

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**Um Debate Crítico sobre Delação Anônima como Indício
para Investigação Policial e Subsídio para Condenação
Criminal**

Rafael Carneiro Polisini

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**Um Debate Crítico sobre Delação Anônima como Indício para
Investigação Policial e Subsídio para Condenação Criminal**

Rafael Carneiro Polisini

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Claudio José Palma Sanches

Presidente Prudente/SP
2010

Um Debate Crítico sobre Delação Anônima como Indício para Investigação Policial e Subsídio para Condenação Criminal

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Prof°. Claudio José Palma Sanches

Prof°. Luís Roberto Gomes

Prof°. Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente, 09 de novembro de 2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a aquele que ilumina e possibilita cada um de nós estar aqui hoje, DEUS.

Ainda vale a dedicatória aos meus pais, Giuseppe e Lucy, que em momento algum deixaram de me apoiar e prestar solidariedade nos momentos difíceis, sem contar que sem eles a vida acadêmica talvez ficasse apenas em sonhos.

E por falar em sonhos, também ofereço a todos aqueles que me apóiam, acreditam e torcem pelo meu sucesso.

"Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça." (Rui Barbosa)

"A vida nunca foi tão fácil para aqueles que sonham." (Robert James Waller)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, que também dedico este trabalho, mas junto a eles coloco toda a minha família sendo tios, primos, primas, avós e avôs que em meio a chacotas, conversas e distrações mostram-se em uma união invejável que só ajuda na realização de grandes sonhos.

Agradeço ao Professor Claudio Sanches, que já tinha a minha admiração, mas depois desse ano e de toda atenção que me dispôs só posso agradecê-lo, pois se quebrou a barreira entre professor e aluno surgindo uma verdadeira amizade.

Também agradeço ao professor Jurandir e ao professor Luis Roberto que em sala de aula já ministram ensinamentos com maestria e em meio a tantas ocupações ofertaram um tempo para escutar está proposta monográfica.

Agradeço ao Dr. Edival Quirino e a Renato Justo que me deram oportunidade ímpar dentro do Ministério Público sul mato-grossense me ajudando a evoluir não só como futuro operador do direito, mas como ser humana com suas respectivas histórias de vida e conquistas pessoais me auxiliando diretamente com idéias e ensinamentos.

Além destes, agradeço a Luanna Catina e a Isadora Romancini que, mesmo indiretamente, participaram na formulação deste trabalho fornecendo material e tirando dúvidas quando necessário.

Não poderia deixar de esquecer os amigos do passado, Alisson Favero e Anthony Furlan que permanecem fielmente em meu presente demonstrando sempre com alegria gestos de amizades.

Sobre amizade lembro-me de Jenifer Bortolanza, Lorena Ramin, Virginia, Jéssica Machry e, especialmente, Nathalia Baruffi que, cada uma em seu tempo, vem tendo significativa importância na minha vida sempre apoiando e torcendo pelo meu sucesso com carinho e dedicação.

Agradeço ainda a aqueles que estão em meu dia-a-dia, Marcel Basso, Murilo Balsalobre, Mario Yudi, Gabriel Ferrari, Bruna Toniolo, Marília Bueno, Danilo Martins, Gabriel Galante e Rodolpho Rocha que agüentam a minha chatice diária com muita paciência e em meio a tantas risadas.

Por fim, é com os olhos marejados, que agradeço a Ricardo Frison (*in memoriam*) que embora tenha tido sua vida ceifada pelas circunstâncias do acaso se mostra sempre presente nos meus pensamentos e no meu coração com a certeza de que iluminará e intercederá por mim de onde quer que esteja.

A você amigo fica o meu mais sincero agradecimento.

E com uma vida cercada de tantas pessoas especiais só posso concluir que sou um garoto de sorte. Obrigado a todos.

RESUMO

Trata-se de estudo acerca do interesse público na eficácia das chamadas denúncias anônimas, bem como o direito do delatado em conhecer a fonte ou aquele que deu causa a denúncia e produção de provas. Mostrou o funcionalismo da delação anônima no ordenamento nacional e suas peculiaridades diante da vedação constitucional do anonimato e a necessidade pública em averiguar e buscar pela constatação verossímil das informações levada as autoridades competentes. Para isto, se aborda o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência, atentando para as possibilidades aplicativas frente a determinados atos judiciais. Tem-se ainda junto a importância da proteção a testemunha e a utilização basilar da ponderação e a formulação jurisprudencial de requisitos que justifiquem a atuação policial em nossa pátria. Sobre a ordem processual que resulta o tema discutiremos a abertura de inquérito policial tendo como elemento inicial o anonimato da delação, assim como quando na fundamentação sentencial se tem como objeto de prova tais notícias. O estudo pauta-se em posições jurisprudenciais tendo como elemento formador de opinião órgãos como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, além de todo o arcabouço da doutrina nacional. Com isto, busca-se o entendimento geral dos direitos do acusado e das possibilidades abordadas pelo tema encarando-o como um instituto de interesse público.

Palavra Chave: possibilidade de delação anônima. Direito do delatado em conhecer seu delator. Instauração de inquérito policial e sentença penal condenatória fundada em delação anônima. Aplicação da ponderação e formulação de requisitos feitos pela jurisprudência que validam a notícia crime inqualificada.

Abstract

This study is about the public interest in the effectiveness of so-called anonymous complaints, and denounced the right-to know the source or one that has given rise to denunciation and evidence. Showed the functionalism of anonymous denunciation in land and national peculiarities before the constitutional ban on anonymity and the need to investigate and seek public by finding credible information taken from the relevant authorities. For this, it addresses the treatment of the doctrine and jurisprudence, regarding the possibilities for application in the face of certain prosecution. It is also close to the importance of witness' protection and utilization of basic jurisprudential consideration and formulation of requirements that justify the police action in our country. On the order of procedure that follows the theme will discuss the opening of a police enquiry having as initial element of the anonymous tip-off, as when the sentence has reasons to object to evidence such news. The study is guided into position with jurisprudence as an opinion forming departments such as Superior Court and Supreme Court, plus all the framework of national doctrine. With this, we seek to understand the general rights of the accused and the possibilities raised by the subject viewing it as an institute of public interest.

Key words: The possibility of anonymous tipoff. Law denounced on knowing their informer. Institution of police investigations and criminal sentence based on anonymous tipoff. Application of weighting and formulation of requirements made by the law case that validate the news crime unqualified (anonymous).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DOS PRINCÍPIOS	13
a	Princípio do devido processo legal	13
b	Princípio da presunção/estado de inocência	15
c	Princípio da verdade real	17
d	Princípio do contraditória e da ampla defesa	19
e	Princípio do favor rei ou ' <i>in dubio pro reo</i> '	23
f	Princípio da publicidade	25
g	Princípio da vedação das provas ilícitas	29
g.1	Admissibilidade das provas ilícitas	30
h.	Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública	33
i	Princípio da igualdade das partes	37
j	Princípio do livre convencimento ou persuasão racional	40
j.1	Motivação da sentença	41
3	DAS PROVAS	44
3.1	Da prova no processo penal	44
3.2	Destinatário da prova	45
3.3	Princípios da prova no processo penal	46
3.3.1	Princípio do contraditório	47
3.3.2	Princípio da ampla defesa	47
3.3.3	Princípio da documentação	47
3.3.4	Princípio da presunção de inocência	47
3.3.5	Princípio da verdade real	47
3.4	Ônus da prova	48
3.5	Objeto da prova	49
3.6	Meios de prova	50
3.7	Limitação a prova	51
3.8	Classificação das provas	53
3.9	Sistema brasileiro	53
3.10	Importância probatória na delação anônima	55
4	INTERESSE E O DIREITO DO ACUSADO EM CONHECER O	

DELATOR VERSUS INTERESSE PÚBLICO	56
4.1 Disposição constitucional	56
4.2 Direito do delatado	60
4.3 Interesse coletivo	65
4.4 A ponderação	70
4.5 Breve comentário sobre proteção a testemunha na justiça brasileira	74
5 INVESTIGAÇÃO E A SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA NA DELAÇÃO ANÔNIMA SÃO VÁLIDAS?	81
5.1 Conceitos pré-processuais	81
5.1.1 “ <i>Notitia criminis</i> ”	82
5.1.2 Investigação	86
5.1.3 Inquérito	88
5.2 A sentença no processo penal e a livre convicção motivada	93
5.3 Validade processual frente às delações anônimas	98
a Quebra de sigilo telefônico/bancário/fiscal, apreensão domiciliar e medidas assecuratórias	99
b Prisão provisória	101
b.1 Prisão em flagrante	102
b.2 Prisão preventiva	103
b.3 Prisão temporária	105
b.4 Prisão por condenação recorrível	106
b.5 Prisão decorrente de pronúncia	107
c Delação anônima como prova	109
6 TENDÊNCIAS NO PROCESSO PENAL ACERCA DA DELAÇÃO ANÔNIMA FRENTE À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	112
6.1 Entendimento na doutrina e na jurisprudência	112
6.2 Comentários ao julgamento do “ <i>habeas corpus</i> ” 100.042-0 Roraima pelo Supremo Tribunal Federal	122
7 CONCLUSÃO	126
BIBLIOGRAFIA	128
ANEXOS	132

1 INTRODUÇÃO

As recentes operações envolvendo Polícia Federal, Ministério Público, bem como todo o contingente das polícias e da justiça estadual espalhado pelo país vem trabalhando em cima de delações feitas anonimamente demonstrando que a sociedade esta deixando de se inibir e utilizando-se cada vez mais desta pratica, isto é a população passou a cooperar com o andamento das investigações, produção de provas e, principalmente, noticiando crimes que permaneciam na escuridão aos olhos das autoridades para que possam investigá-los, mesmo que de forma anônima.

Prova disto é que nos últimos anos, viu-se uma enxurrada de crimes delatados desta forma como o Caso Castelo de Areia, além do atuação da polícia federal, especialmente, que aumentou suas atuações significativamente. Tais casos foram amplamente expostos pela mídia oportunizando este tipo de denúncia para as pessoas que, por qualquer tipo de receio, preferem permanecer anônimas e usam da notícia crime inqualificada, como a costumeira doutrina chama, para provocar a autoridade policial a tomar o rumo certo nas investigações ou, não raro às vezes, negativamente para tirar o foco central com simples especulações.

Como se viu, o assunto é de interesse público, pois se tratou de uma fonte preciosa de informações que perfaz um elo entre polícia e sociedade, sendo certo que os “disque denúncias” espalhados por todo território nacional estão sendo cada vez mais acionados.

Embora a utilidade pública das delações anônimas se mostrou evidente, tem-se, por outro lado, um problema de ordem constitucional processual que ampara o direito do investigado em conhecer aquele que deu causa as investigações e a fonte de provas, ou seja, aquele que foi delatado tem por direito fundamental a oportunidade de saber o porquê e da onde surgem as acusações contra si.

Neste sentido, se observou a constitucionalidade e ponderou a força que tais delações devem ter como fundamentação probatória considerando a necessidade de se investigar um relato, mesmo que anônimo, assim como levar em conta as garantias trazidas pela Constituição em favor do investigado.

É neste ponto que deverá se desenvolver esta pesquisa, baseando-se em acontecimentos mais recentes em toda ordem jurisprudencial, a necessidade e utilidade das chamadas delações inqualificadas, porém sem perder de vista as garantias favoráveis ao réu.

Para se chegar a uma conclusão final é necessário entender todo o sistema processual que envolve este tema iniciando-se pela exposição dos princípios constitucionais, processuais e penais que trazem os benefícios sociais, mas também os direitos do delatado, portanto, é certo que existe um choque interpretativo que refletem diretamente na questão da produção de provas quando se inicia inquérito por delação anônima.

Este choque comporta o segundo ponto deste estudo, pois a delação que da causa a abertura de inquérito policial e até propositura de ação penal pode viciar todo o procedimento sendo necessária a discussão que aborda conceituações gerais atinentes as provas e seus métodos de produção, dando sempre atenção especial para aquelas que forem resultados de delação inqualificada e, por fim, análise acerca da validade probatória perante a ordem processual que se inicia por notícia anônima.

Sobre a validade da produção de provas a partir de delações anônimas recai-se sobre a função social e o interesse/direito do acusado de conhecer aquele ou o que deu causa a investigação e possível ação penal e, para tal, far-se-á um passeio pelas disposições constitucionais que tratam do assunto sendo analisada a necessidade e a possibilidade de se fazer uma ponderação no caso concreto abrindo espaço para que o órgão público faça um juízo valorativo caso a caso facilitando o andamento processual, por outro lado podendo trazer insegurança jurídica, já que inevitavelmente abre-se um leque para vários tipos de interpretações valorativas.

Ainda neste tópico, abre-se uma lacuna para a discussão sobre proteção da testemunha na Justiça Brasileira, vez que a grande incidência de delações anônimas se da, muitas vezes, por receio da testemunha ou vítima aparecer presumindo algum tipo de represália do delatado, sendo importante que haja um sistema eficaz e seguro de proteção, pois a garantia testemunhal seria certa, conseqüentemente facilitando a investigação e produção de provas.

Superada isto, entra-se em no campo jurídico-processual, passando a se discutir a validade das investigações e sentenças condenatórias fundadas na delação anônima.

Primeiramente se aborda a delação inqualificada como motivação que a diligências investigatórias que, dependendo dos resultados diligenciais, recai-se em um emaranhado processual que pode conter vícios devido às questões de natureza probatória, como já foi mencionado.

Por sua vez, não se pode deixar de lado a livre convicção motivada nas sentenças onde estes vícios podem influir negativamente para uma prolação condenatória.

Por fim, resta trazer ao conhecimento de todo o aparato jurisprudencial e da doutrina nacional mais moderna que trata do tema em uma criação metodológica podendo, de antemão, antecipar que é nas decisões de nossos Tribunais que se encontram as melhores orientações de como lidar frente a estes tipos de informação.

Com isto, se quer chegar a uma conclusão crítica e valorativa sobre delação anônima iniciando-se com uma exposição construtiva até se chegar à possibilidade de uma sentença condenatória

2 DOS PRINCÍPIOS

O ordenamento nacional vem pautado em uma série de princípios que discutem e abordam os mais variados temas. Dificilmente se tem algum assunto jurídico onde não exista um princípio regulamentador e, como não poderia ser diferente, a delação anônima vem cercada por este aparato principiológico tornando inevitável a exposição dos mais importantes.

A denúncia anônima recai sobre uma ordem pública essencial ao desvendamento de delitos e, tal assertiva, reforça ainda mais a importância dos princípios, já que estes possuem um condão ético demonstrando como um agente deve agir diante de determinadas situações não discriminando condutas, mas sim abrindo um leque subjetivo ao agente delator que possibilitem a formação convictiva do órgão julgador e de o necessário respaldo ao cidadão delatado.

Neste sentido, seguindo esta ordem social dos princípios a clássica obra Teoria Geral do Processo de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 56) rege:

“Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnicas ou à dogmáticas jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.”

Com isto a exposição dos princípios inicia-se observando o que cerca o interesse público, a ordem processual e os direitos do acusado diante de todo ordenamento nacional:

a) Princípio do devido processo legal

Poderia – se resumir o devido processo legal como uma ordem constitucional expressa que visa a garantir a liberdade de locomoção, bem como o

direito propriedade impedindo que sejam atacados sem que antes sejam sabatinados processualmente.

Mas só isto, não basta. O processo vem ao longo dos tempos em uma crescente evolutiva tornando-se a principal figura da relação jurídica, sendo certo que do direito processual irradia outros tantos outros princípios fundamentais.

Pois bem, é no processo que se deve desenvolver toda a atividade estatal para solução da lide, demonstrando o intervencionismo do Estado.

Com isto, se vê uma importância crucial com o instituto do processo, vez que através do juiz o Estado exerce sua atividade jurisdicional, como resposta a aquele que pleiteia algum direito, mas também oportunizando a parte contrária o direito de defesa.

Isto reflete diretamente no devido processo legal, pois nota-se um englobamento das garantias atinentes a jurisdição, bem como toda atividade jurisdicional. Lecionando a este respeito, Vicente Greco Filho (1991) *apud* Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 32) diz:

“Greco Filho, de forma interessante, fala em processo como garantia ativa e garantia passiva. É a garantia ativa ‘porque diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Neste sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.’. É garantia passiva ‘porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado, a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão’. Coloca, nesta distinção, o processo como centro de gravidade do direito processual, a ele relacionando a atividade do réu, do autor e do juiz.” (Processo Penal Constitucional; Fernandes, Antonio Scarance, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, Ano 2000, pág. 32).

Fica demonstrada a importância do princípio do devido processo legal, não apenas como forma de imposição estatal que garante o direito de ação, direito de defesa, e mesmo as garantias de locomoção ou atinentes aos bens do acusado, mas se tem no devido processo legal a exteriorização do próprio processo como forma de limitação nas atuações das partes e na responsabilidade estatal em solucionar a lide, portanto este princípio deve ser entendido como o marco inicial da

aplicação do direito material, já que não basta ter apenas direito, mas a possibilidade de pleiteá-lo, assim como aquele que está sendo atacado de se justificar antes da solução final, sendo essas garantias ativas e passivas mediadoras do processo.

Com esta importância, a influência da obrigatoriedade do devido processo legal se faz presente quando o assunto é notícia crime inqualificada, já que através desta pode-se dar início a ação penal abrindo vazão para todo o procedimento que o ordenamento jurídico obriga, desde a simples abertura de um inquérito policial até a sentença que transita em julgado, portanto não basta estudarmos apenas a amplitude do devido processo legal, mas sim detalhar todas as garantias que as cercam.

b) Princípio da presunção/estado de inocência

Como dito, o devido processo legal enseja uma série de outros princípios fundamentais no ordenamento e o princípio da presunção de inocência integra esse rol.

A Constituição Federal ampara expressamente este princípio em seu artigo 5º, inciso LVII que dispõe não haver culpado até transitar em julgado sentença penal condenatória significando que não bastam meros indícios ou a existência de qualquer procedimento contra o acusado, mas sim a prolação de sentença penal condenatória que esteja transitada em julgado.

Porém, existem críticas acerca da aplicabilidade e até legitimidade deste princípio já que se poderiam atacar diretamente as presunções consolidadas no ordenamento, pois, como meios de provas indiretas não se poderia presumir inocência, já que não é uma assertiva dizer que a maioria dos acusados tenha chegado como inocente ao final das persecuções que lhes foram imputadas, o que justificaria a impossibilidade de aplicação do estado de inocência, sendo certo que trariam uma série de consequências práticas como a extinção da prisão cautelar, por exemplo.

Neste sentido Vicente Manzini (1996, p. 255) declara que a presunção de inocência se trata de uma extravagância nascida nas concepções da Revolução Francesa que leva as mais exageradas e incoerentes garantias individuais.

Pensando assim e fazendo uma análise na história brasileira, poder-se-ia facultar a existência deste princípio aos tristes anos de ditadura militar onde pessoas passaram a ser presas e torturadas sem qualquer garantia, devida fundamentação ou produção convincente de provas.

Outro pormenor é o entendimento de parte da doutrina pátria que alega não estar expresso, tal princípio, no rol fundamental justificando que a disposição do artigo 5º, inciso LVII da Constituição refere-se ao princípio da 'não culpabilidade', tendo o próprio Supremo Tribunal Federal usado esta a expressão em recentes julgados.

Contudo, o Brasil tem pactuado tratados internacionais que privilegiam a presunção da inocência fazendo das normas supra-legais um forte argumento para a inserção deste princípio no ordenamento nacional. Nota-se isto no artigo 8º, 2, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil no Pacto de São José da Costa Rica que além de garantir a presunção de inocência, traz um rol de direitos do acusado.

Da mesma forma o Estatuto de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, aprovado pelo Brasil através do decreto-legislativo número 112 de 06 de junho de 2002, elenca garantias que aduzem ao princípio do estado de inocência em seu artigo 66:

Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

A própria atitude do Estado brasileiro em ratificar tais documentos internacionais que amparam o princípio da inocência, fez com que a solução encontrada e utilizada esta na aplicação do princípio da não culpabilidade como sinônimo do princípio da presunção/estado de inocência, encerrando maiores discussões.

No que tange a aplicabilidade da presunção de inocência frente a delação anônima, temos que refutar a obrigatoriedade do ônus da prova, pois tem-se, na pessoa do acusador, a obrigação de produzir indícios contra o acusado, privilegiando o entendimento popular de que 'todo mundo é inocente até que se prove em contrário'. Sendo assim, a princípio, não bastaria mera notícia delitiva para imputar a alguém fato criminoso já que existe todo um aparato legal que discorre sobre esta proteção.

Neste sentido, há que se buscar a verdade real para conseguir dar razão a um procedimento penal e, pensando nisto, é que entraremos nas questões trazidas e amparadas pelo princípio da verdade real.

c) Princípio da verdade real

A grosso modo, a verdade real é a clareza necessária que o juiz, atuante no processo penal, tem o dever de buscar para conduzir uma decisão justa, mesmo que a aparição desta verdade vá contra a vontade das partes.

Para entender melhor, basta uma comparação com a busca pela verdade no processo civil, onde as partes podem gozar de faculdades, raras no campo criminal, que tornariam impossível a busca pela verdade real, enquanto no processo penal, matéria mais elucidativa para o assunto tratado, os meios de prova são mais extensos assegurando a busca da verdade material investigando o fato galgado no interesse público.

Neste sentido, ao citar Vélez Mariconde (1956), Tourinho Filho (1982, p. 38) leciona em sua brilhante obra:

“Preciosas as observações de Vélez Mariconde: o Juiz aparece como titular de um poder autônomo de investigação, isto é, tem o poder de investigar de ofício a verdade dos fatos, apesar da inatividade do Promotor de Justiça e da parte contrária, não só durante a instrução, 'sino también, em forma excepcional durante el juicio. És um celoso guardián de la verdad'.”

Isto se dá devido utilidade pública que a área jurídico-criminal tem no interesse repressivo o que amplia os poderes do magistrado penal, ao contrario do juízo civil que se mantém condicionado ao interesse e iniciativa das partes.

É bem certo que este conceito inicial não corresponde a uma unanimidade doutrinaria, já que parte desta vê, no princípio da verdade real, um verdadeiro mito aplicativo questionando qual o preço da busca pela verdade defendendo a busca de uma verdade possível, já que a verdade real se torna inalcançável, em especial, pelas situações humanas, portanto perfazem uma verdade que atendam as necessidades processuais.

O próprio professor Tourinho (1982, p. 38) lembra que a verdade real não vigora toda sua pureza no processo penal, mas defende sua maior intensidade frente ao juízo civil e necessidade, justificadamente devido à natureza pública do princípio e o interesse repressivo existente na área penal.

Com isto, vem cabendo a jurisprudência delinear os limites da busca pela verdade real colocando o órgão julgador em seu lugar evitando uma atuação intrínseca como assistente de acusação.

Neste sentido, declama a Corte Cidadã:

“Estatuiu o Tribunal de Justiça no julgamento do habeas corpus :

A possibilidade de o Juiz colher prova testemunhal de ofício é uma decorrência do princípio da busca da verdade real.

