

DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL DEFLAGRADO POR DENÚNCIA ANÔNIMA

RODRIGO IENNACO*

Promotor de Justiça de Sete Lagoas/MG*

Resumo: A investigação criminal, para que sirva de legítima fundamentação ao exercício da ação penal, deve submeter-se aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes. A Constituição Brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, prevendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88). O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno da validade constitucional do procedimento criminal deflagrado por *denúncia anônima*, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

Palavras-Chave: *denúncia anônima* – legalidade e legitimidade – teoria da prova ilícita por derivação – princípio da proporcionalidade

Abstract: The Brazilian Constitution assures the free manifestation of the thought, however prohibition the anonymity. Is anonymous denunciation of crime constitutional? This article intends to debate the parameters of constitutional validity of the criminal proceeding derivated of anonymous denunciation and to establish concepts for the Brazilian Supreme Court's jurisprudence of the subject.

Key-Words: *anonymous denunciation* – legality and legitimacy – theory of the fruits of the poisonous tree – principle of the proportionality.

Resumé: L'investigation criminelle, pour qu'elle serve de fondement légitime, doit se soumettre aux principes et aux garanties constitutionnelles – et légales résultantes. La constitution brésilienne garantit la libre manifestation d'opinion, mais elle interdit l'anonymat (art. 5º, IV, CF/88) et déclare inviolable l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes tout en prévoyant l'indemnisation pour dommage matériel ou moral découlant de sa violation (art. 5º, X, CF/88). Le présent travail prétend rendre plus profond, le débat au tour de la validité constitutionnelle de la procédure criminelle déflagrée par dénonciation anonyme, tout en cherchant à établir des critères à partir de la systématisation et de l'abordage jurisprudentiel de la matière.

Mots-Clés: “dénonciation anonyme” – légalité et légitimité – théorie de l'épreuve illicite pour dérivation – principe de proportionnalité.

* Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF. Coordenador do site www.direitopenalvirtual.com.br.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E ESTADO DE DIREITO: INÍCIO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO

A característica principal do Estado de Direito é a submissão do Poder Público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. São normas constitucionais estabelecidas como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a divisão de competências institucionais que funciona num sistema de *freios e contrapesos*. As noções de governo republicano e regime democrático se complementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que disciplinam a resolução judicial de conflitos. Em matéria de responsabilidade criminal, ninguém será privado de seus direitos sem a observância do devido processo penal,¹ aí referenciados seus corolários: o contraditório e a ampla defesa.

Na persecução penal que se desenvolve no Estado de Direito Democrático, a dignidade da pessoa humana expressa seu valor fundamental. Todas as regras que se referem à investigação preparatória, à ação penal e ao procedimento judicial devem ser interpretadas nessa ótica garantista² em que o respeito à Constituição não representa interesse individual em face do interesse público violado com o crime, mas interesse coletivo de respeito à democracia, à humanidade e à cidadania.³

A investigação criminal, assim, como fase preparatória ao exercício da ação penal, está submetida, como condicionante de sua legitimidade, aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes.

A investigação das infrações penais é atribuição, em regra, das polícias judiciárias, consubstanciada no inquérito policial. A outras autoridades a Constituição remete, outrossim, o poder investigatório, sobretudo relacionado às respectivas funções administrativas (parlamentar, fiscal, previdenciária, tributária, disciplinar etc.), cujos fatos tenham repercussão também na esfera penal, sem prejuízo da atuação da polícia judiciária (art. 4º, CPP).

Igualmente tem assento constitucional a legitimação do Ministério Público (art. 129, VI e VIII, CR/88; arts. 7º, 8º e 38, LC 75/93; Lei n. 8.625/93) e da Magistratura (art. 33, parágrafo único, LC 35/79) para a investigação de infrações penais.

A presidência do inquérito policial é atribuição da autoridade policial. Por outro lado, a Polícia Judiciária não detém, nem de longe, o monopólio do poder investigatório do Estado. O inquérito policial, no regime jurídico-constitucional inaugurado em 1988, é apenas uma das várias espécies de procedimentos administrativos investigatórios.

O Ministério Público, como titular do direito de ação penal pública condenatória, está legitimado para proceder a investigações administrativas, no âmbito do inquérito civil público (inclusive quanto a fatos que tenham repercussão na responsabilidade civil, administrativa e criminal), bem assim para instaurar, em caráter excepcional, procedimentos administrativos investigatórios criminais, disciplinados, no Estado de Minas Gerais, pela Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 2, de 14/9/2004,⁴ e em âmbito nacional pela Resolução n. 13, de 2/10/2006, do

1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 269-271; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 42.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*.

3 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 13-14.

4 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 248-257; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 37-43.

Conselho Nacional do Ministério Público. Até porque o inquérito policial não é expediente imprescindível à propositura da ação penal.⁵

Em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa pública (incondicionada), tanto o inquérito policial quanto o procedimento administrativo investigatório ministerial devem ser instaurados de ofício. Com efeito, as autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação formal ou de assentimento de outrem (princípio da *oficiosidade* ou *oficialidade*)⁶ – art. 5º, I, CPP.

Ciente da prática de um crime, a autoridade policial tem o poder-dever de instaurar o inquérito policial ou confeccionar procedimento correlato nas infrações de pequeno potencial ofensivo (TCO); na mesma medida, o órgão de execução do Ministério Público está obrigado a requisitar a instauração de inquérito policial ou, se as circunstâncias o recomendarem, instaurar o competente procedimento administrativo investigatório criminal.

Nesse caso, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência da infração penal poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5º, §3º, CPP).

Embora noticiar o crime seja mera faculdade conferida ao cidadão interessado em colaborar com a atividade repressiva do Estado,⁷ toda pessoa pode (e deve) ser testemunha, embora, em determinadas circunstâncias, algumas possam apresentar recusa (art. 206, CPP), estejam proibidas (art. 207, CPP) ou impedidas de depor (arts. 252, II, 258 e 564, I, CPP e art. 405, §2º, CPC). Há lei prevendo regras para organização e manutenção de programas especiais de proteção a testemunhas ameaçadas (Lei n. 9.807/99, regulamentada, no plano federal, pelo Decreto n. 3.518/00). A testemunha, dado o valor probatório de seu depoimento (título VII do Livro I do CPP), deve ser identificada (art. 205, CPP), constituindo a recusa de fornecimento dos dados pessoais contravenção penal (art. 68, LCP). Aquele que, sendo testemunha, não diz o que sabe, omitindo-se (“negar ou calar a verdade”), pratica o crime de falso testemunho (art. 342, CP). Ademais, quem dá causa à instauração de investigação contra pessoa sabidamente inocente, imputando-lhe crime, incide nas sanções do art. 339 do CP.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal que assegura a livre manifestação do pensamento, *veda o anonimato* (art. 5º, IV, CR/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito indenizatório decorrente de dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CR/88).

Do confronto entre o dever legal de servir como testemunha, a todos imposto (salvo exceções), e a inviolabilidade da vida privada, surge a indagação sobre a validade e legitimidade, perante a ordem jurídico-constitucional, da notícia anônima de crime.

De um lado, a Constituição veda expressamente o anonimato, limitando a livre manifestação do pensamento individual. No mesmo passo, a legislação infraconstitucional impõe o

5 Conforme entendimento pacífico no STF, a instauração de inquérito policial é prescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção (HC 70.991, Min. Moreira Alves; RE 233.072, Min. Nelson Jobim). Da mesma forma, não há impedimento para que o Ministério Público efetue colheita de depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merece ser elucidado (HC 83.463/RS, j. em 16.03.2004, Segunda Turma). No mesmo sentido o entendimento do pleno do STF (inquérito 1.957-7/PR, j. 11.05.2005).

6 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 22; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 201; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 50.

7 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 217-218; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

dever de testemunhar e identificar-se como testemunha. De outro, a autoridade que recebe notícia de crime de ação penal de iniciativa pública tem o dever de verificar a procedência das informações e, confirmada esta, de instaurar procedimento investigatório.

Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de Defesa Social, sobretudo as vinculadas à Segurança Pública: a “denúncia” anônima.

A notícia anônima de crime é constitucional? Pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório? Pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (sequestro e hipoteca legal de bens, arts. 125 e 134, CPP), de busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou de quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CR/88)?

