

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ADVOCACIA CRIMINAL**

**BÁRBARA MARIA VERSIANI RIBEIRO**

**RIO DE JANEIRO  
2024**

**BÁRBARA MARIA VERSIANI RIBEIRO**

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ADVOCACIA CRIMINAL**

**Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan.**

**RIO DE JANEIRO  
2024**

### CIP - Catalogação na Publicação

R484i Ribeiro, Bárbara Maria Versiani  
A investigação defensiva na advocacia criminal /  
Bárbara Maria Versiani Ribeiro. -- Rio de Janeiro,  
2024.  
74 f.

Orientador: Diogo Rudge Malan.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. direito processual penal. 2. direito à prova.  
3. investigação criminal. 4. advocacia criminal. I.  
Malan, Diogo Rudge, orient. II. Título.

**BÁRBARA MARIA VERSIANI RIBEIRO**

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ADVOCACIA CRIMINAL**

**Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan.**

**Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.**

**Banca Examinadora:**

---

**Orientador**

---

**Membro da Banca**

---

**Membro da Banca**

**RIO DE JANEIRO  
2024**

## **RESUMO**

O direito de defesa, garantia constitucional indiscutível no ordenamento pátrio, precisa ser assegurado de forma que extrapole o plano formal e seja consolidado de maneira eficaz e segura. A investigação criminal defensiva, nesse sentido, surge como ferramenta cujo intuito é promover a melhor e mais ampla defesa do representado, por meio da obtenção de elementos de prova que contribuam para a construção da tese defensiva. Logo, o objetivo desta monografia é oferecer uma contribuição sobre a importância da atuação investigativa do advogado criminal na defesa dos interesses de seu representado e os principais desafios para alcançar o êxito, a partir de estudos de princípios correlacionados, marcos do direito estrangeiro e brasileiro, doutrinas, além da análise de conteúdos legislativos e jurisprudenciais do tema.

**Palavras-chaves:** Investigação criminal. Investigação defensiva. Direito à prova. Ampla defesa.

## **ABSTRACT**

The right to defence, an indisputable constitutional guarantee in the Brazil's legal system, needs to be secured in a way that goes beyond the formal plane and is consolidated in an effective and safe manner. In this sense, defensive criminal investigations are a tool aimed at promoting the best and broadest defence of the defendant, by obtaining evidence that contributes to the construction of the defence thesis. Therefore, the aim of this final course assignment is to offer a contribution on the importance of the criminal lawyer's investigative role in the defence of his client's interests and the main challenges to achieving success, based on studies of related principles, milestones in foreign and Brazillian law, doctrines, as well as an analysis of legislative content and court cases on the subject.

**Keywords:** Criminal Investigation. Defence investigation. Right to evidence. Broad defence.

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **1. DO DIREITO À PROVA**

1.1 DOS PRINCÍPIOS CORRELACIONADOS

1.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À PROVA

1.3 CONCEITO, OBJETIVO, NATUREZA JURÍDICA, TITULARES, ESTRUTURA  
NORMATIVA E LIMITES.

1.4 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

#### **2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA**

2.1 HISTÓRICO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

2.3 CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

2.4 PROBLEMATIZAÇÕES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

2.5 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
PENAL

2.6 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA JURISPRUDÊNCIA

#### **3. A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL**

### **CONCLUSÃO**

### **REFERÊNCIAS**

## INTRODUÇÃO

Nesta dissertação serão analisadas temáticas a respeito da investigação defensiva, as quais foram compreendidas por intermédio de doutrinas, textos legais, artigos e estudos de especialistas referentes à matéria.

Nessa luz, a investigação defensiva é o meio pelo qual se obtém elementos de prova que permitam a construção da defesa técnica do representado para, assim, contribuir em um julgamento favorável.

Tal ferramenta é utilizada tanto na fase pré-processual, na qual há atuação sobretudo da Polícia Judiciária, mas não exclusivamente, como também na fase de instrução processual, iniciando-se para a defesa no momento da resposta à acusação. Segundo André Mendes<sup>1</sup>, além de ser um avanço para a defesa técnica do imputado, a investigação defensiva serve também para promover o equilíbrio das partes, haja vista as atribuições investigativas do Ministério Público.

É, nesse sentido, a definição do Provimento número 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>2</sup>:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Além do referido Provimento, foi elaborado, em setembro de 2023, o chamado Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva<sup>3</sup>, a fim de expressamente reconhecer, complementar e nortear a atuação dos advogados nessa área tão nova e cheia de questionamentos.

---

<sup>1</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 11.

<sup>2</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 18 de junho de 2023.

<sup>3</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS. *Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva*. Florianópolis: Emais Editora, 2023.



Vale frisar que o direito à investigação defensiva não é ilimitado, havendo restrições relevantes, como a vedação à prova ilícita<sup>4</sup>, as quais serão discutidas na presente pesquisa.

No contexto brasileiro, esta ferramenta defensiva não está prevista de forma expressa no Código de Processo Penal<sup>5</sup>, muito embora não haja também sua proibição. Somado a isso, a Lei número 13.432, de 2017<sup>6</sup>, a qual dispõe da temática do exercício da profissão de detetive particular, não é feliz em assegurar ao advogado criminal sua atuação defensiva ao definir que o detetive particular deve se restringir à “coleta de dados e informações de natureza não criminal”<sup>7</sup>.

Nessa ótica, com base no artigo 5º da referida Lei<sup>8</sup>, é possível observar de imediato que há pelo menos restrições acerca da atuação investigativa do advogado criminal na fase preliminar, porquanto depende da autoridade policial para realizar sua atuação, mas também falta de previsão legislativa específica quanto às diretrizes para esta efetiva prática.

Além disso, segundo Evinis Talon<sup>9</sup>, a prática defensiva ainda hoje atua sobretudo como uma contestação da peça acusatória, sendo certo que apenas a minoria dos advogados se direciona para uma advocacia artesanal, buscando estratégias e provas em prol do representado.

A fim de adentrar nas raízes dessa ferramenta, faz-se imprescindível iniciar a exposição do tópico por meio do estudo do direito à prova no capítulo I, expondo os princípios correlatos,

---

<sup>4</sup> “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

<sup>5</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 45.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei número 13.432, de 11 de abril de 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

<sup>7</sup> “Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.” BRASIL. Lei número 13.432, de 11 de abril de 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

<sup>8</sup> “Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.” BRASIL. Lei número 13.432, de 11 de abril de 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

<sup>9</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 11.

seu histórico, natureza jurídica, conceitos relacionados, estrutura normativa e limites, por exemplo, além de tópico destinado à discussão da verdade dentro do processo penal.

Em seguida, no capítulo II, será estudado o direito à investigação defensiva, apresentando sua definição, suas demarcações históricas no mundo e no Brasil, natureza jurídica, marcos legislativos e garantias que já se encontram asseguradas, entendimentos jurisprudenciais e desafios para a sua integral eficácia.

Por fim, no capítulo III, será feita uma abordagem com relação à viabilidade da utilização da prova ilícita, sob a perspectiva da investigação defensiva, na busca da comprovação da inocência do representado.

Diante de todo o exposto, será possível, a partir dos pontos levantados, tecer considerações acerca da importância da investigação defensiva para o processo penal e, além disso, expor eventuais ponderações acerca da temática.

## 1. DO DIREITO À PROVA

### 1.1. DOS PRINCÍPIOS CORRELACIONADOS

Em primeira análise, a fim de tecer comentários mais aprofundados sobre a investigação defensiva no direito processual penal, cabe adentrar na definição de direito à prova e em seus princípios processuais correlacionados que, por certo, influenciam diretamente na sua efetividade.

O primeiro a ser evidenciado é princípio do contraditório, que, em seu modo, surge da expressão latim *audiatur et altera pars*, a qual se traduz por “ouça-se também a outra parte”. Dessa forma, o contraditório consiste na garantia das partes de serem ouvidas e na vedação de decisão sem que haja a real participação dos envolvidos no processo de forma igualitária.<sup>10</sup>

Nessa mesma perspectiva, Aury Lopes Jr.<sup>11</sup> entende que o contraditório é um método de confrontação da prova, com a finalidade de se comprovar a verdade e assegurar a estrutura dialética do processo penal.

Segundo Bernardo Braga e Silva<sup>12</sup>, há uma íntima relação entre a atividade defensiva e o contraditório:

O direito de defesa, em verdade, traduz-se em duas vertentes: uma ligada exatamente à possibilidade de diálogo, refletindo o contraditório, e outra relacionada à possibilidade de iniciativa dos atos processuais, ou seja, à busca pela realização de condutas proativas do réu, visando combater as teses apresentadas pelo autor.

---

<sup>10</sup>“Pode-se definir por princípio do contraditório como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação e igualdade de condições com a sua parte contrária.” GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil – volume 1. 5ª. Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>11</sup> “O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.” NERY JR., Aury. Direito processual penal. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Página 110.

<sup>12</sup> SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro. 1ª. Edição. Curitiba: CRV, 2019. Página 39.

Ainda, destaca Nelson Nery Júnior<sup>13</sup>

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório

A ampla defesa, por sua vez, é a garantia que o réu tem de possuir condições satisfatórias, efetivas e concretas de se defender ao que lhe foi imputado, sem que haja qualquer impedimento que não assegure os seus direitos fundamentais constitucionais.

Essa garantia fundamental consiste na possibilidade de utilização de todos os mecanismos previstos nos textos legais para que haja a devida defesa. Exemplo dessa ferramenta de defesa é a autodefesa, muito evidente no momento do interrogatório, o qual ocorre na fase instrutória do processo. Há, além disso, a possibilidade de pedir e apresentar provas, dentre outras possibilidades.

Ainda sobre os direitos assegurados nesses princípios, às partes deve ser assegurado o direito de defender-se provando. Isso significa que a prova deve ser um dos componentes do direito de defesa, não sendo restrito apenas a sua proposição, mas deve também abarcar a sua produção<sup>14</sup>.

De acordo com Vanessa Morais Kiss, “É possível falar-se na existência de um verdadeiro direito à investigação, na medida em que a prerrogativa de pesquisar e reunir elementos de forma autônoma é condição para o exercício adequado do direito à prova e para uma defesa efetiva.”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>14</sup>“Dessa maneira, embora historicamente tenha se apresentado um caminho tortuoso no sistema europeu continental acerca da relação das partes com a prova, principalmente em razão da “subalternidade” destas, na tradição inquisitória, na tarefa de obtenção de elementos de prova, tem-se assentado atualmente que, no plano probatório, as partes exercem o direito processual de se utilizar dos meios de comprovação daquilo que alegam, com vistas a corroborar as hipóteses por elas apresentadas. Isso porque as faculdades que decorrem dos direitos de ação e de defesa não se encerram somente no ato inicial da propositura da demanda, ou mesmo na sua primeira refutação, mas se desenrolam ao longo de todo o procedimento.” SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro. 1ª. Edição. Curitiba: CRV, 2019. Página 43.

<sup>15</sup> KISS, Vanessa Morais. A investigação defensiva no Direito Processual Penal Brasileiro. - São Paulo: [s.n.], 2021. Página 24. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24841/1/Vanessa%20Morais%20Kiss.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2024.

O contraditório efetivo, então, presume que os contra interessados possuam o direito de defesa, além da possibilidade de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. Assim, evidencia-se que o direito à prova é consequência lógica do contraditório, sendo certo que pode ser considerado um subprincípio da garantia da ampla defesa<sup>16</sup>.

O princípio da motivação das decisões judiciais também é relevante dentro do direito de defesa. Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Essa garantia permite às partes adentrar no raciocínio construído pelo juiz para justificar o seu agir e, assim, caso conveniente, tenha a possibilidade de contestar em via recursal<sup>17</sup>.

Além da Constituição, a mais relevante redação legislativa atual acerca da motivação das decisões judiciais na seara penal está ao longo do artigo 315 do Código de Processo Penal<sup>18</sup>, sendo certo que foi um recente marco para reafirmar a possibilidade de defesa do acusado criminalmente ao determinar preceitos de uma decisão ideal.

---

<sup>16</sup> “Ressalte-se, todavia, que o direito à prova, quando titularizado pelo réu, além de se revelar como decorrência natural do contraditório, surge principalmente como um corolário, ou subprincípio, do princípio da ampla defesa, além de garantia primária do processo.” SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro. 1ª. Edição. Curitiba: CRV, 2019. Página 44-45.

<sup>17</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Página 73.

<sup>18</sup> “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)”

Outro princípio relevante para o direito à prova é o devido processo legal. De acordo com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Desse modo, pode-se entender por devido processo legal o princípio no qual é assegurado a todos o direito ao processo com todas as devidas garantias constitucionais e etapas previstas no texto legal.

Tal princípio faz luz à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>19</sup>, em seu artigo XI, nº. 1, quando expõe que o acusado deve ser presumido inocente até que a lei prove sua culpabilidade, em julgamento público e com todas as garantias defensivas protegidas.

Diante ao exposto, e em relação ao devido processo legal no cenário constitucional de 1988, Alexandre de Moraes<sup>20</sup> diz que este princípio protege o indivíduo tanto no cenário material quanto no formal. Material quando assegura o direito de liberdade, e formal quando garante a paridade com relação ao Estado por meio do direito de defesa. Além disso, Moraes ainda aponta que o devido processo legal possui como “corolários a ampla defesa e o contraditório”.

Ainda nessa perspectiva, Gustavo Badaró<sup>21</sup> entende que o devido processo legal seria uma espécie de síntese de todos princípios processuais.

Outro princípio intrinsecamente ligado ao direito à prova é a isonomia<sup>22</sup>. Na aplicação processual, este princípio, denominado também de paridade de armas, determina que se deve tratar os desiguais de forma desigual, na medida em que se tem a desigualdade das partes.

---

<sup>19</sup> “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 de out. de 2023.

<sup>20</sup> “O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa” MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>21</sup> “De outro lado, o devido processo legal ainda mantém a sua face processual. O princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual, é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele defluiriam.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 101.

<sup>22</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 de junho de 2023.

Ou seja, é papel do juiz no caso concreto garantir que haja, de fato, a isonomia material. De acordo com Evinis Talon<sup>23</sup>, “a paridade de armas exige a possibilidade de atuação ampla da defesa, com todos os meios possíveis, e não apenas uma participação passiva, vazia e meramente formal.”

Exemplo disso é a garantia do acusado de ter acesso a todo o acervo de documentos utilizados pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Nesse sentido, não se pode abrir prazo para a resposta à acusação se a totalidade do material não estiver à disposição da defesa técnica.