Com efeito, na busca da verdade real o magistrado pode, se entender necessário, ouvir testemunhas referidas ou até mesmo aquelas indicadas extemporaneamente pelas partes.”

Estabelecendo, entretanto, oposição ao acórdão local, os impetrantes invocam princípios que, reconhecendo o caráter acusatório do processo, asseguram aos acusados em geral a imparcialidade do julgador, isto é, asseguram-lhes o devido processo legal.

É instigante do mesmo modo, de bom sabor intelectual a questão suscitada nestes autos. Que de direito? Será que tudo parece girar em torno da busca da verdade real, ou será que o que o magistrado fez foi fazer as vezes da acusação? Embora se reconheça a iniciativa probatória do juiz, talvez ainda mais com a edição da Lei nº 11.690, essa atividade probatória, a meu ver, somente deve desenvolver-se a partir da existência "de dúvida razoável sobre ponto relevante do processo", não sendo aceitável, porém, a adoção de posição supletiva à do órgão de acusação. Salta à vista que não é lícito ao juiz substituir a acusação.

Destarte, a jurisprudência consolida a verdade real, mas com a ressalva da dúvida, ou seja, cabe ao magistrado aplicar este princípio somente se

pairar duvida que impossibilite a solução da lide, mas jamais fazer às vezes da acusação.

Seguindo as linhas de nossos tribunais, adapta-se este princípio a delação anônima no sentido de ser está um gerador de indícios probatório, cabendo ao órgão investigador tomar as devidas providências e o *parquet* apresentá-las ao magistrado não sendo plausível que tão somente com a justificativa pela constante busca da verdade real ordenar diligências ou tomar atitudes a bel prazer.

Para tanto, mesmo sendo a delação anônima um indício delitivo, a duvida se fazer presente para qualquer ato do juízo, sendo certo que se deve ater aos princípios do contraditório e ampla defesa recriminando que, mesmo inconscientemente, o magistrado tome parte da acusação.

d) Princípio do contraditório e da ampla defesa

Art. 5º.

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (Constituição Federal).

Vê-se que a própria colocação constitucional do contraditório e ampla defesa demonstra sua importância como direito fundamental.

Embora dispostos na mesma redação legal deve-se apartar o contraditório da ampla defesa, entendendo-os como diferentes princípios, mas que se completam.

O contraditório teve seu conceito revisto com a evolução da doutrina, no começo via-se esta possibilidade como garantia de participação do acusado no processo, apenas para contribuir com o convencimento do juiz, mas um pensamento mais moderno trás este princípio como a legitimidade de igualdade das partes alegando a necessidade de paridade de armas, não bastando apenas a participação do réu na ação, mas sim que lhe seja dado todas as oportunidades possíveis para contemplar, na mesma intensidade e extensão do acusador, sua defesa.

Esta importância evolutiva do princípio do contraditório o coloca como um dos principais princípios para a solução de qualquer lide, isto porque sua não observância configura nulidade absoluta, tendo como obrigação o Ministério Público resguardar as regularidades no andamento processual. O valor se denota de tal maneira que mereceu atenção sumular do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 707 – Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Em uma visão recatada pode parecer um exagero todo esse amparo ao contraditório, mas é de extrema utilidade para todos os envolvidos na lide, primeiro porque abre maiores de possibilidades e garantias de contestar a acusação para o réu, bem como este enquadramento metodológico de afirmativas e negativas entre acusação e defesa podem ajudar o magistrado a ter uma visão abrangente de toda a situação processual possibilitando uma decisão, ao menos, mais justa.

Sobre isto, coaduna o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 28), em sua obra Curso de Direito Processual Penal:

“O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal”.

Sendo assim, Grinover, Cintra e Dinamarco (2010, p. 61-63), ainda trazem o contraditório constituído por dois elementos, informação e reação, respectivamente, sendo certo que sua natureza constitucional não admite exceções, necessitando vê-lo não apenas de modo formal, mas também substancial devendo ser considerado inconstitucional toda e qualquer norma que contradiz o princípio do contraditório.

Em suma, pode-se conceituar o contraditório nas palavras do professor Greco Filho (1999) *apud* Nelson Bugalho, discorridas na obra de Processo Penal coordenada pelo mestre Luiz Regis Prado (2009, p. 27):

“O contraditório nada mais é do que o meio ou instrumento técnico para efetivar a ampla defesa, e consiste na possibilidade de contrariar a acusação, requerer a produção de provas que necessariamente deverão ser produzidas (se pertinentes), acompanhar a produção destas provas, manifestar-se sempre depois da acusação e em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar o acusado presente e, ainda, ter a possibilidade de recorrer quando houver inconformismo com alguma decisão.”

Nota-se a complementação do princípio do contraditório junto à ampla defesa tendo que se atentar que a ampla defesa demonstra uma abrangência defensiva em favor do acusado e tal tem incluso o contraditório.

A ampla defesa abraça o princípio do contraditório sendo garantida na Constituição Federal (art. 5º, LV), com uma medida irrestrita, isto é não se limita a apenas garantir a participação do acusado no processo, mas sim faculta as partes impugnar, com devida fundamentação, toda e qualquer alegação que fira seus interesses.

Este entendimento trás algumas peculiaridades, vez que as garantias de defesa são amplas, por exemplo, existe entendimento no sentido de que o processo pode seguir sem alegações finais, razões ou contra-razões quando o defensor do acusado deixá-lo de fazer, mas, oposto a isto, a jurisprudência majoritária, opina como sendo impossível a omissão do advogado em deixar o réu sem defesa e, de tão séria a problemática, gera nulidade absoluta.

Além da disposição fundamental constitucional (artigo 5º, inciso LV), temos o exemplo do Código de Processo Penal que trás em seu artigo 263 a observância desta garantia ofertando ao acusado defesa, discorre:

Art. 263 - Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Existem diversas outras garantias de contraditório e ampla defesa por toda ordem legal que se denotam, não só na área criminal, mas na civil, nos atos administrativos, nos códigos militares, enfim por tudo que envolva parte que possa sair prejudicada devido a lide judicial.

Não obstante a isto, o Brasil tem aderido a tratados internacionais que reforçam essa idéia de ampla defesa, além do já abordado Tratado de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, vale destacar o dispositivo argüido pelo Pacto de

San José da Costa Rica, que criou a Convenção Americana de Direitos Humanos, que explicita a obrigatoriedade na observância da ampla defesa como garantia humanista em prol do réu, destaca-se alguns trechos do artigo 8º, 2 da norma supra-legal:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

A. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

B. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

C. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

D. direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

E. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

F. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

G. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

H. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Portanto, vê-se uma preocupação não só internamente, mas também na visão internacional dos direitos humanos em reforçar e garantir o contraditório e a ampla defesa sempre pela busca inquestionável da melhor justiça.

Pensando assim, a jurisprudência tem se manifestado para garantir a aplicabilidade de tais princípios e, a título de exemplo, merece ressalvas a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 523 – No Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Resta-se demonstrada a importância aplicativa do contraditório e da ampla defesa e, como não poderia ser diferente, pelo que foi exposto, é impensável iniciar e dar andamento a procedimento criminal, por 'notitia criminis' inqualificada, como se verá em oportuno discurso.

e) Princípio do *favor rei* ou '*in dúbio pro reo*'

O princípio do favor rei ou '*in dúbio pro réu*' constitui mais uma garantia fundamental, está exclusiva do processo penal, ao acusado mostrando consonância com os demais princípios supra-expostos, já que foi discutido, até então, a necessidade da existência do devido processo legal, a obrigação pela busca da verdade, talvez não real, mas sim processual, a garantia de ampla defesa, bem como de todo contraditório possível ao acusado.

Desta vez o legislador tenta sanar a responsabilidade do órgão julgador no caso de dúvida quanto às questões fáticas ou materiais, ordenando a solução sempre em benefício do réu, resguardando a idéia de hipossuficiência do acusado diante do Estado-acusador, nascendo aí o termo latim "*in dúbio pro reo*".

A legislação deixa claro que o sentido aplicativo, em casos de incertezas, será sempre a favor do réu e está é reforçada pelo entendimento jurisprudencial que galga o princípio do favor rei para justificar suas decisões.

É certo que para o benefício da justiça não se deve tomar qualquer atitude se estiver em dúvida, mas a realidade muitas vezes não corrobora com esta necessidade obrigando o legislador a prever esta ineficácia ofertando embasamento aos magistrados para que, obedecendo a suas próprias convicções, apliquem da melhor maneira possível tal princípio.

Também a cautela deve se fazer presente no consciente do julgador, já que desatenções podem fomentar julgamentos errôneos justificados pelo '*in dúbio pro reo*', sendo que muitas vezes diligências ou uma atenção melhor as provas produzidas podem elucidar e sanar esta dúvida criada.

Sendo assim, entende-se a aplicação em favor do réu como medida de justiça ou, melhor dizendo, para evitar qualquer injustiça, mas para isto, existe a certeza de que este princípio, embora dependa da convicção exclusiva do juízo, deve ser invocado em casos de dúvidas evidentemente insanáveis.

Comprovando isto, eminente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decreta:

"Indubio '*pro reo*' – Não se condena, havendo dúvida quando à autoria das lesões corporais, ainda que recíprocas." (JDF – Apelação Criminal: ACR

3873 DF; Relator: Des. Antônio Honório Pires; Julgamento: 09.04.1979; Primeira Turma Criminal; Publicação Dj.: 10.03.1980; página 1232).

Em atenção a isto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela Organização das Nações Unidas em 1948, a qual o Brasil é signatário, tem como objeto no artigo XI justamente o princípio do *'in dubio pro reo'* e, se não bastasse, em análise a legislação brasileira, se denota oportunidades que viabilizam e ratificam o princípio, ou seja, existem certos procedimentos que só cabem em favor do réu como a revisão criminal, embargos infringentes, protesto por novo júri. Com isto, se materializa a aplicabilidade do *'in dubio pro reo'* tendo forte colocação em matéria de defesa, mas sempre na observância da existência eminente de dúvidas.

Para resumir, tem-se uma colocação do respeitado website www.saberjuridico.com (acessado em 23 de agosto de 2010) que resume, sabidamente, o conceito deste princípio em poucas, mas úteis palavras. Vale a ressalva:

“Princípio in dubio pro reo - Modalidade segundo a qual, no processo criminal, quando houver dúvida a respeito da autoria ou materialidade da infração penal, o juiz deverá absolver o réu. Trata-se, como se vê, de matéria própria do Direito Processual Penal. Não atua em Direito Penal, todavia quando a interpretação da norma jurídica comportar dois entendimentos razoáveis, deve, na aplicação, ser preferida a menos severa ao agente. Não se confundam, porém, as duas hipóteses. O in dubio pro reo resulta de dúvida na investigação do fato, enquanto a interpretação se volta para a lei.”

Por assim dizer, vê-se que a existência de entendimentos controvertidos razoáveis leva, justificadamente, a aplicação do favor rei.

Acerca da delação anônima, essa por si só é geradora de dúvidas, principalmente fáticas, que podem imputar delito a qualquer inocente, bem como levar a autoridade judiciária a buscar o pior delinqüente. A verdade é que esta dúvida existente deve ser investigada na maior competência possível buscando sempre saná-la, mas se isto se mostrar impossível levando ao julgador obter em mãos duas soluções para um só problema a verdadeira resposta estará naquela que obedecer ao princípio do *'in dubio pro reo'*, isto é aquela que não agravar ainda mais a posição do acusado.

f) Princípio da publicidade

A publicidade dos atos processuais é uma conquista da sociedade frente ao exercício jurisdicional, isto porque a presença das partes, bem como um de terceiros formam uma camada fiscalizadores frente ao trabalho dos funcionários público responsáveis pela lide, isto é, magistrado, promotor, advogado, etc.

No Brasil somente com a promulgação da Constituição de 1988 que a publicidade ganhou 'status' constitucional, perfazendo o rol de cláusulas pétreas do artigo 5º, inscrito no inciso LX, mas também aparece no artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

Essa segunda disposição constitucional foi objeto de alteração da emenda constitucional de número 45 em 2004, configurando melhor a idéia de fiscalização dos atos públicos declarando:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

Além de dispor a formalidade da publicidade, incumbe uma pena para aqueles que não seguirem o rito exigido, ou seja, pune-se com a nulidade de todo o processo.

Esta idéia de publicidade, como em toda a legislação, não se mostra tão absoluta assim, vez que a doutrina divide-a em duas classes: a publicidade plena e a publicidade restrita.

A publicidade plena é a que se tem discutido até agora, aquela que tem o procedimento jurisdicional aberto a todos, já a publicidade restrita, autorizada pela Constituição no artigo 5º, inciso IX, é a que não atinge o público em geral, mas somente as partes atuantes no processo. Esta segunda não prejudica a idéia deste princípio já que os atos são abertos aos principais interessados.

Pode-se ter este princípio como uma verdadeira conquista, não só do Brasil, mas de todos os países que prezam pela democracia, tanto que Cesare Beccaria (2007, p. 29), em sua celebre obra *Dos Delitos e das Penas* já decretava:

“Os julgamentos devem ser públicos; também devem-nos ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões. O povo dirá: ‘Nós não somos escravos, porem protegidos pelas leis’. Tal sentimento de segurança, que inspira a coragem, é o mesmo que um tributo para o soberano quem tem na sua devida conta os seus legítimos interesses.”

Como se vê, o princípio da publicidade é tido como segurança e forma de defesa para os envolvidos no processo. Beccaria buscava em seu tempo a idéia de uma lei protetora que viesse a acolher e encorajar a sociedade na busca pelo direito e, para tanto, confiava que a publicidade encorajaria a todos nesta caminhada. Não é a toa que sua obra é aplaudida até os dias de hoje.

Neste diapasão, em 1948, chega-se a principal conquista da publicidade plena que angaria a justiça, pois neste ano a Organização das Nações Unidas publicou a Declaração Universal dos Direitos do Homem com a idéia de Beccaria fixada no artigo X desta carta:

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Como membro da ONU, o Brasil privilegia esta colocação e, como dito, deu caráter constitucional a este principio na Constituição de 1988. Porém, nota-se que princípio da publicidade já fazia parte do sistema processual nacional antes mesmo de 1988 figurando em dispositivos infraconstitucionais e assim o era no Código de Processo Penal, em seu artigo 792, no Código de Processo Civil, no artigo 155 e, também, n Consolidação das Leis Trabalhistas, no artigo 770.

Algumas destas normas trazem em seus parágrafos e incisos mais uma exceção que restringe a publicidade processual. Embora a regra geral seja a publicidade plena, o bom senso e acompanhado do ordenamento diz que quando o decoro ou interesse social estejam em risco deve-se ter uma publicidade restrita, mantendo a função fiscalizadora do princípio da publicidade efetiva.

Têm-se outros exemplos que restringem a publicidade como é o caso do julgamento no Tribunal do Júri, onde a votação final é feita em sala secreta preservando os jurados, por força do artigo 5º, XXXVIII, b o sigilo das votações é garantido, tendo a jurisprudência pacificado isto anulando todo julgamento que não observasse o sigilo da votação.

Outro caso é atribuído as diligências, gravações e transcrições obtidas em interceptações telefônicas, na Lei 9.296 de 1996, artigo 8º resguarda o sigilo das interceptações, resulta numa exceção a publicidade dos atos.

Questão discutível é acerca do sigilo dos inquéritos policiais, decretado pelo artigo 20 do Código de Processo Penal, já que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil garante ao advogado, mesmo sem procuração examinar autos de prisão em flagrante e de inquérito, assim como tem seu ingresso livre em salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, sendo no caso de delegacias e prisões tem acesso mesmo fora de expediente e independente da presença do titular. Há quem diga sobre a inconstitucionalidade deste dispositivo estatutário, já que com ele se findou o sigilo dos inquéritos.

Por fim, existem ainda outras normas que distorcem o princípio da publicidade fomentando mais discussões, mas a situação que merece maior respaldo não é a publicidade em si, mas sim o seu excesso.

Com a velocidade dos meios comunicativos se tem publicado situações jurídicas pessoais que causam embaraço a qualquer um. É certo que o a imprensa deve fazer seu trabalho divulgando questões de interesse público, porém, muitas vezes, agem com irresponsabilidade fazendo do princípio da publicidade dos atos processuais uma afronta ao princípio da intimidade.

Saber dosar e restringir informações têm sido um verdadeiro desafio no âmbito judiciário, basta ligar a televisão ou acessar um computador para se ter informações processuais diariamente que teriam maior valor se ficassem resguardadas nos cadernos processuais, vez que além da intimidade das partes, a presunção de inocência ficaria prejudicada.

Exasperam-se as informações de um inquérito policial, condenando os agentes que figuram no ato antes mesmo da justiça tomar qualquer posicionamento.

A conquista da publicidade é elemento histórico importante, principalmente em decorrência de anos de luta contra os julgamentos secretos promovidos em épocas de ditadura militar, mas dosar limitando os limites da publicidade demonstra um desafio.

Única certeza que se pode ter é que a publicidade não é mero privilégio, mas sim um direito da sociedade, já que o agente público, exercendo sua função, deve explicações e eficiência a sociedade, sendo isto consolidado no ordenamento e decretado pela doutrina em geral, portanto, a busca atual não é mais pela publicidade como um direito, mas sim pela responsabilidade diante das publicações, já que a temos como uma garantia política com a finalidade de controlar o serviço judicial publico, também há de se tomar as devidas precauções.

Neste sentido, Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 76-77) lecionam:

“Aliás, toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas vêem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial.”

Os três professores (p. 77) ainda discorrem acerca do princípio da publicidade como controle da opinião pública frente a prestação jurisdicional. A este respeito opinam:

“Publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar justo equilíbrio e dar ao problema solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.”

Tal discussão está longe de acabar, mas a certeza da necessidade da publicidade responsável é objetiva devendo todos, entes públicos, sociedade e meios de comunicação em massa, ser cautelosos observando as informações que anseiem o interesse público e ao mesmo tempo respeitem a dignidade da pessoa humana.

Nesta linda social, outra situação jurídica que fere a dignidade e trás constantes injustiças é a produção e a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sendo essa a próxima tratativa.

g) Princípio da vedação das provas ilícitas

A prova ilícita foge dos meios probatórios existentes no processo penal, tendo estes meios uma função formadora da convicção, isto é, a obrigatoriedade de trazer ao processo a convicção necessária da existência ou não de fato.

No processo penal, estes meios probatórios são disciplinados na aceitação de vários institutos que contribuem para a formação da convicção, como o exame de corpo de delito, interrogatório, confissão, perguntas ao ofendido e testemunhas, análise de documentos e, por fim a busca e apreensão.

Professor Vicente Greco Filho (2009, p. 188) trata essas provas chamando-as de meios legais e ainda admite outros desde que respeite valores humanísticos e racionais frente à realidade e bom andamento do processo, como exemplo tem-se a inspeção judicial não disposta no Código de Processo Penal, mas aceita pelo ordenamento nacional através do Processo Civil.

Por outro lado, existem situações não. Primeiro, repudiam-se as alegações de juízo divino, assim como expor as partes a provas físicas, sendo que tais meios eram corriqueiros em séculos passados, mas foram abandonados com a evolução processual e, principalmente, com a evolução e humanização da justiça.

Situação igualmente repudiada pelo ordenamento são as provas advindas de imoralidades ou impossibilidades em sua produção. Greco Filho (2009, p. 189-190) cita como exemplo a reconstituição de um estupro, uma inundação ou um grande incêndio como sendo inadmissíveis.

Os meios de se obter as provas apontam sua ilegitimidade para demonstrar qualquer coisa pelo caderno processual.

Esta ordem vem de dispositivo constitucional interposto junto ao artigo 5º, especificamente no inciso LVI, além disso, o artigo 157 do Código de Processo Penal, objeto de reforma realizada em 2008 no processual penal, preleciona a este

respeito disciplinando o procedimento a ser adotado, em consonância com a carta constitucional, quando surgem provas de condão duvidoso que possam gerar a nulidade do processo, *'in verbis'*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". (Constituição Federal).

Art.157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)." (Código de Processo Penal).

Por fim, se crê que o processo penal é orientado adotando o princípio da vedação das provas ilícitas para formação probatória pelos meios legais e legítimos, refutando qualquer prova que seja produzida ilicitamente.

Ocorre que a vedação das provas ilícitas não constitui um elemento absoluto, sendo razoável a discussão acerca da aceitabilidade das provas ilícitas e, com esta possibilidade, é justo valor de se abrir uma ressalva que observe essa situação.

g.1) Admissibilidade das provas ilícitas

A doutrina aponta duas teorias que norteiam a admissibilidade das provas ilícitas. A primeira é a famosa teoria dos 'frutos da árvore envenenada' (*fruit of the poisonous tree*). Citada teoria surgiu do preceito bíblico que diz que "árvore

envenenada não pode dar bons frutos”, nesta alusão toda prova produzida por meio não admissível, ilegal, não poderá ser aceita no caderno processual.

Vale ressaltar que prova primária ilegal que da razão a prova secundária produzida corretamente ‘envenena’ a derivada, sendo certo que declarada à ilegalidade da primeira, a segunda, automaticamente, torna-se ilegal, pois se compactuaria com a ilicitude inicial, sendo chamada “prova por derivação”.

Como precursores desta, os Estados Unidos a tem aceito em seu ordenamento de forma majoritária e, a este respeito, leciona Torquato Avolio (2003) *apud* Guilherme Nucci (2006, p. 351):

“É tradicional, contudo, a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos ‘frutos da árvore envenenada’ – *fruits of the poisonous tree* – segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no Caso ‘Silverthorne Lumber Co. v. United States’ (251 US 385; 40S. Ct. 182; 64 L; Ed. 319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais.”

Ao longo do tempo, a Corte Máxima de nosso país tem seguido o mesmo raciocínio estadunidense interpretando as provas ilícitas sem deixar de lado a ótica do princípio que as vedam.

Neste sentido, o mesmo Guilherme Nucci (2006, p. 352), trás em sua obra uma série de julgados contextualizando esta idéia:

“Prova: obtenção ilícita, mediante prisão ilegal do indiciado – sem flagrante nem ordem judicial – e em razão dela: falta de justa causa para a condenação que se alicerçou exclusivamente na prova ilicitamente colhida” (HC 70.277 – MG 1ª T, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.12.1993).
Prova ilícita – Constituição, art. 5º, LVI – Reconhecida a ilicitude da prova constante dos autos, conseqüência jurídica imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. (ED 731-9/141-DF, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, 22.05.1996, v.u.)”

Superada a primeira teoria, próximo passo é esboçar algo a respeito da teoria da proporcionalidade (razoabilidade), a segunda teoria.

A teoria da proporcionalidade tem raízes alemãs e vem ganhando muitos adeptos no Brasil, porém existem defensores acerca da imaturidade do atual ordenamento brasileiro para recepcionar esta teoria, discorrendo que a vedação as provas ilícitas, pelo menos por agora, deve ser plena respeitando, apenas, as

exceções constitucionais que podem aduzir ao chamado pela doutrina espanhola de 'choque de trens' (normas do mesmo preceito se contrapõem).

