

O processo penal exige uma **escala de sucessivos juízos**, que constituem uma característica própria, inerente ao elevado custo que supõem para o sujeito passivo. Até chegar à sentença final, passa-se por uma série de juízos provisionais que na verdade representam "pré-juízos", legítimos e necessários para o processo penal. Esses juízos *a priori* representam cargas distintas e proporcionais ao custo específico da medida adotada. O grau de *fumus commissi delicti* necessário para iniciar a investigação preliminar é distinto daquele que deve estar presente no momento da admissão da acusação ou da adoção de uma medida cautelar pessoal. E todos eles são distintos do juízo contido na sentença, que, para ser condenatória, não pode contentar-se com *probabilidades*, mas apenas com a certeza jurídica da culpabilidade do sujeito passivo.

Em suma, o processo penal é um sistema escalonado e, como tal, para cada degrau é necessário um juízo de valor. Esta *escada* é triangular, pois pode ser progressiva como também regressiva. A situação do sujeito passivo passa de uma situação mais ou menos difusa, até chegar a definitiva com a sentença condenatória ou pode voltar a ser difusa e dar origem a uma absolvição. Inclusive é possível chegar-se a um juízo definitivo de caráter negativo, em que se reconhece como certa a não-participação do agente no delito. Por tudo isso, define Pastor Lopez<sup>17</sup> que a situação jurídica do sujeito passivo é *contingente, provisional e de progressiva (ou regressiva) determinação*. Com a sentença penal condenatória, inicia-se uma nova etapa, a execução da pena. A absolvição não cria uma situação nova, senão que restabelece com plenitude o estado de inocente. O sujeito passivo não perde o *status* de inocente no curso do processo, mas sem dúvida que ele vai-se debilitando. Se com a condenação definitiva o estado de inocência acaba, com a absolvição é restabelecido com sua máxima plenitude.

Neste cenário, a investigação preliminar formalmente iniciada, no momento em que passa a ter um sujeito passivo determinado (imputado ou formalmente indiciado), esta pessoa passa a submeter-se a uma série de "pré-juízos", representados pelo próprio indiciamento, a adoção de uma prisão cautelar ou medida cautelar real etc. Exemplo claro do caráter regressivo que pode assumir o escalonamento vem dado, entre outros, pelos casos em que existe uma prisão cautelar e posteriormente o inquérito é arquivado ou simplesmente não é mantido o indiciamento em relação àquela pessoa.

<sup>17</sup> *El Proceso de Persecución*, p. 90.

## Capítulo X

### O Indiciado no Sistema Brasileiro

#### I. Indiciamento

Entre os maiores problemas do inquérito policial está a falta de um indiciamento formal,<sup>1</sup> com momento e forma estabelecidos em lei.

Explica Moraes Pitombo<sup>2</sup> que o indiciamento deve resultar do encontro de um "feixe de indícios convergentes" que apontam para uma certa pessoa, ou determinadas pessoas, supostamente autora(as) da infração penal. Declara uma autoria provável. Canuto Mendes de Almeida<sup>3</sup> aponta que o corpo de delito evidencia a existência do crime e os indícios apontam o delinqüente.

O indiciamento pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito.<sup>4</sup> Neste sentido, recordamos as palavras de Moraes Pitombo, de que *o suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração tem que ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito*. O indiciamento é assim um ato posterior ao estado de suspeito e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.

O indiciamento deve resultar do instante mesmo em que, no inquérito policial instaurado, verificou-se a probabilidade de ser o agente o autor da infração penal, e, como instituto jurídico, "deverá emergir configurado em **ato formal de polícia judiciária**".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Como apontaremos adiante, o indiciamento deve ser um ato formal, mas na prática não o é. Assim, quando reclamamos da falta de um indiciamento formal, estamos fazendo alusão ao plano da efetividade, frisando o prejudicial distanciamento entre a normatividade e a efetividade.

<sup>2</sup> "O Indiciamento como Ato de Polícia Judiciária", in *Revista dos Tribunais*, nº 577, pp. 313-316.

<sup>3</sup> *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, São Paulo, 1973, nº 37, p. 41, apud ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Indiciamento e Qualificação Indireta", in *Revista dos Tribunais*, nº 571, p. 292.

<sup>4</sup> Veja-se o que dissemos anteriormente sobre "Terminologia utilizada para designar o sujeito passivo".

<sup>5</sup> MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. "O Indiciamento como Ato de Polícia Judiciária", in *Revista dos Tribunais*, nº 577, p. 315.

Do flagrante delito emerge a relativa certeza visual ou presumida da autoria. Por isso, o flagrante válido impõe o indiciamento. Da mesma forma a prisão preventiva, pois exige "indícios suficientes da autoria", e a temporária ("...fundadas razões...de autoria").