Ainda nesse aspecto, de acordo com Gabriel Bulhões Nóbrega Dias<sup>24</sup>,

Para que o processo penal seja efetivamente democrático é imprescindível a chamada paridade de armas que objetiva que as instituições integrantes do sistema de justiça aprimorem seus procedimentos tendo por referência os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos

Por fim, a garantia à razoável duração do processo também é relevante no que se refere ao direito à prova, isso porque assegura ao acusado uma resposta jurisdicional efetiva e consideravelmente célere, conforme a complexidade e demandas específicas do caso concreto.

Sobre a duração razoável do processo, é importante mencionar que a prova passa por quatro momentos dentro da relação processual: quando se é proposta; quando se é admitida; quando se é produzida; e, por fim, quando se é valorada/apreciada.<sup>25</sup> Logo, deve-se ponderar dentro dessas etapas a razoabilidade, já que há possibilidade de dilações indevidas, as quais, se ocorrerem, devem ensejar na liberdade do acusado, caso este esteja preso cautelarmente<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 21.

<sup>24</sup> DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 65

<sup>25</sup> “Dentro da estrutura processual, a prova passa por quatro momentos distintos: proposição, admissão, produção e apreciação. Primeiro, há a indicação ou o requerimento da prova. Em seguida, ocorre a análise judicial da admissibilidade, que, se resultar em juízo positivo, leva à introdução da prova no processo. Por fim, há a valoração da prova pelo juiz.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 113.

<sup>26</sup> “O direito ao processo em prazo razoável deve ser analisado em um duplice aspecto: (1) o direito a um processo penal ou de qualquer outra natureza (civil, trabalhista...), em prazo razoável ou sem dilações indevidas; (2) o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado em um tempo razoável ou sem

Em sentido oposto, é entendimento jurisprudencial, com base nas Súmulas 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>, que não se considera constrangimento ilegal, logo, não há que se falar em imediata liberdade do acusado preso cautelarmente, se o excesso de prazo durante a instrução for provocado pela defesa.

Contudo, o que se evidencia na prática forense é que, embora as demandas defensivas sejam pertinentes para o deslinde processual, o aparato que efetua estas diligências não está ao alcance da defesa técnica. Exemplo disso ocorre quando do cumprimento da intimação das testemunhas arroladas pela defesa, mas executada por órgãos estatais, que por vezes podem não ser efetivos, o que prejudica por certo a duração razoável do processo, mas que certamente não é provocada pela defesa do representado.

Outra crítica considerável a respeito do exposto é que não há na legislação nenhuma determinação de prazo que pondere o que é razoável ou não<sup>28</sup>, o que prejudica fortemente a eficácia deste princípio. Consequência disso deveria ser a imposição da soltura do réu<sup>29</sup>, mas não é sempre o que ocorre. Como dito acima, muitas vezes, recai à defesa técnica a culpa por tentar alcançar o apropriado direito de defesa.

## **1.2. O CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À PROVA**

Acerca do contexto histórico do direito à prova, cabe adentrar no estudo dos dois sistemas processuais penais existentes: acusatório e inquisitório.

---

dilações indevidas.” BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 91.

<sup>27</sup>SÚMULA N.52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” Terceira Seção, em 17.09.1992. DJ 24.09.1992, p. 16.070. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006\\_4\\_capSumula52.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006_4_capSumula52.pdf). Acesso em 05 de março de 2024. SÚMULA N.64. “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”. Terceira Seção, em 03.12.1992. DJ 09.12.1992, p. 23.482. Disponível em: [file:///C:/Users/MLA/Downloads/5258-19586-1-SM%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/MLA/Downloads/5258-19586-1-SM%20(2).pdf). Acesso em 05 de março de 2024.

<sup>28</sup> “Não há definição legal do que se deve entender por razoabilidade da duração do processo. Essa posição, conhecida como “doutrina do não prazo”, é extremamente criticável.” BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página. 93.

<sup>29</sup> “Imprescindível, para a eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha, como consequência automática do excesso, a soltura do réu.” BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página. 93-94.



Surgido em Roma, cerca de um século antes de Cristo, o sistema acusatório dividia o processo penal em três personagens: juiz, acusador e acusado<sup>30</sup>. A função principal desse modelo processual era a separação entre quem acusa e quem julga<sup>31</sup>, com o intuito de que seja assegurada a imparcialidade do julgamento.

Ainda nessa perspectiva, a gestão e produção de provas era de competência exclusiva das partes<sup>32</sup>. O procedimento era público, contraditório e oral, sendo certo que a liberdade do acusado era tida como regra (presunção de inocência)<sup>33</sup>, podendo inclusive a defesa técnica participar da investigação em prol de seu representado. Ou seja, o acusado era um sujeito processual com direitos assegurados, inclusive sendo disposto o direito ao silêncio<sup>34</sup>.

O sistema inquisitório, por sua vez, tinha por figura principal processual o juiz inquisidor, o qual concentrava ambas as funções de acusar e julgar<sup>35</sup>. O procedimento poderia ser iniciado tanto de ofício como também através de uma investigação secreta na qual, por certo, não havia possibilidade de utilizar-se do contraditório<sup>36</sup>. Prezava-se também por um procedimento escrito e secreto. Sobre a produção das provas, caberia ao juiz a sua gestão<sup>37</sup>,

---

<sup>30</sup> “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>31</sup> “Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>32</sup> “Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>33</sup> “E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>34</sup> “Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 111.

<sup>35</sup> “Já no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>36</sup> “A ação iniciava-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>37</sup> “O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

sendo o réu mero objeto processual<sup>38</sup>. Ainda, era muito comum a utilização da tortura como ferramenta para a confissão do acusado<sup>39</sup> e a prisão era preceito basilar<sup>40</sup>.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>41</sup>,

Não é difícil concluir que diante dessa postura metodológica ganha importância a figura do juiz na colheita do material probatório, “*para que a punição seja mais apropriada à personalidade do réu*”, ao mesmo tempo em que a participação da acusação e da defesa no procedimento é vista como forma historicamente superada, relacionada aos tempos em que a perseguição dos criminosos não era considerada uma função social; a presença das partes, o contraste de forças, a luta, não são compatíveis com o método de investigação objetiva e conscienciosa da verdade; no processo penal, os sujeitos participantes não têm qualquer poder dispositivo sobre as provas, limitando-se a fornecer uma *ajuda* ao juiz para o acerto da verdade.

Hoje, embora prevaleça um sistema acusatório na maior parte dos países, onde há distinta separação entre acusar, julgar e defender, com relação à produção probatória, esse sistema sofreu uma certa alteração, podendo hoje ser considerado um sistema misto<sup>42</sup>.

Nesse sentido, ainda prevalece às partes a iniciativa probatória, contudo, cabe também ao juiz, em caráter suplementar, determinar de ofício a sua produção, caso entenda por pertinente, como é o caso de requerer a oitiva de uma testemunha referida ao longo da audiência de instrução e julgamento<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110-111.

<sup>40</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 110.

<sup>41</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 35.

<sup>42</sup> “A combinação entre os padrões inquisitório e acusatório, introduzida pelo *Code d’instruction criminelle* francês teve grande aceitação, influenciando desde logo os demais ordenamentos continentais e, como já disse, representa até os dias atuais o modelo inspirador da maioria das legislações.” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 31.

<sup>43</sup> “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1o Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

Vale ressaltar, além disso, que o direito à prova das partes não é limitado pelo poder instrutório do juiz<sup>44</sup>, nem tampouco põe em risco a sua imparcialidade<sup>45</sup>, o que assegura que esses poderes não alteram a essência democrática do sistema<sup>46</sup>. Pelo contrário, a introdução da prova no processo deve ocorrer por intermédio das partes, devendo o juiz atuar de forma complementar, através do que é permitido por lei.<sup>47</sup>

Na realidade brasileira, o processo penal foi inicialmente vinculado ao sistema inquisitório através do Código de 1941, inspirado no fascismo italiano de 1930. No entanto, atualmente é entendido como um sistema misto, porquanto sofrera alterações essenciais com base na Constituição de 1988 e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, mais especificamente na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além disso, em momento recente, alterou-se com base na Lei número 13.964/2019<sup>48</sup> (Pacote Anticrime), criada com o intuito de lapidar a legislação penal e processual penal, aprimorando as bases acusatórias até na fase preliminar.

Exemplo disso foi a criação do juiz de garantias, criado com o intuito de equilibrar a lógica processual, assegurando às partes o equilíbrio necessário e relevante para a lógica acusatória, o que evita, assim, a contaminação cognitiva prévia do magistrado<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> “Além disto, as partes ainda conservam a sua iniciativa probatória, sendo, aliás, cada vez mais destacado o seu direito à prova. No entanto, além de as partes continuarem a ter iniciativa probatória, também o juiz passou a poder determinar, *ex officio*, a produção de provas. Em outras palavras, a atividade probatória deixa de ser monopólio das partes, que passam a compartilhá-la com o juiz. Os poderes instrutórios do juiz, contudo, não limitam ou impedem o direito à prova das partes.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 112.

<sup>45</sup> “Partindo da distinção de fontes de prova e meios de provas, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente – o testemunho -, para incorporar ao processo os elementos de informações contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 112.

<sup>46</sup> “Do ponto de vista ideológico, trata-se de uma forma democrática do exercício do poder, permitindo que o destinatário do ato possa influenciar na sua formação.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 112.

<sup>47</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 70.

<sup>48</sup> “Artigo 3-A. 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”. BRASIL. Lei número 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

<sup>49</sup> “A já citada Lei Federal nº 13.964/2019 trouxe, por exemplo, a figura do Juiz de Garantias (artigo 3º - B do CPP), que equilibra em certa medida o jogo processual, tendo em vista a garantia de equidistância do julgador para com

Com relação à fase pré-processual<sup>50</sup>, identifica-se que o procedimento, através sobretudo do inquérito policial<sup>51</sup>, realizado pela Polícia Judiciária<sup>52</sup>, ainda é englobado por características do modelo inquisitório, já que é secreto, escrito e sem contraditório<sup>53</sup>.

O controle externo é realizado pela figura do Ministério Público, podendo, inclusive, requisitar diligências, com base no artigo 129, inciso VIII, da Constituição de 1988<sup>54</sup> e também o artigo 38 da Lei Complementar 75/93<sup>55</sup>, bem como arquivar os autos do inquérito policial, caso entenda que não há indícios de autoria e materialidade delitiva para consubstanciar a propositura da ação penal<sup>56</sup>.

Hoje, houve uma certa mitigação do procedimento oculto na fase preliminar, isso porque, de acordo com a Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal, “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já

---

as teses processuais lançadas pelas partes (acusação e defesa), evitando fenômenos psicológicos como o da dissonância cognitiva ou da contaminação cognitiva prévia do Juízo para com os elementos de informação angariados pelo Estado na etapa pré-processual.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 74.

<sup>50</sup> “A persecução penal se desenvolve, ordinariamente, em duas fases: investigação preliminar e processo judicial.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 137.

<sup>51</sup> “Historicamente, a condução da investigação preliminar no Brasil sempre esteve a cargo de órgãos responsáveis pela persecução penal e aplicação do *jus puniendi* estatal. Por força do que estabelece o art. 144 da Constituição Federal e reforçado pelo advento da Lei 12.830/2013, a apuração da prática de infrações penais majoritariamente é instrumentalizada por intermédio do inquérito policial cuja atribuição compete às polícias civil e federal (...)” (DIAS, 2023, p. 30)

<sup>52</sup> “A polícia se divide em polícia de segurança, que exerce atividade preventiva, bem como atividade de repressão imediata ao delito, no caso das polícias militares, e polícia judiciária, também chamada “repressiva”, que exerce atividade de investigação do delito, o que fica a cargo da Polícia Civil dos Estados e da Polícia Federal.” (...) “Embora denominada polícia “judiciária”, tal palavra designa apenas a finalidade de sua atividade, posto que o inquérito por ela desenvolvido servirá de base para que se dê início a um processo penal, que tramitará perante o Poder Judiciário.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 137.

<sup>53</sup> “Entre as características do inquérito policial, destaca-se tratar-se de um procedimento escrito e sigiloso.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 143.

<sup>54</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 de março de 2024.

<sup>55</sup> “Art. 38. São funções institucionais do Ministério Público Federal as previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, incumbindo-lhe, especialmente:

II - requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas;” BRASIL. Lei Complementar número 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

<sup>56</sup> “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”<sup>57</sup>

Além disso, o Código de Processo Penal, em seu artigo 14<sup>58</sup>, expõe que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Contudo, esse direito não é amplo, ao passo que, caso a autoridade policial entenda o requerimento defensivo como protelatório, permite-se o seu indeferimento por decisão motivada, o que não ocorre quando das requisições ministeriais.

Em um momento posterior, ou seja, na fase do processo judicial, evidencia-se que o sistema brasileiro mantém as características do sistema acusatório de separação probatória entre quem acusa, julga e defende, sendo não só as partes capazes de produzir provas, mas também há possibilidade de o juiz atuar de ofício e em caráter subsidiário ou complementar. Assim, caberá ao juiz, segundo Gustavo Badaró<sup>59</sup>, “a missão de igualar os desiguais”.

Logo, é possível concluir que algumas das causas que justificam a dificuldade que se é ampliar o direito à prova é, sem dúvidas, a tradição do sistema inquisitório nos ordenamentos continentais.<sup>60</sup>

Contudo, como exposto, é crescente a discussão acerca da importância da produção probatória eficaz no processo penal, sobretudo elaborada pela defesa técnica do representado, sendo certo que há novas determinações assegurando essa lógica. Nesse sentido, o sistema acusatório traz inúmeras garantias para o acusado, sobretudo com relação à produção probatória, em que há margem para a defesa técnica se insurgir em momentos oportunos para defender o representado da melhor forma.

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14, de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em 24 de junho de 2023.

<sup>58</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 11 de março de 2024.

<sup>59</sup> “Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe a participação do julgador.” BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 65.

<sup>60</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

### **1.3. CONCEITO, OBJETIVO, NATUREZA JURÍDICA, TITULARES, ESTRUTURA NORMATIVA E LIMITES.**

Por definição, prova nada mais é do que um instrumento para a constatação de um fato. De acordo com Franklin Roger<sup>61</sup>, “a prova deve ser compreendida como o conjunto de atos produzidos dentro ou fora do processo e que se destinam à verificação e elucidação de determinado fato, sendo submetidos ao contraditório e à valoração na relação processual.”

Segundo Gustavo Badaró, há pelo menos três conceitos de prova: atividade probatória, meio de prova e resultado probatório.<sup>62</sup>

Por atividade probatória, pode-se entender que é o conjunto de atos com vistas a reproduzir os fatos do passado que estão em análise. É atividade exercida sobretudo pelas partes e, quando necessário, pelo juiz.

Com relação à concepção como meio de prova, evidencia-se que a prova é instrumento de introdução de elementos no processo, a fim de que se busque um resultado do conflito dentro dos moldes da lei.