Não se pode falar em norma absoluta no ordenamento jurídico, mesmo que de discussão constitucional. Com isto há quem defenda, no âmbito do direito de defesa, que prova obtida ilicitamente com condão de absolver o acusado, deve ser relevada.

Nomes de peso da doutrina processualista nacional tem angariado a idéia de que quando a prova ilícita for obtida pelo próprio réu em nome de sua absolvição estaria, apenas, agindo em sua própria defesa, sendo certo que tal aceitação da ilicitude probatória seria fruto da proporcionalidade, justificando-o através do princípio, já tratado neste trabalho, do '*in dubio pro reo*'.

Se não bastasse, a jurisprudência tem atendido aos anseios doutrinários e aceitado este posicionamento por uma medida de se evitar qualquer injustiça destituindo a antijuridicidade da prova ilícita por resultar em um meio de legitimar a própria defesa.

Professor Guilherme Nucci (2006, p. 353) propõe para superar esta discussão a criação de 'mecanismos mais flexíveis de investigação policial', sempre sob a tutela do judiciário, ofertando meios lícitos de produção de provas, 'em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado - investigação preparado e equilibrado'.

Pois bem, o princípio da vedação das provas ilícitas tem vez garantida no ordenamento nacional, em regra de forma plena, e reforçando a teoria criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos dos frutos da árvore envenenada que decorre acerca da prova ilícita por derivação. Por outro lado a doutrina e jurisprudência tem se unido em volta da exceção trazida pela escola processualista alemã, criadora do princípio da proporcionalidade admitindo as provas ilícitas como garantia de direito de defesa, respeitando preceitos constitucionais de todas as ordens, já que por um lado se tem o contraditório garantido e um privilégio ao *favor rei* do outro se tem uma observância a proibição das provas obtidas por meios ilícitos ordenadas pelo inciso LVI, artigo 5º da Constituição, assim como dispostos pelos cadernos processuais vigentes.

Uma última atenção refere-se a um entendimento da doutrina, nas páginas escritas por Nucci (2006, p. 350), acerca das distinções entre provas ilícitas

e provas ilegítimas, sendo a primeira com apelo contrário ao direito material e a segunda obtida em discordância com o direito processual, porém na jurisprudência deu a entender através do Ministro Celso de Mello que ambos configuram o mesmo questionamento, atentando que a vedação as provas ilícitas configura uma proteção aos réus contra a 'ilegítima produção' ou 'ilegal colheita' da prova capaz de incriminar.

No âmbito da delação anônima, a produção das provas tem caráter essencial frente à persecução penal. É certo que há um liame concreto entre as provas obtidas pela delação anônima e a visão do princípio da vedação das provas ilícitas. Neste sentido, necessária é a observância da obrigatoriedade da ação penal pública, já que as provas obtidas pela 'notitia criminis inqualificada' podem ser declaradas ilícitas anulando todo o procedimento. Mas antes de pensarmos no resultado final do procedimento penal, há se perquirir se a simples notícia criminal obriga a dar uma conotação processual e, para adentrarmos nesta oportuna discussão, se deve entender a obrigatoriedade da ação penal pública angariada ao órgão acusador. E assim se segue.

h) Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública

O princípio da obrigatoriedade é resquício de outro princípio, o da substitutividade, o qual da ao Estado a responsabilidade jurisdicíoanl, isto é, cabe ao Estado o poder/dever de julgar conflitos sociais vetando a justiça com as próprias mãos, a autotutela, e, com isto, surge ao Estado, através do Ministério Público, o dever protetivo frente aos dissabores que possam surgir na sociedade.

Neste sentido, o princípio da obrigatoriedade tem como objeto vedar a desídia que possa causar impacto que levem à grave e/ou irreparável prejuízo. Através desta idéia se têm os ditames básicos reguladores da ação penal pública incondicionada, que perfaz a principal arma estatal para preservação da obrigatoriedade.

Ressalta-se que não configura mera opção ou conveniência ao órgão ministerial a propositura da ação pública, mas sim uma resposta a sociedade

promovendo a pacificação social, sendo o princípio da obrigatoriedade figura indispensável para a cobrança ante ao *parquet*.

Tendo em vista tal princípio, se vincula o Ministério Público a notícia dos fatos, obrigando-o a tomar as devidas atitudes aprimorando seu convencimento acerca de tal, bem como promover toda e qualquer medida possível e necessária.

O princípio da obrigatoriedade não foge a regra geral do direito e trás consigo suas contraposições. Uma delas é o entevero sobre a limitação quanto ao seu alcance. Nesta posição o solicitado professor Scarance (2000, p. 178) se pergunta se órgão acusador deve ter a 'total ou parcial disponibilidade da ação penal' citando o clássico Frederico Marques (1980):

“Dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou obrigação jurídica de propor ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal”

Scarance (2000, p. 179) ainda aduz pesquisa de Jorge Alberto Romeiro (1978) que relaciona, através do direito comparado, posicionamentos de diversos países que adotam diferentes critérios acerca da obrigatoriedade da ação pública. Concluindo que para os que adotam a 'oportunidade' como critério base tem-se o *parquet* como órgão administrativo e, como tal, não se reputa qualquer obrigatoriedade elegendo o direito de punir como fundamento frente à utilidade social. Por outro lado, os países que adotam a 'legalidade' aduzem ao elemento subjetivo do sentimento de justiça, responsabilizando ao legislador dosar ou não o prejuízo da propositura de uma ação e não ao Ministério Público, isto é, a legalidade sofre de elementos externos.

A dúvida é presente por toda a doutrina, um exemplo é a colocação de Greco Filho (2009, p. 113) em seu Manual de Processo Penal, onde demonstra solidez em sua posição, sendo direto e irrefutável:

“Necessidade. Existindo elementos probatórios razoáveis, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. O juízo de formação da *opinio*

delicti, por parte do órgão do Ministério Público, é um juízo vinculado a legalidade e não a oportunidade ou conveniência. A relação entre infração penal e a propositura da ação penal é uma relação de obrigatoriedade e não de eventualidade.”

Em contraposição, parte da doutrina trás a possibilidade de requerimento de arquivamento do feito pelo Ministério Público como sendo suficiente para justificar a aplicação da oportunidade frente ao princípio da obrigatoriedade, já que o Código Processual Penal faculta ao *parquet* observar os elementos necessários ao seu convencimento podendo redirecionar os autos a novas diligências com força do artigo 17 ou, requerer ao juízo arquivamento com fulcro ao artigo 18 da carta de processo penal.

Para confirmar isto, Pacelli de Oliveira (2008, 103) nos elucida com oportuna lição processual a este respeito:

“Embora não se possa deixar de reconhecer a força da argumentação, parece-nos que nenhuma delas é suficiente para infirmar o cabimento do requerimento de *arquivamento* pelo Ministério Público quando – e somente quando – a prova da existência das excludentes apresentar-se de modo indiscutível e contestável, a senso comum, isto é, estreme de qualquer dúvida razoável.”

Neste liame, a citação nos apresenta a uma possível exceção discutível que é a existência de excludentes facultando ao órgão ministerial requerer o arquivamento.

Destarte, tal discussão pode se prolongar imensamente, devido à falta de uma posição concreta e tendo plausíveis argumentações para ambas as correntes. Porém, em uma análise mais resguardada de toda a discutível situação é certo que o ordenamento nacional enseja pela obrigatoriedade plena do Ministério Público em propor a ação pública, isto é, não faculta ao órgão a discricionariedade de decidir ou não acerca da interposição de procedimento penal, mas, salvo melhor juízo, a obrigatoriedade não deve pender a um princípio especificamente, ou seja, a legalidade ou a oportunidade, mas sim aduzir, como orienta José Frederico Marques (1980, p. 89), aos dois conjuntamente desde que adotem necessárias limitações ao princípio da oportunidade, bem como ser flexível na adoção do princípio da legalidade superando toda sua rigidez.

Tendo em vista as posições teóricas pode ser que toda essa discussão seja infrutífera, já que fica demonstrado que o Ministério Público tem a oportunidade

de se manifestar frente ao que acha de correto valor em cada caso concreto, bem como a parte, em atitude fiscalizadora diante do promotor de justiça, pode ofertar ação penal privada subsidiária da pública, entendendo pela desídia ministerial.

Posto isto, o sistema, embora declare a obrigatoriedade, oferta, ao menos opinativamente, que a acusação busque a justiça da forma que melhor convir ao interesse público assim não deixando de relevar qualquer das posições mencionadas.

Por toda exposição, a relevante pertinência temática a obrigatoriedade é referendada também a discussão da denúncia cerceada pelo anonimato.

Pois bem, a 'notitia criminis' inqualificada é o ponto inicial da investigação criminal que pode resultar em uma ação que, salvo as devidas exceções, tem como titular perpétuo o Ministério Público, por isto o entendimento se faz oportuno para se delinear a obrigatoriedade, sendo certo que diante das teorias expostas que são abarcadas pelo princípio da obrigatoriedade nada mais justo que a propositura seja embasada com elementos concretos que, no mais das vezes, não são suficientes apenas pela delação devendo a análise do caso ser respeitada e caberá ao *parquet* subjetivamente decidir se existem elementos suficientes para demandar em juízo, se há necessidade de novas diligências que reforcem a opinião acusatória ou se é o caso de requerer ao magistrado o arquivamento, não dependendo, para tanto de qualquer teoria acerca da obrigatoriedade da ação pública, mas sim da análise fática em busca da verdade real, ou melhor dizendo, processual.

Se não bastasse, esta obrigatoriedade pode resultar em uma hipossuficiência do réu frente ao acusador que além de ser, em tese, obrigado a propor a demanda contra si, tem todo o aparato estatal a seu favor. Buscando uma equiparação de forças adentraremos ao princípio da igualdade das partes evitando qualquer arbitrariedade e possíveis injustiças.

i) Princípio da igualdade das partes

Talvez o jargão constitucional mais presente na mente dos populares seja o que redige a primeira parte do *caput* do artigo 5º, que taxa a idéia de que ‘todos são iguais perante a lei’, neste liame fica fácil entender da onde surge a idéia que trás do princípio da igualdade.

Ocorre que, a igualdade observada pelos leigos é abstrata abarcando toda situação jurídica, assim como situações corriqueiras em seu dia-a-dia diante de tratamentos e ocasiões que lhes são devidas e isto não condiz no todo com a igualdade constitucional que busca uma paridade processual dando as mesmas possibilidades combatentes a todos os pólos do processo.

Por sua vez, o processo penal torna-se peculiar com este princípio, pois tem consigo algumas situações de desigualdade como, por exemplo, o já estudado e também constitucional princípio *favor rei*.

O próprio Supremo Tribunal Federal decidiu pelo Ministro Eros Grau (2008, www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp, acessado em 28 de Agosto de 2010) em julgamento de um mandado de segurança:

“A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado, quando no exame de prévia atividade jurídica em concurso para ingresso no MPF, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida.” (MS 22.690; Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3.9.2008, Plenário, DJE de 19.12.2008, retirado de www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp, acessado em 26.08.2010).

É seguindo esta linha decisória que o princípio da igualdade deve ser observado, ou seja, não se taxando a igualdade plena, mas sim buscando equiparar a todos diante do Estado e sua responsabilidade em razão da lide, justificando que, embora o princípio da igualdade seja claro, existam algumas desigualdades.

Em linhas gerais, professor Scarance (2000, p. 47), em Processo Penal Constitucional trás duas finalidades ao princípio da igualdade, sendo a primeira, processualmente falando, de dar tratamentos iguais para aqueles que ocupem mesma posição jurídica no processo e, em segundo, oferecer igualdade de

armas as partes, a chamada *par condicio*, equilibrando as forças entre Ministério Público e réu.

Interessante ressaltar a posição do acusado, pois esta deve ser igualmente ostentada, salvo peculiaridades que impeçam esse tratamento igualitário como os casos dos menores infratores, pessoas com problemas mentais, sendo certa a necessidade de nomear-lhes curador.

Outro ponto interessante trazido pelo professor Scarance (2000, p. 48-50) é a impossibilidade financeira tratadas pela Lei 1.060/50 que possibilita a justiça gratuita, bem como a atuação da Defensoria Pública, órgão que vem ganhando destaque importante e está em constante crescimento, sendo tais situações regulamentadoras do inciso LXXIV, do artigo 5º, escrito na Carta Maior (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos).

Mesmo com este aparato defensivo a doutrina tem criticado sua insuficiência opinando pela ampliação destes recursos a todos que deles necessitarem.

Situação discutível também se refere aos foros privilegiados. A crítica consiste não na existência do foro, mas sim em sua expansão na Constituição de 1988, pois como alerta Scarance (2000, p. 48-50), só se justifica este privilégio quando 'em virtude da profissão exercida ou do cargo político ocupado pelo agente, seja necessária para garantia correta da aplicação da justiça', opinião consciente, em especial, pela banalização do foro privilegiado visto nos últimos anos que, não rara às vezes, deixam impunes agentes inoportunos.

Outra afronta a igualdade tem sido o oferecimento a prisão especial para toda pessoa que possua um diploma universitário, o que não condiz com a realidade dos imóveis prisionais em nosso país não havendo necessidade para todo o diplomado ocupar tal posição, desde que observando tratamento digno ao preso, o que independeria de sua condição universitária, já que isso é devido a todos.

Críticas a parte, o princípio da igualdade ganha força especialmente quando evita o abismo que separa acusação e defesa.

De um lado tem-se a acusação, através do Ministério Público, com todo o aparato estatal a seu favor, ao menos em um primeiro momento da persecução penal, por outro lado tem-se o réu que ao final ganha força processual como quando

a lei oportuniza somente a este a revisão criminal, proíbe revisão *pro societate*, além de alguns outros atos processuais que só se disponibilizam ao acusado.

Não há justificativa mais bem abalizada se não a de Jimenez Asenjo, lembrado por Tourinho (1998) *apud* Scaranze Fernandes (2000, p. 51):

“É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para estabelecer, pois, a igualdade nas condições de luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo ‘nobrememente’ sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade de seu autor.”

O processo tem buscado a igualdade necessária para saciar o princípio constitucional que o rege. É certo que as desigualdades existentes de um modo geral, como a financeira por exemplo, refletem diretamente na atuação da jurisdição, mas isso não quer dizer que a torna totalmente ineficiente, pois quando existem profissionais sérios e dedicados o suficiente passam por cima destas desigualdades privilegiando o que discorre a ordem legal aplicando o princípio da igualdade, ao menos no limite de sua eficácia.

As justificativas da necessidade estatal de produzir, em um primeiro momento, as provas necessárias para sanar dúvidas acerca da culpabilidade do acusado se refletem na delação anônima, que muitas vezes configura o primeiro indício de fato delituoso dando razão a diligências e ações que busquem transpor o fato de um mero indício a um caso concreto.

Formada a convicção fática caberá, dentro do procedimento penal, a melhor análise acerca disto e, neste momento, entra a figura do órgão julgador a quem é dirigida todas as provas.

Deste modo, cabe ao seu convencimento justificar a condenação ou não de uma pessoa e, para isto, tem liberdade subjetiva o suficiente para formar sua convicção, sendo abraçado pelo importante princípio do livre convencimento/persuasão racional.

j) Princípio do livre convencimento ou da persuasão racional

Com a regulamentação das bases de produção e valoração das provas consistindo em um regime da prova legal se perpetuou importante historicamente, pois o Estado abandona um sistema probatório mecânico que, aparentemente, pendia para a arbitrariedade, o que não é bem verdade já que era um reflexo da consciência jurídica em tempos de outrora.

Para o professor Heráclito Mossin (1998, p. 195-197), ao comentar esta nova conjectura da análise das provas, ensina que o juiz, frente ao sistema acusatório, deve ter liberdade o suficiente para valorar as provas, pois esta sistemática pode induzir certas injustiças, lembrando o valor absoluto, por exemplo, dado as confissões em sistemas passados.

Portanto, o princípio da persuasão racional não adentra ao ordenamento para dar toda liberdade ao magistrado, mas sim para regular sua apreciação diante dos fatos e provas dispostos pelo caderno processual, dando-lhe o condão da livre convicção, isto é, o magistrado permanece ligado ao que lhe for apresentado dando valor a isto, bem como fazer um juízo de valor seguindo sua própria consciência resultando na formação de sua própria convicção para, só assim, poder sentenciar de maneira convicta e limpa consciência.

Primeira questão trazida pela persuasão racional se trata da prova legal, surgido no direito alemão onde tinham a prova como uma invocação a Deus, portanto o magistrado, como mortal, tinha uma função de buscar, junto às partes, a decisão divina, não lhe competindo examinar o problema, sendo certo que o único elemento subjetivo que perfaziam os julgamentos era na atribuição das provas. Esta conotação ganhou força e passou a ser aplicada por quase toda a Europa. Já a segunda situação produtora da persuasão racional começa a ser demonstra com mais ênfase nos tribunais populares como o Tribunal do Júri.

Embora a tendência viesse sendo delineada com o tempo, a persuasão racional, próxima ao que conhecemos hoje, se consolidou com a Revolução Francesa, posteriormente o processo austríaco e alemão deu a liberdade completa como conhecemos hoje, ensina Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2010, 73-74) em Teoria Geral do Processo.

Ressalta-se que embora livre, o magistrado se mantém adstrito ao que lhe é apresentado, prova disto são os artigos 157 (citado na sub capítulo que aborda o princípio da vedação das provas ilícitas) e 182 (O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte), ambos do estatuto processual penal brasileiro.

Com tal restrição a sua liberdade, viu-se o magistrado obrigado a fundamentar coerentemente suas decisões. Isto não vem da sua própria consciência em dar satisfação a seus atos, mas sim de uma ordem constitucional do artigo 93, inciso IX a esta obrigação:

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]
XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno. (Constituição Federal).

Com esta regulamentação constitucional é válido aprofundar-se melhor nesta obrigação do juízo.

j.1) motivação da sentença

A Emenda Constitucional número 45 de 2004, alterando o artigo 93, IX da Constituição fez com que o magistrado, obrigatoriamente, tenha que justificar suas decisões, sendo este um importante instrumento social, pois através da fundamentação judicial se toma conhecimento das atividades jurisdicionais, bem como se busca, nisto concerne somente às partes, uma reforma sentencial atacando as justificativas do juiz, para a sociedade serve como um elemento subjetivo formador de opinião frente a qualidade da prestação jurídica estatal.

Parte da doutrina entende ainda que a motivação é constitui um ato administrativo da justiça em qualquer Estado de direito. Neste ponto, Grinover, Gomes Filho e Scarance (2009, p. 198-201), em *As Nulidades no Processo Penal*

sabiamente apontam três pontos que atenuam a motivação como forma de garantia processual, sendo o primeiro como ‘garantia de atuação equilibrada e parcial’, já que é através desta que se fiscaliza uma atuação imparcial, a segunda como ‘garantia da legalidade das decisões judiciais’, pois pelas razões motivacionais da sentença se permite ver se a legislação fora aplicada concernentemente ou se adveio de qualquer arbitrariedade e, por fim, a motivação como ‘garantia das partes’, fazendo com que o magistrado deva levar em conta as provas produzidas, bem como tenha dado o seu respectivo valor a tais.

Na mesma obra, o trio de mestres (2009, p. 118) suplementa que “O trabalho do juiz, como toda decisão humana, implica uma escolha entre alternativas. No conteúdo da motivação devem estar claramente expostas as escolhas e seleções feitas.”

Com efeito, a Emenda número 45, bem como toda essa obrigatoriedade motivacional atinente ao magistrado, não só deu uma garantia as partes ou juízo de valor para sociedade, mas também humanizou a figura do juiz imputando-lhe uma obrigação justificadora de seus atos, o que não poderia ser diferente já que constitui uma função pública de devendo explicações a sociedade como um todo.

Concernente a isto, pode-se concluir que a persuasão racional não é só algo concreto, mas necessário ao ordenamento jurídico, mas melhor nome alguns autores dão a esse princípio chamando-o de livre convencimento motivado, já que não se pode esquecer que embora o juiz tenha toda uma liberdade subjetiva ele não pode fugir aos fatos ou provas produzidas ao seu dispor, sendo assim a limitação é lhe imputada sabiamente garantindo as partes maior segurança jurídica diante da pretensão exigida.

Destarte, a ‘notitia criminis’ inqualificada deve ser vista com cautela aos olhos do magistrado, pois diante do Estado acusador o qual nos encontramos pode lhe induzir a cometer certas arbitrariedades levando a reais desconfortos jurídicos, restando demonstrada que atenção do magistrado é essencial diante de uma investigação criminal e, principalmente, no que cerne as provas dirigidas a si.

Ante o exposto, restaram-se apresentado os principais princípios norteadores necessário para este estudo e nota-se que todos estão ligados diretamente entre si ou referem-se, mesmo que de forma indireta, a questão de

provas e é neste instituto processual que se devem voltar às atenções a partir de agora, já que perfaz importante caminho para a explicação e obtenção de idéia final frente a temática trabalhada.

3 DA PROVA

3.1 Da Prova no Processo Penal

Trata-se de importante tema para a exposição quanto a denúncia pautada anonimamente, já que esta tem direta influência na produção probatória, bem como no convencimento do juízo diante das alegações fáticas.

Por essa necessidade, far-se-á uma introdução ao estudo das provas, em especial no processo penal, sendo óbvia a incorporação elucidativa do tema abordado nesta exposição monográfica.

O ato de provar, dentro do processo penal, refere-se à conformidade ou não dos fatos alegados durante o processo para análise do juízo. Sendo assim, a prova é a união dos elementos formadores de uma convicção dentro do processo que apóiam uma construção demonstrativa dos fatos e circunstâncias.

A prova é a ligação do fato ao seu destino final, isto é, uni-se ao intelecto do magistrado para que se construa um raciocínio formando uma convicção sobre a veracidade ou não dos fatos alegados.

Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 349) preleciona sabiamente, em seu Código de Processo Penal Comentado, abordando o tema com uma conceituação pura, isto é, analisando o significado da própria palavra 'prova' que tem uma origem latina levando-nos a tradução chega-se que prova 'significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação', sendo que apenas com tal idéia tem-se uma noção da utilidade da prova como objeto jurídico argumentativo que leva a inspeção da veracidade fática.

Se não bastasse, o mesmo professor (2006, p. 349) trás três sentidos para a 'prova' sendo de grande valor sua íntegra exposição, *in verbis*:

“há, fundamentalmente, três sentidos para termo *prova*: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de

um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: 'Faz-se prova de que o réu é autor do crime'. Portanto, é o clímax do processo."

Com isto, é irrefutável afirmar que a atividade probatória constitui uma das principais funções processuais não sendo apenas um elemento formador de opinião destinada ao juiz e a fiscalização das partes, mas sim uma resposta social aos fundamentos apresentados nas sentenças jurisdicionais, uma vez que se justificam tais decisões através do que foi juntado e provado durante a atividade processual.