É importante frisar que o indiciamento só pode produzir-se quando existirem indícios razoáveis de probabilidade da autoria, e não como um ato automático e irresponsável da autoridade policial. Neste sentido (RHC nº 1368-SP, Rel. Min. Francisco de Assis Toledo. Julg. em 18/9/1991):

*Inquérito Policial.*

*Despacho genérico de indiciamento referente a diretor de entidade, por fato que teria ocorrido durante gestões anteriores.*

*Indiciamento precipitado, não justificado, que constitui evidente constrangimento ilegal.*

*Recurso de habeas corpus a que se dá provimento para deferir a ordem e cassar o despacho de indiciamento.*

Outra decisão, no mesmo sentido, foi proferida no HC nº 8.466-PR, da lavra do Min. Felix Fischer, julg. em 20/4/1999:

*Processual Penal. Habeas Corpus. Falsum. Indiciamento precipitado. Inquérito.*

*I – Se há indícios da prática de crimes, incabível o trancamento do inquérito.*

*II – Todavia, o indiciamento só pode ser realizado se há, para tanto, fundada e objetiva suspeita da participação ou autoria nos eventuais delitos.*

*III – Habeas Corpus parcialmente concedido.*

Em ambos os casos, não existiu o trancamento do inquérito policial, mas sim a cassação do ato formal do indiciamento, sem prejuízo do prosseguimento da investigação. É muito comum a confusão entre trancar o inquérito e cassar o despacho que determinou o indiciamento. São situações diferentes e nada impede que a decisão limite-se, como nos casos citados, à cassação por *falta de justa causa para o indiciamento*. O inquérito justificava-se, mas não o indiciamento. Inclusive, surgindo novos elementos de convicção, o paciente pode ser novamente indiciado.

Com isso, põem-se em evidência o ato formal do indiciamento e a necessidade de que emane de um despacho sério e fundamentado da autoridade policial.

Destaca Lauria Tucci<sup>6</sup> que indiciamento e qualificação direta ou indireta são institutos distintos e inconfundíveis. O indiciamento é a indicação do autor da infração. A qualificação diz respeito à individualização de pessoa – indiciado ou outrem – mencionada, de qualquer maneira, no desenrolar da investigação criminal. A qualificação direta ou indireta é consequência do indiciamento, uma forma estabelecida pelo legislador de estabelecer a identidade do indiciado. Mas não é o indiciamento em si mesmo.

O momento e a forma do indiciamento deveriam estar disciplinados claramente no CPP, exigindo um ato formal da autoridade policial e a imediata oitiva do sujeito passivo que, na qualidade de indiciado, está sujeito a cargas, mas também lhe assistem direitos. Entre eles, o principal é saber em que qualidade declara, evitando-se assim o grave inconveniente de comparecer como "testemunha" quando na verdade deveria fazê-lo na qualidade de suspeito que está na iminência de ser indiciado.

A título de ilustração, trazemos à colação o art. 118 da LECrim espanhola, cuja redação é elogiável:<sup>7</sup>

*Toda pessoa a quem se impute<sup>8</sup> um ato punível poderá exercitar o direito de defesa, atuando no procedimento, qualquer que seja este, desde que se lhe comunique sua existência, tenha sido objeto de detenção ou de qualquer outra medida cautelar. A admissão de uma notícia-crime ou qualquer atuação policial<sup>9</sup> ou do Ministério Público, da qual resulte a imputação de um delito contra uma pessoa ou pessoas determinadas, será levada imediatamente ao seu conhecimento. Para exercitar o direito de defesa,<sup>10</sup> a pessoa interessada deverá*

6 "Indiciamento e Qualificação Indireta", in *Revista dos Tribunais*, nº 571, pp. 291-294.

7 O que segue não é uma tradução literal, até porque seria inviável ante a existência de alguns instrumentos não contemplados no nosso sistema ou com sentido completamente diverso (como o auto de processamento, a *querrela*, *denuncia*, *procurador y letrado* etc.).

8 O termo *imputar* deve ser interpretado de forma ampla e, por isso mesmo, abrange toda e qualquer forma de notícia-crime ou acusação formal.

9 O original fala em processual porque assim são considerados por parte da doutrina os atos levados a cabo pelo juiz de instrução. Adaptando-se à nossa realidade, o melhor é utilizar o termo policial.

10 O direito de silêncio está assegurado no art. 24.2 da Constituição da Espanha.

*designar um defensor e, não o fazendo, deverá ser-lhe nomeado um, que o assistirá em todos os atos da instrução preliminar.*

Também disciplinando a situação do sujeito passivo, merece ser transcrita parte do art. 8º do Projeto de Lei 4.209/2001 de reforma do nosso CPP:

*Art. 8º Reunidos elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial científicará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.*

