

## PETIÇÃO 7.612 DISTRITO FEDERAL

### V O T O V I S T A

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de agravo regimental interposto pelo deputado federal Luiz Sérgio da Nóbrega Oliveira, contra decisão proferida pelo Min. Edson Fachin, que indeferiu o **pedido da defesa do investigado de intimação prévia e participação na oitiva de testemunhas arroladas no Inquérito 4.629**, inclusive com a apresentação de razões e quesitos, sob pena de nulidade.

Solicitei vista dos autos para melhor analisar a questão e entendo que o **agravo deve ser desprovido, acompanhando o voto do relator**. Contudo, creio que **algumas ressalvas precisam ser destacadas em relação aos fundamentos da decisão**.

Em termos gerais, a doutrina afirma que a persecução penal possui quatro fases fundamentais: investigação preliminar, etapa intermediária, juízo oral e juízo recursal. Cada uma deve possuir uma função distinta, de modo a se estabelecer um sistema racional na dogmática processual penal. Contudo, todas as fases são partes integrantes do processo penal de um modo amplo, compartilhando, assim, o seu fundamento essencial como instrumento de limitação do poder punitivo estatal. (DUCLERC, Elmir. **Por uma teoria do processo penal**. Empório do Direito, 2015. p. 76)

Com relação à inserção da investigação preliminar em tal lógica, afirma-se:

“O processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade constitucional, e esse também será o ponto de partida para justificar a investigação preliminar. Ela não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento-maior ao qual presta serviço. Entretanto, dentro desse fim de instrumento de garantia, cabe questionar com mais especificidade o que pretende garantir a investigação preliminar.” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva, 2014. p.

99).

A etapa pré-processual da investigação preliminar tem a finalidade essencial de verificar o eventual cometimento de um fato tipificado como crime e sua autoria, especialmente visando a orientar a necessidade ou não do início de um processo penal com o oferecimento da denúncia ou queixa. Segundo Mendes de Almeida, “se a instrução definitiva prova ou não prova que há crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova que há base para a acusação” (ALMEIDA, Joaquim C. M. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: [s.n.], 1937. p. 12)

Desse modo, além de atender a outras finalidades como produzir eventuais provas irrepetíveis, a **investigação preliminar insere-se claramente na lógica fundamental do processo penal**, sendo um **instrumento de limitação ao poder de acusar criminalmente**, um filtro que verifica a existência de justa causa para a abertura do juízo penal. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. RT, 2005. p. 75)

Assim, resta evidente que direitos fundamentais precisam ser resguardados em todas as fases da persecução penal, inclusive de investigação preliminar. (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. RT, 2004. p. 198-205; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Lumen Juris, 2001. p. 124-132)

O investigado tem direito a ser **aconselhado por advogado durante as investigações**, e o **defensor pode inclusive apresentar quesitos e razões durante o interrogatório e depoimento do seu cliente**, nos termos da nova redação do art. 7º, XXI, “a”, da Lei 8.906/94 - Estatuto da Advocacia, introduzida pela Lei 13.245/2016.

Da mesma forma, conforme registrei no voto proferido nas ADPFs 395 e 444, entendo que a **defesa deve ter acesso, em prazo razoável, aos cadernos investigativos**, antes da data designada para o interrogatório do investigado, bem como a todos os elementos de prova já formalmente incorporados, conforme previsão da Súmula Vinculante 14 do STF.

Além disso, deve-se citar a recente normativa da Ordem dos

Advogados do Brasil sobre **investigações defensivas**. Conforme provimento aprovado pelo Conselho Pleno da OAB em dezembro de 2018, “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.”

Essas medidas encontram guarida nas garantias fundamentais à assistência técnica, ao contraditório e à ampla defesa, aplicáveis inclusive no âmbito administrativo (art. 5º, LXIII e LV, da CF/88). Por esses motivos, **divirjo dos entendimentos que concluem pela não aplicação da garantia do contraditório, no âmbito do inquérito.**

Contudo, **tais direitos findam por ser aplicados e resguardados em conformidade com as funções e limitações cognitivas de cada fase da persecução penal.** Considerando que a investigação preliminar tem uma função instrumental em relação ao processo (centralidade do juízo oral), há limitações cognitivas em sua amplitude e extensão.

Afirma-se que “uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Saraiva, 2014. p. 176)

Assim, autorizar a plena aplicabilidade do contraditório na investigação preliminar, com a intimação do defensor para oitiva de testemunhas e corréus em sede de inquérito, além da possibilidade de apresentação de quesitos e exame cruzado parece ser medida que **extrapola os limites cognitivos do inquérito e findaria por acarretar um indevido inchaço da fase investigativa**, o que prejudicaria a estruturação sistemática da persecução penal. Inclusive, isso poderia ter efeitos colaterais para exatamente fragilizar o direito de defesa e o contraditório

em razão de uma supervalorização dos elementos produzidos no inquérito e um apequenamento da fase oral diante do juiz natural.

Destaco que a norma do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, prevê a **assistência dos advogados aos investigados durante a realização dos interrogatórios e depoimentos de seus clientes**, não estendendo essa prerrogativa aos depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas.

A legislação vigente não avança para reproduzir, no âmbito do inquérito policial, o modelo processual vigente na ação penal, no qual todas as provas são produzidas com a possibilidade de ciência, acompanhamento e participação dos acusados e de sua defesa (autodefesa e defesa técnica), inclusive com a formulação de perguntas diretamente às testemunhas e de esclarecimentos realizados por intermédio do juiz durante os interrogatórios dos corréus (arts. 188 e 212 do CPP).

Por esses motivos, entendo que não merece prosperar a irresignação do recorrente quanto à participação nos depoimentos das demais testemunhas no âmbito do inquérito.

A pretensão recursal também esbarra na jurisprudência do STF:

“[...] 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e

providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravo regimental não provido”. (Inq-AgR 3.387, relator min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15.12.2015)

Dirirjo parcialmente desse precedente apenas no que toca aos fundamentos, ou seja, para reconhecer a garantia fundamental do contraditório no âmbito do inquérito, embora de forma reduzida e compatível com a natureza informativa do procedimento. No mais, a conclusão é semelhante, ou seja, que a garantia do contraditório no inquérito e as alterações promovidas pela Lei 13.245/016 não avançaram a ponto de garantir a participação do advogado na oitiva de testemunhas e no interrogatório dos demais investigados.

Ante o exposto, com as ressalvas acima descritas, **acompanho o voto do eminente Relator no sentido do desprovimento do recurso interposto.**

É como voto.