Destarte, a formação probatória tem uma destinação geral e é este próximo ponto a ser tratado.

3.2 Destinatário da Prova

Como já mencionado, o juiz é o destino, por excelência, da prova cabendo a este profissional a reconstrução histórica dos fatos chegando a uma conclusão convicta para pautar direitos a uma ou outra parte da demanda devendo sempre valorar a prova incumbindo-a em valores morais justificando na sentença ligação dos fatos à norma argüida.

Na pessoa do magistrado tem-se o interesse de toda a sociedade devendo este oferecer uma resposta o mais próximo possível de se obter uma opinião comum cumulado com o ordenamento jurídico frente ao pensamento popular, tanto é assim que incumbe ao juiz, caso não se demonstre satisfeito com o que lhe for apresentado, requerer novas diligências que busquem sanar qualquer dúvida.

Com isto, o juízo deve ter um cuidado especial na questão das provas, pois não pode atuar como acusação ou tomar parte das alegações feitas pela defesa. Sua postura deve ser imparcial e qualquer nova questão a ser suscitada perante si mesmo deve ser galgada de ética e cuidados perante sua obrigatória inércia.

Ciente desta necessidade, o Professor Eugênio Pacelli (2009, p. 312) doutrina em sua obra Curso de Direito Processual Penal, no sentido de que o

magistrado deve privilegiar os princípios já suscitados anteriormente do contraditório e da ampla defesa, sendo certo que qualquer posição que desiguale a força das partes feriria o ideal trazido pelos princípios que respaldam a 'exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais'.

Sendo assim reforçada a idéia de juiz imparcial.

Tem-se ainda como destino para as provas, as próprias partes que tem como função processual produzi-las, discuti-las e impugnar, devendo não só formar a convicção do órgão julgados, mas também da outra parte.

Imputa-se este grande interesse das partes nas provas porque é justamente esse o instituto processual formador da fundamentação sentencial principal, tanto é que é oportunizada a possibilidade de recurso quando houver insatisfação ou convencimento necessário e justificável que diante da análise probatória a decisão jurisdicional merece reforma.

Por fim, a prova transcende os limites do processo destinando-se a toda sociedade em comum, tendo uma relevante função social na incessante busca de pacificação social, já que o magistrado ocupa e exerce função pública e a satisfação social, no que se refere a justiça, esta ligada diretamente a sua atuação profissional.

Quanto a questão das provas, já foi dito oportunamente, que tem um revestimento de princípios norteadores, como quase que na totalidade das situações jurídicas existentes, portanto segue-se com tal exposição.

3.3 Princípios da Prova no Processo Penal

O conceito geral de principio é que são postulados que asseguram a construção, entendimento e aplicação da norma disposta no ordenamento.

Como não podia ser diferente, a atividade probatória é cercada por princípios, alguns constitucionais e outros infraconstitucionais, que ajudam e formam um meio para a correta interpretação das normas.

Porém, a maioria dos princípios que se alegará já foi suscitado em outra oportunidade, porém vale lembrá-los, bem como abordar algumas

novidades, sempre observando que se trata de uma introdução ao estudo das provas, portanto cabe uma passagem pelo sentido geral destes princípios, sendo certo que se exporá os elementares que elucidarão o estudo aplicado acerca da delação anônima, sendo assim, temos:

3.3.1 - Princípio do contraditório – disposto constitucionalmente no artigo 5º, LV da Constituição Federal, assegura a igualdade das partes, sendo assegurado, no que se refere a as provas, o direito de produzi-las.

3.3.2 - Princípio da ampla defesa – é um braço do contraditório servindo de garantia para que a parte acusada forme sua defesa de forma ampla.

3.3.3 - Princípio da documentação – incumbe-se aos atos probatórios, uma vez que toda prova produzida deve ser documentada de alguma forma, dependendo dessa documentação sempre de sua natureza.

3.3.4 - Princípio da presunção de inocência – será sempre presumida a inocência do réu até que se prove e decida definitivamente ao contrário, sendo a função da prova no processo penal derrubar essa presunção.

3.3.5 - Princípio da verdade real - por tratar de direitos indisponíveis, o magistrado penal não pode se contentar com a simples verdade formal devendo buscar a certeza que leve a sua convicção correta para proferir sentença justa. Agirá de ofício, complementar e supletivamente, tendo sempre o cuidado em suas diligências de não acabar advogando para nenhuma das partes. A este respeito, importante lição nos da Nucci (2006, p. 349):

“É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros, a meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição.”

Neste entendimento reforçam-se ainda mais o que já fora exposto, bem como esta breve lembrança acerca da verdade real.

Por fim, vale ressaltar outra discussão que já se expôs acerca do princípio da vedação das provas ilícitas, porém é melhor caminho recordar tal conceito mais a frente, quando se abordará os meios de prova, pois agora adentraremos na responsabilidade probatória acentuando a quem se imputa o ônus de tal.

3.4 Ônus da Prova

A prova é compartilhada entre as partes devendo cada pólo da ação a incumbência de provar o que é de seu interesse, isto é o pólo ativo a veracidade fática e no pólo passivo questões impeditivas ou extintivas.

Como foi visto, no processo penal prevalece o principio da inocência, portanto a prova serve para sanar qualquer dúvida referente a pretensão punitiva, pois prevalecendo a duvida presumir-se-á inocente o acusado, sendo que se o réu apresentar alegações probatórias que coloquem em cheque as da parte acusatória deverá prevalecer o principio supracitado.

Reforçando este interesse nas alegações probatórias, peço licença para trazer mais um ensinamento retirado do clássico Teoria Geral Processo de Grinover, Cintra e Dinamarco (2010, p. 379) onde, acerca do ônus da prova, lecionam elucidativa conceituação:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar.”

Ainda, acerca do ônus da prova, José Frederico Marques (2000, p. 342), nos ensina que não existem tão acentuadas diferenças atributivas no que tange as provas entre processo penal e processo civil, reforçando que a descoberta verdade é a causa final na demanda processual, apresentando essa finalidade com um problema, já que ao citar o professor Leo Rosenberg (1956), é cúmplice da crítica acerca das ‘deficiências naturais para uma completa e satisfatória investigação da verdade’. O mesmo professor, ainda reputa ao ônus da prova a orientação acerca dos rumos processuais que as partes devem tomar, já que é através deste que buscam não ter prejuízos e inconvenientes.

Ressaltam-se ainda as palavras de Grinover, Dinamarco e Cintra (2010, p. 380) quando alegam que incumbe às partes produzir a prova buscando a

vitória na lide, porém, uma vez produzidas, não é necessário discutir quem foi o autor da produção já que o que importa é a comprovação ou não dos fatos alegados.

Ensinações a parte, o que se tem de concreto é que aquele que alegar a prova tem sobre si o seu ônus e, com isto, pode-se notar que o ônus da prova é menos intenso para o acusado, devido a sua posição passiva, devendo a parte ativa demonstrar e provar toda a culpa do réu sem deixar qualquer sinal de dúvida concernente ao caso.

Ao magistrado, cabe o encargo de apreciar a prova, sendo que, pautado no sistema acusatório que vige em nosso ordenamento, permite-se a realização de diligências solicitada pelo juízo para reforçar sua convicção, fora isto a formação de provas advêm do direito de ação e do direito de defesa, isto é, sempre por iniciativa das partes.

Sanada os primeiros nortes que figuram a exposição sobre provas, vale ressaltar a sua consistência na figura de seus objetos e assim se seguirá.

3.5 Objeto de Prova

A formação do objeto da prova se resume a tudo aquilo que se faz necessário demonstrar no processo, ou seja, tudo que deve ser levado ao conhecimento do magistrado.

Portanto toda existência material em relação ao fato e tudo o que for relevante juridicamente deve ser alegado pelas partes corroborando com a formação convicta do juízo.

A doutrina costumeira divide o objeto da prova em quatro grupos, o primeiro sendo 'fatos que independem de provas', formando fatos evidentes ou notórios, bem como aquelas alegações inúteis ao processo, enquadra-se ainda neste grupo as presunções legais. O segundo grupo forma 'os fatos que dependem de provas', este já engloba toda a situação de produção probatória, ensinando Fernando Capez (1998, p. 239) que quando não se enquadra a prova no primeiro grupo apresentado e esta for produzida de maneira admissível legalmente é evidente que seu objeto esta ligado aos fatos que dependem de provas, sendo certo

que os meios admissíveis no processo penal encontram-se delineados entre os artigos 158 e 250 do Código de Processo Penal.

Terceiro grupo não diz respeito concretamente à necessidade de provar, já que se trata da 'prova do direito'. Partindo da idéia de que direito não se prova, já que o juiz deve conhecê-lo, recaímos sobre a necessidade de provar as invocações legais de âmbito estadual, municipal, bem como as conhecidas como alienígenas ou consuetudinário, devendo estes sim passíveis de ser provados e, por fim o último grupo se trata das provas proibidas em uma alusão ao disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, já discorrido anteriormente.

Destarte, a melhor conclusão é que o objeto da prova refere-se a toda matéria argumentativa que lhe possa imputar ceifando dúvidas do juízo em busca da verdade possível, mas desde que produzidas de formas aceitas pelo ordenamento.

Ainda, vale ressaltar que no processo penal não são aceitos fatos incontroversos, privilegiando o princípio da verdade real, portanto não bastam as alegações confessórias de qualquer das partes, estas sempre estarão sujeitas, no campo penal, a dilação probatória. Isto tira da confissão seu caráter absoluto imputado-lhe em outros ramos do direito, sendo que no penal junto a confissão deverá acompanhá-la todo e qualquer elemento que comprove-a como real e verdadeiro.

3.6 Meios de Prova

Meio de prova é tudo aquilo que sirva para formar o objeto de prova, ou seja, todos os elementos úteis para retratação histórica e veracidade do fato alegado na demanda processual.

O código de processo penal elenca no artigo 7º (Reconstituição do Crime) e do artigo 158 a 239 vários meios de se provar, estes chamados de 'meios legais', regulamentando e condicionando determinadas espécies formando um rol exemplificativo. Ensina Greco Filho (2009, p. 188-190) que o processo moderno aceita novos meios de provas, desde que trabalhem em consonância com a sua realidade, bem como se respeite os valores humanistas e racionais necessários a

produção de provas. Tais meios entram no processo penal por meio de analogias a outros ramos jurídicos buscando sempre a amplitude e facilidade do andamento processual.

Nestes termos, tem-se que prevalece a livre formação de provas, sendo, a princípio, apto tudo aquilo que se possa levar ao conhecimento de questão que constitua objeto de prova, porém resguardam-se algumas limitações quanto a esta produção.

3.7 Limitações à Prova

Scarance Fernandes (2000, 66-67) admite que o estudo das provas vem sendo objeto de discussão por todo o mundo. Nos Estados Unidos através do *right to evidence*, garantia do *due process of Law*, ainda tem sido afirmação jurisprudência na Corte Constitucional tanto italiana quanto a alemã, sendo objeto de estudos da doutrina estrangeiro, assim como da nacional.

Na lei brasileira não se aceita provas que afrontem a dignidade humana ou a moralidade da sociedade em geral, temos como exemplo o artigo 155, parágrafo único, Código de Processo Penal que discorre sobre a limitação da prova do estado civil restringindo esta produção a lei civil, dentre outros inúmeros exemplos como a já citada teoria da arvores dos frutos proibidos.

Tem-se, ainda, que questões prejudiciais absolutas onde não há possibilidade de o juiz produzir provas por se tratar de matéria decidida no cível, se não bastassem ainda se têm restrições quanto ao momento da produção ou postulação de provas.

Porém, está limitação encontra-se fundada pelo ordenamento e novamente o mestre Scarance (2000, p. 67) nos ilumina com seu posicionamento acerca da produção de provas e as limitações impostas ao juízo, vale a ressalva:

“De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidades no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Por outro lado, tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme à realidade, além de se dotar o juiz em alguns sistemas de poderes instrutórios, em todos assegura-se a sua

efetiva participação na produção da prova: a ele incumbe garantir às partes a plenitude do direito à prova, dele depende a profundidade da colheita do material probatório.”

Por isto, tem nas mãos o juiz as armas necessárias para impor as devidas restrições exigidas pelo ordenamento nacional, assim como para sua formação opinativa subjetiva acerca dos fatos a serem julgados.

Não fugindo a este escopo, vale abrir um parêntese para a rememoração das provas ilícitas que gera grande discussão doutrinária e uma dificuldade de aplicabilidade em casos mais complexos.

Ocorre que é ordem constitucional a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, sendo que antes de 2008 existia uma discussão na doutrina nacional onde um grupo defendia que essas provas deveriam ser admitidas baseado na ausência de garantias ou direitos, mesmo constitucionais, absolutos e, por outro lado, outros defendiam a idéia de flexibilização amparada pelo princípio da proporcionalidade, onde seriam admitidas a provas ilícitas excepcionalmente quando esta for à única capaz de provar a inocência do réu.

Porém em 2008, com a edição da lei 11.690, o artigo 157 do código de processo penal vetou a admissão de provas ilícitas no processo penal, mas a doutrina continuou admitindo-as com base na segunda teoria citada, ou seja, em benefício do réu.

A nova redação expandiu a questão da ilicitude não podendo ser aceita sequer provas lícitas, mas que tenha em sua origem qualquer ilicitude, viciando-a, portanto aderindo ao ordenamento a idéia já citada da teoria da arvore dos frutos envenenados.

Chega-se a uma amostragem de que é correto esse novo posicionamento jurídico – doutrinário, pois não se justificaria vetar uma prova ilícita se os efeitos advindos da mesma criassem outras provas aceitáveis, porém viciadas na origem.

Sendo assim, as limitações das provas evitam a banalização das mesmas, sendo objeto de estudos e preocupações por todo o mundo. Ainda se tem a elucidação diante das provas ilícitas que perfazem um verdadeiro freio a produção desesperada por provas de qualquer das partes, já que esta possível ilicitude faz com que não se alegam questões procrastinatórias que atrapalhariam o andamento

regular da demanda, conclui-se, portanto, que a limitação das provas constitui uma garantia de organização e evita qualquer entorevero retardatório em plena lide.

Posto tais limitações, resta-nos classificar as provas admissíveis.

3.8 Classificação das Provas

Sobre a classificação das provas, a doutrina apresenta uma grande variedade de formulações, sendo a mais aceita aquela que divide prova quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma.

Quando ao objeto tem-se uma subdivisão pode ser direto quando demonstra o fato de forma imediata, ou indireta quando se aborda fato secundário, mas que de alguma forma está ligado ao fato que se quer demonstrar. Corroborando com isto os professores Gilson Amâncio e Marcos Ticianelli, em obra coordenada pelo ilustre professor Regis Prado (2009, p. 162), lecionam:

“Quanto ao seu objeto, isto é, aquilo que deve ser levado ao conhecimento dos sujeitos no processo, a prova pode ser direta, quando demonstrar de forma imediata o fato que se quer comprovar; ou indireta, quando demonstra um outro fato ou circunstâncias que não aquele que se pretende propriamente provar, mas que está com ele relacionado de tal forma que, uma vez demonstrado, induz a conclusão de sua existência.”

Em relação ao sujeito pode ser pessoal aquela prova advinda do próprio homem, ou real que é representada por alguma coisa e, por fim, quanto a forma pode ser a testemunhal, que fala por si só, documental quando vem apresentada em forma de documentos, ou material referente a coisas palpáveis usadas no crime.

3.9 Sistema Brasileiro

O Código de Processo Penal Brasileiro é restrito nesta questão adotando uma única regra, inclusive já comentada, sendo certo que aquele que a

parte é responsável por aquilo que alegar, admitindo-se ainda que o juiz produza provas de ofício, sendo consideradas urgentes e de certa relevância, poderá inclusive antecipar sua produção.

A doutrina trás que a relevância probatória é ditada pelos fatos constitutivos, aqueles que tem conseqüência jurídica, e tal efeito se da através do direito material, pois é este que descreve a conduta a ser provada. Portanto incumbe a acusação provar os fatos constitutivos para conseguir vencer a demanda, sendo que terá como resultado a improcedência se os fatos alegados não obtiverem provas satisfatórias de seus acontecimento.

Por outro lado o réu alega fatos excludentes, não acarretando a si qualquer responsabilidade se quedar-se inerte nesta obrigação em respeito ao princípio do *favor rei*. O que não quer dizer que o réu não tenha interesse em se defender, pois ensina Vicente Greco que o juiz irá apreciar toda a prova, restando duvidas, devido as alegações trazidas pelo réu, não resta outra alternativa a não ser pela improcedência da acusação e, assim também é, frente aos fatos extintivos que o réu alegar, pois junto a eles devem vir provas comprovadoras e não apenas meras alegações de inocência.

No sistema atual, prova-se o fato aludido no direito material, comprovando-se fato inexistente com fato contrário a imputação aduzida, devendo-se dispor de tempo para provas junto a apenas fatos relevantes que são passíveis de provas.

A doutrina ainda reputa a acusação provar apenas fato constitutivo que gere conseqüência jurídica, se assim não ocorrer não haveria motivos para pretensão punitiva no caso, uma vez que se provados os fatos alegados as conseqüências são imediatas, bem como a ausência de provas impede qualquer conseqüência.

Ainda se tem as presunções legais, pois quando surge relativamente, o ônus da prova se inverte caso for de existência ou veracidade, mas lembra Greco Filho (2009, p. 194-196) que não se pode esquecer jamais o *in dubio pro reo* nestas ocasiões.

Feitas as devidas introduções ao estudo do instituto das provas, vale só uma última colocação acerca de sua importância na 'notitia criminis' inqualificada.

3.10 Importância Probatória na Delação Anônima

Tal exposição se faz necessária, pois um ato processual que advém de delação anônima está intimamente ligado com as questões de provas, pois é através da prova que se tem um diferencial na abertura de um inquérito policial caminhando até uma possível sentença penal condenatória.

Vale ressaltar a importância das colocações teóricas acerca da legitimidade das provas, uma vez que a delação anônima pode ganhar caráter ilícito dependendo da forma como é tratada pela autoria policial, órgão ministerial e até o juízo competente.

Convém elaborar uma maior reflexão acerca da afirmativa concernente a possibilidade de produção de provas advindas da notícia criminosa anônima, que ao contrário de outras provas, terá uma considerável aceitação da jurisprudência, doutrina e acata um grande interesse social, desde que siga certos requisitos expostos oportunamente.

Seguindo esta linha, dar-se-á continuidade ao estudo da delação anônima frente ao paradoxo do direito do acusado de conhecer seu delator, bem como ter contra si provas que respeitem as colocações legais estando do outro lado todo o interesse social que cerca a necessidade de apuração de atos delituosos e é a partir daí que se expandirão as idéias na delação anônima.

4 IIINTERESSE E O DIREITO DO DELATADO EM CONHECER O DELATOR *VERSUS* INTERESSE PÚBLICO

A denúncia anônima trás consigo uma serie de implicações fundamentais, isto é, traveste-se de disposições contidos na Constituição Federal em favor do acusado que levam ao conflito com o interesse público.

A partir daí se direciona as tratativas acerca da ‘notitia criminis’ inqualificada, no sentido de buscar alternativas que supram toda e qualquer ofensa a sociedade, mas também obedecendo as referências contidas a favor do acusado satisfazendo seus direitos evitando qualquer vazão que possa influir negativamente no inquérito policial e/ou numa possível ação penal.

Portanto, em atenção ao resguardo legal que ocupa os dois lados interessados na questão dar-se-á inicio a uma exposição mais detalhada, com melhores olhos a constituição federal e seus interesses fundamentais.

4.1 Disposição Constitucional

Agora, se faz justificável toda a introdução feita, pois, no que diz respeito a toda fundamentação constitucional, se tem um liame direto com toda exposição já abordada.

Sendo assim, o primeiro e um dos mais importantes direitos argüidos a favor do acusado frente à ‘notitia criminis’ inqualificada encontra-se no que dispõe o inciso IV, do artigo 5º da Carta Magna, o qual é constantemente usada como argumentação defensiva quando se inicia ação penal cujo delação mantêm-se anônima, pois discorre que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” .

A redação constitucional é clara ao oportunizar o direito a qualquer pessoa, em território nacional manifestar seu pensamento, mas o importante, a nosso ver, é a restrição que se faz pós-vírgula na redação vedando o anonimato.

Neste sentido, entendendo a delação anônima como uma expressão de pensamento, já que se trata de uma notícia subjetiva delitiva tendo, inicialmente a idéia da proibição do delator se manter na obscuridade.

Destarte, o Professor Alexandre de Moraes (2007, p. 141), em sua aclamada obra *Constituição do Brasil Interpretada* leciona dizendo que tal inciso se trata de uma garantia constitucional ao livre pensamento evitando censura em espetáculos e diversões, sendo certo que todo e qualquer abuso indevido no uso do direito liberatório do pensamento é passível de 'exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores'.

Embora aborde a questão em espetáculos e diversões isto passa a englobar, também, a delação anônima justamente pela possível responsabilidade civil e penal que pode-se gerar sendo que o próprio Moraes (2007, p. 141-142) ao explicar a finalidade buscada pelo legislador constituinte disserta:

“A finalidade constitucional é destinada a evitar manifestação de opiniões fúteis, infundadas, somente com o intuito de desrespeito à vida privada, à intimidade, à honra de outrem; ou ainda, com a intenção de subverter a ordem jurídica, o regime democrático e o bem-estar social.

Neste liame, reputam-se algumas proteções que, ao menos em uma tese inicial, vedariam imputação delituosa a outrem com a finalidade crucial de não ofender a honra, intimidade ou qualquer outra situação que possa causar algum dissabor devida a notícia delituosa.

Ao abordar a responsabilidade frente às manifestações assim como justificando a vedação do anonimato, o professor Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 137), em *Constituição Federal Anotada*, tem interessante opinião acerca desta limitação, pois adverte que a possível responsabilização judicial por danos a terceiros advindos de nossos pensamentos tem a finalidade de obrigar o pensador a assumir a idéia manifestada.

Para a delação anônima isto se refere à matéria de defesa, que será abrandada em posterior exposição, valendo inicial ressalva nas observâncias abordadas pelos citados professores seguindo o caminho de que a liberdade de pensamento abarca uma série de direitos fundamentais que nos são trazidos pela Constituição devendo tal questão ser tratada com absoluta cautela.

E, embora saibamos que não existem direitos absoluto em nosso ordenamento, relevante é a robustez abrandada ao inciso IV do artigo 5º, pois possui em suas finalidades com um condão ético e principiológico, justificando isso com o possível redirecionamento a diversas disposições fundamentais que favorecem o acusado por conta da desobediência a vedação do anonimato.

Tem-se ainda, logo no inciso V, do mesmo artigo da Lei Maior o direito de resposta a qualquer importunação a terceiros, sendo de relevante valor se abordar também esta disposição, pois preleciona tal inciso de que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral ou à imagem”

Este inciso (V), por sua vez, não demonstra atinência específica como o inciso IV faz ao vedar o anonimato, sendo ele abrangente a toda ofensa, especificando tão somente o direito de resposta a estas imputações, bem como oportunizando indenização como soldo compensativo aos incômodos causados.