O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno dessas questões, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

1.1 A notícia de crime: variações

Já vimos que a legitimação para a ação penal influi, também, no procedimento a ser adotado pelos órgãos oficiais incumbidos da fase pré-processual da persecução penal. No caso de notícia de crime em que se procede mediante ação penal pública incondicionada, a investigação deve ser iniciada de ofício, desde que a autoridade competente tome ciência da ocorrência da infração, por conhecimento próprio e direto, ou mediante comunicação de qualquer do povo, independentemente de representação de eventual ofendido ou representante seu. Se for caso de ação pública condicionada à *representação* (do ofendido) ou *requisição* (do Ministro da Justiça), a investigação somente poderá ser formalizada a partir da satisfação da condição de procedibilidade (pelo ofendido, seu representante ou Ministro da Justiça, conforme o caso). O mesmo sucede nos casos de ação penal de iniciativa privada, em que o procedimento investigatório somente pode ser iniciado se houver requerimento de instauração por parte do legitimado (art. 5º, §5º, CPP).⁸

Em todas as situações, desde que satisfeitas as condições nos casos cabíveis (crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada), tem-se indisponível poder-dever da autoridade em providenciar a apuração mediante o instrumento investigatório adequado (inquérito policial, a cargo da Polícia Civil, ou Procedimento Administrativo Investigatório Criminal, no caso de investigação capitaneada pelo Ministério Público).

A instauração do inquérito policial, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, pode se dar de ofício ou por provocação consubstanciada em *notícia de crime*. Neste caso, a *notitia criminis* pode se revestir de: a) requisição do Ministério Público;⁹ b) representação ou requerimento¹⁰ do ofendido ou seu representante legal; c) delação por terceiro, qualquer do povo (*delatio criminis*).¹¹

8 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26-27.

9 A possibilidade de instauração de inquérito policial a partir de requisição do Juiz de Direito (art. 5º, II, CPP), com o advento da CF/88, tornou-se controversa. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 27-28.

10 A doutrina costuma reservar o termo *representação* exclusivamente para os casos de crimes cuja ação penal depende de representação, utilizando-se requerimento para as hipóteses em que o ofendido pleiteia a instauração de procedimento para apuração de crimes de ação penal privada ou pública incondicionada (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p.

Do ponto de vista formal, a doutrina costuma apontar como peças inaugurais do inquérito policial: a) portaria (no caso de instauração de ofício); b) auto de prisão em flagrante; c) requerimento ou representação do ofendido; d) requisição do Ministério Público; e) requisição do Ministro da Justiça.¹² No Estado de Minas Gerais, o art. 8º da Instrução Normativa n. 01/95, do Conselho Superior de Polícia, determina que os inquéritos policiais sejam iniciados por Auto de Prisão em Flagrante ou, nos demais casos, por Portaria. Na Portaria, quando não se tratar de instauração *ex officio*, a autoridade policial fará constar que se trata de requisição do Ministério Público, do Ministro da Justiça etc.

Interessante notar que, no Estado de Minas Gerais, a Polícia Civil não disciplina a postura que deve assumir o Delegado de Polícia diante de recebimento de notícia anônima de crime. Porém, os arts. 1º e 2º da Portaria 005, de 24/9/2004, da Corregedoria-Geral de Polícia, que estabelece critérios sobre procedimentos investigativos a serem adotados em face de denúncias anônimas contra policiais civis, prevê que a Corregedoria não deve receber representação denunciatória que contrarie o art. 144, da Lei n. 8.112/90, determinando, portanto, o arquivamento da delação que não permita a identificação do representante, que, sendo assim, não poderá servir de base ao início de procedimento administrativo ou penal em desfavor de policial civil representado.¹³ A conjugação dos arts. 4º e 5º do mencionado ato administrativo normativo, entretanto, autoriza a Câmara Disciplinar do Conselho Superior de Polícia Civil Mineira, em casos excepcionais, havendo indícios de verossimilhança das alegações que consubstanciam a

221) Em essência, não há distinção formal ou substancial, pois há crimes em que a lei condiciona a adoção de providências da autoridade à representação do ofendido, o que não significa que, nos casos em que não há exigência de tal condição (crimes de ação penal pública incondicionada), não possa ela (a representação) ser oferecida.

- 11 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220-222. A delação, quando apresentada por terceiro ou qualquer do povo, é espécie de *notitia criminis*, podendo converter-se em prova se o seu signatário for arrolado e ouvido como testemunha. No caso de delação de autoria apresentada por co-réu durante a fase pré-processual ou na instrução do feito, após a instauração de inquérito baseado em autêntica *notitia criminis*, para que a delação tenha força probatória, imprescindível a incidência do contraditório ao interrogatório do co-réu delator. Não se pode admitir conteúdo probatório a manifestação de vontade que permaneça incólume ao princípio da bilateralidade, ainda que diferida e incidente *a posteriori*.
- 12 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221.
- 13 Nas considerações que motivaram a edição do ato normativo, a Corregedoria-Geral da Polícia Civil destaca que “dar azo à ilegalidade da delação anônima [diante da vedação constitucional ao anonimato] pode causar intolerável constrangimento e mesmo danos morais ao servidor e à própria dignidade do cargo público, porquanto os agentes públicos poderiam sofrer influências nocivas ao bom desempenho de suas atribuições funcionais, sendo inadmissível que o servidor submeta-se à ação irresponsável e leviana de denúncias anônimas, às vezes originadas a partir de interesses pessoais ou políticos, quicá de deliberada corrupção de particulares desejosos de afastar um bom e honesto funcionário do Estado para, com a ausência da mão proba do injustamente denunciado, poder satisfazer seus propósitos, justamente contra o princípio da moralidade e do interesse público falsamente invocados como motivos das peças denunciatórias apócrifas.” Aduz ainda que “não raras vezes, acusações contra servidores públicos apresentam-se sem um mínimo de respaldo de veracidade, desacompanhadas de quaisquer provas ou indícios, constituindo-se em meras alegações, engendradas na maledicência e, quase sempre, com o único propósito de macular o servidor policial que, no exercício de seu mister, involuntariamente desagrada e gera eventuais desafetos”. E conclui, citando jurisprudência da 5ª turma do TRF 2ª região (proc. n. 2002.02.01.006435-0): “o inquérito instaurado a partir de denúncia anônima causa aos acusados constrangimento ilegal, previsto pela legislação penal, uma vez que os indiciados não têm como argumentar contra eventuais vícios que possam estar contidos na acusação.”

delação anônima, a deliberar sobre o retorno do expediente à Corregedoria para levantamento preliminar, reservado e sigiloso, acerca da veracidade da notícia anônima.

Já a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais não possui ato que discipline a questão, quer se trate de denúncia anônima endereçada ao Promotor de Justiça, quer de notícia anônima de infração disciplinar ou penal praticada por Promotor apresentada ao órgão corregedor.¹⁴ Cumpre notar, entretanto, que a Resolução CNMP n. 13, de 2/10/2006, que regulamenta o art. 8º da LC 75/93 e o art. 26 da Lei n. 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, prevê, na conjugação dos arts. 3º, *caput*, parte final, e 4º, que a identificação do autor da representação que dá origem ao procedimento investigatório constará, “sempre que possível”, da portaria inicial. Vale dizer, a Resolução do Conselho Nacional do *Parquet* admite, *contrario sensu*, o início do procedimento baseado em denúncia anônima, a despeito da ausência de tratamento expresse a respeito do tema.

1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na *praxis*

A terminologia adotada nos temas que cercam o presente estudo nem sempre é clara, do ponto de vista técnico-jurídico. Alguns conceitos necessitam de maior atenção.

Notícia de crime é o conhecimento de um fato criminoso pela autoridade, de maneira espontânea ou provocada.¹⁵ A *notitia criminis* pode ser: a) de cognição imediata (art. 5º, I, CPP); b) de cognição mediata, por expediente escrito (art. 5º, II, CPP); c) de cognição coercitiva, por condução do preso em flagrante (art. 302, CPP).

Delatio criminis, por seu turno, é espécie do gênero *notitia criminis*. O que caracteriza a delação é a comunicação por terceiro, qualquer do povo, excluído o ofendido ou seu representante legal (art. 5º, §3º, CPP).¹⁶ A delação (*delatio criminis*), assim, tanto pode ser de cognição imediata quanto mediata, conforme se trate de fato comunicado diretamente à autoridade, no exercício rotineiro de suas atividades, ou mediante documento produzido por escrito e a ela encaminhado.¹⁷

14 O art. 292 da Lei Complementar Estadual n. 59/2001, que estabelece a organização e a divisão judiciárias de Minas Gerais, dispõe que, para fins de sindicância e processo disciplinar no âmbito da Magistratura, a denúncia sobre irregularidade será objeto de apuração *desde que contenha a identificação e o endereço do denunciante* e seja formulada por escrito.

15 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 132; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 207; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 76.

16 Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222. Fernando Capez, ao contrário, inclui no conceito de *delatio criminis* a comunicação feita pela vítima. Para o professor paulista, a delação simples ocorre quando há mero aviso da ocorrência de um crime, sem qualquer solicitação; a delação postulatória se dá com a comunicação do fato, acompanhada de requerimento de instauração da persecução penal (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78; no mesmo sentido: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124). Na classificação adotada por Capez, são expressões sinônimas indicativas da *notitia criminis* de cognição imediata: cognição direta, espontânea ou “inqualificada”. E de cognição mediata: indireta, provocada ou qualificada. (ob. cit. p. 76). No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 18.

