A incorporação do *Discovery* no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes do atual projeto de Novo CPP, portanto, representa um avanço significativo na concretização das garantias constitucionais do processo penal, especialmente o contraditório e a ampla defesa, contribuindo para a construção de um sistema processual penal mais democrático, no qual as partes disponham de instrumentos adequados para sustentar suas respectivas teses perante o

⁹⁹MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Orientador: Prof. Titular Antonio Scarance Fernandes, 2009Machado, 2009, p. 141.

¹⁰⁰ Machado, 2009, p. 144.

¹⁰¹Refiro-me ao Provimento n° 188/2018 da OAB, que dispõe, de maneira breve e insuficiente, do que seria uma investigação defensiva à brasileira.

órgão julgador. Trata-se, ao fim, de permitir condições plenas de atuação aos adversários de uma prospecção penal, por meio de um diplomático e legítimo duelo de provas.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo central examinar a aplicabilidade do instituto *Discovery* no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente quanto à possibilidade de investigação defensiva prevista no artigo 13 do Projeto de Lei nº 8.045/2010, verificando sua compatibilidade com o sistema constitucional pátrio.

A partir da análise desenvolvida ao longo da pesquisa, foi possível constatar que o processo penal brasileiro, embora tradicionalmente classificado como sistema acusatório, apresenta características que o aproximam do modelo adversarial estadunidense, especialmente no que concerne à iniciativa probatória das partes e ao duelo processual entre acusação e defesa. Esta constatação revela-se fundamental para compreender a viabilidade de incorporação de institutos oriundos do sistema adversarial norte-americano.

O estudo do *Discovery* no direito processual penal dos Estados Unidos demonstrou que este instituto transcende o mero compartilhamento de provas entre as partes, constituindo-se em verdadeiro mecanismo de antecipação do contraditório e garantia da paridade de armas processuais. A investigação defensiva, como componente essencial do *Discovery*, permite que a defesa assuma postura proativa na identificação e produção de elementos probatórios favoráveis ao acusado, contribuindo para a formação de um conjunto probatório mais completo e confiável, resultando em uma melhor racionalização das provas.

A análise da compatibilidade do *Discovery* com o processo penal brasileiro revela que o ordenamento jurídico pátrio já contempla, de forma explícita, a faculdade probatória da defesa na fase processual. O artigo 13 do projeto de novo Código de Processo Penal não representa, portanto, uma ruptura com o sistema vigente, mas sim a regulamentação expressa de direito já reconhecido, notadamente através das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Verificou-se que a previsão normativa da investigação defensiva no projeto de lei dialoga harmonicamente com os princípios constitucionais do processo penal brasileiro, especialmente com a faculdade probatória da defesa e com a necessidade de efetivação das garantias fundamentais desde a fase pré-processual. A investigação defensiva, nos moldes propostos, não altera a natureza facultativa da produção probatória pela defesa, tampouco compromete o ônus probatório do Ministério Público, mantendo-se íntegro o princípio da presunção de inocência.

Constatou-se, ainda, que a incorporação do instituto do *Discovery* no ordenamento brasileiro, através da previsão da investigação defensiva, é coerente com as particularidades do modelo processual penal nacional. Embora o projeto não contemple todos os aspectos do *Discovery* estadunidense, especialmente a obrigatoriedade de compartilhamento recíproco de

provas, incorpora seu elemento mais fundamental: a legitimação da atuação defensiva na produção probatória desde a fase pré-processual.

Identificou-se, contudo, uma limitação significativa no dispositivo proposto. O parágrafo 5º do artigo 13, ao condicionar a juntada do material produzido pela defesa ao critério da autoridade policial, compromete um dos elementos basilares do *Discovery*: a transparência e o conhecimento mútuo das evidências. Esta discricionariedade pode resultar em compartilhamento seletivo de informações, contrariando a filosofia do instituto de evitar provas surpresas.

A pesquisa demonstrou que a investigação defensiva representa um avanço importante no mantimento das garantias constitucionais do processo penal, contribuindo para a construção de um sistema mais democrático e equilibrado. A possibilidade de a defesa atuarativamente na identificação de elementos probatórios favoráveis ao acusado desde a fase investigativa potencializa a efetivação do direito à ampla defesa e fortalece a paridade de armas processuais por meio de uma justa antecipação do contraditório.