Por fim, o termo resultado probatório se dá com o intuito de evidenciar o resultado obtido através dos elementos juntados aos autos, os quais por certo influenciam no convencimento do juiz acerca dos fatos.

Dessa forma, o princípio processual do direito à prova se mostra essencial, tendo em vista a necessidade de se garantir segurança jurídica às partes envolvidas através da busca, em tese, da verdade real<sup>63</sup>, a qual será evidenciada mais à frente.

---

<sup>61</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, página 64.

<sup>62</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 439.

<sup>63</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, página 74-75.

Mas não somente isso, segundo Bernardo Braga<sup>64</sup>,

Não se pode diminuir a extrema importância do direito à prova do acusado sob o simplório – e falso – fundamento de que se trataria de mero direito individual, de interesse unicamente privado, que justificaria, portanto, sua subserviência frente aos interesses públicos e coletivos. Isso porque sempre haverá um interesse público subjacente ao respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, configurando-se sua proteção algo relevante a toda sociedade, e não apenas àquele cidadão individualizado que eventualmente teve o seu direito à prova relativizado no caso concreto.

Em se tratando da esfera penal, entende-se que o valor probatório é de suma relevância, já que os bens jurídicos envolvidos são os mais sensíveis e, por esse motivo, faz-se necessário limitar o poder punitivo do Estado, concepção esta advinda do pensamento iluminista do século XVIII e que se mantém até hoje.

Por certo, os mecanismos de confecção probatória servem para formar a convicção do juiz ao analisar o caso concreto, que, por sua vez, decide de acordo com seu livre convencimento motivado<sup>65</sup>.

Antonio Magalhães<sup>66</sup> diz que além dessa responsabilidade intraprocessual, a fim de que seja formada o entendimento jurisdicional mais coerente, os elementos probatórios elaborados nos autos servem também como uma assimilação de “valores e símbolos vigentes na sociedade”.

Nesse sentido, o direito à prova não deve se limitar aos aspectos jurídicos, mas também avaliar aspectos culturais, sociais e políticos, além do tempo e espaço, tendo em vista que a prova é um meio de se assegurar à população uma resposta jurisdicional de um conflito social<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro. 1ª. Edição. Curitiba: CRV, 2019, página 234.

<sup>65</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 15 de março de 2024.

<sup>66</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

<sup>67</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 14 e 18.

Sobre a natureza jurídica, o direito à prova possui natureza subjetiva, porque são os próprios personagens processuais os possibilitados a atuar na tentativa de formar convicção do magistrado na atividade jurisdicional através da oportunidade de produção de provas e do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

De acordo com Gustavo Badaró<sup>68</sup>, o contraditório deve ser efetivo e equilibrado, ou seja, “deve haver real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e a plenitude do contraditório.”

Os destinatários das provas, portanto, são os mesmos personagens: o juiz e as partes. Segundo Franklyn Roger<sup>69</sup>, o acusado tem interesse na produção probatória, porquanto não basta a motivação da decisão que decide sobre sua conduta, mas sim o caminho percorrido pela prova que constata a sua responsabilização ou não em determinada conduta enquadrada no Código Penal.

No Código de Processo Penal, o direito à prova sofreu alterações com a Lei 11.690/2008. Em seu artigo 155, o texto legal estabeleceu uma clara diferenciação entre elementos informativos e prova.

Sobre isso, cabe ressaltar que os elementos informativos são colhidos em sede investigativa e sem a oportunidade de ciência e participação das partes (contraditório) – salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, ao passo que a prova é feita de forma diametralmente oposta em sede judicial<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 65.

<sup>69</sup> “O acusado possui interesse na prova produzida e na constatação de sua efetiva responsabilidade, e não somente na motivação da decisão que o condena ou absolve”. SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 67.

<sup>70</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” BRASIL. Código de Processo Penal (DECRETO-LEI Nº 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 22 de março de 2024.



Houve também, no artigo 157<sup>71</sup>, expressa menção à vedação à prova ilícita, devendo esta ser desentranhada dos autos. Prova ilícita é aquela contrária às determinações previstas na Constituição Federal<sup>72</sup>.

Nesses casos, sua punição é tanto com relação ao direito material, devendo ser aplicada pena ao delito praticado nessa ilegalidade, mas também no plano processual, devendo a prova ser inadmitida.

Vale também diferenciar prova ilícita da ilegítima. Esta última não viola norma constitucional, mas sim norma processual. Sua consequência, portanto, é a nulidade dessa prova.

#### **1.4 A VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Um tópico bastante debatido na seara do direito à prova é a busca pela de verdade real ou material.

Em primeiro ponto, ressalta-se que o processo penal tem por escopo servir de ferramenta para a aplicação da lei penal. Ou seja, faz-se necessária a constatação dos fatos ao longo do processo, mais especificamente na fase instrutória, para que haja, por consequência, a aplicação sanção penal. Logo, é evidente concluir que há uma expectativa com relação à produção das provas, como se fosse viável “atingir ou reproduzir a realidade dos fatos.”<sup>73</sup>

Assim, o princípio da verdade real foi criado com o ideal de demonstrar que iniciativa probatória do juiz se justificaria como meio para alcançar a verdade dos fatos, como se os fins justificassem os meios.

---

<sup>71</sup> “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” BRASIL. Código de Processo Penal (DECRETO-LEI Nº 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 22 de março de 2024.

<sup>72</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 460.

<sup>73</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 12.

Diante dessa lógica, a ilicitude com relação a como a prova foi obtida, por exemplo, não seria considerada para fins de formação do convencimento pelo juiz.<sup>74</sup> Ou seja, independente da consequente sanção penal que o infrator poderia vir a sofrer, a prova seria admitida no plano processual sob a intenção de alcançar a “verdade real”.

Contudo, de acordo com Franklyn Roger<sup>75</sup>, a busca pela verdade real pode ser vista como um dos grandes mitos do processo penal, tendo em vista a incapacidade humana de se alcançar a verdade de um fato ocorrido no passado. Fato é que o processo penal é uma contraposição de “verdades”, sendo certo que o mais difícil é promover a reconstrução dos fatos.<sup>76</sup>

Ainda nesse sentido,

A construção da doutrina processual penal passou por um percurso que erigiu a verdade real como verdadeiro ícone da atividade probatória e objetivo final da relação processual, o que, durante muito tempo, orientou uma jornada incessante para o seu alcance, criando quase que mitos de que a verdade do processo era absoluta e, em muitos casos, manifestações divinas (ordálios).<sup>77</sup>

Gustavo Badaró vai além e afirma que, além de inatingível, a verdade real não deve ser a finalidade do processo penal, até porque se fosse, haveria um excesso de poderes, com características do modelo inquisitório, com o intuito de alcançar essa verdade, sobretudo na figura do juiz.<sup>78</sup> O escopo do processo, portanto, deve ser a correta aplicação da lei penal, onde a busca pela verdade é o meio.<sup>79</sup>

Evinis Talon<sup>80</sup> expõe uma crítica com relação ao princípio da verdade real, pontuando que este é utilizado no processo penal com o intuito de deferir requerimentos do Ministério

---

<sup>74</sup> DE SOUZA, Alexander Araújo. A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?. Revista da EMERJ, v.7, n.27. 2004. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista27/revista27\\_185.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_185.pdf). Acesso em 26 de abril de 2024.

<sup>75</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, páginas 73-74.

<sup>76</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 433.

<sup>77</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, página 74.

<sup>78</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 437.

<sup>79</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 439.

<sup>80</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 12.

Público que, muitas vezes, são intempestivos ou excessivos, sempre com a justificativa de atingir o maior grau de proximidade dos fatos.

Exemplo disso ocorre no momento da inquirição das testemunhas. Por vezes, o juiz defere a oitiva uma testemunha indicada pelo órgão ministerial fora do prazo.<sup>81</sup> Assim, embora haja previsão legal<sup>82</sup> nesse sentido, há uma discrepância com relação à paridade de armas, porquanto não se vê na prática o mesmo tratamento com relação a pedidos de oitivas de testemunhas requeridos pela defesa técnica, como é o caso das chamadas testemunhas referidas<sup>83</sup>.

Antônio Magalhães Gomes Filho também expõe análise sobre a dificuldade de se buscar a verdade no processo penal. Isso porque, diferentemente de outros tipos de estudos, como o da ciência experimental, a reprodução dos fatos é impossível, já que não se pode reproduzir sua ocorrência mais de uma vez.<sup>84</sup>

No caso das ciências experimentais, por exemplo, é possível reproduzir perfeitamente o mesmo resultado e observá-lo inúmeras vezes até obter uma conclusão, o que não ocorre na fase de produção probatória no processo penal, porquanto se referem a eventos findos, no qual o meio a se alcançar uma decisão justa e coerente ocorre através de mecanismos indiretos de reprodução dos fatos.

Dessarte, conceitos utilizados para se alcançar a verdade processual são a verossimilhança e a probabilidade.<sup>85</sup> Contudo, independentemente de conceitos, os quais irão aproximar-se ou não da realidade do caso, fato é que a busca da verdade no processo penal é

---

<sup>81</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 23.

<sup>82</sup> “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 12 de março de 2024.

<sup>83</sup> “Art. 209 § 1o Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 12 de março de 2024.

<sup>84</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 44.

<sup>85</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 46.

um valor a ser alcançado que traz legitimidade à atividade jurisdicional,<sup>86</sup> porém deve haver limitações.

Outro aspecto a ser analisado sobre a impossibilidade de se alcançar a busca da verdade real no processo penal é a inevitável formação das chamadas falsas memórias (FM), que ocorre quando um indivíduo se lembra de um fato que na verdade não ocorreu. As falsas memórias podem ocorrer tanto devido a uma distorção interna, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo.

Com relação a fatos emocionais, como em casos de traumas decorrentes de crimes, estudos mostram que as falsas memórias podem ser ainda mais evidentes:

estudos mais recentes também vêm indicando que, especialmente em se tratando de eventos emocionais, o aumento no índice de memória verdadeira (MV) pode vir acompanhado por um aumento no índice de FM (Brainerd et al., 2008). Em outras palavras, o fato de lembrarmos mais de eventos emocionais não significa que essas lembranças sejam imunes à distorção.<sup>87</sup>

Nesse ponto, levando em consideração que a prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal, sobretudo nos crimes que não deixam vestígios, torna-se impossível assegurar a reprodução fidedigna dos fatos, o que torna a verdade real um plano inatingível, porquanto os meios de prova são passíveis de falha.

Logo, é possível concluir que é impossível haver uma verdade absoluta quando se trata de reprodução de um fato ocorrido e finalizado no passado. O que se pode ter, diante da instrução probatória correta, é a constatação de uma verdade processual adequada e coerente ao caso concreto<sup>88</sup>.

Assim, segundo Gustavo Badaró, “a “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o

---

<sup>86</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 54.

<sup>87</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. 1ª. Edição. Porto Alegre: Artmed, 2010, página 88.

<sup>88</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação direta pela defesa. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023, página 76.

enunciado fático seja verdadeiro, porque os fatos ocorreram conforme as provas demonstram.”<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 433.

## 2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

### 2.1. HISTÓRICO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A persecução penal é dividida em duas fases: a fase pré-processual (investigação criminal) e a processual (processo judicial).

Segundo Vanessa Morais Kiss<sup>90</sup>,

a investigação criminal constitui gênero do qual são espécies a investigação policial; a investigação desenvolvida pelo Ministério Público; a investigação privada, levada a efeito por detetive profissional; a investigação defensiva; e, ainda, a investigação parlamentar, materializada nas comissões parlamentares de inquérito.

No Brasil, a investigação criminal surgiu ainda na fase colonial. No entanto, foi em 1841 que esta passou a ser conduzida da forma que vemos majoritariamente hoje: sob os cuidados das autoridades policiais<sup>91</sup>, no denominado inquérito policial.

Em definição, o inquérito policial é um procedimento de cunho administrativo, desempenhado pela Polícia Judiciária, com a finalidade de obter elementos de prova capazes de evidenciar indícios de autoria e materialidade delitiva para que, caso queira, o titular da ação penal (seja ela pública ou privada) dê prosseguimento ao procedimento judicial. É um procedimento dispensável, caso se consiga obter tais informações por outros meios<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> KISS, Vanessa Morais. A investigação defensiva no Direito Processual Penal Brasileiro. - São Paulo: [s.n.], 2021. Página 24. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24841/1/Vanessa%20Morais%20Kiss.pdf>. Acesso em 06 de abril de 2024.

<sup>91</sup> “Apenas com a Lei 261, de 03.12.1841, é que a investigação criminal passou a ser conduzida pela Autoridade Policial.” MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 50.

<sup>92</sup> “Há casos em que não se necessita de inquérito policial, por ser despendiosa a investigação da ocorrência do crime e de sua autoria (p. ex.: um crime contra a honra cometido pela imprensa, em uma matéria assinada). Em outros casos, os elementos de informação podem ter sido colhidos por outros meios (p. ex.: processos administrativos disciplinares, inquéritos civis públicos, comissões parlamentares de inquérito etc.) BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 137.

Regulamentado em 1871<sup>93</sup>, o inquérito policial ainda é o meio mais utilizado de investigação criminal preliminar no Brasil<sup>94</sup>, não comporta a ampla defesa do investigado no cenário atual, isso porque possui as características do já mencionado sistema processual penal inquisitório, quais sejam, procedimento sigiloso e sem contraditório. Além disso, sua fiscalização depende apenas do Ministério Público e do Judiciário<sup>95</sup>.

Por sua vez, a investigação defensiva também surgiu muito antes da sua atual definição. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar os dois principais modelos referentes à temática: o italiano e o norte-americano, a fim de que possa servir de base para a presente análise.

Na realidade italiana, embora haja anterior respaldo constitucional sobre o assunto<sup>96</sup>, a necessidade de impulsionar a atuação da defesa técnica do representado em sede investigativa se deu a partir da década de 1990, quando da chamada “Operação Mãos Limpas”<sup>97</sup>, a qual desvendou esquemas de corrupção entre políticos e empresários.

Assim, a reforma trazida pelo Código de Processo Penal Italiano, que entrou em vigor em 1989, assegurou o direito à *investigazioni difensive*<sup>98</sup> de diversas formas a partir do exposto em seus artigos.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Decreto nº. 4.824, de 22 de novembro de 1871. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm). Acesso em 04 de abril de 2024.

<sup>94</sup> “O inquérito policial, desde a sua posituação inaugural no direito brasileiro na segunda metade do século XIX, continua a ser o principal modelo legal de apuração de fatos criminosos.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 51.

<sup>95</sup> “Por sua vez, no inquérito policial, o defensor não possui o mesmo espaço, uma vez que a direção das investigações cabe à Autoridade Policial, sob a fiscalização do Ministério Público e da Autoridade Judiciária.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 13.