Trata-se de dispositivo surgido com a Constituição de 1988, não havendo na história outra citação neste sentido adentrando, o direito de resposta, ao ordenamento nacional através do direito comparado em atenção a dispositivos europeus, como as cartas máximas da Espanha e de Portugal.

O inciso V ainda demonstra consonância com as sensíveis recentes mudanças no âmbito social que, cada vez mais, tem evoluído na questão das responsabilidades, principalmente civil onde o dano moral tem tido respeitável aplicação contra ofensas inoportunas.

Neste liame, a delação anônima tem acompanhado estas aplicações referentes a imputações que possam ofender, em especial, a imagem e a honra do acusado colocando em cheque seu nome, respeito e personalidade perante a sociedade e, por este motivo, têm-se aplicabilidade real no direito pátrio o poder responder a qualquer acusação restando tal direito prejudicado quando a acusação é feita anonimamente, pois leva a impossibilidade da ampla defesa e dificulta o contraditório uma vez que não se tem o sentido certo de onde vêm os ataques contra si colocando o acusado em situação delicada, já que pode se encontrar sendo investigado de acusações que ao menos se sabe da origem.

Vê-se no direito de resposta um elo com a vedação do anonimato frente à liberdade de pensamentos já que, para a delação anônima, um reforça o

outro no sentido de facilitar as garantias constitucionais diante do andamento investigativo ou o processamento criminal galgando um eficiente resultado do contraditório e da ampla defesa.

A busca pela proteção a certos interesses individuais é concernente com a aplicabilidade constitucional não sendo diferente quando se tem uma notícia crime que, mesmo feita anonimamente, deve reportar e respeitar estes interesses benevolentes ao acusado e prezando pelos valores que lhes são atribuídos constitucionalmente.

Se não bastasse, reforçando os já alegados respeito à intimidade, honra e imagem, a Constituição trás mais um dispositivo que angaria esta proteção, estando este no inciso X, do artigo 5º, não valendo, neste momento, maior guarida a este inciso, mas salientando-se sua importância na deflagração dos efeitos objetivos e subjetivos que possam ter na vida de uma pessoa uma acusação contra si.

Por fim, é de grande clareza também o inciso LXIV, que ao dissertar acerca dos direitos do preso expressa que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

Neste ponto se tem um reforço ao acusado, que na situação de encarceramento, tem contra si algum fato acusatório ou condenação a ser cumprida que justifique a restrição a sua liberdade, sendo que o mais importante agora como consequência prisional para o andamento desta exposição é a notícia acusatória.

Sendo assim, fica demonstrado mais um direito a publicidade do acusador, pois não poderia atuar em melhor clareza a constituição. Estudando este pondo se tem ainda o amparo doutrinário de nomes como o do Ministro Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco (2008, p. 676) onde, em obra conjunta, asseveram como o inciso constitucional (LXIV) tem “não só o reconhecimento de um direito formal, mas também uma medida instrumental destinada a assegurar a integridade física e moral do preso.”

Com todo esse instrumento constitucional apresentado já se poderia afirmar que a abertura de inquérito de policial ou até uma possível condenação criminal com fulcro inicial em uma delação anônima já bastaria para ao menos manter o magistrado em dúvida quanto a nulidade de todo o ato devido a sua possível inconstitucionalidade, porém não é este o melhor caminho a ser seguido nas tratativas de tal assunto, pois, não se pode olvidar que por outro lado existe o

interesse público que também é tratado por diversas vezes e em vários assuntos pela redação constitucional, sendo certo que na grande maioria das vezes tem-se uma pendência para com o lado social não sendo diferente em assuntos atinentes a notícia crime, não podendo se perder de vista, muito menos ignorar, a posição social na tratativa deste tema.

Por sua vez, o interesse público não se mostra absoluto o suficiente para superar toda e qualquer alegação advinda de delação anônima devendo ser visto e analisado em sede peculiar de cada caso isoladamente utilizando-se para se chegar a uma conclusão satisfatória a ponderação que objetivará qual lado deva prevalecer, isto é, o interesse do acusado ou o interesse da sociedade em geral.

É pensando assim e após as colocações constitucionais que se deve desfragmentar o interesse de cada pólo desde o acusado, passando pelo interesse social e fazendo uma ponderação final acerca disto, bem como comentar o tratamento que o Estado brasileiro oferta as testemunhas e se, de fato, é suficiente para que a testemunha se sinta protegida ao ponto de não recorrer ao anonimato para delatar qualquer ato de que tenha notícia.

Sendo assim, segue-se tentativa de desfragmentar os interesses envolvidos abarcados pela delação anônima abordando neste início os direitos do delatado, aproveitando todo aparato constitucional que lhe beneficia a pouco citado.

4.2 Direito do Delatado

Sem perder de vista o interesse público que abarca uma notícia criminal, expor-se-á, diante dos interesses fundamentais citados no ponto anterior, os principais meios que envolvam a pessoa acusada e sua posição de tanto na investigação criminal quanto em processo em curso.

Constitui ao delatado o direito de defesa que vem aprimorado pelo dispositivo de proteção ao judiciário recorrente ao artigo 5º, inciso XXXV onde a Constituição acentua que lesão ou ameaça ao direito não podem ser excluídas da apreciação do judiciário. Neste ponto, Scarance Fernandes, Gomes Filho e Grinover, em *As Nulidades no Processo Penal* (2009, p. 73-75) ensinam que se trata de

questão de nível constitucional como garantia da ação e de defesa dando conteúdo a estes direitos assegurando o que dispõe o inciso LIV do artigo 5º, isto é, o princípio do devido processo legal.

De forma mais objetiva, os aclamados doutrinadores asseguram as tratativas gerais que amparam o contraditório e a ampla defesa (5º, LV da Constituição), sendo certo o liame entre defesa e contraditório já que é através disso que brota o exercício defensivo.

Com efeito, ainda têm-se garantias internacionais da qual o Brasil é signatário, também já exposto em momentos passados. Fala-se aqui da Convenção Americana de Direitos Humanos que, novamente, em seu artigo 8º elenca um rol de garantias judiciais em benefício do acusado, sendo certo que a própria Constituição no §2º do artigo 5º é expressa que direitos advindos de pactos internacionais não podem ser excluídos de apreciação.

Discussão em apartado acerca do acusado diz respeito a sua posição no mundo jurídico tendo a si reputado vários termos identificadores tais como réu, denunciado, investigado, etc.

No processo brasileiro entendemos que o réu é aquele que tem uma predileção processual, sendo o sujeito passivo da demanda o qual tem contra si uma acusação buscando as devidas pretensões punitivas, mas ainda se tem o termo indiciado que é o sujeito investigado em ato administrativo pela autoridade policial, o inquérito policial.

Ao abordar o assunto José Frederico Marques (2000, p. 56) lembra que logo no artigo 45 da Carta Processual Penal fala-se em réu tendo como designação para quase todos os textos que reputam ao 'juízo criminal como sujeito passivo de acusação' trazendo ainda colocação da doutrina chilena onde se distinguem réu e inculpado, sendo o primeiro suspeito e agente passivo de primeiros indícios investigatórios e o segundo aquele onde já estão petrificadas as presunções de prática criminosas.

O mesmo professor (2000, 55-56) ainda trás conceito de acusado sendo aquele sujeito passivo da pretensão deduzida pelo outro pólo da relação processual.

Sendo réu, acusado, indiciado, inculcado, enfim todos tem a si o direito de defesa, bem como reparação quando imputadas de maneira vexatória qualquer ato que atente contra seus direitos.

Tanto é assim que o Estado se vê obrigado a fornecer defesa ao acusado como forma de paridade de armas, tendo a Constituição contemplado no artigo 134 a estruturação das defensorias públicas com este objetivo e aponta-se o artigo 261 do Código de Processo Penal que discorre sobre a impossibilidade de qualquer acusado, mesmo aquele que se mantenha ausente ou foragido, ser processado ou julgado sem defensor reforçando isto o juiz nomeará defensor a aquele que não o constituir nos termos do artigo 263 do Estatuto Processual Penal, neste mesmo sentido o artigo 497, inciso V atribui ao juízo do júri nomeação de defensor ao acusado, podendo inclusive dissolver o Conselho para designar novo julgamento com a nomeação ou constituição de novo defensor.

Além da defesa processual, o Código Penal trás delitos que buscam evitar maiores dissabores e comprometimento da moral do inocente, trata-se da denúncia caluniosa, disposta no artigo 339 do Código Penal, e da comunicação falsa de crime ou contravenção, aludida no artigo 340 do Código Penal.

Para a delação anônima resta-se quase impossível a imputação destes delitos ao delator que concorrer com eles, pois o agente se mantém no anonimato dificultando a apuração do fato delituoso.

Na lição de Uadi Bulos (2008, p. 133), é citada jurisprudência relatada pelo Ministro Celso de Mello analisando o caso:

“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 na impede a pratica 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. (STF, MS 2439/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16-10-2002, p. 24, j. 10-10-2002).”

Nota-se que o julgador explana a possibilidade de diligências iniciais que nada afeririam contra o possível delinqüente, por outro lado é explícito ao concordar que o anonimato causa prejuízo ao delatado, no sentido de que inviabiliza

a punição contra delator que concorre para os crimes deste assunto no Código Penal.

Ainda, a notícia crime pode causar sério impacto social ao delatado, pois é sabido que a justiça tem caráter público e, embora a investigação criminal deva ser revestida de cautela, nem sempre é assim que ocorre, em o interesse público em obter informações sobre certos casos levam ao desconforto emocional e subjetivo do acusado.

A iminente busca por notícias e informações faz dos meios de comunicação verdadeira arma contra um possível inocente, já que a busca pela notícia e satisfação pública faz com que maus profissionais tenha condutas desonrosas.

Sendo assim, uma 'notitia criminis' inqualificada pode levar a desonra do acusado devido a exposição exacerbada que possa ocorrer de sua pessoa, em especial quando se tem apuração de fato delituoso de grande gravidade e impacto social ou quando se tratam de pessoas públicas.

Destarte, a honra do acusado deve ser preservada, ao menos até se ter certeza de que tenha agido delituosamente. Pensando assim, nos reportamos novamente aos ensinamentos do professor Uadi Bullos (2008, 147) busca conceituar a honra que é passível de feridas em determinadas situações, dizendo que o homem teme seu demérito diante da opinião pública tratando a honra, em sentido objetivo, como a opinião alheia assim como, de modo subjetivo, se trata do constante receio que se tem desta opinião. Schopenhauer (1913) *apud* Uadi Bullos (2008, p. 147-148) descreve:

“O homem por si só quase nada pode realizar e é como Robinson perdido em sua ilha (...). Somente no convívio com seus semelhantes vale e pode muito (...). Logo reconhece que nada importa a sua opinião própria, senão a opinião dos outros. Vem daí sua incessante preocupação no sentido de granjear o desfavor da opinião alheia e o alto apreço que a esta atribui. Uma e outro se apresentam com a originalidade de um sentimento inato, que se chama sentimento de honra e, segundo as circunstâncias, sentimento de vergonha (*verecundia*).

Neste liame, inquestionável saberia filosófica se transporta para discussões jurídicas, já que as atribulações diárias buscam privilegiar certas condutas e quando individuo se vê em meio a acusações, sendo alvo de

investigação ou até tendo que se colocar na posição de réu isso pode influir diretamente em sua imagem social, perfazendo, não raramente, o fim de sua honra.

Ainda, existem pessoas que se ofendem só com o fato de ter que se dirigir aos trabalhos da justiça gabando-se de 'nunca terem entrado em um fórum', sendo que para estas pessoas a honra subjetiva fere-se só com o fato de alguém supor atribuir-lhe qualquer fato delituoso e, é neste ponto, que a Lei Maior ampara pelo decorrer dos incisos fundamentais uma proteção aos delatados, em especial no que discorre o inciso X, do artigo 5º, já citado oportunamente, que aborda especificamente a proteção a intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurando-lhes reparação quando forem violadas.

A delação anônima pode influir diretamente na honra das pessoas, e é por isto que se tem uma preocupação em não violar respectivo direito fundamental, mesmo parte da doutrina alegando que o constituinte de 88 buscou defender muito mais o interesse social do que o individual, justificando que agindo assim buscou-se proteger não só o interesse público, mas a imagem física do agente acusado, pois superada qualquer dúvida de acerca de sua conduta poderá, ao menos em tese, manter sua ilibada reputação social.

No mesmo sentido do inciso X, tem-se o já abordado inciso IV do artigo 5º como aquele que defende constitucionalmente a publicidade do delator para oportunizar a defesa do acusado.

Toda a exposição mostra-se em consoante ligação com a autodefesa que integra o princípio do contraditório que oportuniza ao acusado total e integral acesso as provas produzidas contra si na persecução penal, sendo a delação anônima uma arma direta contra a possibilidade de se viabilizar a defesa, pois as provas podem advir de ilicitudes o que tornaria todo o ato nulo.

Assim sendo, o acusado pode passar de réu a vítima, pois não lhe é oportunizado conhecer a fonte das provas produzidas fazendo com prejudique sua defesa, para não chegarmos a ter esse tipo de situação que transige com a tão repudiada arbitrariedade judicial é que se deve ter toda cautela em situações revestidas pelo anonimato, pois o delatado passa a ocupar ingrata posição aos olhos da justiça e já tendo contra si todo o aparato estatal merece um tratamento cauteloso até que se produzam provas concretas que possa oportunizar não só a

formação da opinião acusatória, mas também que respeite a autodefesa oportunizada pelo princípio do contraditório.

Perfazendo esse caminho e superando alguns dos direitos individuais que possam aferir-se ao delatado, vale entrar nas justificativas como utilidade pública que a delação anônima tem tido para o desvendamento e busca de delinqüentes, portanto abre-se tópico inerente a isto colocando contraposições entre interesses individuais contra os atinentes a toda uma sociedade, já que o aumento da delinqüência, a chamada criminalidade difusa, tem se acentuado cada vez mais se fazendo necessária mais armas para a pacificação social e a manutenção da ordem jurídica.

4.3 Interesse Coletivo

A Constituição Federal tem boa conduta ao resguardar os interesses do acusado e é justificável tal posicionamento devido à época de sua formação. A Assembléia Constituinte formou-se em uma época onde o medo estava sendo superado depois de anos de ditadura e o natural encaminhamento protetor dado pela Lei Maior acaba por resguardar direitos que foram violados durante todo o período militar.

Por sua vez, mais de vinte anos depois, temos que essa idéia de excesso protetivo ao réu deve ser olhada com certa desconfiança, já que hoje os problemas são outros e as necessidades sociais não se configuram mais pelo medo dos militares, mas sim pela constante situação de insegurança que se perpetua cada vez mais com o convívio social.

Assim, a delação é meio eficiente e necessário no controle da pacificação social em especial atenção aos interesses coletivos pela segurança geral.

Neste liame acerca do interesse coletivo, convêm expormos um novo ramo acerca do entendimento da criminologia social conhecida como direito penal difuso que trata justamente do interesse coletivo e social em face do significativo aumento na delinqüência com o decorrer dos últimos anos.

A criminalidade difusa vem atendendo ao anseio de que o individualismo perpetuado pela Constituição Federal diante da área Penal tem sido deixado de lado privilegiando a concepção social frente ao crime. Neste sentido não se ignora as proteções individuais ofertadas constitucionalmente, mas sim se tem um enredo maior a sociedade.

É reputado, neste ramo, tal entendimento pelo 'reconhecimento da evolução social e a manutenção do sistema social' como diz o professor Gianpaolo Poggio Smanio (2004, Acessado em www.mundojuridico.adv.br em 08 de setembro de 2010) que ainda ensina através da opinião doutrinária de Zaffaroni (1981) que é reconhecida a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo não podendo dispor um lado sem afetar o interesse individual do outro pólo.

Assim sendo, a delação anônima encontra-se curiosamente em meio a este embate de interesses, pois de um lado se tem garantias individuais suficientes para demonstrar a inconstitucionalidade de qualquer ato travestido no anonimato, por outro lado se tem a idéia trazida pela corrente da criminalidade difusa onde os interesses da coletividade devem prevalecer em meio ao embate.

No sentido de demonstrar a perspectiva para o futuro penal diante da proteção dos interesses da coletividade, o Professor Figueiredo Dias (1999) citado por Smanio (2004, Acessado em www.mundojuridico.adv.br em 08 de setembro de 2010) perfaz o tema:

“Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídicos-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância ‘antropocêntrica’ da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos.”

A idéia apresentada se propõe a proteção dos bens jurídicos adjetivando um estudo aprofundado, bem como um esclarecimento que não afetará a natureza dos interesses coletivos.

Por assim dizer na mesma obra oportunizada pelo professor Smanio (2004, Acessado em www.mundojuridico.adv.br em 08 de setembro de 2010), é apresentada o reconhecimento por parte do aclamado advogado paranaense René

Ariel Dotti (1984) da proteção penal aos interesses coletivos afirmando que não existem restrições territoriais a aplicações que de qualquer interesse social independente do núcleo de tutela da divergência.

Neste mesmo sentido fica caracteriza a idéia da criminalidade difusa com maior ênfase ainda quando, Salomão Shecaira (1999, p. 133) faz reflexão acerca de todo o turbilhão modificativo social, sem esquecer-se de tutelar os interesses difusos e coletivos, onde apresenta a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações defendendo a posição de que o direito deve responder a situações advindas do homem que coloquem em risco a sociedade, independente de ser ou não um dogma petrificado na idéia jurídica. Trata o direito penal como fruto do interesse dessa associação entre direito e proteção social trazendo como exemplo alterações normativas no campo ambiental que, em respeito ao interesse sócio-coletivo, busca no sistema a manutenção punitiva em nome da sociedade.

Com seu estudo, Smanio (2004, Acessado em www.mundojuridico.adv.br em 08 de setembro de 2010) faz ponderação concluindo:

“Notamos, enfim, que somente em face do caso concreto, da conduta praticada, poderemos afirmar quais dos bens jurídicos penais foram atingidos. Da mesma forma, existem condutas criminosas ofensivas a mais de um bem jurídico penal, o que eu só pode ser objetivo de verificação diante do fato concreto.”

Nesta alusão a concretude fática, recaímos na ‘notitia criminis’ inqualificada que mostra eficiência real ao perpetuar interesses da sociedade através do tão conhecido sistema policial de denúncias 190. Temos a título de exemplo retirado de web site do Estado de Minas Gerais que implantou, através da Polícia Civil Estadual, um sistema de denúncias via telefone e constatou, após três meses de atividades, trezentas e noventa mil ligações depois, noventa e cinco pessoas presas, trinta e seis adolescentes internados, além de trinta e nove foragidos recapturados depois conclui-se naquele Estado a eficiência e interação da população com os órgãos policiais tem extrema utilidade pública fazendo das delações anônimas uma verdadeira arma contra a crescente criminalidade.

Além de demonstrada utilidade, a jurisprudência tem um entendimento consoante aos interesses sociais no sentido de que interesse personalíssimo não

pode ser utilizado para se sobrepor e fugir da responsabilidade frente aos interesses de ordem coletiva, ou seja, não pode um agente alegar em seu nome direito pessoal para livrar-se de imputação contra si quando do outro lado prevalece interesse público.

Obedecendo a máxima de que não existem no ordenamento qualquer direito absoluto, mesmo aqueles garantidos constitucionalmente recebem certa restrição.

Outra situação atinente ao interesse de todas tem um condão subjetivo, pois se trata da conduta daquele que tem notícia do crime ou o presenciou e não comunica as autoridades competentes ou, quando o faz, faz de forma anônima dificultando o trabalho policial.

Temos então recaídas a dois interessantes pontos, um acerca da moralidade em tomar decisões em prol do interesse público e outro o medo que se envolver em um ato delitivo, mesmo que na condição de testemunha, traz.

Tem-se a moral como uma um conjunto de regras subjetivas que determinam condutas frente a determinado grupo, sendo que este grupo consiste na sociedade, portanto é através da moral que temos o imbróglio subjetivo que preleciona ao individuo agir na defesa de seu grupo social alertando, no que diz respeito aos atos delitivos, a autoridade competente para apurar qualquer ofensa a sociedade.

Ocorre que o comportamento moral muitas vezes tem condão individualista no tempo que nos encontramos, acerca da moralidade no tempo preleciona Maria Lucia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins (2004, p. 301), em Filosofando:

“O comportamento moral varia de acordo com o tempo e o lugar, conforme exigências das condições nas quais as pessoas se organizam ao estabelecerem as formas de relacionamento e as práticas de trabalho. À medida que essas relações se alteram, exigem lentas modificações nas normas de comportamento coletivo.

Neste mesmo sentido, Gilberto Cotrim (2006, 244-245) leciona a posição de que devido às comunidades humanas serem distintas não só no espaço, mas como no tempo, os valores também se diferenciam originando códigos morais diferentes.

Assim, temos que nossa sociedade exige uma conduta protetiva por parte de cada cidadão, mas a vontade não corresponde com a atual realidade vivida.

Como dito, o individualismo pessoal corrobora com necessidade que as pessoas têm de não se envolverem em problemas alheios. Cometido um delito, muitos se omitem em auxiliar o prejudicado, mesmo sabendo que podem contribuir com a prolação da justiça. Esta conduta individual nos faz questionar o conceito de moral, tirando-o do âmbito coletivo e colocando no plano pessoal, pois é nítido que cada pessoa tem seu conceito de moral e embora a sociedade preze pelo sentido de sua conduta, muitas vezes a pessoa busca a comodidade do não envolvimento, assim deixa que o rumo da delinquência tome seu caminho natural ao invés de colaborar com as autoridades competentes noticiando o que se sabe.

Não se pode olvidar, que as constantes acusações de corrupção nos órgãos públicos trazem certa desconfiança das pessoas na eficiência do trabalho prestado, questionando assim a moral daqueles que tem por obrigação proteger a sociedade, mas, ao nosso humilde olhar, as pessoas não se podem dar ao luxo de guardar para si conhecimento de fato criminoso apenas por não confiar na competência pública e, muito menos, alegando 'não ser problema seu' o que foge do plano moral e entra em uma idéia de má conduta social.

O que justificaria o anonimato delitivo, bem como a não comunicação de notícia criminal é o constante medo de represália que as pessoas sentem por parte dos delinquentes, assim justifica-se pela própria proteção guardar o conhecimento deste fato para si, mas sempre objetivando comunicá-lo sempre que se sentir a vontade para tal.

Evitando este desconforto tem-se a necessidade do Estado proteger as testemunhas de atos delitivos por ter este entendimento trataremos oportunamente da proteção dada a estas pessoas pela justiça brasileira, pois agora, visto os direitos atinentes ao delatado, assim como o interesse público - social que a delação anônima traz consigo necessário é fazer um liame aplicativo destas normas e interesses sendo conclusivo que a delação anônima para ter validade deve ser fruto de correta ponderação caso a caso e, pensando assim, adentra-se a este tema buscando entender a ponderação como argumento jurídico enfocando sua aplicabilidade nas questões que abarcam a 'notitia criminis' inqualificada.