17 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221-222.

No contexto e nos limites do presente estudo, podemos estabelecer a seguinte definição: *denúncia anônima* é a *delatio criminis* formulada por qualquer do povo, sem identificação, mediante expediente apócrifo de cognição mediata (telefonema, e-mail, carta etc.).¹⁸

Deve-se frisar que o termo *denúncia anônima* deveria ser evitado, por causar perplexidade de técnica no cotejo do instituto da denúncia (propriamente dita), usado como indicativo da petição inicial nos crimes de ação penal pública, apresentada pelo Ministério Público em juízo, nos termos do art. 41, do Código de Processo Penal. Teríamos, tecnicamente, *delação anônima*.

Com efeito, a *denúncia anônima* “não é uma denúncia no significado jurídico do termo”, como advertem Aloisi e Mortara, citados por Tourinho Filho.¹⁹ Porém, a teoria deve, nesse caso, buscar a conciliação com a *praxis*. Em fenômeno semelhante ao que ocorre com a “queixa”, já se consagrou, no senso comum, a figura da “denúncia anônima”, propalada por instituições oficiais de Segurança Pública e Defesa Social como mecanismo de fomento à participação da comunidade na elucidação dos crimes, sem necessidade de identificação ou sob promessa de sigilo.

Portanto, na técnica processual penal brasileira, denúncia (*stricto sensu*) “significa a peça inaugural da ação penal, promovida pelo Ministério Público.”²⁰ Porém, o próprio Código Penal utiliza o termo denúncia em sentido lato, para designar a comunicação de fato criminoso à autoridade, conforme se vê na rubrica do tipo de injusto capitulado no art. 339, em que se adjetiva de caluniosa a “denúnciação”. *Denúnciação* como expressão do ato de denunciar, noticiar fato criminoso à autoridade, dar causa a instauração de procedimento oficial. Quando se fala em denúncia anônima, então, tem-se a expressão tomada *lato sensu*.²¹ Denúncia anônima não é denúncia propriamente dita, mas modalidade de *notitia criminis*.

2 PONDERAÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM CONFLITO: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Por um lado, a Constituição Federal veda o anonimato – e o faz ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento. Por outro, há o interesse coletivo e o dever das autoridades estatais no sentido de que os crimes sejam apurados e seus autores punidos. A denúncia anônima traz em si, portanto, aparente colisão de princípios constitucionais.

A denúncia anônima, ao transmitir à autoridade imputação de prática criminosa, instaura uma tensão dialética entre valores constitucionalmente agasalhados. Surge, com a apresentação da *delatio criminis* anônima, estado de colisão de direitos, confrontando-se li-

18 A doutrina se limita, sem maiores considerações, a reproduzir a lição de José Frederico Marques, que a classifica como *notitia criminis* inqualificada. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

19 *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 218.

20 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 365.

21 A denúncia, *stricto sensu*, quando apócrifa, é ato processual inexistente, por ausência de imputação válida pelo órgão de execução ministerial que não assina a peça inicial veiculadora da pretensão punitiva estatal. Denúncia apócrifa, nesse sentido, equipara-se a denúncia assinada por quem não é Promotor (ou Procurador, conforme o caso) de Justiça, embora se admita o suprimento da irregularidade, com a ratificação dos termos da denúncia oferecida pelo *Parquet* e, por descuido, não assinada. A denúncia anônima, *lato sensu*, é o expediente utilizado por qualquer do povo, que intencionalmente não se identifica, para levar ao conhecimento da autoridade notícia da prática de crime: *delatio criminis* anônima, cuja validade jurídica é objeto de discussão deste trabalho. Com entendimento semelhante, porém evitando falar em “denúncia” fora da hipótese de petição inicial: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124, nota 66.

berdades revestidas de envergadura jurídica equivalente. Necessário, pois, definir a primazia de uma delas, sem que a outra seja completamente esvaziada. A superação do conflito entre direitos essenciais, cujos titulares são sujeitos diversos, deve-se basear em critérios que afastem o aparente antagonismo, com a utilização do método da ponderação proporcional de bens, em atenção a cada caso concreto, sem que isso importe no esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²²

Lá, há a norma que veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88), buscando preservar, na liberdade de expressão, a incolumidade dos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade). Aqui, postulados básicos, igualmente consagrados constitucionalmente, buscando conferir efetividade à exigência de que os comportamentos sociais se ajustem à lei, dentro de determinados padrões ético-jurídicos agasalhados pelo próprio sistema constitucional, donde se extrai o dever de atuação das instâncias formais de controle da criminalidade.

Na exegese constitucional, tendente à superação do conflito axiológico – adverte Alexandre de Moraes, citando Canotilho –, deve-se buscar a concordância prática (ou harmonização) dos interesses colidentes, coordenando-se e combinando-se os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.²³

Sobre o tema, os Tribunais estão divididos.

A 5ª Turma do STJ já decidiu, por unanimidade, que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, sobretudo quando a investigação e o inquérito sejam conduzidos sob sigilo.²⁴ No voto do Relator, Min. Gilson Dipp, consignou-se que se tratava de investigação da Polícia Federal (“Operação Albatroz”), deflagrada por denúncia anônima que deu origem a inquérito policial. Instaurado o procedimento, foram determinadas diversas diligências (entre elas a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico), que, renovadas, fundamentaram a prisão temporária dos investigados e busca e apreensão (domiciliar e nos locais de trabalho). Para fundamentar a constitucionalidade do procedimento instaurado a partir da delação anônima, o Min. Gilson Dipp entendeu que a base para a instauração do inquérito não teria sido simplesmente a “denúncia anônima”, mas sim o resultado das investigações conduzidas sob sigilo pela Polícia Federal a partir daquela. Afirmou o relator, por fim, que “a referida carta anônima não contaminou o restante do acervo probatório”, relativizando o alcance da *teoria dos frutos da árvore venenosa*.

Já em outro feito, a Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que uma carta anônima não pode movimentar polícia e justiça sem afrontar a norma constitucional do art. 5º, IV. Cuidava-se, nesse caso, de inquérito policial instaurado com base em delação anônima de supostos crimes praticados por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Seguindo o voto do Relator, Min. Ari Pargendler, determinou-se o arquivamento dos autos do inquérito policial.²⁵

No julgamento de ação penal de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal admitiu, por maioria, a legitimidade de procedimento investigatório e ulterior processo

22 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 661; BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, p. 363-366; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 193-203.

23 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 42.

24 HC n. 38.093/AM (2004.0126445-4); DJ 17.12.2004. No mesmo sentido: RO em HC n. 7.329/GO; Rel. Min. Fernando Gonçalves; DJ 04.05.1998.

25 Agravo Regimental no Inquérito n. 355/ RJ (2002/0132706-7); DJ 17.05.2004.

penal inaugurados por delação anônima, observados alguns parâmetros em cada caso concreto. Ao suscitar questão de ordem no julgamento do inquérito 1.957-7/PR, o Min. Marco Aurélio se posicionou radicalmente contrário à validade do procedimento assim deflagrado, invocando, ao lado da vedação constitucional, o disposto nas Leis n. 8.112/90 e 8.429/92 (art. 14) e art. 4º, II, da Resolução 290/2004 que dispõe sobre os procedimentos da Ouvidoria do STF, diplomas que também vedam a instauração de procedimentos a partir de delação anônima. Para Marco Aurélio, o denunciante que se esconde sob o anonimato não exerce um direito inerente à cidadania e deixa de assumir responsabilidade que possa, em um passo seguinte, improcedente a imputação, desaguar na denúncia caluniosa. A carta anônima, como defeito inicial, contaminaria toda a persecução a partir do inquérito.

Assim, a questão de ordem levantada pelo Min. Marco Aurélio, que acabou sendo rejeitada por maioria, discutia a viabilidade da seqüência do próprio inquérito, em que o elemento básico desencadeador da apuração de certos dados iniciais é uma carta anônima:

“Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, no caso, a Carta da República só prevê o sigilo quando ele é inerente à própria atividade profissional desenvolvida. Não podemos imaginar a inauguração de uma época que se faça a partir do denunciismo irresponsável. Não podemos imaginar uma verdadeira época de terror em que, a partir de uma postura condenável, chegue-se à persecução criminal.”

No mencionado julgado, o Min. Marco Aurélio diferenciava *notícia de materialidade de imputação*. Por exemplo, se há um telefonema anônimo comunicando à polícia que, em tal lugar, há um cadáver ou está sendo praticado tráfico de drogas, evidentemente a polícia teria de verificar a procedência da informação, indo ao local (notícia anônima de materialidade). Por outro lado, se há uma carta anônima atribuindo atos criminosos a determinada pessoa (imputação anônima de autoria), haveria o prejuízo de tudo mais que fosse levantado a partir dela, não podendo a *delatio criminis* gerar efeitos jurídicos válidos, tal como fundamentar a instauração de inquérito para apuração dos fatos.