<sup>96</sup> “Art. 111. (...) No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação dirigida ao seu cargo, disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor; seja assistido por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada num processo.” Constituição da República Italiana (traduzida para português). Disponível em: <https://www.areaseg.com/bib/29%20-%20Constituicao%20de%20Países/Constituicao-Italia.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2024.

<sup>97</sup> “Na Itália, após anos dessa nova realidade trazida, a advocacia percebeu que estava a exercer um papel meramente protocolar, formal, no desempenho da Defesa nas Ações Penais envolvendo a *Mani Pulite*. Com isso, surge a necessidade de reinventar a participação defensiva no Processo Penal, a partir da instrumentalização probatória proativa e não mais refém da produção probatória estatal. Surge, assim, a *Investigazione Difensiva*.” DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022.

<sup>98</sup> “O artigo 190 do CPPI, que consagrou o direito à prova, constitui pressuposto básico da investigação defensiva. No artigo 38 do CPPI, por outro lado, se facultava ao defensor apresentar diretamente ao Juiz os elementos produzidos e/ou coletados na investigação particular. Essa interface proporcionou o efetivo direito de se defender

No contexto norte-americano, ao adotar desde cedo um modelo de processo penal adversarial, restou direcionar às partes o papel de investigar, com o intuito de promover a produção probatória<sup>99</sup>.

Assim, evidencia-se que este modelo de prática forense está enraizado na cultura local, ou seja, não só na área criminal, mas em tudo referente ao “estilo de vida norte-americano”. Segundo Gabriel Bulhões Nóbrega Dias, o modelo de processo penal adversarial é evidenciado também com relação à Justiça Penal Negociada, hoje muito evidenciada também na realidade jurídica brasileira:

O próprio conceito de barganha penal, ou Justiça Penal Negociada – tema o qual não caberia aqui e foge ao escopo desta obra –, é sintomático desse modelo, onde até mesmo os bens jurídicos penalmente relevantes, bem como suas ofensas mais graves passam à esfera da disponibilidade e integram um “balcão de negócios” no qual a moeda é informação e o objetivo sistêmico é a celeridade, o utilitarismo e o efficientismo (em detrimento de direitos e garantias materiais e processuais).<sup>100</sup>

Segundo a própria *American Bar Association* (Associação dos Advogados dos Estados Unidos), a atividade defensiva do advogado não é uma possibilidade, mas sim um dever, ou seja, há diretrizes que evidenciam como o advogado criminal deve atuar, inclusive na prática investigativa, denominada *duty to investigate*. Desse modo, o advogado “deve conduzir imediatamente uma investigação defensiva para apurar as circunstâncias do fato posto sob seu escrutínio, explorando todas as vias disponíveis”<sup>101</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que a realidade norte-americana possui determinação que impede que o advogado utilize de meios ilegais para obtenção de meios de prova com o intuito de beneficiar o seu representado.

---

provando.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 53.

<sup>99</sup> “Nessa trilha, bem de se ver que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros previram a investigação defensiva. Em realidade, cuida-se de prática antiga e usual do direito norte-americano, o qual, por observar um modelo processual penal “adversarial”, concedeu às partes iniciativa probatória e investigatória.” MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Páginas 47-48.

<sup>100</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 56.

<sup>101</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 57.



Na perspectiva latino-americana, evidencia-se que a investigação defensiva, inicialmente debatida também na década de 1990 na Argentina, depende de um livre arbítrio dos juízes, os quais têm a capacidade de autorizar ou não a produção probatória de forma autônoma pelo advogado<sup>102</sup>. Ou seja, está na jurisprudência e não na lei o modo de operar da defesa técnica do representado<sup>103</sup>.

Em seu modo, na concepção uruguaia, há determinação recente da investigação defensiva (de 2017) permitindo a capacidade de produção probatória autônoma, porém esta é genérica<sup>104</sup>, o que impossibilita a integral eficácia desse método de defesa.

Voltando à realidade brasileira, nota-se que ainda prevalece um modelo tradicionalmente inquisitório, embora já haja projeto de lei a fim de reformar o processo penal no sentido de trazer garantias do sistema acusatório ao acusado e promovendo as garantias constitucionais advindas da Constituição de 1988<sup>105</sup>.

Além disso, não há no Brasil regulamentação legislativa que contemple expressamente o tema da investigação defensiva<sup>106</sup>, o que reduz a eficácia desta ferramenta ao reduzir a segurança jurídica da atividade do advogado de defesa.

Contudo, embora não se tenha à vista alteração próxima que inclua o tema no ordenamento pátrio, pontua-se que, de acordo com Gabriel Bulhões Nóbrega Dias<sup>107</sup> que:

Nesse sentido, desde que respeite os tratados internacionais de direitos humanos, as normas do bloco constitucional, as leis e deveres ético-administrativos, a advocacia já

---

<sup>102</sup> “(...) a capacidade autônoma de produzir elementos probatórios, por parte da Defesa, depende da boa vontade dos juízes”. DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 60.

<sup>103</sup> “Não há garantia, portanto, para a advocacia argentina, em qualquer dos códigos analisados, de produzir provas de forma independente e autônoma.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 61.

<sup>104</sup> “Quanto à experiência uruguaia, tem-se igualmente um modelo de regulamentação legal, ainda no novo CPP que teve sua vigência iniciada em 2017. No novel código instrumental penal uruguaio, à menção expressa, porém genérica, à capacidade de produção probatória autônoma por parte da Defesa.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 61.

<sup>105</sup> Projeto de Lei do Senado n° 156, de 2009

<sup>106</sup> “A matéria da Investigação defensiva, como se sabe, nunca despertou a atenção do Legislador brasileiro, não havendo, até então, qualquer regulamentação, seja por um diploma legal próprio, ou por qualquer dispositivo esparço.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 66.

<sup>107</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 67.

pode se valer da investigação defensiva, tendo em vista que, ao particular, “tudo aquilo que não for proibido, lhe é permitido fazer.”

Nesse interesse, surgiu o já mencionado Provimento número 188/2018, do Conselho Federal da OAB, o qual foi elaborado pela Comissão de Advogados Criminalistas da Seccional do Rio Grande do Norte da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de trazer um “modelo teórico, axiológico e documental”<sup>108</sup>.

É evidente que o referido provimento foi um marco infralegal na realidade brasileira, sendo objeto de estudo nos mais diversos cenários, inclusive na chamada investigação defensiva corporativa, também chamada de *Compliance*, caracterizada por investigações internas conduzidas por pessoas jurídicas, com o intuito de apurar fatos que possam responsabilizar a empresa e seus similares.

Acerca do tema das investigações corporativas, o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABACRIM), também dedicou capítulo específico com relação ao tema. Segundo o artigo 100 do referido código,

A investigação interna se configura como um procedimento de cunho investigatório de natureza privada a ser realizado no âmbito de pessoas jurídicas a fim de apurar fatos sensíveis e determinados que possam estar vinculados à prática de condutas que atentem contra a ética no ambiente de trabalho ou empresarial e/ou que possam se configurar como infrações penais, nos termos da legislação federal, com a devida e justa apuração.

Nesses casos, segundo Diogo Rudge Malan, a atuação do advogado externo se mostra a mais recomendada, porquanto evita subordinações hierárquicas dentro da estrutura empresarial que poderiam prejudicar o trâmite das investigações, além de não haver conflito de interesses.<sup>109</sup>

## **2.2. DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA**

O artigo 133, da Constituição Federal de 1988, expõe que a advocacia é atividade indispensável à administração da justiça. Logo, é plenamente viável, sob o aspecto

---

<sup>108</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 68.

<sup>109</sup> MALAN, Diogo Rudge. Advocacia criminal contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Página 94.

constitucional, a inserção do advogado, em sede de investigação, com o intuito de defender os interesses de seu cliente.

Dessarte, a título de definição, a investigação defensiva pode ser entendida por ser um procedimento investigatório conduzido pelo defensor, com independência com relação aos órgãos públicos, a fim de que sejam colhidos elementos lícitos em benefício do ora representado<sup>110</sup>.

Com relação à investigação defensiva per si, pode-se concluir que a natureza jurídica desta é de procedimento com vistas a consubstanciar tanto a fase preliminar, bem como a fase processual e até em sede posterior, como é o caso da revisão criminal, por exemplo.

Fato é que a investigação em questão não deve ser vista de forma simplória, até porque, como acima exposto, pode ser realizada em qualquer fase processual em prol do representado, a fim de que logre êxito em compilar elementos probatórios que favoreçam a melhor defesa do interessado.

### **2.3. CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

De acordo com André Augusto Mendes Machado, são premissas da investigação defensiva:

(I) prática de atos de investigação (e não de prova); (II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; (III) em qualquer momento da persecução penal; (IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; (V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Assim, ressalte-se que a investigação defensiva pode ser utilizada nas mais diversas fases da persecução penal, seja na investigação preliminar, na instrução processual, na fase

---

<sup>110</sup> “Na investigação defensiva, o defensor dita os rumos do trabalho investigatório, com total autonomia em relação aos entes públicos, de forma a reunir elementos materiais lícitos em favor do imputado.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 13.

recursal, em sede de execução ou até mesmo em revisão criminal, dentre outras possibilidades<sup>111</sup>.

Suas finalidades são diversas. Isso porque a investigação defensiva pode contribuir para o não oferecimento da ação penal, para a declaração de nulidade ou para a absolvição, por exemplo, sempre com vistas a favorecer o melhor interesse do representado. Outras possibilidades estão previstas no rol exemplificativo do artigo 3º do Provimento número 188/2018<sup>112</sup>.

Há também a possibilidade de, visando os interesses da vítima, angariar elementos para embasar um pedido de instauração do inquérito policial, o qual, por certo, aliado a um despacho com o Delegado de Polícia, poderá servir de base para o direcionamento das investigações policiais. Nesse sentido, ainda diminui drasticamente os riscos de responsabilização por denúncia caluniosa<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> “Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

- I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III - resposta a acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares;
- V - defesa em ação penal pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - revisão criminal;
- VIII - habeas corpus;
- IX - proposta de acordo de colaboração premiada;
- X - proposta de acordo de leniência;”

<sup>112</sup> “Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

- I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III - resposta a acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares;
- V - defesa em ação penal pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - revisão criminal;
- VIII - habeas corpus;
- IX - proposta de acordo de colaboração premiada;
- X - proposta de acordo de leniência;
- XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 20 de abril de 2024.

<sup>113</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 83.

Em sentido oposto, é plenamente possível a atuação defensiva no sentido de trancar o inquérito policial, como ocorre em casos que a investigação defensiva contribui para compilar elementos de prova que comprovem que o fato investigado não é crime ou até mesmo não é punível, por exemplo.

Ressalte-se que o artigo 231<sup>114</sup>, do Código de Processo Penal, permite a junta de documentos aos autos em qualquer fase processual, inclusive sob qualquer procedimento ou grau de jurisdição<sup>115</sup>. Assim, em sede processual, os elementos obtidos através da investigação defensiva podem ser juntados a qualquer tempo, restando ao juiz determinar intimação dos autos à parte contrária para ciência de seu teor<sup>116</sup>.

Sobre a atuação em sede processual, Evinis Talon<sup>117</sup> entende que “a investigação defensiva significaria uma instrução paralela àquela do processo, que tem participação do Ministério Público, querelante ou, eventualmente, do assistente de acusação, com filtro do Juiz para deferir ou não os requerimentos defensivos.”

Uma estratégia comumente utilizada pela defesa ao longo da instrução criminal é requerer a juntada de documentos resultantes da investigação defensiva no momento da audiência. Tal atitude contribui na medida em que poderá indagar as testemunhas com base nesses elementos, além de assegurar que o Ministério Público não saiba previamente da estratégia adotada<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 17 de abril de 2024.

<sup>115</sup> “Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 17 de abril de 2024.

<sup>116</sup> “Insta salientar que o art. 231 do CPP permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo. Portanto, é possível inclusive a juntada de elementos obtidos na investigação defensiva no momento de apresentar os memoriais, hipótese em que, normalmente, para garantir o contrário, o Juiz determinará a intimação do Ministério Público ou querelante para ter ciência dos documentos juntados pela defesa.” TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 69.

<sup>117</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 91.

<sup>118</sup> “Juntar os resultados da investigação defensiva no momento da audiência terá como vantagem estratégica para a defesa a surpresa do Ministério Público, que não terá conhecimento prévio de todo o contexto probatório.” TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 73.

Em outro aspecto, a Lei 12.850/2013, que versa sobre as chamadas Organizações Criminosas, dispõe, em seu artigo 3-C, parágrafo quarto, que “incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.”<sup>119</sup>

Ou seja, a proposta de colaboração premiada, muito utilizada na realidade criminal contemporânea, deve ser precedida de elementos de prova que contribuam para que o benefício seja efetivamente concedido, devendo ressaltar que tal ato constitui marco de confidencialidade, conforme o artigo 3-B da referida Lei<sup>120</sup>. Nesse mesmo sentido funcionam as Leis número 12.529/2011 e 12.846/2013, as quais versam sobre o acordo de leniência.

Por outro lado, em sede recursal, deve-se atentar às delimitações próprias dessa fase, já que, com base em entendimentos jurisprudenciais, os Tribunais Superiores não são passíveis de análise de fatos e provas, além da possibilidade de ser recusada a juntada da documentação, tendo em vista que o Provimento número 188/2018 não possui força de lei.

Logo, a melhor perspectiva para a efetividade da investigação defensiva é o seu início desde a fase preliminar ou em primeiro grau, ou seja, em fase de instrução<sup>121</sup>. Isso se dá, tendo em vista que os magistrados muitas vezes entendem que a produção probatória é protelatória, ou seja, caberá à discricionariedade do julgador aceitar ou não a produção de provas em momento posterior.

Vale ressaltar, ainda, que a investigação defensiva pode ocorrer até mesmo antes da investigação preliminar, instaurada por meio de inquérito policial ou diretamente pelo Ministério Público, a fim de que, por exemplo, junte-se elementos para registrar uma ocorrência em sede policial<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em 21 de abril de 2024.

<sup>120</sup> “Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.” BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em 21 de abril de 2024.

<sup>121</sup> “Com essas limitações, seria recomendável realizar a investigação defensiva o mais cedo possível, ainda durante a tramitação do inquérito policial ou durante a instrução do processo no primeiro grau.” TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 70.

<sup>122</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 71.

Infelizmente, o que ocorre na prática é a ausência de atuação do advogado em sede preliminar, tendo em vista que o inquérito policial, procedimento administrativo de características inquisitoriais, não contempla as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, a investigação defensiva, de acordo com o supramencionado Provimento, pode ser utilizada quando da execução penal. Exemplo disso seria o advogado, de forma diligente, contribuir para comprovação de que seu cliente não cometeu falta grave, nos termos do artigo 50 da Lei de Execução Penal<sup>123</sup>, ou para fins de contabilização de dias trabalhados para remissão da pena, dentre outras as possibilidades.