*§ 1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.*

Desde a perspectiva do sujeito passivo, o projeto amenizou um pouco a imensa lacuna que existia em torno do indiciamento, figura da maior importância, eis que gera relevantes conseqüências endoprocedimentais. O art. 8º fala em investigado (primeiro *status* jurídico do sujeito passivo) e depois fala em indiciado. Contudo, a disciplina é imperfeita e minimalista. Continuamos sem saber – formalmente – quando a pessoa passa a ser “investigado” e que direitos lhe assistem. Com isso, abre-se a possibilidade de a polícia continuar ouvindo o principal suspeito como mero “informante”, sem qualquer garantia, para depois usar tudo que declarou contra ele. No que se refere ao indiciamento, a situação melhora um pouco. Diz o art. 8º que a autoridade científicará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes. O problema está na última parte. Quais são as garantias decorrentes desse novo *status* jurídico? Não se diga que isso é desnecessário, está subentendido, porque o próprio art. 5º, LV, da Constituição ainda é objeto de leitura restritiva, como vimos anteriormente. Temos uma tradição em desrespeitar os direitos implícitos, explícitos... logo, não seria excesso enumerá-los, especialmente o direito de silêncio, estar assistido por advogado, entrevistar-se reservadamente com seu defensor, não participar de atos que possam incriminá-lo e ter ciência dos elementos até então apurados contra ele.

Por fim, sempre destacando a falta de uma regulamentação legislativa adequada, entendemos que o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa. Logo, é também uma garantia. Evita-se

uma acusação de surpresa ou, o que é igualmente grave, comparecer perante a autoridade policial como “testemunha”, quando na realidade é o principal suspeito. Na prática, infelizmente, o indiciamento como ato em si mesmo não existe. Foi substituído pelo interrogatório e um formulário destinado a qualificar o sujeito. Uma lamentável degeneração.

## II. Circunstâncias para que se Produza a Situação de Indiciado

O CPP utiliza o termo *indiciado* para designar a pessoa formalmente submetida ao inquérito policial e que ainda não foi objeto de denúncia ou queixa. Logo, é uma terminologia típica da fase pré-processual. Na sistemática do CPP, a condição de “indiciado” cessa com o arquivamento solicitado pelo MP e determinado pelo juiz (art. 28) ou com a admissão da ação penal (quando passará a ser réu ou acusado).

O grande problema está na mais absoluta imprecisão em torno ao **nascimento da situação de indiciado**, principalmente quando não existe uma prisão cautelar. Em outras palavras, o CPP não define de forma clara quando uma pessoa passa a ser considerada como indiciada e tampouco define claramente que conseqüências *endoprocedimentais* produz o indiciamento. Estas serão algumas das questões que passaremos a tratar.

Para definir o momento a partir do qual uma pessoa passa a ser considerada como *indiciada* e, principalmente, como e quando deve ter ciência do indiciamento, devemos distinguir duas situações distintas: quando existe uma prisão cautelar e quando esta não se produz no curso do inquérito policial.

### A) Quando Existe uma Prisão Cautelar

No sistema brasileiro, podem produzir-se no curso do inquérito policial uma prisão pré-cautelar<sup>11</sup> (detenção em flagrante delito, arts. 301 e seguintes) e duas modalidades de prisão cautelar (prisão preventiva, arts. 311 e seguintes, e prisão temporária, Lei nº 7.960/89).

11 Apesar de ser considerada pela totalidade da doutrina brasileira como uma medida cautelar, entendemos que, a rigor, a prisão em flagrante não é uma medida propriamente cautelar, mas sim pré-cautelar. Isto porque destina-se a preparar, instrumentalizar uma futura medida cautelar. Por isso, é a única forma de detenção que a Constituição permite seja realizada por um particular ou pela autoridade policial sem ordem judicial. E por que é feita essa permissão? Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá

Como apontamos anteriormente, do flagrante delito emerge a relativa certeza visual ou presumida da autoria. Por isso, o flagrante válido impõe o indiciamento. Da mesma forma a prisão preventiva, pois exige "indícios suficientes da autoria", e a temporária ("...fundadas razões... de autoria").

No primeiro caso – prisão em flagrante – interessa-nos a **nota de culpa**, que, segundo o art. 306 do CPP, deverá ser entregue ao detido no prazo máximo de 24h, com os motivos da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. É ela o instrumento através do qual será dado formalmente o conhecimento dos motivos e identificados os responsáveis pela prisão, constituindo uma imputação formal que a nosso juízo corresponde ao que o legislador brasileiro define como *indiciamento*.

---

ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h. Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Como explica BANACLOCHE PALAO (*La Libertad Personal y Sus Limitaciones*, p. 292), o flagrante – ou *la detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante. A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* (a prisão preventiva), ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva, ou ainda, os demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante. Destaca o autor que a prisão em flagrante *en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso*. Não é diversa a lição da moderna doutrina italiana. Como apontam FERRAIOLI e DALIA (*Manuale di Diritto Processuale Penale*, pp. 228 e seguintes), *l'arresto in flagranza é uma Misura Pre-Cautelari Personali*. A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade. Neste mesmo sentido, FERRAIOLI e DALIA afirmam que as medidas pré-cautelares são excepcionais, de *assoluta precarietà, che le connota come iniziative di brevissima durata*. Tratando especificamente da prisão em flagrante a cargo da polícia judiciária, apontam que essa extensão do poder de iniciativa pré-cautelar significou a aceitação do risco de privação, temporária, da liberdade pessoal do cidadão por razão de ordem política. O instituto do *fermo di polizia* marcou um pesado desequilíbrio na relação autoridade-liberdade e por isso deve ser analisado com sumo cuidado em um Estado Democrático de Direito, como o nosso. Em suma, a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h. Frente a uma prisão em flagrante, cabe ao juiz homologar ou relaxar – conforme a legalidade – e ainda, necessariamente, adotar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória, sempre motivando sua decisão. Sobre o tema, veja-se nossa obra "Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional", publicado pela editora Lumen Juris.