Acompanhando o entendimento, o Min. Eros Grau execrou a validade de delação anônima.

Raciocínio análogo foi encampado pelo Min. Cezar Peluso, para quem seria inadmissível a abertura de procedimento investigatório a respeito de um fato típico baseado em documento ilícito, que não deveria gerar nenhuma consequência jurídica. Uma denúncia anônima não poderia ganhar forma como figura de juízo para dar início a uma investigação de caráter formal, pois assim se proclamaria a irresponsabilidade civil e penal do delator, que não responderia por acusação falsa. Sua conclusão é que o ordenamento abomina e excomunga o anonimato, considerando-o um desvalor jurídico que, como tal, não poderia ser considerado para nenhum efeito. E cita o próprio Código Penal, que mostraria reprovabilidade máxima ao anonimato ao agravar a pena da denúncia caluniosa em tal circunstância. No exemplo citado, se o cadáver é encontrado, começaria investigação válida. Abrir, porém, inquérito baseado em carta anônima seria conferir valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado.

O Min. Gilmar Mendes, embora concordando com o Min. Cezar Peluso no sentido de restringir-se a eficácia da denúncia anônima, defendeu que a situação deveria ser analisada em cada caso concreto. Noutro exemplo: há um contrato administrativo; se se informa à autoridade, em carta anônima, a existência de irregularidades em procedimentos licitatórios, a informação, em suma, é da existência de contrato publicado no Diário Oficial. Lembra o Ministro que a lei de licitação determina que haja a publicação da síntese ou extrato do convênio ou

contrato, que poderá, a qualquer tempo, ser objeto de investigação ou questionamento, inclusive mediante ação popular. Nesse caso, não se poderia concluir pela ilegalidade das investigações deflagradas por delação anônima. É que, no caso, o inquérito instaurado prescinde da carta anônima, haja vista que os atos (objeto de investigação) são públicos.

Já o ex-Min. Nelson Jobim defendeu que não se formulasse, sobre o tema, tese *in abstracto*, decidindo-se caso a caso, em atenção às particularidades de cada situação concreta. Para Jobim, a denúncia anônima pode desencadear atividades de investigação. O que não se admite é que seja autuada como documento lícito capaz de, ao gerar consequências jurídicas, originar um procedimento formal de investigação. Ou seja, não admite a abertura de inquérito com base em carta anônima.

Para o Min. Carlos Britto, pode haver investigação a partir de denúncia anônima; embora não se possa admitir uma denúncia, peça inicial do processo penal, exclusivamente baseada numa *notitia criminis* anônima – admitindo que a cidadania, como ponto de partida, pode manifestar-se anonimamente, em colaboração para com o Poder Público no desvendamento de atos ilícitos, devendo-se analisar em cada caso concreto.

O Min. Sepúlveda Pertence, a seu turno, formulou indagação sobre a ação que se espera da polícia diante de telefonema anônimo em que se comunique haver um cadáver ou ocorrência de seqüestro em determinado lugar. Estaria a polícia impedida de verificar a informação? Partindo de tal questionamento, demonstra que o princípio da vedação do anonimato, posto que nobilíssimo, não pode ser levado às últimas consequências. Se uma carta anônima informa a existência de contratos administrativos celebrados sem licitação, é como se dissesse que há um cadáver em determinado lugar. A materialidade do crime seria, em tese, a documentação dos contratos. Embora não se possa intimar o delator anônimo, pode-se verificar se existe o fato material noticiado, cujo resumo é de publicação obrigatória no órgão oficial de imprensa. Para Pertence, a delação anônima não tem validade nem como prova, nem como elemento de informação da persecução penal, caso contrário haveria violação aos princípios constitucionais do processo. Por outro lado, defende que a delação anônima não isenta a autoridade que a tenha em mãos dos cuidados para apurar sua verossimilhança e, a partir daí, instaurar o procedimento formal. Até porque – argumenta – se o art. 339, §1º, do CP prevê causa de aumento de pena para o denunciante que se vale do anonimato, é que a delação anônima pode, sim, dar margem à deflagração da investigação – embora não seja prova nem informação confiável por si só.

Carlos Velloso, para ilustrar seu ponto de vista, reproduz exemplo dado, noutra oportunidade, por Sydney Sanches: mediante interceptação telefônica não-autorizada, descobre-se um cadáver de mulher, que estava desaparecida; numa das mãos há cabelos; a mulher morrera lutando; faz-se exame de DNA e localiza-se o assassino. As investigações poderiam prosseguir? Para o ex-Min. Carlos Velloso sim, por aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que ocorreria, *mutatis mutandis*, nos casos de denúncia anônima contra criminosos perigosos, narcotraficantes etc. A notícia do crime seria inicialmente tratada sob sigilo, propiciando investigações válidas, com a observância do princípio da proporcionalidade.

O voto do Min. Celso de Mello merece maior atenção e destaque. Observa o ilustre Ministro que a proibição constitucional do anonimato busca impedir abusos no exercício da liberdade de expressão, aí incluída a denúncia anônima. Ao se exigir a identificação, busca-se a possibilidade de responsabilização do delator pelos excessos. Cuida-se de norma positivada no sistema constitucional brasileiro desde a primeira Carta Republicana (art. 72, §12, CR/1891), que tem como único escopo permitir que o autor de escrito ou publicação possa submeter-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo, em defesa do patrimônio moral

das pessoas agravadas.²⁶ A vedação do anonimato, assim, traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que poderiam decorrer gravames a terceiros, desrespeitados em sua esfera de dignidade.

Nesse contexto, sustenta o Min. Celso de Mello que nada impede que a autoridade, recebendo denúncia anônima, adote medidas informais, “com prudência e discrição”, destinadas à apuração prévia e sumária da notícia de crime, com o objetivo de posterior instauração do procedimento penal. Desse modo, haveria a desvinculação da delação formulada por autor desconhecido, que não é ato de natureza processual, da investigação estatal (*informatio delicti*). Disso resultaria a impossibilidade de o Estado dar início à persecução criminal tendo por “único fundamento causal” a denúncia anônima. A exemplo do que sucede na Itália, sustenta, com apoio no magistério de Giovanni Leone, que “os documentos e escritos anônimos não podem ser formalmente incorporados ao processo, não se qualificam como atos processuais e deles não se pode fazer qualquer uso processual”:

“... após reconhecer o desvalor e a ineficácia probante dos escritos anônimos, desde que isoladamente considerados, admite, no entanto, quanto a eles, a possibilidade de a autoridade pública, a partir de tais documentos e mediante atos investigatórios destinados a conferir a verossimilhança de seu conteúdo, promover, então, em caso positivo, a formal instauração da pertinente *persecutio criminis*, mantendo-se, desse modo, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas que forem encaminhadas aos agentes do Estado, salvo [...] se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado.”²⁷

Conclui, então, diante de revelação anônima de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, pela possibilidade do Estado adotar medidas sumárias de investigação, destinadas a esclarecer a idoneidade e verossimilhança da delação, que, se confirmada, dará ensejo à instauração do procedimento formal, diante da observância do postulado da legalidade e do dever da autoridade, consideradas razões de interesse público, de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de fatos criminosos. Os escritos anônimos não justificam, só por si, isoladamente considerados, a instauração da *persecutio criminis*, eis que não podem ser incorporadas formalmente ao processo – salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (solicitação de resgate na extorsão mediante seqüestro; cartas que evidenciam ofensas à honra, veiculam ameaças ou corporificam o *crimen falsi* etc.).

No âmbito do STF, há ainda processo emblemático, pendente de julgamento. Cuida-se do HC 84.827/TO, impetrado em desfavor do relator da notícia crime 359 do STJ, ao argumento de ilegalidade do procedimento deflagrado por denúncia anônima. Em votação da 1ª Turma, o Min. Sepúlveda Pertence apresentou pedido de vista, após a ordem ser concedida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, relator, Eros Grau e Cezar Peluso, e denegada pelo Min. Carlos Britto.

Não só na orientação pretoriana; também na doutrina há divergência. Há quem negue validade jurídica à denúncia anônima. Tourinho Filho argumenta que:

26 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 713; MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 128; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 238.

27 Cf. LEONE, Giovanni. *Il Codice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*, p. 562-564.

“... se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os ‘denunciados’ chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas ‘Bocas dos Leões’ suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.”²⁸

Em sentido oposto, na esteira do magistério de Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, manifestam-se Mirabete e Capez, respectivamente:

“No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na *notitia criminis*, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido *notitia criminis* inqualificada.”²⁹

“Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].

[...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva. E isto, como se a sua cognição fosse espontânea, ou seja, como quando se trate de *notitia criminis* direta ou inqualificada.”³⁰

“Nada impede [...] a notícia *anônima* do crime [...]. Na hipótese, porém, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, especialmente a policial, pro-

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 218.

29 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 147.