Com relação à primeira hipótese, com base no artigo 47 da referida lei<sup>124</sup>, o preso, no curso da execução de sua pena, terá que ser avaliado pelo diretor do presídio acerca do cometimento ou não de faltas leves, médias ou graves, tratando-se, portanto, de processo administrativo disciplinar, no qual deve ser respeitado o direito de defesa<sup>125</sup>. É nesse contexto que o advogado de defesa pode atuar, trazendo à tona elementos que comprovem o não cometimento de nenhuma conduta negativa.

Ainda, segundo Evinis Talon<sup>126</sup>, “a investigação defensiva seria útil, v.g, para tentar justificar a fuga do apenado, comprovando que ele sofreu graves ameaças no interior do cárcere e que sua vida estava em risco.”

---

<sup>123</sup>“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” BRASIL. Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 18 de abril de 2024.

<sup>124</sup> “Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.” BRASIL. Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 18 de abril de 2024.

<sup>125</sup> “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.” BRASIL. Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 18 de abril de 2024.

<sup>126</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 76.

Com relação à possibilidade de utilizar-se da investigação defensiva em sede de revisão criminal, com base no artigo 621 do Código de Processo Penal<sup>127</sup>, nota-se que esta pode ser bastante eficiente, porquanto servirá para embasar o pedido com base no direcionamento apontado nos incisos, valendo ressaltar que, nesses casos, conforme entendimento jurisprudencial, não há presunção de inocência.

Ao levarmos em consideração que a revisão criminal não comporta fase para produção de provas, evidencia-se uma prévia necessidade de compilar tais evidências em sede de primeiro grau, procedimento este denominado justificação criminal. Nessa fase preliminar, seria evidentemente viável a participação efetiva da defesa em formar elementos para o subseqüente ajuizamento da revisão criminal perante o Tribunal.

Evinis Talon<sup>128</sup>, nesse aspecto, entende que a investigação defensiva poderia até mesmo servir de substituto à essa fase precedente, até como “forma de evitar a dependência da pauta do Juiz de primeiro grau e qualquer filtro arbitrário pelo Magistrado, que, para omitir erros próprios ou de seus colegas, poderia conduzir a justificação com certa indisposição.”

Contudo, evidencia-se que se torna necessário determinação legal expressa para que tal ferramenta seja validada em plano concreto perante o Tribunal, ou, em segunda alternativa, utilizar-se da ferramenta defensiva ora em análise em momento anterior ao procedimento de justificação.

Segundo o artigo 4º, do Provimento número 188/2018, da Ordem dos Advogados do Brasil,

Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

---

<sup>127</sup> “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;  
II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;  
III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 abril de 2024.

<sup>128</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 78.



Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Dessa forma, vale ressaltar que, embora não haja no ordenamento jurídico expressa determinação que autorize a atuação da investigação defensiva, as movimentações relacionadas ao tema são recentes e evidenciam o interesse em promover segurança jurídica aos advogados<sup>129</sup>.

Exemplo disso ocorreu quando da elaboração do Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABACRIM)<sup>130</sup>, no ano de 2023.

A obra foi pensada por 24 especialistas das mais diversas áreas: advogados, defensores públicos, peritos, professores, para a “estruturação de normas de conduta ético-profissionais para o exercício da atividade, propondo parâmetros de atuação com a finalidade de auxiliar as ações próprias da investigação defensiva.”<sup>131</sup>

Ainda, ressalta-se que, diante da perspectiva acusatória ministerial, focada em compilar elementos de provas desfavoráveis ao investigado, evidencia-se que se torna insustentável a dinâmica da isonomia material<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> “A investigação criminal defensiva é matéria estranha ao ordenamento jurídico pátrio, que, no modelo atual, prevê procedimento investigatório dirigido apenas pela Polícia Judiciária. Todavia, tal possibilidade vem sendo cada vez mais discutida pela doutrina jurídica nacional e estrangeira, por ser vista como forma de compensar o movimento em favor da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 45.

<sup>130</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS. *Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva*. Florianópolis: Emais Editora, 2023. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/abracrim-disponibiliza-codigo-deontologico-de-boas-praticas-da-investigacao-defensiva/>. Acesso em 04 de abril de 2024.

<sup>131</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS. *Abracrim disponibiliza Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva*. Publicado em: 19 de março de 2024. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/abracrim-disponibiliza-codigo-deontologico-de-boas-praticas-da-investigacao-defensiva/> Acesso em 04 de abril de 2024.

<sup>132</sup> “Infere-se dos sobreditos excertos doutrinários que o Ministério Público, enquanto encarregado da instrução preliminar, atua parcialmente, com o propósito de demonstrar a tese acusatória, descurando-se dos informes favoráveis ao imputado. Por tal motivo, se o *Parquet* for o responsável pela investigação pública, é de rigor, em atenção aos postulados da igualdade e da ampla defesa, que se faculte ao imputado a possibilidade de exercer atividade investigatória, a fim de reunir elementos de convicção aptos a afastar a imputação que pesa contra si. De outra parte, se a investigação preliminar for dirigida pela Polícia Judiciária, a investigação defensiva, a princípio, não seria imprescindível, em razão do dever de imparcialidade deste órgão. Entretanto, o que se constata empiricamente é que mesmo a investigação policial é tendenciosamente acusatória e, em certa medida, restringe a

Até porque, muito embora haja permissão da participação do advogado na investigação preliminar<sup>133</sup>, ela não deve ser confundida com a permissão para investigar de forma defensiva, na medida em que sua atuação carece de ampla defesa e está submetida aos moldes das autoridades públicas, que atua com base nas características do modelo inquisitorial.

Nesse sentido, a investigação criminal defensiva, além de assegurar o princípio da paridade de armas ao possibilitar que o imputado tenha meios e elementos viáveis para defender-se, também permite que, em sede preliminar, atue de forma preventiva e evite que o imputado sofra equivocadamente a instauração de uma ação penal<sup>134135</sup>.

Outro ponto relevante é que a investigação penal defensiva amplia a própria eficiência da justiça penal, porquanto amplia a produção de provas do suposto crime e, assim, promove e melhor constatação dos fatos<sup>136</sup>.

Há também de se levar em consideração que a investigação defensiva, se feita de maneira eficaz por meio de advogados especializados, promove a delimitação do objeto investigado<sup>137</sup>, assegurando as garantias do imputado ao impedir que sejam tomadas atitudes arbitrárias por meio dos órgãos estatais, como é o caso de pedidos de busca e apreensão infundados.

---

participação da defesa.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 46.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14, de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em 24 de junho de 2023.

<sup>134</sup> “De fato, esse tipo de investigação garante a indispensável paridade de armas entre a acusação e o imputado, pois permite a obtenção dos meios de prova relevantes para a defesa e que, no momento oportuno, serão utilizados para confrontar os dados materiais reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória. Mais do que isso, a investigação defensiva serve para efetivar os referidos postulados, pois assegura ao imputado, desde o início da persecução penal, a possibilidade de afastar a acusação que lhe foi feita e, dessarte, evitar a instauração de ação penal infundada.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 12.

<sup>135</sup> o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-las.” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 86-87.

<sup>136</sup> “Por outra perspectiva, a investigação defensiva proporciona melhor averiguação dos fatos tidos como criminosos e, com isso, aumenta a eficiência da Justiça Penal. É que ela serve de contrapeso à perquirição realizada pelos entes públicos e amplia o campo cognitivo do magistrado, fornecendo-lhe dados adicionais àqueles coligidos na investigação pública” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 12.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 1ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2004. Página 21-24, apud MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Vale ressaltar que, embora o investigado não tenha recursos financeiros para arcar com a investigação defensiva, é papel do Estado, na figura da Defensoria Pública, assumir essa função, a fim de que seja assegurada a isonomia das partes<sup>138</sup>. Exemplo dessa lógica ocorre na realidade chilena que, aprimorando seu código de processo penal após períodos ditatoriais, incluiu como diretriz o custeio de “profissionais de fora do quadro do Estado para realização de tarefas relacionadas à Defesa e à produção de prova técnica”<sup>139</sup>.

Ainda, é de se mencionar as alterações trazidas pela Lei número 13.964/2019<sup>140</sup>, denominada Pacote Anticrime, a qual foi criada com o objetivo de aprimorar a legislação penal e processual penal, trazendo raízes do modelo acusatório para o ordenamento pátrio. Por certo, essa alteração mudou a direção da seara criminal, que já vinha se alterando desde a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o Código de Processo Penal é anterior e elaborado em tempos ditatoriais<sup>141</sup>.

Sobre as possíveis atividades exercidas pelo advogado em sede de investigação defensiva, é possível citar: juntada de documentos, fotografias e gravações aos autos, perícia técnica; tomada de depoimentos; reconhecimento de pessoas e coisas; entre outras possibilidades<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> “Não obstante, há quem sustente que a investigação defensiva, apesar de plausível no plano teórico, seria impossível na prática, principalmente no Brasil, devido à precária situação econômica dos imputados, que não teriam condições de sustentar defensor particular. Por conta disso, haveria uma maior desigualdade entre os imputados, já que apenas uma minoria seria capaz de efetuar atividade investigatória. Tal posição não se afigura a mais adequada, pois, se o imputado não puder arcar com advogado, o Estado deve fornecer defensor público para conduzir a investigação. Diga-se: a condição econômica do imputado não inviabiliza a investigação defensiva.” MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 46-47.

<sup>139</sup> DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 62-63.

<sup>140</sup> “Artigo 3-A. 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”. BRASIL. Lei número 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

<sup>141</sup> “A matriz do CPP de 1941 é declaradamente inquisitória, sendo um texto imposto em plena ditadura Vargasista (Estado Novo), com inspiração nada disfarçada por parte do então Ministro da Justiça brasileiro, Francisco Campos, ao regime fascista italiano, chefiado por Benito Mussolini e que havia em 1930 publicado o seu próprio Código de Processo Penal italiano, por obra de Alfredo Rocco, em texto que foi quase integralmente copiado para edição do CPP brasileiro de 1941.” DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 74.

<sup>142</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 57.

Dessa forma, a partir das inúmeras possibilidades evidenciadas para promover a melhor atuação defensiva em prol do representado, deve o advogado, em análise minuciosa do caso concreto, atuar de forma prudente para que a sua impulsão nos autos seja a mais adequada e eficiente possível.

Segundo Evinis Talon<sup>143</sup>,

Há crimes, como os patrimoniais, que poderão demandar a elaboração de um auto de avaliação da coisa subtraída. Outros, como os crimes de trânsito e de homicídio, poderão exigir perícias complexas no local, no veículo, na arma utilizada ou em uma pessoa.

Se houver questionamento sobre a autoria, o reconhecimento de pessoa poderá ser útil. Noutro sentido, em crimes que envolvam contratos ou imóveis, a obtenção e a juntada de documentos é uma medida possível.

Outra característica da investigação defensiva é que esta é atividade privativa da advocacia, com base no artigo 7º, do Provimento número 188/2018<sup>144</sup>, devendo pontuar, no entanto, que outros indivíduos pratiquem atos investigativos, como o próprio investigado/acusado, ou peritos, por exemplo.

Dessa arte, nota-se que o sujeito principal da investigação defensiva é o advogado ou defensor público, sendo certo que, a seu critério, pode atuar em colaboração com demais profissões complementares à prática forense, quais sejam, peritos, técnicos, detetives particulares, auxiliares de um modo geral, dentre outras possibilidades<sup>145</sup>. Caso o laudo elaborado por profissional não seja considerado favorável para a defesa pelo advogado, caberá a este não juntar aos autos oficiais tal documentação.

Ainda, faz-se necessário mencionar o dever de sigilo da investigação defensiva. Conforme dispõe o artigo 5º do sobredito Provimento, “durante a realização da investigação, o

---

<sup>143</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 57.

<sup>144</sup> “Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 16 de abril de 2024.

<sup>145</sup> TALON, Evinis. *Investigação criminal defensiva*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 65.

advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.”<sup>146</sup>

Nessa luz, nada difere do dever profissional do advogado criminal fora da investigação, porquanto o dever de sigilo já está abarcado no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 35: “O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão.”<sup>147</sup>

Por fim, evidencia-se que a investigação criminal defensiva é uma investigação imparcial com fins parciais. Isso se dá na medida em que ela representa o melhor interesse do cliente, mas serve inclusive para descobrir fatos “negativos” do ora investigado/acusado, os quais evitarão surpresas para a defesa ao longo de toda a persecução penal<sup>148</sup>.

## **2.4. PROBLEMATIZAÇÕES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

Acerca da temática, é possível mencionar algumas possíveis problematizações evidenciadas no estudo do tema.

A primeira a ser observada é que a investigação defensiva, por ser tratada em determinações infralegais, ou seja, por não possuir determinação legislativa expressa, carece de integral eficácia e segurança jurídica, na medida em que caberá às autoridades competentes a sua admissão ou não aos autos.

Em outro aspecto, há também necessidade de se atentar à responsabilidade do advogado criminal na condução da investigação defensiva, já que muitas vezes a atividade é criminalizada<sup>149</sup>, isso porque, diante de um cenário predominantemente autoritário, defender os interesses do representado perante eventuais abusos e ilegalidades se torna um risco concreto,

---

<sup>146</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 22 de abril de 2024.

<sup>147</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>. Acesso em 22 de abril de 2024.

<sup>148</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. Página 113.

<sup>149</sup> MALAN, Diogo Rudge. Advocacia criminal contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Página 113.

como pode ser o caso da acusação do advogado pelo crime de fraude processual, com base no artigo 347 do Código Penal pátrio<sup>150</sup>.

Ademais, a prática forense investigativa pode vir a sofrer riscos à sua integridade física. Inclusive, nesse sentido, está sendo discutido no Congresso Nacional o PL 5109/2023<sup>151</sup>, cujo intuito é incluir no Estatuto da OAB medidas protetivas em favor dos advogados agredidos no exercício da profissão.

Outro fator que o advogado criminal deve ponderar é que a investigação defensiva ainda é vista por parte das autoridades competentes de forma negativa. Isso porque, de acordo com essa perspectiva, há margem para ser vista como estratégia de coação de testemunhas no momento de seus respectivos depoimentos<sup>152</sup>, por exemplo.

Em outro aspecto, embora o artigo 6º do Provimento número 188/2018<sup>153</sup> assegure que o advogado não possui o dever de informar às autoridades competentes os fatos investigados, sobretudo os que possam vir a prejudicar os interesses do representado, é discutido no plano ético sua validade.