4.4 A Ponderação

Temos na ponderação a técnica conclusiva como solução entre o choque de direitos fundamentais ou aquelas questões protegidas no certame constitucional, sendo este o caso *in tela*, pois tanto os direitos atinentes ao delatado quanto o interesse social pela segurança estão dispostos na carta maior colocando-nos em típico conflito ponderativo.

Porém, esta conceituação não se completa sem a abordagem da proporcionalidade ou razoabilidade, vez que é através deste que a ponderação se exterioriza ditando as regras de sua aplicabilidade.

Em uma digressão ao conceito deste princípio implícito, já comentado anteriormente, voltado especialmente ao campo penal Willis Santiago Guerra Filho (2009) *apud* Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 210) assevera que:

“Princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana – consagrada explicitamente como fundamento de nosso Estado Democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da Constituição de 1988 -, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para o interesse de outra ordem superam aquelas desvantagens”.

Com isto, a exteriorização da ponderação ganha apêços principiológicos que busca a vantagem ideal juridicamente, mesmo que isto leve a prejuízo parte contrária.

Em uma revisitação histórica Suzana de Toledo Barros (2000, p. 35) leciona que a proporcionalidade surgiu do direito administrativo e “acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito”, pois nesta transição surge um ato controlador ao poder coercitivo do monarca, tendo a proporcionalidade a idéia de garantir a liberdade individual frente aos interesses do Estado.

Neste sentido a própria Suzana de Toledo (2000, p. 211-212) resume o contato histórico:

“O princípio da proporcionalidade foi cunhado no direito administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, como idéia de limitação do poder de polícia, exatamente para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão. Na Europa Continental, o cânone migrou para o direito constitucional por obra dos alemães, depois da sofrida experiência da Segunda Guerra Mundial, acontecimento histórico responsável por uma reinterpretação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. Na América, o princípio, sob o rótulo da razoabilidade, é ínsito na cláusula do *due processo of law*, inspirando o controle material da constitucionalidade há praticamente um século.”

Embora parca minoria de conotação história diversa a esta, temos que a doutrina de um modo geral concorda com a construção alemã do tema que acabou-se por se difundir por toda Europa e América, onde acabou se evadindo do âmbito administrativa para alcançar outros campos jurídicos em especial o penal e processo penal.

O grande pai da ponderação e da proporcionalidade Robert Alexy (2002) *apud* Fabiana Lemes Zamalloa do Prado (2006, p. 192) explica que a proporcionalidade deve ser usada como reforço de fundamentação jurisprudencial, *verbis*:

“Outas fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio del Estado de derecho, en La práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia no quedan por ello excluidas. En la medida em que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación iusfundamental.”

Não se pode olvidar, que como Alexy (2002) propõe a proporcionalidade como reforço de fundamentação, este princípio acaba abarcando alguns subprincípios consigo sendo o da adequação, da própria proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade. Neste sentido, disserta Suzana de Toledo (2000, p. 212):

“O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em fundação dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.”

Através deste entendimento tem-se uma limitação a aplicação ponderativa, pois o princípio da proporcionalidade exige não ultrapassar a real necessidade para sua utilização devendo sempre pender pela adequação em busca do direito fundamental menos gravoso no caso concreto.

No processo penal, em matéria de prova, Manuel da Costa Andrade (1992) *apud* Fabiana do Prado (2006, p. 207) leciona que “a persecução de interesses iminentes ao processo penal, isto é, que relevam duma intencionalidade exclusivamente ‘repressiva’, não podem valer como referentes materiais de justificação”.

É neste ponto que devemos tratar evitando a obscuridade, pois a ponderação no processo penal é relevante quando a proporcionalidade e seus subprincípios são observados a ponto de evitar qualquer intransigência na produção probatória, isto é, no que diz respeito às provas, como visto, existem uma série de limitações que evitam qualquer injustiça ou arbítrio por parte do julgador pró acusador ou em favor do réu.

Demonstrando isto Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 161) trazem uma das poucas exceções aceitas na produção de provas, baseada curiosamente na proporcionalidade, utilizando-se da ponderação:

“não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*.”

Por outro lado, Fabiana do Prado (2006, p. 210) não vê tal posição como correta dizendo que o estado de defesa não pode ser invocado nesta situação pois a agressão recebida pelo acusado é perpetrada pelo Estado, mas admite que em estado de necessidade poderia sim se admitir a produção irregular de provas em favor do réu, mas desde que fosse feita diretamente por ele, já que por se tratar de estado de necessidade não se poderia ampliar esta produção a terceiro.

Explicando melhor Gilmar Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco (2008, 120-121) demonstram como a proporcionalidade deve ser recepcionada pelo ordenamento pátrio:

“Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.”

A discussão sobre a produção probatória é oportuna ao estudo, pois é este o maior reflexo que a denúncia anônima trás concretamente, junto a isto observamos com o posicionamento dos constitucionalistas que no princípio da proporcionalidade, justificador da ponderação, temos uma medida de justiça pela busca dos valores ideais.

Estes valores devem ser vistos caso – a – caso quando falamos de delação anônima, pois, como já fora esboçado e se verá oportunamente, este tipo de invocação do estado apenas fomenta investigações prévias e para dar-se maior andamento através deste ato deve-se ponderar, desde logo, sobre os indícios e a real necessidade de dar andamento procedimental a informação recebida.

O que se quer dizer com isto é que o melhor caminho para não se viciar a persecução penal arraçoada pela notícia crime inqualificada diante dos direitos do delatado, bem como dos interesses sociais é a utilização da criação alemã da ponderação.

Não há como se fazer uma regra taxativa a este respeito, pois a denúncia anônima pode levar tanto a fomentação dos interesses perpetuados pela sociedade frente a um ato criminoso, como pode prejudicar uma pessoa, não raras vezes, por motivos de vingança, represálias, importunação, etc.

Assim sendo, a necessidade de se analisar a realidade fática isoladamente toda vez que surgir uma situação como essas se faz através da proporcionalidade/razoabilidade exigida para que se busque o caminho pelo direito menos gravoso no caso em concreto.

Uma crítica feita atualmente é pelo uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade pelos magistrados. Em algumas jurisprudências o julgador vem se atendo ao simples fato de ser razoável a sua decisão naquele sentido sem maiores explicações e isto configura uma decisão nula, por força do artigo 93, IX, já que a

utilização deste princípio deve observar os subprincípios que o compõe sendo que estes devem ficar demonstrados quando qualquer decisão tiver a proporcionalidade como justificativa.

Posto isto, a ponderação se mostra a principal arma argumentativa para a defesa da mera investigação preliminar diante do anônima informativo, pois faz-se com esta um juízo de valor pela busca por provas que justifiquem a formação da opinião do órgão denunciador ou pela cessação dos trabalhos investigativos devido a falta de verossimilhança entre a informação recebida e a realidade fática.

Acontece que, para se chegar ao ponto de se ter que ponderar e iniciar ao menos os atos investigatórios a notícia delitiva deve ser levada até a autoridade competente, mas, muitas vezes, vítimas e testemunhas, por vários motivos se inibem a prestar esta informação. Em contraposição a esta inibição abrir-se-á uma lacuna para traçar um comentário sobre a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas vigente em nosso *ordo juris* e, logo em seguida, discorrer sobre os tramites investigativos e sentenciasais a que uma delação anônima podem levar.

4.5 Comentário Sobre Proteção a Testemunha na Justiça Brasileira

Temos na Lei 9.807/99 a proteção as vítimas e testemunhas de crimes em nosso país.

Importante debatermos este ponto, no sentido de evitar o temor daqueles que se vêem vítimas ou presenciam qualquer ato delituoso, mas para isto necessário maiores entendimentos sobre o que discorre o aludido preceito legal.

Neste passo, a primeira providência a ser tomada é entender o alcance desta lei, isto é, quem são as pessoas que podem pleitear proteção do Estado e para isto, José Robaldo, em obra coordenada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches (2010, p. 986), nos ensina que estas pessoas são todas aquelas que trazem consigo elementos para a prova e isto inclui peritos e intérpretes, nota-se que é abrangido funcionalmente todos aqueles que tem declarações contadas para a produção probatória, inclusive as testemunhas de defesa.

É uma acepção extensiva visando à proteção as provas e, no que diz respeito aos profissionais da área cujo compromisso e o dever faz com que se expunham a estas situações, nada mais justo do que ofertar proteção adequada.

Ocorre que a aplicabilidade desta lei não se dá a bel prazer dos interessados, tendo a carta legislativa resguardados alguns requisitos dispostos em seu artigo 2º e parágrafos devendo sempre ser observado a gravame da coação ou ameaça, os empecilhos que possam dificultar a prevenção e reprimenda por meios convencionais e a importância do requerente na produção das provas.

O aclamado mestre Robaldo (2010, p. 988-990) traça melhor estas diretrizes ao sintetizar de forma oportuna estes três requisitos onde a ameaça a integridade física ou psíquica da testemunha, vítimas e até seus familiares deve ser razoável, além do mais o teor testemunhal deve ser galgado de suma importância para a elucidação do crime. Conta ainda que se inclui na proteção aquelas pessoas coagidas ou ameaçadas que não conseguem conter este ataque contra si com instauração de procedimentos formais como inquéritos policial e processo criminal.

O professor ainda lembra que a inclusão no programa de proteção e sua permanência depende da anuência daquele que tem a informação basilar elucidativa do delito, já que estas medidas trazem a imposição de certas restrições e medidas que devem ser adotadas pelo protegido e, por fim, quando a lei diz “risco de vida” não significa o perigo da morte, mas sim quando se demonstra justificadamente que a situação é de risco e a inserção no programa é necessária, restando demonstrada o espírito extensivo adotado pelo legislador.

Não só a anuência do pleiteador do protegido é necessária como a *opinio* do Ministério Público acerca da presença dos requisitos exigidos.

Se não bastasse para se implantar um programa de proteção a vítimas e testemunhas existe a necessidade da existência de um Conselho Deliberativo Federal que é regulamentado pelo Decreto 3518/00 e tem como obrigação ter representantes de várias áreas como Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, da Segurança Pública, Departamento de Polícia Federal, dentre diversos outros.

Neste certame burocrático a *lex* limita através de ser artigo 5º aqueles que possam solicitar o ingresso no programa que passará a julgamento acerca da real necessidade de inserção pelo Conselho Deliberativo, observando sempre o parecer ministerial, sendo certo que aqueles que conseguem a proteção estão

sujeitos aos atos do artigo 7º que, ao menos em tese, parece-nos de grande valia se ocorressem na prática.

Ao comentar os dispostos nesta lei em Leis Penais e Processuais Penal Comentadas, Guilherme Nucci (2006, p. 673-674), lembra que para a eficaz proteção as testemunhas e vítimas se deve observar sobre as possibilidades orçamentárias disponibilizadas pelo Estado e sobre isto trás dura crítica:

“Disponibilidade orçamentária: esta é outra disposição inconcebível. Uma pessoa ameaçada, dentro de um sistema que se pretenda sério e eficiente, não pode estar sujeita a disponibilidade orçamentária. Assim sendo, pode-se supor que, ainda que ameaçada seriamente, cuidando-se de crime grave, a testemunha fique ao desamparo – embora vigente a Lei 9.807/99 editada para garantir sua proteção – por falta de verba. Seria um arremedo de legislação”.

A crítica do respeitado magistrado merece toda guarida, já que fica demonstra a fragilidade do que fora proposta pela Lei. O Estado mostra-se ineficaz até na propositura de solução, quiçá na aplicação destas propostas legais.

Para o que se espera desta obra monográfica mostra-se suficiente esta pequena abordagem, mas vale ainda ressaltar a situação a que se refere a proteção aos Réus Colaboradores, que também está regulada por esta lei, pois bem, a partir do 15º artigo da Lei 9.807/99 tem-se a concessão dos benefícios da delação premiada e é o que vai se comentar neste ponto.

Propicia inovação trazida pela Lei 9.807/99 foi a delação premiada. Este instituto se trata de um benefício ao co-réu que colabora com as investigações e o processo crime em seu resultado final.

O primeiro benefício oportunizado é a possibilidade do perdão judicial que será concedido nos se a colaboração surtir o resultado esperado nos incisos do artigo 13 da referida lei que são a identificação dos outros co-autores ou partícipes, localizar a vítima em integro estado físico e a recuperação do produto do delito.

Há divergências na doutrina quanto ao acumulo ou não desses efeitos para que se possa aplicar o efeito prático sendo que aqueles que defender serem os incisos cumulativos estão em menor número na defesa, tendo o outro lado a maior parcela de adeptos. Ainda existe uma corrente pouco lembrada que defendo a cumulatividade temperada ou condicionada ou temperada que, embora tenha algumas jurisprudências a seu favor é pouco aplicada.

Não obstante aos efeitos esperados, o parágrafo único do artigo 13 trás os requisitos básicos que possibilitem o perdão judicial via delação premiada sendo os subjetivos: a primariedade do réu, colaboração voluntária e que tenha uma personalidade que favoreça a aplicação.

Junto a isto, os requisitos objetivos exigem colaboração efetiva, isto é, oferte informações que resultem de fato no auxílio as investigações ou no curso do processo e, neste passo, outro requisito objetivo é no sentido da efetividade informativa para a recuperação do produto do crime, quando existir, mesmo que de forma parcial, ainda, a colaboração deve resultar na localização da vítima em estado físico preservado.

Por fim, a natureza do delito tem que corroborar com a possibilidade do benefício trazido pela lei, pois se existir um clamor social quanto ao fato impossibilita a tentativa da delação premiada que ainda como exigência para sua aplicabilidade a necessidade do co-réu colaborador ter cometido delito idêntico aos outros que ajuda capturar.

Dois últimos pontos é a aplicação da delação premiada quando existir uma pluralidade de vítimas e a doutrina tem dado vista ao entendimento de que bastaria localizar uma delas para que se enseja as exigências do artigo 13, II da referida lei e, outra discussão, é possibilitar o perdão judicial no caso de contravenção penal sendo que parte da doutrina defende que se o legislador não usou termo que de a entender isto sua aplicação fica vetada, já outro lado, ao nosso ver mais coerente, independe da redação legal, pois se pode oportunizar o perdão judicial via delação premiada a crimes, também poderá para contravenção, pois se pode no fato mais grave não há motivos que impossibilitem nos casos mais brandos.

Casos em que o perdão judicial não possa ser dado, o legislador opinou por uma redução da pena como se vê no artigo 14 da lei:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

A doutrina trata a oportunidade do artigo 14 como causa de redução de pena e para se aplicar este benefício o requisito subjetivo é a voluntariedade na

colaboração e os objetivos são a recuperação do produto do crime, quando existir e mesmo que parcialmente, identificação dos outros autores e a liberdade da vítima com vida.

Fazendo jus ao seu bom trabalho, o professor Robaldo (2010, p. 1000) defende que basta a simples colaboração voluntária, mesmo que desta não resulte nos requisitos objetivos.

A leviandade do artigo 14 mostra-se nas palavras do professor (2010, p. 1001) ao compará-lo com a alternativa do que discorre o artigo 13:

“Observa-se do próprio texto da norma do art. 14 que, ao contrário do perdão judicial, basta a satisfação de algumas exigências para a concessão do benefício. Com efeito, não se exige a primariedade, personalidade favorável e se satisfaz com a liberação da vítima com vida, ainda que a sua integridade física não esteja preservada. Entretanto, impõe-se que a colaboração represente um ato de vontade do colaborador.

Lembra o mestre que a jurisprudência tem decidido que colaboração advinda de cobrança administrativa não é voluntária, portanto não há que se falar nos benefícios da delação premiada.

Por ser mais benéfico, o perdão judicial do artigo 13 deve ter prioridade aplicativa, porém se a concretude causal não corroborar com os requisitos ora explicitados entra em cena a possibilidade trazida pelo artigo 14.

Incentivando a delação, o legislador promete através do artigo 15 a proteção do delator adotando certas medidas de segurança, tal artigo fora regulado pelo artigo 11 do Decreto 3.518/00, já que os ditames da Lei 9.807/99 trazem esta proteção não existiam explicitamente medidas concretas que acautelassem o co-réu delator.

Sobre isto, Guilherme Nucci (2006, p. 683) assevera que as administrações prisionais há muito tempo tem adotados medidas que protegem presos delatores:

“Separação do delator: trata-se de medida adotada, há muitos anos, pelas autoridades responsáveis pela administração dos presídios. Não se pode misturar o preso que delata o companheiro ou o esquema criminoso aos demais. Pela ‘lei da marginalidade’ será, conseqüentemente, morto.”

Como faz o magistrado Nucci, não podemos fechar os olhos para o poder paralelo e as medidas de proteção com aqueles que colaboram com a justiça devem ser efetivas.

Embora a intenção da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas seja excepcional não se nota na prática uma aplicação abrangente muito em conta do sistema burocrático que legislador impôs as normas de proteção.

Assim sendo, as pessoas vítimas ou testemunhas sentem-se muito mais seguras em delatar de forma anônima do que se colocar a disposição do Estado para auxiliar nas investigações e no andamento processual sendo que esta atitude prejudica e muito não só o Estado-acusador como a defesa, pois o primeiro não tem como inquirir e produzir, em muitas das vezes, provas concretas que possibilitem a acusação, bem como a pretensão punitiva diante de um fato e os prejuízos a defesa se dá pelo motivo de ao menos se saber a fonte originária das informações e, por isto, que a cautela investigativa deve ser redobrada quando se tem uma notícia crime inqualificada, pois tanto acusação quanto defesa se vêem em um emaranhado de dúvidas fáticas e probantes.

Ponto muito interessante sobre esta lei é acerca dos sigilos quando da aplicação de qualquer medida exposta no Capítulo II da referida lei, isto é, nas hipóteses da delação premiada.

Ocorre que a jurisprudência tem tido uma posição no sentido de preservar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como visto, a defesa fica, e muito, prejudicada com o anonimato das delações e para evitar qualquer medida de injustiça este pensamento é expandido aos casos de delação premiada, sendo coerente o entendimento de que o sigilo fica vetado o anonimato nestas circunstâncias.

Neste sentido, ao lembrar-se da jurisprudência, o professor José Robaldo (2010, p. 1001-1002) novamente tem oportuno posicionamento explicativo em suas palavras:

“No que se refere ao sigilo da delação premiada, o Min. Marco Aurélio, do STF, em recente decisão, foi incisivo no sentido de que tal sigilo não pode ser absoluto, pois ‘o acordo não pode servir para a persecução criminal e, ao mesmo tempo, não ser de conhecimento da defesa’, acompanhando o relator na parte em que concede o direito da defesa de conhecer aqueles que assinam o acordo, ‘quer como Estado-acusador quer como Estado-juiz, já que a um só tempo não poderiam fazê-lo e atuar na ação penal

intentada'. Conclui seu voto lembrando que a delação premiada objetiva elucidar fato criminoso. Sendo assim, a informação de um dos seus corrêus não pode ficar estranho ao processo criminal, em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório (HC 90.688).”

Portanto, não restam dúvidas que, antes de mais nada, o anonimato no âmbito da delação premiada deve ser vetado por medida de pura justiça frente ao amparo do princípio fundamental do contraditório e da ampla defesa.

Entendemos, humildemente, que é correta a posição jurisprudencial, pois a delação premiada somente se dá por aquele que também consentiu com o delito e seria incoerente, mesmo com a colaboração co-co-réu, esquecer deste fato.

Por outro lado, temos conosco que para que seja efetiva a delação premiada o colaborador deve ter todas as garantias protetivas necessárias, primeiro para incentivar a delação do companheiro e salvar-se e, em segundo, para evitar atuação do poder paralelo existente no submundo criminal lembrando brilhantemente por Guilherme Nucci (2006, p. 683).

Assim, a necessidade de melhorias legislativas para a proteção de vítimas e testemunhas fica evidente, cabendo aqui um protesto sobre a melhor regulamentação desta lei não só para evitar o anonimato, mas por um clamor ao sentimento de segurança que o Estado deve a sociedade incentivando sempre a aquele que testemunhar ou for vítima da crescente violência a abandonar o medo e colaborar com a justiça na elucidação dos fatos delituosos.

Concluído este ponto, retomamos o curso normal do trabalho lembrando-se da denúncia anônima como fundamentação válida para a persecução penal.

5 INVESTIGAÇÃO E A SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA NA DELAÇÃO ANÔNIMA SÃO VÁLIDAS?

Adentrando a nesta etapa, abordar-se-á questões mais técnicas acerca da aplicabilidade frente notícia criminal recebida pelas autoridades competentes para que possam desenvolver a busca pela verdade fática.

Por tudo o que fora exposto trataremos dos principais institutos processuais que possibilitam a investigação criminal passível de dar motivação para a propositura de ação penal.

5.1 Conceitos Pré-Processuais

Inicialmente retomamos a idéia da soberania estatal no direito de punir limitando a si qualquer averiguação e proposta punitiva que seja necessária. Para que seja possibilitada a atuação estatal nessa linha de frente faz-se necessário a chegada de notícia criminosa até seus representantes oportunizando a investigação e análise que possam resultar na satisfação social.

Tal atribuição e atividade estatal chama-se persecução penal e para ser realizada o poder público disponibiliza órgãos de competência específica a estes fins tais como a polícia, o ministério público, os juízos criminais, dentre outros. Estes órgãos trabalham em conjunto cabendo ao Ministério Público levar a conhecimento do órgão julgados os fatos passíveis de punição, sendo que para tanto depende de um aglomerado de elementos que possibilitem a formação da convicção condenatória, caso ineficaz atuação caberá ao acusado fazer jus ao seu direito constitucional de contradizer e ter para si ampla defesa frente aos fatos que lhe forem imputados.

Para se chegar a esta gama de elementos formadores de convicção, necessária são as prévias investigações, bem como diligências mais elaboradoras que tenham a finalidade de sanar qualquer duvida quanto à culpabilidade do réu.

Não raro, dar-se início a estes procedimentos iniciais através de notícia crime, freqüentemente delatadas anonimamente e perfazendo esta noção caminharemos passo a passo desmembrando os atos preparatórios necessário até abordar-se a real legalidade do objetivo deste estudo, isto é a delação anônima.

5.1.1) “Notitia criminis”

A notícia de um crime, preliminarmente, perfaz motivação inicial para, ao menos, averiguação de fato delituoso iniciando-se aqui a persecução investigatória que da vazão a abertura de inquérito policial, bem como pode resultar em uma ação penal.

Esta notícia pode ter tanto provocação de um terceiro como advir ao conhecimento da autoridade responsável espontaneamente. Tem-se que através da notícia crime que se inicia o inquérito policial, porém, como ensina Mossin em seu Curso de Processo Penal, tem uma cognição abrangente que alcança a persecução penal por todo seu lastro de abrandamento desde a informação delitiva até a ação criminal.