30 TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*, p. 34-35.

ceder, com a máxima cautela e discricção, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva.”³¹

“A delação anônima (*notitia criminis* inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.”³²

Quanto ao argumento de direito material, temos a lição de Nelson Hungria:

“Segundo o §1º do art. 339, ‘A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto’. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um *plus* de pena.”³³

Percebe-se, claramente, que a melhor interpretação não é encontrada na visão de um único dispositivo constitucional, isoladamente, mas no cotejo do entrelaçamento de valores que defluem do texto constitucional, sistemática e principiologicamente orientado.

2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato

A Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento e expressão, mas veda, expressamente, a manifestação anônima. Historicamente, a vedação do anonimato parece se dirigir, em especial, à liberdade de crítica, de imprensa, de opinião, viabilizando a responsabilização em face de excessos que atinjam direitos de terceiros: dignidade, honra, imagem, vida privada etc.

Não se pode negar à notícia de crime, endereçada à autoridade por qualquer instrumento de comunicação (telefone, correspondência manuscrita, impressa ou eletrônica etc.), a qualidade de manifestação do pensamento. A rigor, o cidadão que faz uso da prerrogativa da delação, deve-se identificar. Essa é a regra. Não se pode negar, todavia, que em situações peculiares ou excepcionais, o cidadão pode contribuir com a autoridade pública, na defesa dos interesses sociais de controle da criminalidade, sob o anonimato. É o que sucede, por exemplo, nos casos em que a revelação de sua identidade poderia comprometer concretamente sua própria segurança, não havendo efetividade, nesses casos, dos programas oficiais de proteção de testemunhas.

Há situação de colisão de interesses jurídico-constitucionais, que deve ser afastada pelo critério da *proporcionalidade*. Nesse caso, a limitação a direito individual do delatado só tem razão de ser se a delação materializar valores igualmente relevantes do sistema constitucional.

No processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade, consagrou-se a idéia de que o exercício do poder-dever estatal é limitado, justificando-se restrições a

31 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87.

32 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

33 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 466.

direitos individuais somente por razões de *necessidade, adequação e prevalência do valor* a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Além disso, a medida restritiva deve ser imposta, quando a lei o exigir, por decisão judicial, sempre motivada, em qualquer caso, pelas circunstâncias concretas.³⁴

Daí se pode registrar, numa primeira análise, que a notícia anônima de crime viola, em tese, o disposto no art. 5º, IV, da CR/88 e, como tal, não pode fundamentar, isoladamente, a instauração de inquérito policial ou a determinação judicial de medida que restrinja direito constitucionalmente assegurado (inviolabilidade do domicílio, do sigilo fiscal, bancário, das comunicações telefônicas, de dados etc.). Isso não significa, embora possa parecer paradoxal, que toda e qualquer notícia anônima de crime seja desconsiderada pela autoridade destinatária. Ao contrário, recebendo delação anônima, a autoridade tem o dever de verificar seu conteúdo e sua procedência – leia-se, verossimilhança das informações –, mediante a utilização de recursos ordinários de investigação que não violem frontalmente as liberdades públicas instituídas constitucionalmente. Confirmada a fidedignidade da delação, o procedimento formal será deflagrado, desvinculando-se a instauração e os conseqüentes elementos de convicção da notícia anônima original.

Com essa interpretação, o princípio da proporcionalidade não esvazia o conteúdo garantista das liberdades constitucionais. Ao contrário complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito, harmonizando os interesses constitucionais aparentemente conflitantes.³⁵

3 A DENÚNCIA ANÔNIMA E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À OBTENÇÃO ILÍCITA DE PROVAS

O art. 5º, LVI, da CF/88, proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A vedação alcança tanto as provas obtidas com violação à norma de direito material (prova ilícita propriamente dita) quanto de direito processual (prova ilegítima). O sistema consagrado entre nós, no processo, é o do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia prévia dos meios de prova. A liberdade probatória e o livre convencimento encontram na Constituição, porém, a limitação de seu alcance.

Uma prova, embora tomada e considerada em si mesma como lícita, *a priori*, não se reveste de idoneidade jurídica como meio de convencimento válido do Julgador, se a ela se chegar por intermédio de outra prova, sendo esta, a precedente, obtida ilicitamente. Nesses casos, ainda que em prejuízo da verdade material, mas na afirmação do interesse coletivo de respeito às liberdades públicas, deve ser descartada e repudiada – por mais relevantes que sejam os fatos nela consubstanciados.³⁶

Embora com repúdio de setor significativo da jurisprudência pátria,³⁷ advoga-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a prova obtida por meio ilícito seja considerada, em hipóteses de caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao argumento de que nenhuma liberdade pública é absoluta. Seria possível, portanto, excepcionalmente, ponderar

34 A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade; outro, material, o da justificação teleológica (a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional) Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 53-54.

35 Cf. Suzana de Toledo Barros apud idem.

36 STF, Ação Penal 307-3/DF, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU13.10.1995. No mesmo sentido o voto do Min. Celso de Mello.

37 STF, HC 74.678/DF, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, Informativo n. 75.

bens em conflito, prestigiando-se interesses de maior envergadura social em detrimento de individuais mais estreitos, como intimidade, sigilo de dados, liberdade de comunicação etc.³⁸ Essas garantias são estabelecidas para o exercício de direitos, não para instrumentalização de crimes.

Várias “inviolabilidades” são previstas na Constituição como garantias de resguardo de direitos fundamentais: intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, XII e XLIX), domicílio (art. 5º, XI), sigilo das comunicações e dos dados (art. 5º, XII). A violação dessas garantias, se empreendida na persecução penal, renderia ensejo à formação de prova ilícita. Antônio Scarance Fernandes, sobre o tema, comenta:

“Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos.”³⁹

Do confronto entre a vedação da prova obtida por meio ilícito e a proibição do anonimato, ambas erigidas ao plano constitucional, conclui-se que a delação anônima não se pode emprestar qualquer valor probatório. O raciocínio contrário representaria o aniquilamento do conteúdo da norma constitucional e, conseqüentemente, de garantia individual fundamental, o que não se admite, ainda que ao argumento da proporcionalidade.

De outra banda, não se pode olvidar que, em casos excepcionais, o cidadão não pode contribuir com a apuração de crimes, alguns com severa danosidade social, identificando-se. O Estado não pode, a seu turno, prescindir dessa cooperação.

Nesse sentido, aí sim com a aplicação legítima do princípio da proporcionalidade, a despeito de não possuir, propriamente, valor probatório, a denúncia anônima é instrumento válido para deflagração do poder investigativo do Estado. Sem que, a partir dela, isoladamente, determine-se a abertura de inquérito, autorizem-se medidas judiciais restritivas de garantias constitucionais ou formule-se em juízo a pretensão punitiva.

Se a delação anônima não tem valor probante, também não se submete, por outro lado, ao crivo da vedação à obtenção ilícita de provas. Noutras palavras, a conjugação dos incisos IV e LVI do art. 5º da Constituição Federal impede a consideração da delação anônima para a

38 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 124.

39 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 83-84.

formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo. Obviamente, as provas reunidas durante a investigação serão tomadas desvinculadas da delação anônima, portando analisadas em si mesmas quanto à sua licitude.

3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada

O problema que surge da admissibilidade da investigação deflagrada por denúncia anônima diz respeito à aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). Vimos que a denúncia anônima não possui, por si só, força probatória. Não pode fundamentar, isoladamente, sem o apoio em outros elementos de informação – ainda que dela decorrentes – instauração de procedimento formal de investigação criminal sem contrariar o mandamento constitucional que veda o anonimato.

Se a considerássemos prova obtida por meio ilícito, porque contrária à Constituição, ainda assim deveríamos delimitar a consequência da sua imprestabilidade, definindo se haveria contaminação de todas as demais provas dela resultantes.

É pertinente a indagação: incidiria, na hipótese, a comunicabilidade da ilicitude das provas, aplicação do princípio da *consequencialidade* em matéria probatória?

Embora a posição majoritária do STF seja no sentido de que a prova ilícita originária, sendo nula, contamina as provas dela decorrentes,⁴⁰ que seriam nulas por derivação, a questão da denúncia anônima deve ser resolvida sob o prisma da ponderação proporcional dos bens conflitantes. Sabemos que as liberdades públicas não podem ser usadas como “escudo protetor” para acobertar a prática de atividades ilícitas.⁴¹

Não há uma causalidade (ou consequencialidade) inexorável entre a denúncia anônima e as provas produzidas no procedimento investigatório por ela deflagrado. Isso se dá também porque a denúncia anônima não traduz, em si mesma, modalidade probatória. Há, nela, apenas notícia de fato em tese criminoso que pode ser comprovado pelos meios idôneos previstos na legislação. Na denúncia anônima, não temos ofensa direta a qualquer das inviolabilidades públicas asseguradas constitucionalmente (casa, comunicações telefônicas, dados bancários ou fiscais etc.), para além da esfera de intimidade individual.