Com relação à investigação criminal corporativa, evidencia-se que o advogado pode ser submetido à responsabilização cível, penal ou ético-disciplinar, na medida em que for comprovado negligência ou imperícia, por exemplo.<sup>154</sup> Exemplos de infrações ético-disciplinar estão previstos no artigo 34 da Lei 8.906/94, valendo ressaltar, nesses casos, o inciso IX: “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”

Por certo, o maior problema evidenciado com relação à investigação defensiva é que não há no ordenamento jurídico pátrio determinação legal que permita expressamente que o

---

<sup>150</sup> BRASIL. Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848), de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 02 de julho de 2024.

<sup>151</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2398301>. Acesso em 20 de abril de 2024.

<sup>152</sup> TALON, Evinis. Investigação criminal defensiva: cuidado! Youtube, publicado em 7 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=n8IQ10bCDQg>. Acesso em 20 de abril de 2024.

<sup>153</sup> “Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 21 de abril de 2024.

<sup>154</sup> MALAN, Diogo Rudge. Advocacia criminal contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Página 95.

advogado pratique a investigação defensiva, ao contrário do já mencionado ordenamento jurídico italiano.

Contudo, não só não há nenhuma vedação, como também há cada vez mais movimentos no sentido de regularizar essa atuação, ainda que de forma infralegal, por meio de provimento e código deontológico promovidos com o intuito de orientar a advocacia criminal<sup>155</sup>.

Exemplo disso é o Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018<sup>156</sup>, o qual, inspirado nos moldes italianos, tem por finalidade regulamentar “o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.”

Além do exposto, uma relevante consideração é que não se evidencia, no plano das prerrogativas da profissão, determinações que assegurem a atuação do advogado com relação à investigação defensiva.

Há também quem julgue que o amplo acesso do advogado de defesa na fase preliminar poderia vir a prejudicar o trâmite investigativo que, muitas vezes, exige sigilo em determinados atos por parte das autoridades estatais.

Outro aspecto a se considerar é que, no Brasil, há uma carência de debate em tópicos costumeiramente debatidos acerca da investigação defensiva em outros ordenamentos, como a valorização dos elementos de prova produzidos pela defesa, sua admissão pelos órgãos públicos, além da possibilidade de utilização de provas ilícitas para inocentar o representado (este último será pormenorizado no subsequente capítulo).

Com o intuito de prevenir tal inconveniência, é necessário que o advogado se resguarde das maneiras mais seguras possíveis.

---

<sup>155</sup> “O provimento 188, editado pelo CFOAB em dezembro de 2018, abre portas para uma dimensão prática de um tema que foi praticamente desprezado pela Academia jurídica brasileira ao longo das duas últimas décadas. Não por outra razão, dada a inovação normativa, ainda que infralegal, impulsionou-se uma proliferação de escritos, contra e a favor do Instituto.” DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 70.

<sup>156</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 18 de junho de 2023.

Exemplo disso ocorre quando o advogado delimita o escopo da investigação corporativa, pontuando o cliente, a fim de que delimite seus deveres éticos e legais, além de evitar eventuais conflitos de interesse, como defender o ente empresarial e o administrador em cenários distintos, ou seja, para além do escopo da investigação.<sup>157</sup>

Outra alternativa viável de prevenção ocorre por meio do registro da instauração da investigação defensiva na OAB. Além disso, é proposto como modelo documental próximo ao ideal o denominado “Autos de Investigação Defensiva (AID)”.<sup>158</sup>

Nesse sentido, uma recomendação apontada é que as informações acerca das diligências já realizadas sejam pontuadas a partir de um relatório instruído com todos os anexos necessários: “documentos, filmagens, fotos, objetos entre outros suportes físicos e/ou digitais que possam comprovar a legalidade e legitimidade das medidas tomadas e das conclusões apresentadas.”<sup>159</sup>

## **2.5. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Em um primeiro momento, a investigação defensiva apresentou-se através do Projeto de Lei do Senado (PLS) número 156/2009. Em seguida, na Câmara dos Deputados, o projeto do novo Código de Processo Penal (substitutivo ao PL 8.045/10) também pontuou a investigação defensiva como novidade no cenário brasileiro, contemplada como exercício do direito à ampla defesa, sendo, portanto, consequência direta do consagrado na Constituição, em seu artigo 5, inciso LV.<sup>160</sup>

Nesse sentido, segundo o artigo 13, caput, do supramencionado projeto de novo CPP, “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros

---

<sup>157</sup> MALAN, Diogo Rudge. *Advocacia criminal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Página 96.

<sup>158</sup> DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 217.

<sup>159</sup> DIAS, G. B. N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 2ª edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 222.

<sup>160</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Webinar Projeto do novo CPP Investigação defensiva. Youtube, publicado em 3 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PySy3py92Oc>. Acesso em 15 de maio de 2024.



mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.”<sup>161</sup>

Contudo, evidencia-se, ao longo dos parágrafos do mesmo artigo 13, que há restrições consideráveis à atuação investigativa defensiva. Vejamos:

- § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.
- § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.
- § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.
- § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.
- § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.
- § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

No parágrafo primeiro, nota-se a necessidade de esclarecimento sobre a intenção da defesa técnica e consentimento formal das pessoas a serem ouvidas. No segundo e terceiro parágrafos, há o impedimento com relação à oitiva da vítima, salvo se autorizado e de acordo com as condições fixadas pelo juiz de garantias, o qual atua em sede de investigação preliminar e é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e garantidor dos direitos dos investigados.

Já no quarto parágrafo, há limitação com relação ao período de entrevista, além de determinar discrição e reserva. No quinto parágrafo, nota-se, por certo, a mais grave das determinações: a inserção dos elementos probatórios formulados pela defesa nos autos do inquérito dependerá da discricionariedade da autoridade policial, a qual terá o papel de avaliar a pertinência do que foi produzido em sede de investigação defensiva.

Nota-se, aqui, um relevante problema, porquanto o projeto de novo Código de Processo Penal insere a chamada teoria da canalização, a qual foi criada na Itália e determina que todo o

---

<sup>161</sup> BRASIL. Projeto de Lei número 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010). Acesso em 15 de maio de 2024.

material produzido a partir da investigação defensiva deve ser apreciado de forma discricionária pela autoridade pública.<sup>162</sup>

Segundo Gabriel Bulhões Nóbrega Dias, tal decisão influi no “esvaziamento do instituto, bem como do seu potencial ora de impedir erros judiciais, condenações injustas, destroçamento midiático de honras, ora de conferir voz às vítimas de crimes, sejam elas pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas.”<sup>163</sup>

De fato, chego a mesma conclusão. Ora, se tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público podem exercer o papel investigativo, por que não o advogado, tão qualificado quanto estes, não pode? De fato, conceder autorização expressa e permitir a atuação ampla do advogado através da investigação defensiva é pôr em prática a paridade de armas.

Por fim, a legislação, em seu parágrafo sexto, do artigo 13 acima evidenciado, pontua a possibilidade de responsabilização civil, criminal e disciplinar por eventuais excessos cometidos.

Em 2021, o Deputado João Campos, presidente do Grupo de Trabalho e da Comissão Especial para análise do projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), apresentou um relatório substitutivo muito pertinente à presente análise.

Isso porque, segundo Gabriel Bulhões Nóbrega Dias, um modelo que prevê “pontual e genericamente a existência do instituto da Investigação Defensiva) não seria suficiente para viabilizar a plena implementação da investigação defensiva no Brasil”<sup>164</sup>, na medida em que prevalece uma cultura de raízes inquisitórias.

Assim, o relatório substitutivo direcionou uma seção inteira à temática da investigação defensiva, dos artigos 44 ao 49 do projeto do novo Código de Processo Penal.

---

<sup>162</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 93.

<sup>163</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 93.

<sup>164</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 96.

Nesse sentido, vejamos as seguintes disposições acerca da investigação defensiva:

Art. 13. O material produzido em investigação defensiva poderá ser juntado ao inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento.

(...)

#### Seção VIII Da Investigação Defensiva

Art. 44. A investigação defensiva é realizada por advogado ou defensor público no exercício da ampla defesa do imputado cujos interesses são por eles patrocinados.

Art. 45. Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado ou defensor público, no exercício da ampla defesa técnica, com ou sem assistência de perito, consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, visando à produção de elementos informativos lícitos destinados exclusivamente à tutela defensiva.

Art. 46. Os elementos informativos produzidos em investigação defensiva podem instruir pedidos formulados em quaisquer medidas defensivas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Art. 47. Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na legislação de acesso à informação.

§ 1º Na realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público poderá valer-se de profissionais, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo, que serão identificados. No caso de juntada de diligência realizada por tais profissionais aos autos da persecução penal, a qualificação dos referidos profissionais será mantida em sigilo, tendo acesso a tal informação apenas o juiz, a autoridade policial, o Ministério Público, o querelante e o assistente da acusação.

§ 2º O depoente receberá cópia das declarações prestadas.

§ 3º O advogado ou o defensor público poderá formular pedido de cooperação jurídica internacional à autoridade central brasileira, desde que haja previsão em acordo internacional ou promessa de reciprocidade.

Art. 48. Durante a realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público preservará o sigilo das informações colhidas e zelará pelos direitos e garantias das pessoas naturais ou jurídicas envolvidas, especialmente em relação à dignidade, privacidade, intimidade, direitos autorais, propriedade intelectual e segredo industrial, sob pena de responsabilização disciplinar, cível, administrativa e criminal.

Parágrafo único. O advogado, o defensor público e os outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade judicial ou policial os fatos investigados defensivamente.

Art. 49. A investigação e a utilização dos elementos informativos deverão ser solicitadas e autorizadas prévia e expressamente pela pessoa defendida.

Parágrafo único. O abuso do direito de defesa e a prática de atos de investigação defensiva em desacordo com o disposto nesta seção poderão configurar, isolada ou cumulativamente, ilícitos de natureza cível, disciplinar, administrativa e criminal.

Nesse cenário, nota-se que, embora o texto ainda possa ser alterado e esteja pendente de aprovação, é possível concluir um avanço com relação à inserção expressa e ampla da investigação defensiva no relatório substitutivo do projeto de Código de Processo Penal pátrio, ao contrário do que estava disposto anteriormente. As mencionadas alterações, por certo, irão contribuir para a ampliação e efetividade do sistema acusatório na realidade brasileira.

Além do exposto, há também o projeto de lei número 2642/2021<sup>165</sup>, do deputado Cezinha de Madureira (PSD/SP), o qual tem por objetivo modificar a legislação processual penal no sentido de aprimorar as garantias processuais e as prerrogativas advocatícias. Em 19 de setembro de 2023, o referido projeto de lei foi desapensado do projeto de novo Código de Processo Penal, submetendo-se à tramitação em regime ordinário.

Essa proposta tem por intuito modificar o Código de Processo Penal atual ao inserir disposições referentes à investigação defensiva, em título próprio, tais como as já evidenciadas pelo Provimento número 188/2018, mas não somente, dedicando-se a esclarecer e pormenorizar tópicos sobre a temática. Exemplo disso é a possibilidade do réu de responder apenas as perguntas formuladas pela sua defesa técnica quando do momento do interrogatório.

Além disso, o projeto de lei número 2642/2021 também tem por objetivo alterar a lei de drogas e o Estatuto da OAB, sendo este último para inserir a investigação defensiva como ato privativo de advogado, além de determinar que a defesa se situe no mesmo plano topográfico da acusação nas sessões e audiências criminais.

## **2.6. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA JURISPRUDÊNCIA**

O primeiro marco jurisprudencial que mencionou a expressão investigação defensiva foi dentro da Justiça Militar estadual do Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2019. No caso, os advogados tiveram seu pleito de acesso a documentos indeferido no plano

---

<sup>165</sup> BRASIL. Projeto de Lei número 2642, de 02 de agosto 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2049305&filename=PL%202642/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2049305&filename=PL%202642/2021). Acesso em 27 de maio de 2024.

administrativo do Batalhão da Polícia Militar, razão pela qual pugnou, pela via judicial, a sua pretensão defensiva.<sup>166</sup>

No Supremo Tribunal Federal, a investigação defensiva foi expressamente pontuada no ano de 2021, tratando-se de uma decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, ora relator, que concedeu ordem de ofício para trancar procedimentos criminais em desfavor de um advogado, no contexto da operação Lava Jato, que exercia a função investigativa de fontes lícitas, a qual é regulamentada pelo Provimento número 188/2018.<sup>167</sup>

Ainda nesse aspecto, Gilmar Mendes ainda afirma que “a advocacia é uma das funções essenciais à justiça brasileira” e “representa, portanto, um *munus público*, uma função que deve ser respeitada em todas as suas prerrogativas.”<sup>168</sup>

Por sua vez, no Superior Tribunal de Justiça, houve julgamento acerca da temática, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina. Neste mandado de segurança 26627/DF, foi afirmado ato ilegal, no âmbito da Operação Lava Jato, atribuído ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, “consistente na alegada negativa de acesso do impetrante a informações e documentos relativos a atos de cooperação jurídica eventualmente realizados entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América”.<sup>169</sup>

Nessa luz, foi entendido:

Legítima se revela a pretensão do impetrante de "conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB", devendo-se, no ponto, levar em estima a cláusula constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), no que esta busca garantir a paridade de armas entre os interesses probatórios do órgão acusatório e da defesa técnica da parte ré, ambos almejando certificar a veracidade de suas versões.

---

<sup>166</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 99.

<sup>167</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 36542 AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento ocorrido em 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347429536&ext=.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2024.

<sup>168</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 36542 AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento ocorrido em 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347429536&ext=.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2024.

<sup>169</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 26627/DF. Relator: Ministro Sérgio Kukina, julgamento ocorrido em 09 de março de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=E&livre=%28%28+%28%27PROVIME NTO+188%2F2018%27%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272158368%27>. Acesso em 22 de maio de 2024.

Outra decisão relevante foi a do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, de relatoria do desembargador federal Maurício Kato, no ano de 2020. Segundo seu entendimento, seria “o juízo criminal em que movidas as ações e investigações penais (...) o competente para a apreciação e julgamento de qualquer processo ou procedimento a elas relacionadas”.<sup>170</sup>

Com base no exposto, nota-se, no plano jurisprudencial, uma utilização e reconhecimento da investigação defensiva como direito interligado aos direitos fundamentais da ampla defesa e isonomia.

Portanto, tendo em vista o recente marco pelo Provimento número 188/2018, do Conselho Federal da OAB, é de se vislumbrar uma crescente e contínua discussão dessa ferramenta defensiva na jurisprudência, na medida em que, como mencionado no subcapítulo anterior, já estão encaminhadas determinações legislativas a fim de assegurar o advogado no exercício da investigação criminal defensiva. Ainda nesse aspecto, Gabriel Bulhões Nóbrega Dias conclui que “resta cristalina a legitimidade reconhecida das atividades relacionadas à investigação defensiva, ainda que sem qualquer regulamentação legal.”<sup>171</sup>

No próximo capítulo, será posto em ênfase a análise da legitimidade da utilização da prova ilícita pela defesa técnica, através da investigação defensiva, para produzir elementos probatórios que confirmem a inocência do representado.