Explica Espinola Filho<sup>12</sup> que o efeito da nota de culpa é concretar o motivo da prisão, comunicando ao detido a causa determinante de tal medida, com a indicação dos elementos que sustentam a imputação, o nome dos responsáveis pela prisão e das testemunhas, cujas declarações serviram para justificá-la. Torna definitivo o motivo da prisão e é um importante instrumento informador para a defesa.

A expressão – nota de culpa – tem sua origem na divisão entre instrução criminal definitiva e preliminar. Como explica Canuto Mendes,<sup>13</sup> a essa divisão correspondem as expressões *formação de culpa definitiva* e *formação de culpa preliminar*. Por isso, a nota de culpa é o primeiro degrau que marca o início da formação da *culpa preliminar* que tem lugar na instrução preliminar (inquérito).

Nos demais casos – prisão preventiva e temporária – a prisão depende de ordem escrita e fundamentada do juiz (mandado de prisão), de modo que uma cópia da ordem judicial deve ser entregue ao sujeito passivo (art. 286). Com a entrega da cópia do mandado de prisão, o sujeito passivo tem pleno conhecimento da imputação e dos motivos que justificam a medida.

É possível que a prisão preventiva ou a temporária seja adotada no curso do inquérito, mas depois do indiciamento. Neste caso, a cópia do mandado de prisão não constitui o indiciamento, mas sim uma mera comunicação dos motivos da prisão (para possibilitar o direito de defesa<sup>14</sup>). Não gera o indiciamento porque este já existia.

Destarte, é inegável que a nota de culpa e o mandado de prisão (salvo quando já existe o indiciamento) são os instrumentos que formalmente originam e passam a constituir o indiciamento, marcando o nascimento do direito de defesa, através da comunicação da prisão e dos motivos que a justificam. Em última análise, tendo em vista a falta de uma clara disciplina legal, a formalização da prisão em flagrante passa a representar o próprio indiciamento.

## B) Indiciamento sem Prévia Prisão Cautelar

Nos casos em que o sujeito passivo permanece em liberdade, o CPP não dispõe claramente sobre o indiciamento como ato em si.

12 *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. III, p. 359.

13 *A Contrariedade na Instrução Criminal*, p. 48.

14 Uma série de direitos nascem com a prisão, entre eles, destacamos os previstos no art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII, da Constituição.

Tampouco a doutrina brasileira deu o merecido destaque ao tema, possivelmente cega pelo mofado e superado entendimento de que *durante o inquérito o indiciado não passa de simples objeto de investigação*.<sup>15</sup> São limites doutrinários como este, estabelecidos na época do verbo autoritário, que freiam o próprio desenvolvimento e evolução do processo penal.

Antes de entrar no tema, merece ser destacada a seguinte decisão do STF (HC nº 73.271-SP, Rel. Min. Celso Mello), principalmente no que se refere ao *status* do indiciado, como verdadeiro sujeito, e não mero objeto da investigação:

*Inquérito Policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado. O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto dominus litis – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (grifamos)*

15 A afirmação é de TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, vol. I, p. 185) e vem sendo repetida há muitos anos por diversos outros autores. É importante destacar que o termo "objeto" é empregado não no sentido de meio de prova, mas sim no sentido de ser despojado de qualquer direito. Em outras palavras, é mera coisa, e não sujeito do procedimento. Essa conclusão emana da leitura de outras afirmações, como a de que não teria sentido admitir-se o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis* em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito... (ob. cit., p. 183). O argumento de que se trata de um procedimento "inquisitivo" é frágil, inicialmente porque o sistema inquisitivo puro é um modelo histórico, inexistente na atualidade. Hoje em dia, todos os modelos são mistos, com predomínio da nota inquisitiva ou acusatória, pois um sistema puro é impossível de ser aplicado. Ademais, é um argumento que invoca uma construção técnica artificial, que necessariamente deve ser definida e justificada. Em um Estado Democrático de Direito como o nosso e no atual estágio de respeito ao indivíduo que felizmente alcançamos, é um verdadeiro disparate fazer tal afirmação ou querer justificar o arbítrio com o simples argumento de que é "um procedimento inquisitivo". É preciso definir o "quanto" de inquisitivo pode ser atualmente tolerado e nisto reside o problema.

Seguindo essa linha de tratamento e partidários que somos de uma interpretação ampla do art. 5º, LV, da Constituição, estabelecendo-se assim um mínimo de contraditório e defesa no inquérito policial, entendemos que o indiciamento merece uma nova disciplina legal ou, ao menos, uma releitura mais acorde com a Constituição.

Recordamos que, enquanto não existir formalmente o indiciamento, aquela pessoa que se lhe imputa ou existe a possibilidade de que tenha praticado um delito é considerado como mero *suspeito*.