A denúncia anônima, sobretudo quando traz notícia de fatos de significativa nocividade social, não possui qualquer valor processual em si mesma. Apenas traduz, para a autoridade, o dever de diligenciar, em apuração perfunctória, superficial e sumária, a verossimilhança da informação. Ou seja, implica o dever de averiguar a existência do crime para posterior comprovação de sua materialidade e autoria em sede de investigação criminal formal. O inquérito policial decorrente será instaurado com base nos elementos de informação colhidos nessa “apuração prévia” – *verificação de procedência das informações*, na dicção do Código de Processo Penal.

Essa desvinculação das provas em relação à denúncia anônima originária se estabelece axiologicamente, numa exegese constitucional teleologicamente orientada para a consagração dos valores constitucionais que têm por fundamento a supremacia do interesse público sobre o

40 STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.12.1993, DJU 25.03.1994. QO no MS 21.750, 24.11.93, Rel. Min. Carlos Velloso. HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.1996, Informativo n. 35. HC 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 09.05.1996, Informativo n. 30. HC 73.510-0/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 12.12.1997, p. 65.565.

41 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 127.

privado – sem que isso represente, no caso da denúncia anônima, esvaziamento do conteúdo de quaisquer garantias individuais. Noutras palavras, tal hermenêutica se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que, no caso, opera a desvinculação – a quebra da causalidade (ou consequencialidade) –, impedindo a contaminação das provas legitimamente reunidas no inquérito policial.⁴²

Afinal, não se pode ignorar a existência de um fato ilícito somente em função da procedência do seu conhecimento.⁴³ A denúncia anônima não é prova, mas notícia de fato criminoso que se pode (ou não) validamente comprovar. Não há vício de origem capaz de contaminar toda a persecução.

A verificação da procedência das informações autoriza o descarte da delação, substituindo-a por completo, de modo que as investigações formalmente instauradas nascem desvinculadas, normativamente (à luz da proporcionalidade), da notícia inaugural, em homenagem ao interesse social de apuração dos fatos criminosos.

No que diz respeito à denúncia anônima, desde que respeitados determinados parâmetros e observados certos critérios, de acordo com o raciocínio que vem sendo estruturado até aqui, não há o risco de sua aceitação constituir estímulo à violação de garantias individuais fundamentais, como ocorreria, por exemplo, na admissão de confissão obtida por tortura, de prova testemunhal prestada em escuta telefônica clandestina etc.

A prevalecer tese contrária, bastaria que o criminoso providenciasse sua denúncia anônima ou formulasse, ele próprio, auto-acusação anônima para impedir o sucesso da investigação contra sua pessoa, pois tudo que viesse a ser produzido seria considerado ilícito em virtude de contaminação – no caso, forjada.⁴⁴

Por fim, vale lembrar que o nexo que une a notícia de crime, os elementos de formação da *opinio delicti* no inquérito e as provas no processo é normativo. Da mesma maneira, na teoria do Direito Processual, o liame entre uma prova e outra, dela derivada, não é ontológico. O princípio da proporcionalidade, assim, atua como elemento de aperfeiçoamento e interpretação axiológica do nexo entre as provas, desvinculando, normativamente, a notícia de crime das provas produzidas na persecução penal.

Há, assim, no tema da denúncia anônima, uma relativização da teoria dos frutos da árvore venenosa, não sua negação. Com isso estabelecemos, no plano teórico, o princípio da incomunicabilidade normativa da ilicitude das provas em referência à notícia do crime, por atuação do postulado da proporcionalidade.

4 CRITÉRIOS DE VALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES ORIGINADAS DE DENÚNCIA ANÔNIMA

4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de Defesa Social: anonimato ou sigilo?

Quem delata (apresenta *notitia criminis*), dando causa à abertura de inquérito policial, exerce um direito (art. 5º, II e §§1º e 5º, CPP), e exercendo regularmente esse direito, não

42 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134.

43 STJ, HC 38.093, rel. Min. Gilson Dipp.

44 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 89.

pratica crime, sendo suficiente a verdade subjetiva para afastar o dolo, como leciona Bitencourt.⁴⁵ Com efeito, o legislador não poderia incriminar conduta identificada pelo exercício regular do direito de petição.

Por outro lado, quando o agente dá causa a instauração de inquérito em desfavor de sujeito passivo determinado, conhecendo sua inocência e imputando-lhe a prática de crime, pratica infração contra a administração da justiça. A norma constitucional que veda o anonimato é concretizada, no plano infraconstitucional, para os fins do direito penal, com a responsabilidade do denunciante caluniador, assim entendido, na dicção do art. 339 do Código Penal, quem dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto, a pena é aumentada (§1º).

Isso nos leva à conclusão de que a autoridade pública que recebe notícia de crime deve providenciar o registro da qualificação do delator, quando se identificar, ou dos dados acessíveis quando da transmissão da notícia, para a hipótese de necessidade futura de identificação, de acordo com o meio utilizado para a comunicação do fato.

Se o Poder Público fomenta a participação da comunidade na apuração de crimes e identificação de seus autores, mediante serviços especiais (disque-denúncia, sítios na internet etc.), deve estruturá-los em obediência à legislação. Vale dizer, primeiro deve informar ao cidadão se a notícia anônima de crime será admitida e verificada. Deve, além disso, diferenciar entre as hipóteses em que não é necessária a identificação do delator e as que sua identificação será mantida sob sigilo. Finalmente, nos dois casos, deve manter registro da origem da notícia, de acordo com os recursos tecnológicos compatíveis (como endereço eletrônico do remetente de e-mail, número de telefone identificado e gravação da chamada originada etc.).

Essas providências mínimas, de um lado, permitiriam a comprovação de que a notícia do crime foi espontaneamente apresentada por qualquer do povo, desestimulando a produção de prova ilegal e clandestina pelo aparato policial (como escutas telefônicas desautorizadas etc.), que poderiam ser artificialmente transformadas em denúncias anônimas. De outro, possibilitariam investigações futuras de identificação do delator, para a hipótese de sua responsabilidade por denúncia caluniosa.

Caso contrário, a norma do §1º do art. 339 do CP seria letra morta.

4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações

A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.

Embora a regra seja a publicidade dos atos processuais, aí incluído o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade de investigação, ressalvadas as hipóteses constitucionais de “inviolabilidades”. Ou seja,

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 517.

a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamentos de campo, infiltrar agentes, realizar campanhas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.

Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.

4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias

O ordenamento jurídico-constitucional protege de violação vários interesses, erigidos, então, ao ápice da hierarquia das normas. É o que acontece com a casa, com a privacidade das comunicações, com os dados bancários, fiscais, patrimoniais etc. Algumas encontram disciplina legal específica, outras se incluem na previsão genérica da proteção da vida privada e da intimidade (art. 5º, X, CR/88). Esses interesses ou bens, integrantes do patrimônio jurídico do cidadão, não são protegidos de maneira absoluta, a despeito da inclusão no nível constitucional.

Sempre que houver necessidade de preservar outro bem de maior valor, também amparado constitucionalmente, a aferição da justa causa para violação será apreciada em cada caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A própria Constituição autoriza a busca e apreensão domiciliar precedida por ordem judicial e executada durante o dia, embora a casa seja o asilo inviolável do indivíduo. A interceptação telefônica, admitida pela Constituição Federal nos termos da lei (art. 5º, XII, CR/88), tem suas hipóteses de admissibilidade reguladas pela Lei n. 9.296/96.

Em todos os casos em que a Constituição assegura determinado interesse com a chancela da inviolabilidade, a denúncia anônima não pode fundamentar decisão judicial em sentido oposto, ressalvadas hipóteses excepcioníssimas. É que a busca e apreensão cumprida em domicílio, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados de uma maneira geral, exigem um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.

Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o Juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição de mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo. O mesmo raciocínio se aplica à interceptação telefônica, mormente porque a lei não admite, por disposição expressa (art. 2º, Lei n. 9.296/96), a determinação judicial da medida quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

Também às medidas assecuratórias previstas no art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal se aplica a assertiva da impossibilidade de deferimento com base em notícia

anônima, exclusivamente. Tais medidas são autênticas *cautelares*, que reclamam, por isso, demonstração *in concreto* de sua necessidade. Necessidade que se apóia na presença de indícios veementes (art. 126, CPP) ou, na expressão genérica aplicável às medidas instrumentais correlatas, “fumaça do bom direito”. O regime das medidas acautelatórias, por isso, é incompatível com a determinação judicial apoiada apenas em denúncia anônima.

4.4 Denúncia anônima e prisão provisória

Denomina-se prisão provisória a prisão de natureza cautelar, decretada durante a persecução criminal; não se pode confundir, aqui, a privação provisória da liberdade com a “pena” privativa de liberdade (a prisão como sanção jurídica prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios, fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal.