---

<sup>170</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. Apelação número 5001789-10.2020.4.03.6181. Relator: desembargador federal Maurício Kato. Julgamento em 02 de junho de 2020.

<sup>171</sup> DIAS, G. B. N. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022. Página 105.

### CAPÍTULO III – A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

O objetivo do presente capítulo é analisar especificamente a possibilidade, dentro do contexto da investigação defensiva, de se utilizar da prova ilícita com o intuito de provar a inocência do acusado. Para isso, será pontuado, inicialmente, sobre a utilização da prova ilícita no contexto do processo penal de forma geral, para, assim, adentrar ao questionamento central. Além disso, será feita uma exposição das prerrogativas e proibições da atuação do advogado no exercício da ampla defesa para, ao fim, ponderar e concluir a pauta levantada.

De início, Gustavo Badaró confirma que a parte mais difícil do processo penal é a reconstrução dos fatos conforme as determinações legais que regulam a investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas.<sup>172</sup> Assim, pode-se perceber que há limites com relação à investigação, produção, admissão e valoração das provas para que se atinja a finalidade almejada, as quais precisam ser levadas em consideração, a fim de que se tenha um julgamento dentro dos conformes da lei.

Exemplo disso está evidenciado no artigo 400, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, quando assegura ao juiz a possibilidade de não admitir determinadas provas a seu critério.<sup>173</sup> Além disso, com relação à valoração da prova, o artigo 155 do Código de Processo Penal afirma que a livre convicção do juiz será formada por meio da apreciação da prova produzida em contraditório judicial.<sup>174</sup> Isso porque, segundo Aury Lopes Jr., deve-se atentar aos limites da atividade probatória, tendo em vista a necessidade de garantia dos atos processuais decorrentes de uma evolução do processo penal.<sup>175</sup>

Desse modo, como constatado no capítulo I, a verdade real é inatingível, sendo certo que se faz necessário ponderar os meios de obtenção das provas, a fim de que a finalidade do processo penal não seja a busca pela suposta verdade real, mas sim uma verdade processual,

---

<sup>172</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 433.

<sup>173</sup> “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

<sup>174</sup> “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

<sup>175</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

cuja conclusão vem de um juízo de probabilidade e verossimilhança<sup>176</sup> dentro do que foi apresentado e ponderado ao longo de todo o procedimento, em respeito às normas do ordenamento pátrio, para que haja a correta aplicação da lei penal<sup>177</sup>. Logo, com relação à busca pela verdade, os fins não justificam os meios no processo penal.<sup>178</sup>

Nesse aspecto, seguindo a lógica de evolução processual acima apontada por Aury, foi incluída no Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.690, de 2008<sup>179</sup>, vedação legal explícita acerca da utilização de provas ilícitas. Conforme expõe o artigo 157, do Código de Processo Penal, as provas ilícitas são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo.<sup>180</sup>

Assim, embora o texto legal pontue apenas as provas ilícitas, a doutrina estabelece uma diferenciação entre os seguintes termos: provas ilegais, ilegítimas e ilícitas, as quais serão distinguidas a seguir.

Em primeiro ponto, a prova será ilegal quando violar as normas e princípios previstos no ordenamento jurídico. Esta, por sua vez, pode ser dividida em duas: provas ilegítimas e provas ilícitas. Logo, a prova ilegal é gênero, sendo as provas ilegítimas e ilícitas espécies.

A prova ilegítima se dá quando há violação à uma norma de direito processual penal quando do momento de sua produção, ou seja, dentro do próprio processo. Exemplo disso ocorre quando há oitiva de uma testemunha sem participação das partes para perguntas.<sup>181</sup>

Por sua vez, as provas ilícitas ocorrem quando há violação de normas de direito material ou de garantias previstas na Constituição, tendo como exemplos a interceptação telefônica não autorizada por decisão judicial ou as provas obtidas mediante tortura.<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 46.

<sup>177</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 439.

<sup>178</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Página 438.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1). Acesso em 25 de abril de 2024.

<sup>180</sup> “Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 26 de abril de 2024.

<sup>181</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 460.

<sup>182</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 460.



Usualmente, a obtenção da prova ilícita é tida como um delito, o que não ocorre em sede de prova ilegítima. A consequência da prova ilegítima é a sua nulidade, já a consequência da prova ilícita é, muitas vezes, a sanção penal, além de ser ter de ser desentranhada do processo, conforme o já mencionado artigo 157, do Código de Processo Penal.

No entanto, a lógica nem sempre foi essa. Como já mencionado no subcapítulo “A verdade no processo penal”, do capítulo I, anteriormente, as provas ilícitas eram vistas de outra forma dentro do processo penal. Na busca da chamada “verdade real”, parte da doutrina acreditava que, embora houvesse ilicitude com relação à obtenção da prova, esta deveria ser mantida no processo para fins de formação do conhecimento do juiz.

Isso porque, de acordo com essa corrente doutrinária, a busca pela verdade seria o fim do processo, ou seja, os meios se justificariam para a “correta” busca da verdade, ainda que a prova tenha sido obtida violando normas materiais. A consequência ao infrator, portanto, seria apenas a aplicação da norma penal, mas a prova não seria desentranhada.

Essa teoria era chamada de *male captum, bene retetum*, que significa prova “mal recolhida, mas bem recebida”. Ou seja, por não haver sanção processual por violação de norma material, a prova ilícita era inserida e recebida no processo assim como as outras obtidas por meios lícitos.<sup>183</sup>

Por outro lado, corrente contrária, influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, entendia que o direito não poderia validar “comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio”.<sup>184</sup>

Portanto, essa alteração se deu justamente com base nessa segunda convicção. Em primeiro momento, o Código de Processo Civil de 1973 adotou, em seu artigo 332, que “todos

---

<sup>183</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 460-461.

<sup>184</sup> DE SOUZA, Alexander Araújo. A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?. Revista da EMERJ, v.7, n.27. 2004. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista27/revista27\\_185.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_185.pdf). Acesso em 26 de abril de 2024.

os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”<sup>185</sup>

Tal disposição se consolidou no atual Código de Processo Civil, de 2015, no capítulo das provas, da seguinte forma: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”<sup>186</sup>

A Constituição Federal de 1988, seguindo o pioneirismo do processo civil, inseriu a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.<sup>187</sup>

Segundo Gustavo Badaró,

A Constituição, ao assegurar a inadmissibilidade processual da prova ilícita, estabeleceu uma “ponte” entre os dois planos, do direito material e do direito processual. A “inadmissibilidade” é uma “sanção” processual, para uma violação de uma regra material.

Ou seja, pode-se concluir que a ilicitude da prova, a partir desse marco, atinge o infrator tanto no plano material (sanção penal), como também no plano processual (nulidade da prova), porquanto foi assegurada na Constituição como cláusula pétrea, asseguradas no rol das garantias fundamentais, não sendo passíveis de emenda.

Antonio Magalhaes Gomes Filho, nesse sentido, diz que, influenciado pela análise norte-americana, o dispositivo entendeu que “somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção”.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em 10 de maio de 2024.

<sup>186</sup> BRASIL. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 10 de maio de 2024.

<sup>187</sup> “Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 26 de abril de 2024.

<sup>188</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 85/2010 | p. 393 - 410 | Jul - Ago / 2010 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 213 - 229 | Jun / 2012 DTR\2010\221.

Após essa implementação, outras disposições vieram nessa mesma lógica no plano infraconstitucional. Além do que já foi mencionado no caput do artigo 157, do Código de Processo Penal, o parágrafo primeiro do mesmo artigo ainda afirma que também são “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Nesse ponto, é importante fazer menção à teoria dos frutos da árvore envenenada, que tem origem no direito norte-americano, e que entende que, se há uma prova obtida através de meios ilícitos, essa prova deve ser considerada ilícita igualmente. De acordo Gustavo Badaró, “a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida.”

Exemplo disso ocorre quando há uma confissão realizada mediante tortura, na qual as informações obtidas fundamentam um pedido de busca e apreensão que é posteriormente deferido e cumprido. Assim, caso se obtenha a prova do crime nessa busca e apreensão, esta não deve ser admitida, pois, se fosse, burlaria “a própria inadmissibilidade da prova ilícita”.<sup>189</sup>

Contudo, faz-se necessário ressaltar que a vedação à prova ilícita não é absoluta, ou seja, “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Nesse sentido, evidencia-se que o legislador abriu margem para a utilização de provas que seriam descobertas por fonte outra, ou seja, para além da prova ilícita. Assim, em seu parágrafo segundo, expõe que: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

Com base no parágrafo segundo acima mencionado, e com relação à temática ora em análise, caso haja uma boa investigação em prol do representado pela defesa técnica, conclui-se que é possível comprovar que os elementos obtidos seriam igualmente encontrados por fonte

---

<sup>189</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 468.

diversa de prova ou através de uma descoberta inevitável, a fim de que seja utilizado o que foi reunido, caso se entenda pertinente.

Em uma análise crítica, Gustavo Badaró entende que é utilizado, no parágrafo segundo do artigo 157, do Código de Processo Penal, termos tão amplos que seria possível “anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas”.<sup>190</sup>

Para Aury Lopes Jr., a inadmissibilidade das provas ilícitas não deve ser vista de forma absoluta, isso porque a própria ciência jurídica atual vem adotado critérios de relativização com base no princípio da proporcionalidade. Conforme apontado, “não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social.”<sup>191</sup>

Nesse aspecto, segundo essa corrente, que ainda é pouco adotada na realidade criminal, a prova ilícita poderia vir a ser obtida e admitida em determinadas circunstâncias consideradas excepcionais e graves, como, por exemplo, em casos em que seria a única maneira “possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais”, a fim de que seja evitado julgamentos injustos.<sup>192</sup>

Contudo, nota-se que, na prática, esse princípio de proporcionalidade deve ser ponderado apenas a favor do réu, isso porque, se assim não fosse, poderiam haver restrições de direitos fundamentais pelo Estado com base nesses conceitos indeterminados, como a sobreposição dos interesses públicos em detrimento dos privados, tornando-se um verdadeiro retrocesso.<sup>193</sup>

Nesse sentido, Aury entende que a

sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como

---

<sup>190</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 469.

<sup>191</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>192</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>193</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência.<sup>194</sup>

De acordo com essa lógica, prevalece o direito de liberdade do acusado inocentemente em detrimento de “eventual direito sacrificado na obtenção da prova”. Exemplo disso ocorre quando o réu, ao violar as comunicações telefônicas de alguém (Artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988) para comprovar a sua inocência.<sup>195</sup>

Assim, a conclusão que se tira é de que é mais grave a condenação de um inocente do que uma violação de um preceito legal, na medida em que “a condenação de um inocente fere de morte o valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal.”<sup>196</sup>

Outro possível tese a ser arguida pela defesa técnica do réu é de que ele estaria munido de legítima defesa, de estado de necessidade ou da excludente de culpabilidade inexigibilidade de conduta diversa (a depender do caso) quando do momento da obtenção da prova ilícita. Assim, tais argumentos excluiriam a ilicitude da prova.<sup>197</sup>

No entanto, vale ressaltar que tais excludentes de ilicitude somente poderiam ser utilizadas para inocentar o réu, mas não para utilizá-la contra terceiros em processo penal diverso, em respeito ao princípio da razoabilidade, porquanto essa prova agora lícita está vinculada ao processo e especificamente ao réu. Ou seja, em outros procedimentos, a prova será ilícita.<sup>198</sup>

Vale ressaltar, ainda sobre a temática, a possível contaminação das provas lícitas pela ilícita, o que acarretaria, de acordo com o artigo 573, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, a sua nulidade, nos seguintes termos: “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.”<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>195</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>196</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, apud GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades, p. 112-113, apud SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo Penal Constitucional, cit., p. 81.

<sup>197</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>198</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>199</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

Contudo, evidencia-se na prática forense que a jurisprudência evita reconhecer a contaminação das provas, “sob o argumento de que não está demonstrada claramente uma relação de causa e efeito”, além da possibilidade de utilizar, no plano hipotético, da fundamentação de que seria possível adquirir a prova através de fonte independente.<sup>200</sup>

Ainda segundo Aury,

Para o CPP, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. A redação é péssima: o que significa “trâmites típicos e de praxe”? Será aquilo que quiser o intérprete... Sem falar no perigo de recorrer à “praxe” investigatória como argumento para justificar uma fonte independente hipotética ou imaginária. Ou seja: essa prova é derivada de outra ilícita, mas, seguindo os trâmites típicos e de praxe, nós – talvez e não se sabe quando ou como – também teríamos chegado àquela prova. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita. Reparem a perigosa abertura para o decisionismo, para o julgador fazer o que quiser.

Assim, a lógica é que se há prova que lícita que fundamente a decisão condenatória, mesmo que se evidencie a prova ilícita, não se fala em anulação da condenação.

Dessa forma, é possível concluir que a lógica dessas incorporações legais ao ordenamento jurídico pátrio são uma afirmação da limitação à busca da verdade material “a todo custo”<sup>201</sup>, sendo necessário, com base no artigo 155, do Código de Processo Penal, que o juiz formule sua convicção com base na “livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.<sup>202</sup>

Inclusive, nesse sentido, prevalece no processo criminal a regra do *in dubio pro probatione*, ou seja, “na dúvida, a favor da prova”. Nesse sentido, às partes é assegurado a produção das provas e, caso haja dúvida por parte do juiz em autorizar a sua produção ou não, deve autorizá-las.

---

<sup>200</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>201</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 460-461.

<sup>202</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 26 de abril de 2024.

Ainda, há que se levar em consideração a questão psicológica envolvida com relação às provas ilícitas. Isso porque, ainda que a prova não seja valorada no processo, o magistrado em questão tem acesso aos autos, “seja para inadmitir a prova, seja para excluir a prova indevidamente admitida.”<sup>203</sup> Assim, torna-se um obstáculo não valorar intimamente essas provas para fins de convicção, ainda que não as utilize de forma expressa na fundamentação da decisão.<sup>204</sup>

Nesse sentido, ressalta-se:

O juiz que ouve uma confissão registrada em uma conversa telefônica ilicitamente obtida, dificilmente conseguirá desconsiderar, no ato de decidir, o seu conhecimento sobre a autoria delitiva. Mesmo excluída a prova ilícita, o julgador, consciente ou inconscientemente, poderá ser levado a supervalorizar os demais elementos de prova no mesmo sentido.<sup>205</sup>

A fim de garantir a imparcialidade do juiz, foi incluído no parágrafo quinto do artigo 157, do Código de Processo Penal, por meio da Lei número 13.964/2019, que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”<sup>206</sup>.