Assim sendo, a partir do momento em que se identifica o suposto autor do delito, seja porque consta na notícia-crime ou porque resulta da investigação, deverá autoridade policial proceder ao interrogatório.

O interrogatório policial deve estrita observância ao disposto no art. 185 e ss. do CPP (com a nova redação dada pela Lei 10.792/2003), sendo imprescindível a presença do defensor, constituído ou nomeado, sendo-lhe assegurado o direito de entrevistar-se prévia e reservadamente com o suspeito (garantia já prevista no art. 8.2.c da CADH<sup>16</sup>).

A forma do interrogatório policial deverá ser a mesma prevista para o interrogatório judicial, pois assim determina o art. 6º, V, ao remeter para os arts. 185 e seguintes.

É imprescindível que o suspeito seja informado – antes da realização do interrogatório – de que o faz na condição de suspeito, e não como mera testemunha ou informante, bem como deve ser realizado na presença do seu defensor.

Também deve ser assegurado o direito de o advogado formular as perguntas necessárias para melhor esclarecimento da situação e defesa do suspeito, nos termos da nova redação do art. 188 do CPP.

Logicamente, primeiro o suspeito deve ser interrogado, para posteriormente decidir a autoridade policial entre indiciar ou não. Por esse motivo, falamos anteriormente em "suspeito". Sem embargo, na prática, muitos são os casos em que o sujeito passivo já comparece na situação de indiciado. Neste caso, com mais razão devem ser observadas as garantias constitucionais da defesa (técnica e autodefesa, incluindo o direito de silêncio), bem como a advertência prévia ao ato, de que está sendo interrogado como indiciado, e não prestando informações (como testemunha).

16 Determina o artigo citado que constitui uma garantia judicial a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa. Encaixa-se nesta garantia o direito a uma entrevista prévia e reservada com o defensor antes do interrogatório, como forma de preparar a defesa pessoal.

Merece destaque, ainda, a nova redação do art. 186 do CPP, que finalmente excluiu a absurda previsão de que "... seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa". O direito de silêncio<sup>17</sup> também está assegurado no art. 8.2.g da CADH, bem como na Constituição, que protege o preso (situação mais grave), assegurando-lhe o direito de calar, e, com mais razão, o imputado que está em liberdade.

Destarte, existindo uma imputação, deverá a polícia notificar o sujeito passivo para que compareça e preste declarações, querendo, pois deve ser respeitado o direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo. Também deverá ser providenciado o acompanhamento do ato por defensor (constituído ou nomeado). Neste ato, deverá ser-lhe informado do teor da imputação e também de que será interrogado como suspeito ou indiciado, e não como mero informante.

Em definitivo, na falta de um ato formal e particular de indiciamento, entendemos que a **situação de indiciado concreta-se** (ou ao menos deveria) **com o interrogatório policial**.

Até o advento da Carta de 1988, a doutrina em geral vinculava o indiciamento a dois atos: interrogatório e identificação criminal. A identificação criminal consistia em tomar os dados e as impressões digitais do sujeito passivo. A situação mudou com o art. 5º, LVIII, da CB, determinando que o *civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*. Atualmente, a identificação criminal está (in)disciplinada (pois a sistemática legal é péssima), na Lei nº 10.054/2000.

É importante destacar que o indiciamento não se confunde com a identificação e o que está vedado pela Constituição é apenas a identificação criminal do civilmente identificado, salvo nos casos expressamente previstos na Lei nº 10.054/2000. O indiciamento assim é ato distinto.

Outro problema é se o indiciamento, como ato em si mesmo, pode gerar um constrangimento ilegal. Neste sentido, entendemos que sim, pois, conforme a situação concreta, se não existirem elementos suficientes para justificá-lo, bem como uma decisão motivada, o indiciamento pode ser considerado um constrangimento ilegal remediável pela via do *habeas corpus*. Sobre o tema nos reportamos ao anteriormente explicado.

Especificamente no que se refere à distinção, é ilustrativa a ementa (RHC 5.093/SP. Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini. Julg. 25/2/1997):

17 Dada a importância do tema, analisaremos o direito de silêncio na continuação, no ponto intitulado "autodefesa negativa".

*RHC – Determinação de Indiciamento dos Acusados – Identidade Civil – Ausência de Constrangimento Ilegal.*

*O indiciamento em inquérito policial é medida legal de ordem processual penal, para que se colham informações sobre a vida pregressa dos denunciados.*

*O que a CF (art. 5º, LVIII) diz é que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, jamais que não será indiciado.*

*Ordem de indiciamento que não se constitui em constrangimento ilegal.*

*Recurso a que se nega provimento.*

Inicialmente, destacamos que neste caso concreto o indiciamento não constitui um constrangimento ilegal, eis que presentes os requisitos para sua produção. No que se refere à distinção, como explica o relator, a Constituição *...somente determinou a desnecessidade de identificação datiloscópica criminal quando o agente já possui identificação civil*, não extinguindo o indiciamento. Vedada está a identificação pelo processo datiloscópico, fora dos casos taxativamente previstos pela Lei nº 10.054, daquele que possui documento de identidade civil válido, emitido pela Secretaria de Segurança Pública, carteiras profissionais assim reconhecidas (OAB etc.) ou passaporte.