O Código de Processo Penal de 1942, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, entre elas as decorrentes do advento da CR/88, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão.

A doutrina aponta cinco modalidades de prisão provisória:⁴⁶ flagrante (art. 301 e segs., CPP); preventiva (art. 311 e segs., CPP); em virtude de pronúncia (art. 408, § 1º, CPP); decorrente de condenação recorrível (art. 393, I, e 594, CPP); e temporária (Lei n. 7.960/89). As duas primeiras (flagrante e preventiva) encontram-se previstas no título IX do Código de Processo Penal. Todavia, ainda àquelas previstas fora do título IX (“da prisão”), aplicam-se as disposições gerais do capítulo I do Título IX.

A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas sobre inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF/88): a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

Pode a prisão provisória ocorrer com apoio exclusivo em denúncia anônima?

4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante

A Constituição Federal prevê a prisão em flagrante, sem, contudo, explicitar-lhe o conteúdo. A elaboração do *tipo processual*, portanto, é deixada a cargo do legislador infraconstitucional – sendo recepcionado, então, o art. 302 do CPP. O elemento temporal é essencial à configuração do estado de flagrância que autoriza a prisão. Verifica-se que os incisos do art. 302 do CPP dilatam, progressivamente, o limite temporal caracterizador do flagrante delito.⁴⁷

Presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal; do contrário, ilegal, independente dos elementos de convicção coletados por ocasião da confecção da lavratura do respectivo auto pela autoridade poli-

46 Prisão provisória é o gênero que tem como espécies as cinco modalidades aqui expostas. Deve-se observar que “prisão especial” é uma modalidade não de prisão provisória, mas de cumprimento de prisão provisória. Pode ser acolhida, ainda, como sucedâneo da prisão provisória, e está prevista no art. 295, do CPP, (além de outras leis extravagantes), em dispositivo de duvidosa constitucionalidade.

47 Não é supérfluo frisar que o limite de 24h consolidado na cultura popular não corresponde à apreciação técnica do flagrante.

cial. Da mesma forma, se a seqüência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será viciada,⁴⁸ em ofensa ao princípio da legalidade das formas.

Se a autoridade recebe denúncia anônima de que um crime está sendo cometido em determinado lugar, acessível ao público, deve comparecer ao local, verificando a procedência das informações. Constatada a prática de crime e presente o aspecto temporal do flagrante, caracterizado por qualquer dos incisos do art. 302 do CPP, a prisão será válida. Idêntico raciocínio se aplica no caso de denúncia anônima de prática de crime no interior de residência, haja vista que a própria Constituição autoriza a violação do domicílio quando há situação de flagrante delito.

Na prática, porém, a autoridade deve atuar com redobrada cautela, pois não terá como verificar a procedência das informações ingressando na residência contra a vontade de seu morador. Na hipótese corriqueira, por exemplo, de denúncia anônima de tráfico ilícito de drogas em residência, deve a autoridade certificar-se de que há indícios de mercancia no local, por meio de diligências sigilosas nas imediações, materializando-os *a posteriori* (comunicação de serviço circunstanciada dos investigadores, registro em boletim de ocorrência policial de busca pessoal em supostos usuários etc.). Com apoio nesses indícios concretos, recomenda-se que represente pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar. Ainda que pudesse ingressar na residência para efetuar prisão em flagrante dos responsáveis pelo tráfico, no caso de não ser apreendida a droga, prejudicada a materialidade, prejudicada estaria também a legalidade da medida, acarretando inclusive responsabilidade por abuso de autoridade.

4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva

Nos limites estritos do CPP, instrução criminal é o lapso compreendido entre o recebimento da denúncia e a audiência das testemunhas arroladas pela defesa (art. 394, CPP). Como a prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou “da instrução criminal”, para os fins da prisão preventiva, o entendimento acerca da instrução criminal é alargado, passando a compreender todo o processo criminal.

Para que seja validamente decretada, devem-se atender certos *requisitos legais* (art. 313, CPP): a) crime *doloso* apenado com reclusão; b) crime doloso apenado com detenção, desde que o acusado seja vadio, não identificado ou reincidente em crime doloso. Há necessidade de atendimento, também, aos *pressupostos* (art. 312, parte final, CPP): a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes de autoria. Presentes os requisitos e satisfeitos os pressupostos, a autoridade judicial deverá demonstrar a necessidade pelos *fundamentos* (motivos)⁴⁹ ensejadores

48 Confrontando o estudo da prisão provisória com o da liberdade provisória, convém notar que a prisão ilegal deve ser atacada com o pedido de “relaxamento de prisão em flagrante” (ou, eventualmente, *habeas corpus*), restituindo-se ao preso sua liberdade genuína e incondicional (não provisória). A prisão legal (flagrante) poderá ser desfeita com o pedido de “liberdade provisória – com ou sem fiança” (eventualmente, *habeas corpus*). Já a prisão preventiva, insubsistentes os requisitos ou os motivos de sua decretação, desafia o pedido de “revogação da prisão preventiva” (eventualmente, *habeas corpus*). Percebe-se que o *habeas corpus* (ação autônoma de impugnação, de índole constitucional) é cabível sempre que se verificar restrição (ou ameaça) ilegal ao *status libertatis*.

49 A fundamentação, portanto, é vinculada. O legislador restringe o poder geral de cautela do juiz, restringindo as hipóteses de fundamentação jurídica indispensável à legalidade da medida. O juiz, para decretar a prisão preventiva, está adstrito à demonstração de que o fundamento fático contido nos elementos de convicção coligidos no processo corresponde a um dos fundamentos de direito, não podendo ampliar o elenco nem se pautar em conjecturas.

da medida (312, CPP): a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal.

Como visto, os pressupostos da prisão preventiva são incompatíveis com a denúncia anônima. Com efeito, ainda que se pudesse admitir que a notícia de crime viesse acompanhada de elementos que comprovassem a materialidade, exigem-se indícios suficientes de autoria. A notícia de crime veiculada em denúncia anônima, por contrariar o texto constitucional, não possui idoneidade intrínseca capaz de indiciar suficientemente seu autor, de modo a ensejar diretamente a decretação da prisão preventiva.

Imagine-se uma investigação criminal em curso, realizada durante a regular e formal tramitação do inquérito. Surge denúncia anônima atribuindo a autoria do crime sob investigação a determinada pessoa. Cabe, com base exclusivamente nessa notícia, a decretação da prisão preventiva? A resposta que se impõe é negativa, nada impedindo que a verossimilhança da informação seja apurada, até com intimação do “suspeito” para declarações formais no inquérito, se conveniente. Em suma, a notícia anônima de autoria não é indício, mas permite a busca de elementos que a confirmem ou neguem, produzindo-se, a partir daí, validamente as provas necessárias à demonstração da imputação.

4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária

Raciocínio semelhante se aplica à prisão temporária. A prisão temporária é fundada num juízo de suspeição, para viabilidade da investigação criminal.

Cabe prisão temporária,⁵⁰ nos termos da Lei n. 7.960/89: a) quando imprescindível para a investigação (art. 1º, I); b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II); c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado em homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (art. 1º, III).

A interpretação majoritária recomenda a exegese do instituto em conformidade com a Constituição Federal. Assim, prevalece o entendimento de que os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 não constituem tipos processuais autônomos. Assim, o requisito previsto no inciso III do art. 1º da lei seria de incidência obrigatória, atuando cumulativamente com qualquer dos outros dois.

Estabelece-se, a partir desse prisma, um quadro comparativo entre a prisão temporária e a prisão preventiva. As hipóteses legais da prisão temporária estão previstas no art. 1º, III, da lei específica (rol de crimes); da prisão preventiva no art. 313, do CPP. Os pressupostos da temporária são fundadas razões, na prova, quanto a um dos tipos previstos no art. 1º, III, e suspeição concreta de autoria; da preventiva são a prova da existência do crime e indícios sufici-

50 A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ouvindo-se o MP) ou do Ministério Público, por 05 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período (art. 2º, Lei 7.960/89) – ou 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 2º, §3º, Lei 8.072/90). A prorrogação, em qualquer hipótese, só é admitida em caso de extrema e comprovada necessidade. A prisão, obviamente, só pode ser executada após sua decretação e correspondente expedição de mandado. Decorrido o prazo da temporária, se não prorrogada ou convertida em preventiva, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade pela autoridade policial, comunicando-se ao Juiz.

entes de autoria. Os motivos que autorizam a temporária são aqueles previstos no inciso I ou II da Lei n. 7.960/89; os que autorizam a preventiva são aqueles do art. 312 do CPP.

A exigência de que haja fundadas razões de autoria revela-se incompatível, de plano, com a denúncia anônima de autoria. Nada impede, ao contrário se recomenda, que as informações dela constantes sejam verificadas e, se confirmadas num juízo de verossimilhança, venham a fundamentar representação pela prisão temporária.