Conclui-se, portanto, que o instituto da investigação defensiva, nos moldes previstos no artigo 13 do projeto de Novo Código de Processo Penal, é plenamente compatível com o sistema constitucional brasileiro. Sua implementação representa um passo importante na evolução do processo penal pátrio em direção a um modelo mais adversarial, sem comprometer os fundamentos do sistema vigente.

A investigação defensiva, ao permitir a antecipação do contraditório e possibilitar um verdadeiro duelo de provas desde a fase pré-processual, contribui para a qualificação do debate probatório e para a formação de um juízo de valor mais próximo da verdade processual. Trata-se, ao fim, de instrumento democrático que fortalece as garantias do acusado, sem prejudicar a efetividade da persecução penal, mas sim fortalecendo-a.

Por fim, urge-se que futuras reformas legislativas considerem a necessidade de aperfeiçoamento do dispositivo ora analisado, especialmente no que concerne à obrigatoriedade de compartilhamento das provas produzidas pela investigação defensiva, de modo a maximizar os benefícios do instituto para a justiça criminal brasileira. O *Discovery*, em sua completude, tem o potencial de contribuir significativamente para a construção de um processo penal mais justo, democrático e efetivo na busca da verdade processual.

REFERÊNCIAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **List of ABA Criminal Justice Standards.** Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/resources/standards/list/. Acesso em: 17 maio 2025.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 57-64, out./dez. 1987, p. 60

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BITTENCOURT, Afrânio Henrique Pimenta. Estado de exceção - da ditadura militar à Constituição Federal de 1988: a anomia que ainda existe no Brasil. **Revista do MPC**, [S. l.], v. 36, p. 12-36, 2021.

BOGUS, Pedro Henrique Echeverria. Sistema acusatório, o juiz e a prova: o problema dos poderes instrutórios. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 31-34, 2024. Disponível em: <https://zenodo.org/records/13834873>. Acesso em: 09 maio 2025.

BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva:** um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis: EMais, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 245131 Rcon-AgR/PB. Agravo Regimental na Reconsideração no Habeas Corpus. Relator: Min. André Mendonça. Segunda Turma, julgamento em 7 out. 2024, publicação em 22 out. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, divulgado em 21 out. 2024, publicado em 22 out. 2024.

BROWN, Darryl K. **Discovery in State Criminal Justice in III Reforming Criminal Justice.** Virginia: University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2017-15, 2017.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal.** Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura.

DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 835, p. 443-466, maio 2005.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

EPPS, Daniel. Adversarial asymmetry in the criminal process. **New York University Law Review**, v. 91, n. 4, p. 762-854, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2877348>. Acesso em: 27 abr. 2025.

FACCINI NETO, Orlando. **Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Ed. RT, v. 166, p. 175-201, abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutoria do juiz no processo penal acusatório.** Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, [S. l.], v. 29, n. jan./jun. 1999, p. 13-25, 1999.

HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica.** In: VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 2, n. 2, p. 521-534, 2005.

LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de *disclosure*. Tradução por Rogério Fernando Taffarello. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 116, ano 23, p. 239-257, set.-out. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Orientador: Prof. Titular Antonio Scarance Fernandes, 2009.

MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. **Anotações sobre o Poder Judiciário americano.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 129, p. 237-247, jan./mar. 1996.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes.** 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal.** *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41–80, jan./abr. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 5 ed. São Paulo: Editora JUSPODIVM, 2023.

SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. **Indiana Law Journal**, [S. l.], v. 64, n. 2, art. 4, p. 301-381, 1989. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>. Acesso em: 27 abr. 2025.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

TURNER, Jenia I.; REDLICH, Allison D. Two models of pre-plea discovery in criminal cases: an empirical comparison. **Washington and Lee Law Review**, Lexington, v. 73, n. 1, p. 285-346, 2016. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol73/iss1/7>. Acesso em: 17 maio 2025.

VALARINI, Victor. **Processo penal adversarial:** influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.