Entendemos que também está vedada a identificação fotográfica, fora dos casos taxativamente previstos pela Lei nº 10.054, pois abrangida pela proteção constitucional. Assim manifestou-se o STJ (RE nº 18.994-0/DF. Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini. Julg. 13/5/1992) ao confirmar uma ordem de *habeas corpus* que determinou o desentranhamento dos autos, das fotos e dos negativos relativos à identificação criminal do indiciado:<sup>18</sup>

*Processual Penal – Identificação Fotográfica. A Constituição de 1988, no seu art. 5º, inciso LVIII, veda a identificação criminal do*

18 Em sentido contrário, atendendo à gravidade de um caso concreto, o mesmo Tribunal considerou legal a identificação fotográfica em outro julgamento (RHC 4798-SP. Rel. Min. Anselmo Santiago. Julg. em 17/9/1996): PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. Fotografias. Fotografias de frente e de perfil, tiradas para instruir inquérito policial não incidem no inciso LVIII, do art. 5º, da CF/88, pois não se destinam a prontuário, mas à instrução do caderno informativo. O fato pode resultar do exercício do poder de polícia, para evitar a consumação de ameaça pelo paciente, homem temibilíssimo, com 5 (cinco) homicídios. Essa é a nota mais característica do poder de polícia, a prevenção. Recurso improvido.

*civilmente identificado, salvo nas hipóteses previstas em lei, assim entendida, também, a fotográfica, à ausência de comando legal que a autorize. Recurso improvido.*

Afastada a identificação datiloscópica, o **interrogatório policial passou a ser o ponto chave para o nascimento da situação de indiciado**. Daí a importância de que seja realizado dentro de certos parâmetros formais-garantistas.

De qualquer forma, o tema não está devidamente regulamentado e existe uma nuvem de incertezas sobre o indiciamento, gerando insegurança e permitindo abusos e injustiças. Faz falta um dispositivo que claramente disponha sobre o nascimento e forma do indiciamento, especialmente no que se refere à sua comunicação ao sujeito passivo e direitos que dele emergem.

### III. Conseqüências do Indiciamento

Alguma doutrina brasileira – com a qual não estamos de acordo – afirma que o indiciamento não produz nenhuma conseqüência, pois o *indiciado de hoje não é, necessariamente, o réu de amanhã*.<sup>19</sup> Obviamente, não podemos concordar com tal assertiva, pelo simples fato de que concebemos o processo penal como um sistema escalonado, conforme explicamos anteriormente, de modo que esse escalonamento não é de trajetória fixa, mas sim progressivo ou regressivo de culpabilidade. A situação de indiciado supõe um maior grau de sujeição à investigação preliminar e aos atos que compõem o inquérito policial. Também representa uma concreção da autoria, que será de gran-

<sup>19</sup> A afirmação é de FAUZI HASSAN CHOUKR, na sua excelente obra "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal", 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 165. Apesar de divergirmos, passamos a compreender melhor a posição do autor quando participamos do painel "Investigação Criminal", no Seminário *A Reforma do Processo Penal Brasileiro*, realizado no dia 25 de março/02, na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Naquela oportunidade, Fauzi Hassan explicou que negava conseqüências jurídicas ao indiciamento para não potencializar a magnitude social e a estigmatização causada pelo ato. Assim, considerando a rotulação gerada, prefere negar efeitos para evitar um prejuízo ainda maior para a imagem do sujeito passivo. Neste ponto, temos que concordar com o autor, pois efetivamente o indiciamento tem sido usado como instrumento de estigmatização social. Sem embargo, entendemos que a leitura pode ser outra: o indiciamento como garantia. Em que pese a rotulação (ônus), entendemos que a garantia de ter uma posição definida no procedimento justifica (bônus) a carga assumida. O problema da estigmatização social é uma preocupação fundada, da qual partilhamos, mas entendemos que deve ser resolvida de outra forma: limitando a publicidade abusiva.

de importância para o exercício da ação penal. Logo, é inegável que o indiciamento produz relevantes conseqüências jurídicas.

As medidas cautelares não podem ser consideradas efeito do indiciamento, senão geradoras da situação de indiciado. Quando são adotadas, depois do indiciamento, terão como requisito o *fumus commissi delicti* e como fundamento o *periculum libertatis*. Destarte, o fato de ser indiciado não gera a prisão cautelar, mas pode contribuir para isso, pois o próprio indiciamento supõe um *fumus commissi delicti* mínimo, derivado da imputação. Não existe uma prisão cautelar automática, com fundamento exclusivo no indiciamento.

Em definitivo, é claro que o *status* de indiciado gera um maior grau de sujeição à investigação preliminar e, com isso, nasce para o sujeito passivo uma série de direitos e também de cargas de caráter jurídico-processual.