No entanto, tal determinação foi suspensa em decisão do Ministro Luiz Fux, no ano de 2020, através das ações diretas de inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, tendo sido o julgamento no sentido de confirmar a inconstitucionalidade do referido parágrafo quinto.

Assim, na prática, a prova ilícita ainda pode ser considerada intimamente pelo magistrado, já que este continua atuando no processo mesmo tendo acesso ao conteúdo que não pode ser valorado.

Gustavo Badaró, ao contrário do que foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal, entende que o juiz deveria ser substituído do processo assim que tivesse tido contato com a prova reconhecidamente ilícita, e não aguardar até a elaboração da sentença para se afastar.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 461.

<sup>204</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 461.

<sup>205</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 462.

<sup>206</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689), de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 26 de abril de 2024.

<sup>207</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 462.

Aury Lopes Jr., por sua vez, também entende que não basta desentranhar a prova, é preciso desentranhar igualmente o juiz.<sup>208</sup>

Outro ponto extremamente relevante, e que deve ser pontuado com a devida importância, é a atuação do advogado na obtenção da prova ilícita para comprovar a inocência de seu representado. Isso porque, como dito anteriormente no capítulo II, há, dentro das novas proposições legislativas, determinações que imputam responsabilidade cível, criminal e ética aos advogados que cometerem excessos na prática da investigação defensiva, como é o caso do artigo 13, parágrafo sexto, do Projeto de Lei número 8045/2010.

Por certo, o defensor técnico, ao tentar angariar elementos probatórios favoráveis para o seu cliente, pode acabar por vir a cometer atos ilícitos. Tal temática já foi pontuada na realidade italiana, onde se afirma que o defensor está proibido de juntar provas sabidamente falsas ou ilícitas, tampouco destruir provas, sob pena do cometimento de crime de favorecimento pessoal.<sup>209</sup>

Na realidade norte-americana, a *American Bar Association* (ABA) também determina, ao longo do *Criminal Justice Standards for The Defense Function*, que o advogado não deve utilizar de meios ilegais ou antiéticos para obter elementos de provas, nem tampouco delegar, instruir ou encorajar terceiros a fazê-lo.<sup>210</sup> Além disso, ações como remunerar as testemunhas são expressamente vedadas.<sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>209</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 163-164.

<sup>210</sup> “Standard 4-4.2 Illegal and Unethical Investigation Prohibited Defense counsel should not use illegal or unethical means to obtain evidence or information, or employ, instruct, or encourage others to do so.” AMERICAN BAR ASSOCIATION. Fourth Edition (2017) of the criminal justice standards for the defense function. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/). Acesso em 15 de junho de 2024.

<sup>211</sup> “Standard 4-4.3 (e) Defense counsel should be permitted to compensate a witness for reasonable expenses such as costs of attending court, depositions pursuant to statute or court rule, and pretrial interviews, including transportation and loss of income. No other benefits should be provided to witnesses, other than expert witnesses, unless authorized by law, regulation, or well-accepted practice. All benefits provided to witnesses should be documented so that they may be disclosed if required by law or court order. Defense counsel should not pay or provide a benefit to a witness in order to, or in an amount that is likely to, affect the substance or truthfulness of the witness’s testimony.” AMERICAN BAR ASSOCIATION. Fourth Edition (2017) of the criminal justice standards for the defense function. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/). Acesso em 15 de junho de 2024.



Na perspectiva brasileira, o Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94) assegura as prerrogativas dos advogados no plano legislativo, as quais podem ser definidas por direitos mínimos necessários para o desempenho ideal da advocacia, sendo essenciais para as mais diversas atividades exercidas. Em seu artigo 2º, é exposto a essencialidade do advogado para a administração da justiça, sendo certo que presta serviço público e exerce função social.<sup>212</sup> Contudo, fato é que o advogado atua inegavelmente em caráter privado, no interesse de seu cliente, ainda que haja relevância pública.<sup>213</sup>

Nesse sentido, ao passo que o advogado atuante na seara da investigação defensiva não tem o dever de juntar elementos de prova desfavoráveis ao seu representado, não há que se falar em poder coercitivo do advogado “para compelir terceiros a fornecerem informações e documentos”<sup>214</sup>, por exemplo, como ocorre na investigação realizada pela autoridade judiciária. Muito pelo contrário, o advogado deve restringir a sua atuação para que não sofra eventuais penalizações com base em prática de ilícitos para a obtenção de elementos de prova.

Segundo Franklyn Roger, há uma extrema necessidade de se organizar, no plano legislativo, a investigação defensiva, com vistas a assegurar a atuação do advogado criminal, a fim de que estes saibam os limites da condução dessa atividade. Assim, deve-se promover dois níveis de alterações legislativas: no Código de Processo Penal e também nas determinações destinadas a advogados e defensores públicos, assegurando-se as prerrogativas necessárias, além de normas deontológicas nesse mesmo sentido.<sup>215</sup>

Com base em todo o exposto, conclui-se acerca da temática em análise que a investigação criminal defensiva terá como contribuir na seara da ilicitude da prova, seja para comprovar que o réu agiu em legítima defesa, por exemplo, devendo, assim, a prova ser recebida para inocentar o representado, ou para assegurar os direitos do acusado de não possuir uma decisão condenatória em seu desfavor com base em prova ilícita. Nesse sentido, infelizmente, a decisão recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de

---

<sup>212</sup> BRASIL. Lei número 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm). Acesso em 10 de junho de 2024.

<sup>213</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 176.

<sup>214</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Página 176.

<sup>215</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação direta pela defesa*. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023. Página 557.

inconstitucionalidade do artigo 157, parágrafo quinto, do Código de Processo Penal, não é favorável, pois, por certo, o juiz contaminado por informação de prova ilícita poderá vir a prejudicar a condição do acusado.

Contudo, deve-se atentar às prerrogativas e limitações com relação à prática forense, as quais estão mais evidenciadas em propostas no plano legislativo, tendo em vista que o advogado não está munido de legítima defesa como o acusado, além de precisar responder perante ao conselho ético, por exemplo. Assim, a atividade do advogado por certo é e deve ser mais restrita do que a do acusado, sobretudo no que tange à obtenção de prova ilícita no contexto da investigação defensiva.

## CONCLUSÃO

O objetivo da presente dissertação foi analisar o papel da investigação defensiva dentro da advocacia criminal contemporânea. Desse modo, em um primeiro momento, foi exposto capítulo destinado ao estudo do direito à prova, expondo os princípios correlatos ao direito de defesa, seu histórico, natureza jurídica, conceitos, estrutura normativa e limites.

Ainda nesse capítulo, foi exposto o problema da busca pela verdade real no processo penal, o qual é fortemente discutido em sede doutrinária. Dessarte, constata-se que é impossível haver uma verdade absoluta quando se trata de reprodução de um fato ocorrido e finalizado no passado, tendo como exemplo o fenômeno das falsas memórias. Logo, o que se pode ter, diante da instrução probatória correta, é a constatação de uma verdade processual adequada e coerente ao caso concreto.

Em seguida, no capítulo II, adentrou-se mais especificamente à temática da investigação defensiva, apresentando o direito à investigação defensiva, sua definição, demarcações históricas no Brasil e no direito comparado, sua natureza jurídica, marcos legislativos, garantias que já se encontram asseguradas e desafios para a sua integral eficácia, além de proposições legislativas em trâmite e sua presença na jurisprudência mais recente. Nesse sentido, foi possível concluir que, para que haja a maior eficácia, a investigação criminal defensiva deve ser iniciada o quanto antes, idealmente na fase preliminar ou até mesmo antes dela. Isso se deve porque as fases mais avançadas, como é o caso da etapa recursal, apresentam certas delimitações, sendo certo que os Tribunais Superiores não são passíveis de análise de fatos e provas.

Além disso, outro problema levantado foi que os elementos formulados pelo advogado em sede de investigação defensiva podem ser recusados, na medida em que o Provimento número 188/2018 não possui força de lei. Desse modo, entendo que a investigação defensiva somente alcançará a devida eficácia na realidade brasileira quando for inserida no plano legislativo, assim como foi em países como a Itália e os Estados Unidos, ordenamentos notadamente relevantes na seara em análise. Tal proposições, conforme evidenciado, estão em trâmite na realidade brasileira, tanto em legislação própria, quanto no novo projeto do Código de Processo Penal.

Após isso, no último capítulo, buscou-se analisar a possibilidade, dentro do contexto da investigação defensiva, de se utilizar da prova ilícita com a finalidade de se provar a inocência do acusado. Primeiramente, foi necessário pontuar que a lógica processual é de que os fins são tão relevantes quanto os meios<sup>216</sup>, ou seja, é necessário que se respeite às regras do ordenamento jurídico pátrio para que se logre êxito na verdade processual, com limitações legislativas com relação à recepção da prova.

Ainda, foi exposto a questão da utilização da prova ilícita em prol do réu, porquanto a conclusão que se tira é de que é mais grave a condenação de um inocente do que uma violação de um preceito legal. Nota-se, contudo, que esse entendimento somente poderia ser utilizado para inocentar o réu, mas não contra terceiros em processo penal diverso, em respeito ao princípio da razoabilidade.

Além disso, foram expostos problemas como a lógica de que se há prova que lícita que fundamente a decisão condenatória, mesmo que se evidencie a prova ilícita, não se fala em anulação da condenação, e também a questão mais recente envolvendo a decisão do Supremo Tribunal Federal com relação à inconstitucionalidade do artigo 157, parágrafo quinto, do Código de Processo Penal, no sentido de entender que não há motivo para desvincular o juiz que teve acesso à prova tida como ilícita.

Outro ponto relevante e necessário de ser discutido é que não poderá o advogado agir da mesma forma que o réu quando se trata de prova ilícita, visto que o defensor precisa se atentar às eventuais responsabilizações nos âmbitos cível, penal e disciplinar, fazendo-se necessário que as proposições legislativas em trâmite se concretizem na realidade brasileira, com o intuito de assegurar as prerrogativas dos advogados, assim como foi feito na Itália e nos Estados Unidos, países que já utilizam da investigação defensiva de forma mais segura.

Diante de todo o exposto, ao longo dos três capítulos, foi possível constatar a multifacetada atuação da investigação criminal defensiva em prol do representado, sendo notória a necessidade, para a sua melhor e mais eficiente atuação, maior delimitação legislativa quanto à prática, a fim de que sejam resguardados os direitos dos clientes, mas também dos advogados atuantes.

---

<sup>216</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Página 461.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Fourth Edition of the criminal justice standards for the defense function.** Publicado em 2017. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/). Acesso em 15 de junho de 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS. **Abracrim disponibiliza Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva.** Publicado em: 19 de março de 2024. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/abracrim-disponibiliza-codigo-deontologico-de-boas-praticas-da-investigacao-defensiva/>. Acesso em 04 de abril de 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS. **Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva.** Florianópolis: Emais Editora, 2023. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/abracrim-disponibiliza-codigo-deontologico-de-boas-praticas-da-investigacao-defensiva/>. Acesso em 04 de abril de 2024.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em 10 de maio de 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em 10 de maio de 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689),** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

BRASIL. **Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848)**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 02 de julho de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 de junho de 2023.

BRASIL. **Decreto número 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm). Acesso em 04 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei Complementar número 75, de 20 de maio de 1993**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 18 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei número 8.906, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm). Acesso em 10 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei número 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em 21 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei número 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em 21 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei número 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm). Acesso em 24 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei número 13.432, de 11 de abril de 2017.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm). Acesso em 20 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei número 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei número 8.045, de 22 de dezembro de 2010.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL%208045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL%208045/2010). Acesso em 15 de maio de 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei número 2.642, de 02 de agosto 2021.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2049305&filenome=PL%202642/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2049305&filenome=PL%202642/2021). Acesso em 27 de maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus número 190.917.** Relator Ministro Celso Limongi. São Paulo. 06/12/2010. Publicado em 28/03/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+190917&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 25 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 26627/DF.** Relator: Ministro Sérgio Kukina, julgamento ocorrido em 09 de março de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=E&livre=%28%28+%28%27PROVIMENTO+188%2F2018%27%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272158368%27>. Acesso em 22 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 36542 AgR.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento ocorrido em 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347429536&ext=.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14, de 2009**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em 24 de junho de 2023.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA. Tradução para português. Disponível em: <https://www.areaseg.com/bib/29%20-%20Constituicao%20de%20Paises/Constituicao-Italia.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. Webinar Projeto do novo CPP Investigação defensiva. Youtube, publicado em 3 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PySy3py92Oc>. Acesso em 15 de maio de 2024.

DA ROSA, Alexandre de Moraes. RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal**. Volume 13, n.3, p. 455-471. Passo Fundo: Revista Brasileira de Direito, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/MLA/Downloads/Teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance%20prob%20at%C3%B3ria%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MLA/Downloads/Teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance%20prob%20at%C3%B3ria%20(1).pdf). Acesso em 19/01/2024.

DE SOUZA, João Fiorillo. **Revisitando a verdade no Processo Penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 14 n. 103. p. 477 a 494. 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/18/6>. Acesso em 25 de abril de 2024.

DIAS, G. B. N. **Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 2ª. edição. Florianópolis: EMais, 2022.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil** – volume 1. 5ª. Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 85/2010 | p. 393 - 410 | Jul -



Ago / 2010 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 3 | p. 213 - 229 | Jun / 2012  
DTR\2010\221.

KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no Direito Processual Penal Brasileiro.** - São Paulo: [s.n.], 2021. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24841/1/Vanessa%20Morais%20Kiss.pdf>. Acesso em 06 de abril de 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva.** 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo Rudge. **Advocacia criminal contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JR., Aury. **Direito processual penal.** 18ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>. Acesso em 22 de abril de 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento número 188, de 11 de dezembro de 2018.** Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 18 de junho de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 de out. de 2023.

SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. 1ª. Edição. Curitiba: CRV, 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação direta pela defesa**. 4ª Edição. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **SÚMULA número 52**. Terceira Seção, em 17. De setembro de 1992. DJ 24.09.1992, p. 16.070. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006\\_4\\_capSumula52.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006_4_capSumula52.pdf). Acesso em 05 de março de 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **SÚMULA número 64**. Terceira Seção, em 03 de dezembro de 1992. DJ 09.12.1992, p. 23.482. Disponível em: [file:///C:/Users/MLA/Downloads/5258-19586-1-SM%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/MLA/Downloads/5258-19586-1-SM%20(2).pdf). Acesso em 05 de março de 2024.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. 1ª. Edição. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva: cuidado!** Youtube, publicado em 7 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=n8IQ10bCDQg>. Acesso em 20 de abril de 2024.