Previsível é o entendimento que esta notícia criminal é direcionada a determinados órgãos ou autoridades especificamente sendo típico e costumeiro da sociedade informar as autoridades policiais o fato delituoso e sobre isso, Heráclito Mossin (1998, p. 155-159), fazendo alusão aos dispositivos dos artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal que versam sobre a finalidade policial e a motivação para investigação de informação delitiva, ensina que através da notícia criminal inicia-se a fase pré-processual com a finalidade de coleta de elementos acerca de fato relevante no âmbito penal que lhe fora noticiado.

Abrandando a possibilidade de comunicação reputa-se ao magistrado, também, a possibilidade de receber delação criminosa sendo que tal fato se configura através da representação expressamente argüida no artigo 39, §4º da Carta Processual Penal:

Art. 39 – O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração escrita ou oral, feita ao juiz, Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 4º - A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

Como se vê além da clara possibilidade de informar o juízo de qualquer ato delinqüente, o código processual penal reputa-lhe tomar providências junto a autoridade policial.

Crítica da doutrina de Mossin (1998, 155-159) diz que seria melhor que o legislador vedasse ou omitisse tal previsão no ordenamento, já que a *lex* processual nacional privilegia o sistema acusatório puro, mesmo que o sistema inquisitória seja possível na fase do inquérito. Tal crítica se funda na falta de juízo instrutório perante aplicação legal pátria, não devendo assim o magistrado praticar atos administrativos no processo penal, mas exclusivamente jurisdicionais, alegando o aclamado professor que a função da magistratura é dar efeito a jurisdição e não participar de atos persecutórios por serem avessos a sua posição judicante.

Críticas a parte, pode-se extrair ainda no *caput* do citado artigo a possibilidade de informar o Ministério Público de sabido ato criminal nos mesmos moldes da provocação do juiz, isto é, seguindo o artigo 39 do Código de Processo Penal.

A representação que trata este artigo não configura ato processual, portanto não se exige capacidade postulatória e para reforçar esta idéia de provocação do *parquet* o Código trás em seu artigo 27 referencia a este entendimento:

“Artigo 27 – Qualquer do povo poderá provocar iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.” (Código de Processo Penal)

Vê-se que o artigo 27 oportuniza a qualquer um acionar autoridade ministerial quando souber de ato criminal. Guilherme Nucci (2009, p. 136) ao comentar este trecho processual penal lembra que qualquer pessoa autorizada a comunicar delito à autoridade policial também o poderá comunicá-lo ao Ministério Público sendo que através desta notícia o promotor de justiça, em regra, requisitará

abertura de inquérito policial para apurar os fatos embora possa propor a denúncia diretamente caso achar-se com elementos suficientes para tanto.

Pedimos licença para reputarmo-nos novamente as lições do mestre Mossin (1998, p. 155-159) onde ensina que quando a denúncia for ofertada de plano trata-se de notícia criminal informativa caso contrário requisita-se a investigação prévia da autoridade policial através de inquérito (art. 5º, II, CPP), lembrando que o Ministério Público ainda poderá requerer o arquivamento direto quando as informações que lhe forem passadas não o convençam da necessidade de dar prosseguimento a persecução penal, segundo o disposto no artigo 28 do Estatuto Processual Penal.

Esta possibilidade de requerimento de arquivamento é alvo de críticas do professor Mossin (1998, 155-159) que defende a idéia da exclusividade do arquivamento para os órgãos ministeriais e policiais não devendo ser submetidos a apreciação judicial, já que assim o magistrado estaria provocando sua própria jurisdição frente ao sistema acusatório pátrio, pois tomaria o lugar do *parquet* em decidir ou não na propositura de ação penal.

Assim sendo, novamente ao juízo seria atribuída participação em matéria de persecução penal, sendo que suas responsabilidades estão ligadas exclusivamente a natureza jurisdicional.

Tão séria é esta obrigação que ao agente público que não comunicar crime de ação pública no exercício de suas funções incorrerá nas penas do artigo 66, inciso II da Lei de Contravenções Penais:

Artigo 66 – Deixar de comunicar autoridade competente:

Inciso I – crime de ação penal pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação. (Decreto – Lei 3688/41).

Ainda cabe comunicação de crime nos moldes do artigo 40 do Código de Processo Penal onde discorre que, em sabendo de existência de crime de ação penal pública os juízes ou tribunais remeterão ao *parquet* o que for necessário para oferecimento de denúncia.

Além disso caberá notícia criminal a Câmara dos Deputados quando versar sobre responsabilidade do Presidente da República ou dos Ministros de

Estado (artigo 14 da Lei 1079/50) o mesmo vale ao Senado Federal quando a responsabilidade for de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nota-se que a notícia crime tem destinação certa para os mais variados casos, mas para se chegar a ‘notitia criminis’ inqualificada, resta-nos entender suas modalidades e para isto nos valem da lição de Tourinho Filho (1982, p. 189) que diz que a notícia crime pode figurar em três cognições:

a) **Cognição imediata** – a autoridade policial, através de suas atribuições de rotina, obtém informação delitiva, através de publicação midiática, investigação feita por agentes policiais ou, até mesmo, através de delação feita pela própria vítima;

b) **Cognição mediata** – a autoridade é noticiada através de requerimento da vítima ou de seu representante, bem como requisição de autoridade judicial ou do Ministério Público;

c) **Cognição coercitiva** – ocorre na prisão em flagrante, já que além da delação criminal se apresenta a autoridade policial o autor dos fatos.

Pois bem, sabias são as lições doutrinárias, mas em momento algum o ordenamento prevê a delação anônima e a doutrina se mantém, em sua maioria, inerte a este fato.

Ocorre que, tecnicamente, pode-se dizer que a “notitia criminis” inqualificada se trata de informação criminal de cognição imediata já que, salvo melhor juízo, nada impede de ser remetida aos destinatários por excelência de toda e qualquer notícia crime assim, é através da rotina investigativa e dos meios públicos ofertados pelo Estado que a sociedade pode informar delito, mesmo que se valha do anonimato para tal.

Certo é que a notícia da razão a investigação por parte da autoridade competente e é esta investigação inicial que resulta ou não na abertura do ato administrativo conhecido como inquérito é pensando assim que passaremos a expor estes dois momentos após a notícia criminal.

5.1.2) Investigação

Investigar, para o processo penal, nada mais é que a atividade exercida pelo Estado com caráter de preparar e informar elementos que possam ser destinados a ação penal com isso deduzindo-se qualquer pretensão punitiva proposta ao juízo.

Embora tenha esta finalidade, não se pode confundir a investigação com instrução criminal, já que investigar se trata de colher dados suficientes para formar a opinião concreta do órgão responsável pela acusação sobre a necessidade ou não de propor ação penal. Já a instrução tem o objetivo específico de demonstrar a legitimidade para propositura da ação, bem como defesa ou formação da culpa.

A este respeito José Frederico Marques (2000, p. 152-157), cita corolário francês nos dizeres de Roger Demain (s./d.) que proclama a investigação não finalidade adversa a não ser de *“que d’éclairer Le Ministère Public sur la necessite de pousuivre, ou non”* e ainda cita o italiano Biagio Petrocelli (1952) que da destinação a investigação em pôr “o fato em contato com o órgão da ação penal, e a instrução faria esta ligação mas colocando fatos frente ao juiz.

Por assim dizer, a investigação configura concretamente elemento formador da abertura de inquérito policial, sendo que as atribuições a este respeito concentram-se no transcorrer dos artigos 4º ao 23º do Código de Processo Penal, melhor abrandados no próximo tópico a ser exposto por este trabalho.

Embora a investigação seja, em regra, atribuição estatal, especialmente da polícia, cabe salientar que, por sua natureza administrativa, é aberta a possibilidade pela redação processual penal do artigo 4º, parágrafo único, de as autoridades administrativas exercerem esta qualidade investigatória, pois diz os dizeres legais que “a competência definida deste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

Com isto, Frederico Marques (2000) nos ensina que existem três formas de investigação:

a. **Investigação administrativa** – exercida por órgãos de administração pública que possuem poderes investigatórios acerca da órbita de suas

respectivas atividades, sendo outra forma de investigação administrativa vinda na figura do inquérito policial que é a forma costumeira da investigação.

b. **Investigação legislativa** – se funda na figura do inquérito parlamentar regulada pela Lei 1.579 de 1952, possibilita os legisladores criarem comissões parlamentares de inquérito que tem atribuições investigativas específicas.

c. **Investigação judiciária** – o magistrado pode proceder diligências investigatórias em casos como o da Lei de Falências, além disso o magistrado investigador procura formar a culpa devendo, para isto, atentar ao artigo 5º, LV que oportuniza ao ligantes de processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa com todos os meios recursais possíveis, portanto vê-se certa limitação ao poder investigatório do juiz, justificadamente por não ser essa sua função por excelência.

Além desta mesma divisão trazida Marques, o próprio (2000, p. 157) aborda um quarto tipo investigativo feito por particulares, admitindo que “uma pessoa que tenha documentos em mãos, que demonstrem a prática de infração penal por determinado indivíduo, por remetê-los ao Ministério Público e dar causa, assim, a que este ingresse com a ação penal”

Em clara referência ao artigo 27 do Código de Processo Penal o professor conclui que a investigação particular é assemelhada as investigações feitas por órgãos não estatais, sendo que os resultados investigatórios pode ser remetidos ao órgão competente para que tome as devidas providências tratando-se, assim, de notícia criminal informativa (artigo 39, § 5º, Código de Processo Penal) quando o *parquet* dispensar qualquer outra diligência que supram dúvidas acerca do fato narrado configurando verdadeira informação delitiva.

A lição de Marques se faz importante, pois a investigação é elemento básico no que se refere à delação anônima, pois é através dela que se faz o juízo de valor acerca das atribuições informadas portando, é com o melhor entendimento dos conceitos sobre investigação é que vemos a necessidade de se tomar os devidos cuidados quando investigação for iniciada por notícia crime inqualificada, já que a não observância dos atributos mínimos podem resguardas os direitos constitucionais que beneficiam o delatado, assim prejudicando a atuação estatal nos interesses da sociedade em apurar a veracidade e condão criminal da informação.

Certo é que não se pode constranger o delatado até que se tenham provas concretas de sua culpabilidade, por isto a investigação terá funcionalidade na formação do distrito da culpa e, justamente por isso, que todo cuidado é pouco, pois toda a formação probatória dependerá da atuação do investigador.

Assim sendo, conclui-se que a investigação é mero ato administrativo que tem como elementar a abertura de inquérito policial para a formação probatória dos fatos noticiados, portanto cabe-nos entender melhor a consistência do inquérito policial em sua conceituação e, especialmente, como objeto de prova para pretensão punitiva estatal.

5.1.3) Inquérito

O inquérito policial nada mais é do que um procedimento administrativo e preparatório que consiste num conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa para apuração de infração penal e sua autoria, possibilitando ao titular da ação penal o ingresso processual em juízo.

Devido ao seu cunho administrativo e investigatório não há que se falar em contraditório e ampla defesa já que o inquérito tem como finalidade exclusiva a mera apuração de delito e sua autoria buscando sempre exatamente a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do delito.

Ressalta-se que são elementos de informação, portanto não podem ser tratados como provas, propriamente ditas, já que tais elementos são colhido em fases pré-processuais e, como dito, não existem nem a necessidade de se falar em contraditório e ampla defesa, já que servem apenas para a formação da convicção do órgão acusador. Tanto é assim que o Código de Processo Penal veda a fundamentação condenatória em meros elementos de informação discorrendo no artigo 155 do Código de Processo Penal que o magistrado não poderá “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” declina-se pela redação legal também o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, Pedro Ivo de Andrade em redação escrita em obra coordenada pelo ilustre professor Luis Regis Prado (2009, p. 70) assevera no sentido contrário a uma valoração taxativa observando o seguinte:

“O mesmo se diga em relação aos depoimentos testemunhais colhidos no inquérito, aos quais não se pode negar valor quando não destoantes dos demais elementos de convicção colhidos na ação penal, podendo o juiz estribar-se neles para formar seu convencimento.”

Assim, abre-se a mesma possibilidade formadora de opinião ofertada ao órgão acusador para o magistrado, pois poderá também usar os elementos colhidos na fase do inquérito para formar sua convicção para promulgar decisão final sendo que, embora o Supremo Tribunal Federal entenda que tais elementos não possam fundamentar condenação em julgados como o Recurso Extraordinário nº 287658 e o de nº 425734 concordam que estes “não podem ser desprezados pelo juiz, podendo somar à prova produzida em juízo para formar sua convicção”.

Acerca da presidência do inquérito a doutrina responsabiliza, geralmente a polícia judiciária para esta função, mas tem-se concretamente que a polícia investigativa é aquela que atua na apuração dos delitos narrados e na busca por seu autor, portanto analisando as atribuições da polícia federal na Carta Constitucional nota-se uma maior abrangência investigatória frente as demais policias existente no Estado Nacional.

No que se refere à delação anônima, a principal questão a ser abordada sobre inquérito são as providências a serem tomadas por este.

O inquérito policial é um rito de difícil ritualização, pois embora seja regulado pelo Código de Processo Penal não constitui ordem fixa, mas o artigo 6º da citada disposição legal prevê alguns atos a serem seguidos:

Art. 6º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
 VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
 VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
 IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Para este estudo a providência atribuída no terceiro inciso deste artigo é de importância incontestável, já que através da delação anônima o inquérito policial pode ser iniciado, mas não há motivos para indiciamento do investigado se a investigação restar infrutífera na produção de provas que configurem a concretude na formação da opinião fática do órgão acusador.

Significa dizer, como já citado, que o inquérito é peça utilizada pelo Estado para obter os elementos de informação quanto a autoria e materialidade da infração penal, sendo que independe da onde surgiu esta notícia delitiva, ou seja, não importa se o delator se resguarda no anonimato se da investigação resultar provas que materializem o delito.

Com isto, não poderia ser outro o entendimento de nossos tribunais:

“De acordo com a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, não há ilegalidade na instauração de inquérito policial com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela.”
 (HC 38.093/AM, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17/12/2004).

Assim, o princípio da obrigatoriedade faz com que a autoridade que recebe a notícia crime, mesmo que anonimamente, conduza investigação a fim de apurar os fatos e esta autorização se justifica, pois não há constrangimento ao investigado a mera investigação prévia, mas se dessa resultar formação de prova e constatação de verossimilhança entre a delação e a realidade fática o inquérito deverá ser aberto a fim de melhores apurações.

Tanto é assim que se a delação for dirigida ao *parquet* e este entender que tem elementos suficientes para propor ação penal contra o delatado não há qualquer necessidade de abrir inquérito policial, já que este tem finalidade informativa e, se já consta em mãos do acusador elementos o suficiente para atuar, não há

motivos para proceder com a abertura de inquérito conforme inteligência do artigo 27 do Código de Processo Penal que privilegia a independência no convencimento do Ministério Público para formação da opinião delitiva.

Nos moldes da notícia crime inqualificada temos que ressaltar a necessidade do cumprimento, mais do que nunca, do que discorre o artigo 20 da Carta Processual dizendo que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”

Esta disposição veda a aplicação do princípio da publicidade exigida no processo e, a este respeito ensina Guilherme Nucci (2009, p. 120-123) ao comentar o Código de Processo Penal que no caso de inquérito policial não cabe a qualquer do povo ir até a delegacia de polícia com o intuito de fiscalizar o Estado-investigador solicitando acesso ao inquérito, reforçando isto se tem a fiscalização dos próprios órgãos estatais que acompanham as providências investigatórias o que torna desnecessária a fiscalização popular.

Para dizer que não existem exceções, Nucci (2009, p. 121-122) diz que ao advogado não se pode negar o acesso ao inquérito por força do que dispõe a Lei 8.906/94 em seu artigo 7º e incisos autorizando acesso livre a estes profissionais configurando uma prerrogativa de sua função sendo este também o posicionamento jurisprudencial como o próprio mestre ao expor redação do HC 82.354-PR, Primeira Turma, Julgado em 10 de Agosto de 2004 onde o Ministro Sepúlveda Pertence alega ter o advogado prerrogativa devido a sua profissão não sendo oponível, em favor das garantias do constituinte, o sigilo que o procedimento impõe.

Esta vedação a publicidade do inquérito é oportuna, pois a jurisprudência exige certa cautela nas investigações advindas de delação anônima, portanto é oportuno este revestimento do segredo, pois assim preserva-se o delatado inocente bem como, o interesse público em apurar de forma responsável a informação delitiva, *verbis*:

“É bem verdade que a Constituição Federal (art. 5º, IV) veda o anonimato na manifestação do pensamento, nada impedindo, entretanto, mas, pelo contrário, sendo dever da autoridade policial proceder à investigação, cercado-se, naturalmente, de cautela.
2. Recurso ordinário improvido.” (RHC 7.329/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

O problema central é a origem da delação anônima, pois não pode uma notícia infundada figurar como elemento principal de condenação, daí o porque das investigações terem esse cauteloso resguardo, pois não há como imputar fato criminoso a ninguém por mera presunção mantendo-se em dúvida, mas sim que a convicção seja formada idoneamente e através de elementos suficientes para não restar qualquer interrogação.

Assim, tem-se que a notícia crime inqualificada pode ensejar fundamento para se proceder diligências investigatórias sendo certo da necessidade em se proceder a um olhar clínico sobre a formação do distrito da culpa do delatado, não obstante a isto se abrirá o inquérito como a forma concreta de se chegar ao convencimento sobre a culpabilidade do agente, desde que das investigações prévias resultem motivação para tanto.

A este respeito, Mossin (1998, p. 171-173) patenteia a idéia de que no inquérito podem ser produzidas três tipos de provas sendo elas a pericial, busca e apreensão e a oral lecionando ainda que a confissão do acusado assume imediatamente caráter probatório já que através disso o magistrado poderá valer-se de seu livre convencimento, não se esquecendo das demais provas apuradas no decorrer processual. Assim o artigo 197 do Código de Processo Penal diz que o juízo deverá confrontar a confissão com o que demais for produzido.

Recaímos novamente na distinção inicial entre inquérito e instrução, já que é notória a diferenciação feita pelo ordenamento não podendo se estender a instrução aos fatos colhidos pelo inquérito, visto que só terão efetiva validade para fundamentar decisão quando forem confirmadas no momento oportunizado para produzir as provas, até então só servirão de condão para formação da *opinio delicti* do Ministério Público e da jurisdição competente.

Ante o exposto, superam-se entendimentos iniciais acerca da fase pré-processual da persecução penal quando motiva por delação anônima, posto que agora já se sabe que o elemento essencial da investigação motiva por notícia crime inqualificada é a questão da origem desta informação, sendo certo que, em nome do interesse público e por força do princípio da obrigatoriedade, os órgãos públicos não poderão deixar de investigar crimes que lhes forem delatados, porém quando souberem de forma anônima, passarão a exercer suas atribuições com um distrito cautelar mais rebuscado, já que a é exigência jurisprudencial tal atitude.

Há uma diversidade incontável de peculiaridades jurídicas que poderiam ser abordadas acerca do inquérito policial, mas para um entendimento básico ao que se propõe este estudo se faz suficiente tal exposição, lembrando que nos crimes de menor potencial ofensivo aplica-se a Lei 9.099 de 1995 onde o ato investigatório se dá através de Termo Circunstanciado e não por inquérito policial, ressaltando-se que acerca da delação anônima o tratamento dado ao inquérito é o mesmo que será interposto ao termo circunstanciado.

Vale ressaltar ainda que nem sempre se seguem os ritos exigidos passando a delação anônima a ser elemento formador de culpa, mesmo não possuindo força para tanto.

Pensando assim, aborda-se, a partir de então, conceitos sentencias, especialmente a sentença penal condenatória, em observância ao princípio da livre convicção motivada aferida aos magistrados quando se encontram frente a procedimentos motivados por impulsos anônimos.

5.2 A Sentença no Processo Penal e a Livre Convicção Motivada

A sentença é ponto máximo da pretensão buscada em uma lide quer seja penal quer seja civil e, pensando assim, a persecução criminal pode ter significativo impacto nesta prolação judicial fazendo-se necessário maior entendimento acerca de tal instituto, especial a conhecida sentença penal condenatória, que traz consigo um condão punitivo que pode ser impactante na vida de uma pessoa, sendo assim busca-se uma análise deste impacto quando esta decisão fundamenta-se em persecução decorrida de delação anônima.

Neste passo, em um entendimento geral, tem-se que a sentença configura uma decisão intelectual e forma que tem sua emissão, através do juiz, perpetuada pelo Estado sendo que, acerca de sua finalidade, busca solucionar e encerrar com conflitos trazidos a apreciação estatal baseando-se em ordens legais como forma de solução de lides.

Assim sendo, Capez (1998, p. 341) leciona que pela sentença temos a consumação da função jurisdicional onde se aplica a lei ao caso buscando findar a controvérsia abordada.

O ordenamento nacional nos traz por meio dos códigos processuais certos requisitos que devem fazer-se presentes nas redações sentenciais, como tratamos de assunto processual penal nos ateremos a este raio de estudo que é o suficiente para buscar-se o entendimento final sobre o estudo proposto.

Seguindo tal proposta observa-se o artigo 381 do Código de Processo Penal como sendo o principal objeto requisitório que sustenta uma sentença, *verbis*:

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

Nota-se que nos dois primeiros incisos indicam-se as partes, pedido e causa de pedir, sendo os últimos abordados na sentença através do relatório que, vale lembrar, é desnecessário no âmbito dos juizados especiais da lei 9.099 de 1995, porém na justiça comum sua ausência decreta a nulidade do ato.

Importante momento no que diz respeito a sentenças motivadas por delações anônimas encontra-se nos incisos terceiro e quarto onde o magistrado deverá demonstrar a motivação/fundamentação que circulará sua decisão e, para tanto, é de inteligência da ilustre juíza de direito paranaense Denise Hammerschmidt que vem a obra Direito Processual Penal – Parte I, organizada pelo professor Luiz Regis Prado (2009, p. 288), dissertar sabidamente a este respeito:

“Na motivação o juiz analisa os motivos de fato, ou seja, os fundamentos fáticos em que se embasa a pretensão deduzida, valora as circunstâncias e as provas existentes nos autos de processo, os motivos de direito – isto é, as regras de direito aplicáveis ao caso – e indica os artigos de lei arrolados”.

Com isto, a relação motivação/sentença mostra-se efetiva para embasar o resultado final da pretensão trazida à apreciação estatal não sendo uma mera faculdade do juiz, mas sim uma obrigação passível de nulidade restando

primorosa a posição legal, pois assim combatem-se as arbitrariedades dando respeitável caráter as prolações judiciais.

E é neste ponto que temos inserido um assunto já tratado inicialmente que é a livre convicção do magistrado frente as suas decisões.

Rememorando o princípio da livre convicção motiva não é abordado no ordenamento para dar total liberdade ao magistrado, mas como forma de regulamentação de apreciação fática/probatória podendo pender para onde sua convicção se achar mais favorável na solução da lide, justificando tal convicção com fundamentos arrazoados no caderno processual bem como através de objeções legais.