#### A) Cargas que Assume o Indiciado

Com o inquérito policial, o sujeito passivo está submetido a toda uma série de atos e *degradation ceremonies* que integram e são inerentes à própria investigação preliminar. Formalizado o indiciamento, estará o sujeito passivo submetido ou com maiores possibilidades de ver-se compelido a comparecer sempre que chamado; medidas cautelares (prisão temporária ou preventiva) e liberdade condicional; medidas assecuratórias de bens, como o seqüestro (art. 125); interrogatórios; acareações; reconhecimentos; atos de averiguação de sua identidade e capacidade etc.

Em suma, a principal carga que assume o indiciado é a de encontrar-se em uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação que integram o inquérito policial.

#### B) Direitos e Garantias Constitucionais e Processuais do Indiciado

##### a) Direitos do indiciado preso

O primeiro e mais importante direito que assiste ao preso é, a nosso juízo, aquele previsto no art. 5º, III, qual seja, o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Na mesma linha, destacamos ainda o direito a que seja respeitada a sua integridade fisi-

ca e moral (art. 5º, XLIX). Considerando que a prisão é, em si mesma, uma cerimônia degradante, entendemos que o dispositivo constitucional exige que esse ato seja realizado da forma *menos degradante e prejudicial possível*. Neste sentido, determina a primeira parte do art. 520 da LECrim espanhola – sem dúvida um exemplo a ser seguido – que a *detenção e a prisão provisória deverão ser praticadas da forma que menos prejudique a pessoa do detido ou preso, sua reputação e patrimônio*. Parece-nos que a intenção do legislador constituinte foi exatamente essa, a de evitar que o já violento ato da prisão seja transformado num grotesco e deprimente espetáculo.

No caso de prisão em flagrante, determina o art. 5º, LXII, da CB que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. No mesmo sentido, dispõe o art. 5º, LXIII, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer em silêncio, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Ademais, tem o preso o direito a ser informado da identidade dos responsáveis pela prisão e do interrogatório policial (art. 5º, LXIV, da CB). Além disso, é sempre importante recordar que a identificação criminal (tomada de impressões digitais e foto) somente poderá ser feita nos casos expressamente previstos na Lei nº 10.054/2000.

Na legislação ordinária, determina o CPP, art. 306, que será dado ao preso uma nota de culpa, no prazo de 24h. Nela constará o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. Cumpre, com isso, pontualizar os principais direitos do sujeito passivo que colocam de relevo o alcance do contraditório<sup>20</sup> nesta fase:

- comunicação imediata à família ou pessoa indicada;
- direito à assistência de advogado;
- direito de silêncio;
- direito a conhecer os fatos que motivaram a prisão e a autoridade que a realizou.

Com isso, no plano normativo, o sujeito passivo detido tem importantes direitos que garantem um grau mínimo de contraditório e direito de defesa.

<sup>20</sup> Visto em seu primeiro momento, como o direito à informação.

## b) Direitos do indiciado em liberdade

Prevê o art. 14 do CPP que o indiciado (solto ou preso) poderá requerer diligências à autoridade policial, que poderão ser realizadas ou não, segundo considere pertinente a polícia. Por suposto que tal direito de participar na investigação é muito limitado e, na prática, possui pouquíssima eficácia.

Por isso, no que se refere aos direitos que gera a situação de indiciado, destaca-se a controvérsia acerca da existência do contraditório e direito de defesa no curso do inquérito policial.

Entendemos que o ponto nevrálgico da questão está na definição do alcance do art. 5º, LV, da CB, que dispõe expressamente que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.

A postura do legislador foi claramente *garantista* e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim **acusados em geral**, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger também ao indiciado.

No mesmo sentido, Lauria e Tucci e Cruz e Tucci<sup>21</sup> afirmam que *percebe-se, desde logo, sem mínimo esforço de raciocínio, que o nosso legislador constituinte pontuou, no primeiro dos incisos transcritos, a real diferença entre o conteúdo do processo civil, cuja já verificada finalidade é a compositiva de litígios, e o do processo penal, em que pessoa física, integrante da comunidade, é indiciada, acusada e, até, condenada pela prática de infração penal*. Mais adiante, ainda referindo-se à proteção constitucional, apontam que "...de modo também indubitado, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla*

<sup>21</sup> Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, pp. 25 e seguintes.

defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos....ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o *inquérito policial*".

Também pode surgir o grave inconveniente do sujeito passivo em liberdade que nunca foi comunicado da existência da investigação. Em alguns casos, o sujeito passivo só toma conhecimento da imputação após o recebimento da denúncia, quando é citado para o interrogatório judicial. Esta situação de absoluta indefesa pode surgir, basicamente:

- do caráter facultativo do inquérito, permitindo-se a acusação formal direta;
- quando o sujeito passivo presta declarações junto à polícia judiciária sem ser informado de que o faz na condição de suspeito ou mesmo de indiciado.