4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia

O art. 393, I, do CPP, estabelecia, no sistema original, a prisão como efeito da sentença condenatória (“conservado na prisão”). A prisão era mantida, mas ocorria a “mudança do título”: a prisão que até então era preventiva (cautelar) se convertia em efeito da sentença; deixava, portanto, de ser preventiva.

Porém, a Lei n. 5.941/73 alterou o art. 594 do CPP, sem que qualquer modificação ocorresse no dispositivo do art. 393, I. Logo, deveriam ser conjugados. O efeito da sentença não ocorreria quando: a) o sujeito se livrasse solto; b) o sujeito fosse reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes; c) prestasse fiança.⁵¹ Fundamentalmente, passa a haver essa restrição: não pode recorrer em liberdade, salvo quando se reconhece, na sentença, que é primário e possui bons antecedentes.

Se a prisão é efeito da sentença condenatória, não haveria necessidade de fundamentação: este era o espírito da lei. Com o advento da CR/88, determina-se a fundamentação de todas as decisões, além de se erigir, em sede constitucional, o princípio da presunção de inocência.

Na doutrina, a natureza da medida é controvertida:⁵² a) efeito automático da condenação recorrível; b) medida cautelar obrigatória; c) execução provisória da pena; d) regra procedimental condicionante da apelação; e) prisão de natureza processual; f) prisão de natureza cautelar. O entendimento majoritário é no sentido de que se trata de medida cautelar. Damásio E. de Jesus⁵³ e Weber Martins Batista⁵⁴ concluem pela necessidade de recolhimento à prisão como condição para apelar, admitindo-se a presunção (legal) de periculosidade do condenado. Cuidase de “necessidade abstrata” baseada em critérios legislativos: obrigatoriedade da prisão (efeito automático da condenação recorrível) que subtrai do juiz a verificação concreta da necessidade da medida a partir do *periculum libertatis*.

Luiz Flávio Gomes aduz que “a prisão derivada de sentença recorrível só pode ter natureza cautelar (...)”.⁵⁵ No mesmo passo, Frederico Marques salienta que “não sendo execução provisória, apenas medida cautelar, na verdade se traduziria em autêntica prisão preventiva obrigatória, o que também viola o princípio constitucional de inocência”.⁵⁶

51 A análise da fiança (logicamente em crime afiançável) só é feita subsidiariamente, no caso do sujeito que não é primário ou não tem bons antecedentes; primário e de bons antecedentes, então, sempre recorre em liberdade.

52 IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000.

53 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p.23.

54 *Idem*, p. 22.

55 *Idem*, p. 31.

56 *Idem*, p. 25. V. Súmula 9 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”

Com efeito, observa Afrânio Silva Jardim⁵⁷ que a prisão para apelar não possui, tecnicamente, característica cautelar: a) não há vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação condenatória, é o próprio acolhimento da pretensão punitiva; b) é a própria pena pleiteada na denúncia, aplicada sob condição resolutiva; c) não visa, na sistemática do CPP, à prevenção de prováveis danos (*periculum in mora*); d) a sentença condenatória sequer deriva de cognição sumária (*fumus boni juris*), mas é o exame do próprio mérito da pretensão punitiva – afirmação do *jus puniendi* estatal; e) a marca da provisoriedade é mitigada, em que pese a condição resolutiva; f) e principalmente não há conotação da instrumentalidade.

Tourinho Filho,⁵⁸ posto defenda a cautelaridade da medida, admite que, quando da elaboração do CPP, considerava-se tal prisão como uma provisória execução da pena (art. 669, I); todavia, com a LEP (art. 105), exige-se trânsito em julgado para o início da execução. Conclui o eminente processualista, então, que até o advento da LEP tínhamos execução provisória da pena; depois da CR/88, tal concepção afronta a presunção de inocência.

Rogério Lauria Tucci⁵⁹ aduz que não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar (flagrante, preventiva e temporária) com a de natureza processual. A derivada de sentença recorrível (e a de pronúncia) tem por pressuposto o proferimento de ato decisório. E conclui: somente quando for o caso de prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional (art. 5º, LVII).

No cotidiano forense, é amplamente majoritário o entendimento de que o tema da prisão provisória (em qualquer de suas modalidades, inclusive em decorrência de condenação recorrível) submete-se à análise da necessidade cautelar da medida, sujeitando-se, então, aos fundamentos da cautelaridade e excepcionalidade: prisão como instrumento assecuratório do processo.

A técnica utilizada para a prisão em decorrência de pronúncia é a mesma para a decorrente de condenação recorrível, ressalvadas as particularidades. Ou seja, numa como noutra defende-se que a prisão é cabível diante dos fundamentos previstos em lei para a prisão preventiva, indicativos de necessidade e cautela. Enquanto no primeiro caso há sentença condenatória de mérito, no segundo há decisão de admissibilidade da acusação, diante de prova da existência de crime doloso contra a vida e de indício suficiente de sua autoria.

Destarte, tanto a prisão decorrente de condenação recorrível quanto de decisão de pronúncia dependem de apoio no conjunto probatório validamente reunido na instrução criminal. Não há espaço para condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, que, como será visto adiante, não tem valor probatório autônomo. Se não há condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, é lógico que não pode haver seus corolários, expressos nas duas modalidades de prisão ora analisadas.

4.5 Valor probatório da denúncia anônima

A manifestação de vontade sob o anonimato, se analisada isoladamente, contraria frontalmente o texto constitucional.

Isso é o que basta para concluirmos que a denúncia anônima não possui valor probatório e não pode, por isso mesmo, influenciar validamente a formação da convicção do Juiz. Entre-

57 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 276.

58 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 28.

59 *Idem*, p. 30.

tanto, tal assertiva não equivale a dizer que a denúncia anônima, em qualquer circunstância ou contexto, seja inconstitucional e absolutamente imprestável aos fins da persecução penal.

A denúncia anônima tem caráter meramente informativo, capaz de deflagrar o exercício legítimo do poder de polícia investigativa (judiciária) do Estado. As provas produzidas em procedimento instaurado a partir de denúncia anônima nascem desvinculadas de sua origem, por força do princípio da proporcionalidade.

Com a verificação da procedência da informação veiculada na denúncia anônima, imperativo que se impõe à autoridade pública como dever constitucional, a notícia de crime originalmente apresentada é descartada e integralmente substituída pelas novas informações, autênticos elementos de convicção aptos à formação da *opinio delicti*. Essas informações irão fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e assim sucessivamente.

Não há nulidade original que pudesse contaminar todo o procedimento porque a verificação da procedência das informações contidas na denúncia anônima é, em si, constitucional, fruto de interpretação constitucional que supera colisão de interesses jurídicos de idêntica estatura.

Ao se negar valor e força probatória à denúncia anônima, em suma, define-se que ela não exerce diretamente nenhuma conexão entre a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecendo, no processo, alheia ao mérito, desprovida de *status* processual autônomo e despidida de qualquer reflexo de direito material.

5 CONCLUSÕES

- a manifestação anônima de vontade é inconstitucional, mas a denúncia anônima nem sempre viola a Constituição, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade;
- a denúncia anônima não autoriza, isolada e imediatamente, a instauração da persecução criminal; ou seja, não pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório;
- a mediação entre a denúncia anônima e a instauração legítima do procedimento investigatório criminal é feita pela verificação da procedência das informações, desde que não ocorra, nesse procedimento prévio informal, violação de liberdades públicas garantidas constitucionalmente;
- a autoridade, ciente da prática de crime por denúncia anônima, tem o dever de apurar, mediante cognição sumária informal, a verossimilhança da informação, reunindo elementos de convicção capazes de fundamentar a instauração formal do procedimento, mantendo-se completa desvinculação da persecução com a peça apócrifa;
- a denúncia anônima não pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (arts. 125 e 134, CPP), busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou de comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CF/88);
- os escritos anônimos não possuem força probatória nem podem ser incorporados formalmente ao processo, salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem elementos do corpo de delito;
- a Constituição Federal impede a consideração da denúncia anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada mediante delação anônima para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo;
- ressalvada hipótese de flagrante delito, não pode haver prisão provisória baseada exclusivamente em denúncia anônima, devendo a autoridade, no caso de flagrante, verificar a procedência das informações com redobrada cautela e respeitadas as garantias constitucionais;

- a denúncia anônima não contamina as provas produzidas na investigação e no processo dela decorrentes, desde que observados alguns princípios e critérios;
- as provas produzidas no procedimento deflagrado por denúncia anônima não nascem contaminadas pela ilicitude do anonimato, em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncia anônima. In: *Jus Navegandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=402>, disponível na internet, acesso em 07.03.2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Ed. RT, 1994
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958
- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- LEONE, Giovanni. *Il Códice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*. v. 1. Milano: Società Editrice Libreria, 1937
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997
- TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980
- VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001