A situação é ainda mais grave quando se constata que o sistema brasileiro não possui uma fase intermediária contraditória, que poderia amenizar os rigores da investigação preliminar inquisitiva. Para amenizar esse grave inconveniente, seria interessante que o novo CPP estabelecesse, além da fase intermediária contraditória, o dever de comunicar imediatamente a existência de uma imputação, bem como o de alertar em que qualidade são prestadas as declarações.

Outro problema está no segredo das investigações, previsto no art. 20 do CPP. Segundo o dispositivo em tela, a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. O artigo utiliza expressões de caráter indeterminado e subjetivo, permitindo que a autoridade policial utilize o sigilo com excessiva discricionariedade. Quase sempre, o segredo é utilizado como forma de limitar a intervenção do sujeito passivo e quase nunca para limitar a publicidade abusiva e prejudicial dos meios de comunicação, sempre dispostos a montar um bizarro espetáculo com a plena convivência dos policiais.

Inobstante, o sigilo do art. 20 do CPP não se aplica ao defensor, pois o art. 6º, XIV, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto do Advogado – permi-

te que o defensor possa examinar em qualquer delegacia policial, ainda que sem procuração, todas as peças do flagrante e do inquérito policial, podendo copiar e tomar notas.

Neste sentido é esclarecedora a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:<sup>22</sup>

*Estatuto da OAB (Art. 7º, XIV) assegura a extração de cópias reprográficas de inquérito policial. Líquido e certo o direito do impetrante à extração de cópias reprográficas de inquérito policial que apura crime de estelionato. Correta a decisão que concedeu a segurança impetrada por advogado que pleiteava a extração de cópias reprográficas de inquérito policial. Direito assegurado no art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94.*

Em suma, entendemos que o art. 5º, LV, da Constituição não pode ser objeto de uma leitura restritiva, senão que o CPP deve adaptar-se à nova ordem constitucional, admitindo-se a existência de contraditório e defesa no inquérito policial, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual, atendendo às especiais particularidades da investigação preliminar. Trata-se de uma **ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais**, que, em última análise, como bem definiu Ferrajoli,<sup>23</sup> *es la ley del más débil*.

No plano dos Tratados Internacionais, destacamos que, por meio do Decreto nº 678/92, o Brasil aderiu à **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica, de 21/11/1969), de modo que suas disposições passaram a integrar o ordenamento jurídico interno nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição.

Determina o art. 7.4 da CADH que toda pessoa detida tem o direito a ser informada sobre as razões da detenção, da acusação ou acusações que existam contra ela. No art. 8.2 da CADH estão enumeradas as garantias judiciais do indivíduo. Entre elas, interessam ao inquérito policial:

- presunção de inocência;
- ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial;

<sup>22</sup> Recurso de Ofício nº 1140427/9, Barueri, 11ª Câm., Rel. Juiz Wilson Barreira, julg. 19/4/1999.

<sup>23</sup> *Derechos y Garantías – la ley del más débil*.

- ser assistido por tradutor ou intérprete, se não compreende o idioma;
- ser comunicado, de forma prévia e pormenorizada, dos fatos que lhe são imputados;
- defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assisti-lo;
- entrevistar-se livremente e de forma reservada com o seu defensor;
- ser defendido por um advogado do Estado (dativo) quando não tenha condições de constituir, ou ainda, caso não indique, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo;
- perguntar às testemunhas e também solicitar a declaração de outras testemunhas ou peritos que possam auxiliar na comprovação do fato;
- não declarar contra si mesmo nem se declarar culpado.

Importante mencionar a nova posição do STF, garantindo o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, muito bem externada no HC 82.354-8 PR, relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/08/2004. Voltaremos a esse tema quando tratarmos da Defesa Técnica, no Capítulo XII.

Por fim, destacamos uma vez mais que, para a efetividade real desses direitos, são imprescindíveis dois câmbios fundamentais na estrutura do atual sistema brasileiro:

1º Que seja introduzida uma disposição legal que obrigue/garanta que toda e qualquer notícia-crime da qual resulte uma imputação fundada e contra pessoa determinada seja imediatamente comunicada ao imputado, para que possa exercer seu direito de defesa atuando no procedimento (inclusive através do interrogatório policial devidamente assistido por defensor). É imprescindível que no inquérito policial seja consagrado normativamente o momento em que deve entender-se produzida a imputação, o dever de comunicação da sua existência e conteúdo, para se assegurar um mínimo de contraditório e direito de defesa. Ainda, o indiciamento deve ser disciplinado, como ato em si mesmo, de modo a se definir o momento e a forma de sua produção.

2º Que seja introduzida uma fase intermediária contraditória e oral (uma audiência), para que exista um juízo efetivo de pré-admissibilidade da acusação, evitando processos infundados e permitindo um contraditório real e efetivo, bem como uma maior eficácia da defesa. Um primeiro passo foi dado com a possibilidade de uma res-

posta escrita prévia ao recebimento da denúncia, conforme prevê a Lei nº 10.409 e o projeto de reforma do CPP. Contudo, como afirmamos anteriormente, parece-nos que deveria predominar a oralidade, e não a forma escrita (mais simbólica e menos eficaz), com o ato se realizando numa audiência.