Tanta importância para com os incisos III e IV do artigo 381, Código de Processo Penal, tem sentido reforçado com a recente Emenda Constitucional de nº 45, datada do de 30 de dezembro de 2004 que apresentou obrigatoriedade constitucional acerca da motivação sentencial em modificação ao artigo 93, IX da Constituição Federal tendo assim a demonstração de que a livre convicção motiva é limitada pela explicação motivacional e fundamentação descrita na sentença.

Neste sentido, fazendo óbice novamente aos ensinamentos da magistrada Denise Hammerschimodt (2009, p. 288-289), temos que a motivação deve ser perpetuada de coerência encarando uma lógica entre a fundamentação e a conclusão abarcada na sentença, sendo certo que ausente discorrida motivação a prolação se fragiliza sendo passível de nulidade, assim como se existir contradição nesta motivação.

Lembrando sempre que no âmbito penal vedam-se julgamentos *extra*, *ultra* ou *citra petitum* devendo a sentença sempre ter uma força vinda da redação inicial qual seja pela denúncia ou através da queixa-crime privilegiando sempre o princípio da correlação admitindo em oportunas situações a aplicação dos institutos processuais da *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*, onde a primeira autoriza ao juiz dar nova atribuição jurídica ao fato narrado inicialmente sem modificá-lo (artigo 383 do Código de Processo Penal) e o segundo ocorre quando ao fim da instrução probatória o magistrado identifica nova definição jurídica do fato, remetendo os autos ao Ministério Público para eventual aditamento da denúncia ou queixa perpetrada.

Por fim, têm-se os últimos dois incisos do artigo 381 que tratam da necessidade de dispositivo (inciso V) e a data e assinatura do juiz (inciso VI).

O dispositivo nada mais é do que a conclusão do que se irá interpor na sentença, isto é, declarar a sanção ao delatado ou sua inocência, sendo certo que para isto a fundamentação e exposição de todo o raciocínio já tenha sido apresentada demonstrando o direito de punir ou não do Estado, como leciona Guilherme Nucci (2009, p. 685) ao comentar o artigo em seu Código de Processo Penal Comentado.

Já a exigência da data e assinatura do juiz serve para demonstrar momento temporal da prolação judicial e também individualizar o órgão a que a pretensão fora submetida.

Tendo assim sido observados os requisitos essenciais necessários a uma redação sentencial passar-se-á a uma breve classificação tipológica sobre o instituto.

Em linhas gerais, a melhor doutrina classifica a sentença em condenatórias, absolutórias (próprias e impróprias) e terminativas de mérito sendo tais basicamente conceituadas quanto a imposição ou não de sanção ao acusado:

a. Condenatórias – a mais importante neste ponto desta exposição monográfica, constitui aquelas em que o magistrado julga procedente (total ou parcialmente) a pretensão punitiva proposta.

b. Absolutórias – são aquelas onde a pretensão não tem acolhimento, não sendo imposta condenação e sendo ainda subdividida em duas sub-categorias:

b.1. Próprias – não é sentenciado qualquer tipo de condenação ao réu, ficando livre de qualquer punição;

b.2. Imprópria – ocorre quando a sentença não acolhe a pretensão, por outro lado reconhece a prática de infração penal impondo ao réu medidas de segurança para que não volte a delinquir, sendo esta de grande valor ao estudo que se propõe.

c. Terminativas de mérito – quando o juiz apreciar o mérito, mas não condena e nem absolve o réu. Como exemplo sentenças que declaram a extinção da punibilidade.

Como dito, ampliaremos a exposição acerca da conhecida sentença condenatória, posto que esta tem uma finalidade repressiva e trás efeitos concretos na vida do réu que podem gerar todo um trauma social, porém não a que se discutir,

para tanto, requisitos e formalidade mas sim justamente seus efeitos e, sobre isto, pedimos licença novamente para usar dissertação da magistrada Denise Hammershimidt (2009, p. 295) onde leciona:

“Neste contexto, os efeitos da condenação são todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença penal irrecorrível. Tais efeitos incidem também, conforme o caso, no âmbito extrapenal (civil, administrativo, político, trabalhista). O principal efeito da condenação é a imposição de sanção penal (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa) ou de medida de segurança (art. 393 e 597, CPP)”.

Com as palavras da douta juíza nota-se, nas entrelinhas, que a condenação não se resume a atos processuais, já que pode influir diretamente nestas questões, configurando a reincidência, como revogar ou impedir *sursis*, livramento condicional, impedir diversos outros benefícios.

Percebe-se que estamos diante, novamente, do conflito interesse público X direitos do réu, pois a condenação é a mais efetiva resposta dada pelo judiciário a sociedade quando do cometimento de um crime, por sua vez não podemos fechar os olhos ao lado fragilizado do réu que terá uma série de complicações extrapenais diante de uma prolação judicial neste sentido.

Assim, a própria Denise Hammerschidt (2009, p. 293) reconhece em seu trabalho que a condenação influencia nos principais âmbitos sociais trazendo exemplos como no civil a perda do poder familiar, tutela ou curatela, no administrativo corre-se o risco de perde cargo ou função pública, ficar sem o direito de dirigir veículo automotor, no liame político perde-se mandado e o direito de se eleger, neste ponto abre-se aspas para um protesto, pois sabemos que a lei não é tão rígida acerca das questões políticas, mas no meio trabalhista uma condenação pode gerar uma demissão com justa causa.

Pois bem, se muitas vezes o simples fato de ser levado aos olhos da justiça já abarcam prejuízos desconfortáveis ao acusado, quem dirá uma sentença condenatória que trás consigo um viés de conseqüências a vida do réu, portanto cabe ao magistrado sensibilidade de limitação para não fazer os prejuízos efetivos tornarem-se maiores do que são, mas também responder a sociedade que espera sempre proteção e tutela da justiça.

Neste passo de cautela que se devem observar as tratativas acerca da delação anônima, posto que embora as decisões judiciais tenham o amparo do princípio da livre convicção, estas decisões devem sempre ser motivadas, isto é fundamentadas (94, IX da Constituição e 381 do Código de Processo Penal).

Sendo assim, persecução iniciada, processada e sentenciada com base exclusiva em delação anônima deve ser vista com uma dose de desconfiança já que a notícia crime inqualificada não tem condão suficiente para ser matéria probatória, por sua vez tem força para fazer prova e é esta a cautela necessária para se fazer um processamento judicial galgado por notícia anônima.

Portanto, a validade da sentença, especial a condenatória junto a seus efeitos, perpetuada por delação anônima deve ser nula se da delação não forem produzidas provas concretas e passíveis de apreciação judicial com respaldo necessário para tanto, pois se provado a verossimilhança dos fatos informados com a realidade probante tem-se elementos suficientes para o regular andamento da persecução devendo a sentença basear-se exclusivamente nas provas produzidas e não na simples notícia criminal.

É pensando nesta validade que se adentrará em um tema específico expondo certas peculiaridades aplicativas no andamento processual questionando e comentando tal validade e buscando o entendimento correto sobre o caminho a ser seguido nos pontos que virão a serem discorridos.

5.3 Validade Processual Frente às Delações Anônimas

O que se demonstrou é que a delação anônima tem função essencial à aplicabilidade da justiça, desde que respeitando limites subjetivos e princípios espalhados por todo o ordenamento legal brasileiro.

Além disso, tem-se que o delator nada mais faz do que exercer um direito seu ou, salvo melhor juízo, um dever de informar as autoridades competentes da existência de um crime sendo a verdade subjetiva colocada sob análise crítica para afastar o dolo e desconfigurar uma possível responsabilidade penal por parte do denunciante.

Cabe ao órgão responsável receber a delação e, desde logo, providenciar a apreciação fática buscando a constatação entre a verossimilhança da informação criminal junto aos fatos que forem imputados.

Portanto, em sede de investigação, a delação anônima mostra-se suficiente para dar início, logicamente revestida de cautela e discricção, e até a possível abertura de um inquérito policial.

Tal entendimento não se estende as sentenças, onde a simples delação não pode servir como fundamentação primordial do juízo na promulgação da mesma, sendo necessária a produção de provas efetivas quanto a fato alegado.

Até aqui isto é só mera repetição do que já fora tratado e para buscar a real validade da delação anônima deverá se expor algumas situações peculiares no âmbito penal que possam ou não estarem atribuídas a delação anônima, sendo que se propõe a partir de agora a entender qual o limite possível de uma notícia revestida de anonimato, assim buscar qual o melhor caminho doutrinário/jurisprudencial observado no trabalho para que possa dar regular andamento em situações específicas do cotidiano jurídico-penal.

a) Quebra de sigilo telefônico/bancário/fiscal, apreensão domiciliar e medidas assecuratórias

É sabido o lastro de proteção dado constitucionalmente contra violações de dados pessoais como as movimentações bancárias, questões fiscais, inviolabilidade de comunicações, assim como a eminente proteção de nosso lar.

Por outro lado, sabemos que não existem situações absolutas e é perfeitamente compreensível a violar determinados direitos fundamentais quando se esta em jogo um interesse maiores, não havendo saída a não ser uma piscadela pelo princípio da proporcionalidade como fulcro para tais violações, não obstante a necessária observação de justa causa para medida tão drástica o que será notado sempre em cada caso, sendo impossível um juízo de valor genérico aplicável a toda e qualquer situação.

Tanto é assim que no que se refere às quebras de sigilo, assim como a violação da casa tem-se um aparato legal com certas exceções autorizadas e, a título de exemplo, no primeiro caso, mesmo com a constituição dizendo que a casa é asilo inviolável, a mesma Carta Magna trás uma exceção a regra considerando o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Sobre a utilização argumentativa da delação anônima para transgredir qualquer dessas situações tidas como invioláveis, o mais correto entendimento é no sentido da impossibilidade no caso concreto, posto que a notícia inqualificada não é revestida de certeza, quem dirá de caráter probatória suficiente para tão drástica medida.

Neste sentido, autoridade no assunto, o promotor de justiça Rodrigo Iennaco de Moraes (Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9317&p=2>; Acessado em 19 de setembro de 2010) preleciona em artigo próprio:

“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 excepcionabilíssimas. É que a busca e apreensão cumprida em domicílio, a interceptação telefônica e a quebra de sigilo de dados de uma maneira em geral, exigem um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.”

O nobre promotor mineiro nota a real necessidade de fazer da delação anônima apenas um indicio motivador para averiguar qualquer situação criminosa, mas nunca utilizar tal informação como elemento único e exclusivo para a perpetuação de violação pessoal não servindo, portanto, para qualquer quebra de sigilo, nem violação domiciliar por parte da autoridade policial.

O próprio Iennaco doutrina no sentido de que qualquer mandato expedido com exclusividade argumentativa na delação anônima é abusivo configurando um raciocínio amplo a qualquer inviolabilidade legada na Constituição.

Reforça-se, para quebrar essa proteção constitucional é necessária a comprovação da justa causa e a delação anônima configura pura e simplesmente informação delitiva, porém se dessa delação for comprovada a verossimilhança com a realidade fática descarta-se a informação e passa-se a utilizar os elementos colhidos desde então para o regular andamento da persecução penal.

No que diz respeito às medidas assecuratórias dispostas no artigo 125 do Código de Processo Penal o entendimento é o mesmo, isto é não se pode deferir tais medidas com base exclusiva em delação anônima.

Assim o é devido ao revestimento cautelar que tem as medidas assecuratórias, portanto a comprovação da necessidade para aplicá-las deve ficar demonstrada caso – a – caso. Tal necessidade deve abarcar indícios veementes configurando, ainda, a famosa “fumaça do bom direito” restando como única forma de pensamento a incompatibilidade das assecuratórias galgadas exclusivamente por notícia inqualificada.

Outras situações específicas frente à delação anônima que podem ser arroladas são a das prisões provisórias e é o que se passará a ver a partir de agora.

b) Prisão provisória

A prisão provisória é conceituada com aquela de natureza cautelar, decretada durante a persecução penal.

Tem-se que as prisões provisórias são travestidas de índole processual e para buscar a efetiva aplicação destas deve-se fazer jus a princípios e fundamentos próprios, tendo a finalidade de, quando for necessário, guardar o réu até o trânsito em julgado de possível sentença penal condenatória.

Estas justificativas encontram-se no termos da Constituição, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXI, bem como sua formalidade é descrita nos incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV e, se não bastasse, o Código de Processo Penal dedica o Título IX todo a disposições acerca das prisões e da liberdade provisória.

Na melhor doutrina se classifica as prisões provisórias em seis tipos:

1. Prisão temporária;
2. Prisão em flagrante;
3. Prisão preventiva;
4. Prisão decorrente de pronúncia;
5. Prisão por sentença condenatória recorrível e;

6. Condução coercitiva de vítima, testemunhas, réu, perito ou aquele que de forma injustificada se recusa a comparecer em juízo.

Com isto, abordaremos a aplicabilidade das medidas restritivas de liberdade com base na delação anônima, posto que se trata de efeito jurídico de grande impacto social e, ainda mais, na vida do réu delatado.

b.1) Prisão em flagrante

A prisão em flagrante vem tipificada no artigo 302 da Carta Processual Penal onde discorre:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Com a redação supra citada observa conceitualmente que a prisão em flagrante tem natureza cautelar e leva em consideração o momento da prática delitiva ou logo após o ocorrido e, para sua real aplicação, dispensa-se mandado judiciário.

Para a ocorrência válida da prisão em flagrante tem-se, portanto, a necessária tipificação legal descrita no ordenamento, bem como a correta aferição dos requisitos dispostos no artigo 304 do mesmo código processual para que não se recaia sobre nenhum vício formal.

No que tange o flagrante deflagrado por delação anônima o costumeiro procedimento adotado é de que informada anonimamente sobre o acontecimento de um delito e a autoridade competente dirige-se até o local e constata a verossimilhança da notícia com o que encontrar faticamente a prisão em flagrante terá validade e curso normal, sendo este raciocínio aplicado a delitos cometidos em locais público ou acessíveis, mas isto aplica-se também quando a prática delitiva se

der dentro de residência, pois a própria constituição federal, como já visto, legitima a violação do lar quando se constatar flagrante delito.

Em consonância prática, o delito ocorrido dentro de residência delatado anonimamente merece dobrada cautela da autoridade investigativa, pois para se constatar a veracidade da informação é necessária a autorização do morador para adentrar ao local, portanto a cautela no andamento da diligência merece total guarida.

Novamente fazendo referências ao professor Rodrigo Lennaco que ao abordar o flagrante nos delitos de mercancia de drogas deflagrado por delação anônima orienta que a autoridade policial proceda com diligências sigilosas para a constatação real da traficância que se materializada o mais correto é a representação por expedição de mandado de busca e apreensão, pois mesmo que se pudesse entrar na casa e hipoteticamente a droga não fosse encontrada estaria a materialidade prejudicada, bem como a legalidade do ato configurando, certamente, abuso de autoridade.

b.2) Prisão preventiva

O conceito de prisão preventiva está estritamente ligado a possibilidade do delatado voltar a delinquir ou se sua liberdade repercutir danosamente a sociedade.

Chega-se a esta conclusão com a pura e simples leitura do artigo 312 do Código de Processo Penal onde autoriza-se a prisão preventiva como garantia de ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a devida aplicação da lei penal, mas para nós, a parte final da redação é de valor inestimável para a delação anônima já que a carta legal exige para a decretação da prisão preventiva a existência de prova do crime e indício da sua autoria.

Melhor explicando a conceituação o professor Carlos J. Rubianes (1985) *apud* Heráclito Mossin (1998, p. 395-396) ensina que a prisão preventiva tem natureza cautelar ou persecutória, sendo sua cautelaridade demonstrada quando se priva a liberdade de locomoção do indiciado ou acusado, concorrendo com os

pressupostos apresentados pela carta processual penal, assim como a existência de razoável certeza de condenação.

Pensando assim, presume-se que para se decretar a prisão preventiva de alguém o magistrado deve esgotar sua fundamentação de convencimento justificando a cessação da liberdade de um indivíduo por algum dos pressupostos arrolados no artigo 312.

Damásio de Jesus (2009, p. 253), ao anotar o artigo leciona no mesmo sentido:

“O decreto de prisão preventiva deve ser convincentemente motivado. Não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da justiça. Assim, a fundamentação não pode se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos. (STF, *RTJ* 73/411 e *RT* 769/510).”

Posto a redação legal culminada com o entendimento de respeitável doutrina se tem que para a prisão preventiva poder ser decretada o juízo deve ter se basear em provas suficientes, bem como nos indícios que cercarem o delito, caso contrário não há que se falar em prisão preventiva.

Não obstante a isto, o artigo 313 do mesmo código considera a possibilidade de prisão preventiva, nos crimes dolosos, em qualquer das circunstâncias do artigo 312 resguardando os requisitos essenciais para uma possível decretação.

Com tais pressupostos e requisitos a incompatibilidade entre a prisão preventiva e a delação anônima é inquestionável, posto que mesmo que a informação venha abarcada com provas materiais o simples fato de se imputar a alguém fato delituoso não configura sua autoria.

Rodrigo Iennaco (Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9317&p=2>; Acessado em 19 de setembro de 2010) ainda lembra que a delação anônima não possui idoneidade suficiente que se preze para dar certeza de autoria a qualquer fato criminoso.

A idéia na prisão preventiva se repete, pois a delação anônima configura para a investigação mero indício motivador de investigação, estando a autoridade responsável apurar a verossimilhança dos fatos com fulcro em notícia inqualificada, inclusive intimando e inquirindo o suspeito acerca dos fatos se for

necessário, pois assim procedendo é que se produzirão provas dignas de respeito que demonstrem a imputação, já que a delação anônima tem questionável respaldo para tanto.

Superado este entendimento falaremos das tratativas acerca da prisão temporária.

b.3) Prisão temporária

A prisão temporária constitui nova modalidade de encarceramento cautelar, com o fim de se assegurar investigação policial de forma eficaz, quando se tratar de crime grave.

Sua tipificação se alastra pela Lei 7.960 de 1989 e poderá ser decretada através de decisão judicial após requerimento da autoridade responsável pelas investigações.

As hipóteses de cabimento vem discorridas logo em seu artigo primeiro, sendo:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

O melhor entendimento doutrinário acerca da aplicabilidade dos requisitos infra é no sentido de que seus incisos não possuem autonomia processual, sendo obrigatória a aplicabilidade de um dos casos descritos no inciso III culminado com qualquer um dos dois primeiros. Neste sentido Rodrigo Iennaco (Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9317&p=2>; Acessado em 19 de setembro de 2010), Guilherme Nucci (2009), Damásio de Jesus (2009), dentre outros.

A prisão temporária reveste-se de pressupostos racionais, tendo como motivos autorizadores para sua decretação os incisos I e II, sendo o inciso III do primeiro artigo da Lei 7.960/89 a limitação aplicativa da restrição temporal de locomoção.

É por conta destas fundadas razões que novamente temos um caso de incompatibilidade prisional e a delação anônima, retornando a situação da necessidade de busca pela verossimilhança fática com a informação relatada para que comprovado algum caso ou razão disposta na lei regulamentadora da prisão temporária a autoridade policial represente buscando os efeitos práticos.

O penúltimo caso de necessária explanação sobre as aplicações da delação anônima no âmbito da possibilidade de prisão é no caso de prisão que decorre de pronúncia ou condenação irrecorrível.

b.4) Prisão por condenação recorrível

Embora já tenha se destacado algumas tratativas acerca da sentença condenatória, ficou para este momento abordar sobre ela modalidade sentencial, mas que ainda não transitou em julga, isto é, esta a mercê de recurso.

Sobre isto, o artigo 393 do Código de Processo Penal ao abordar os efeitos da sentença recorrível trata da hipótese de encarcerar o condenado previamente a interposição recursal:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Sobre a medida recursal o artigo infra causa polêmica, já que parte da doutrina entende que a interposição recursal só seria cabível se o a prisão fosse efetiva, por sua vez outra parte doutrinária admite ao réu solto seja capaz juridicamente de recorrer de sentença contra si.

A polêmica causa transtorno no entendimento da natureza jurídica da prisão que decorre de sentença penal recorrível, pois aqueles que entendem esta prisão como requisito de apelação cuidam para que sua natureza seja cautelar e processual, sendo este o entendimento majoritário, mas aqueles que perpetuam o entendimento da recorribilidade em liberdade postulam no sentido da prisão ser mero cumprimento antecipado da pena.

Na prática, muito tem se aplicado a possibilidade de recorrer em liberdade aquele condenado que for primário e não demonstrar perigo em se manter-se livre e, para tanto, o juízo analisa a necessidade cautelar da medida para efetiva aplicação e bom andamento processual.

A sentença recorrível galgada na delação anônima que interpõe a prisão de imediato merece ressalvas, pois como visto há de se fazer uma análise para demonstrar o perigo e a efetivação fática do delito.

Ora, se em momento passado defendemos a idéia da impossibilidade de sentenciar contrariamente ao delatado quando se tiver única e exclusivamente a delação anônima, quem dirá opinaríamos pela prisão daquele condenado nesses moldes, pois se a sentença já mostra uma irresponsabilidade judiciária em não buscar, através de diligências, a produção de provas veementes que possam garantir a verossimilhança da informação e constatar a real autoria do delito, é razoável o entendimento da incompatibilidade prisional nestes casos quando se tem base exclusiva em notícia abarcada pelo anonimato.

Por fim, a última situação plausível acerca das prisões a ser anotada monograficamente esta na possibilidade da pronuncia baseada em delação anônima.

b.5) Prisão decorrente de pronúncia

O reconhecimento da instituição do júri é demonstrado já na Constituição Federal por meio do artigo 5º, inciso XXXVIII e suas alíneas e utilizando-se quando há que se colocar em apreciação judicial os delitos que atentem contra a vida.

Para que o julgamento popular possa se proceder caberá a utilização e o recebimento da pronúncia e, para entender melhor, utilizaremos novamente os ensinamentos de Nucci (2009, p. 756) que faz melhor explanação sobre este ato ensinando que é através desta, que é uma decisão interlocutória de natureza mista, que se leva a apreciação do mérito ao plenário popular.

O artigo 413 do Código de Processo Penal é o responsável por tipificar o ato da pronúncia delimitando os requisitos a serem observados por este ato, mas vale observar o artigo 414 da mesma ordem legal que trata da hipótese de impronúncia, isto é, deixar de receber a pronúncia evitando assim a apreciação popular diante do Tribunal do Júri.

O dispositivo 414 se faz importante, pois sua redação tem aplicação efetiva no entendimento da delação anônima justamente devido as questões atinentes ao convencimento do magistrado, pois diz que “Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.”

Como dito oportunamente a delação anônima até pode conter indícios de materialidade, mas dificilmente comportara informações suficientes que comprovem a autoria ou participação do delatado no crime sendo este um requisito de convencimento do juízo para que a pronúncia possa se concretizar:

Neste sentido Guilherme Nucci (2009, p. 758-759) denota a este respeito:

“Logicamente, cuidando-se de um juízo de merda admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador. Porém ausente essa suficiência, o melhor caminho é a impronúncia, vedando-se a remessa do caso à apreciação do Tribunal do Juri”

Respeitável posicionamento reforça a idéia de que a mera notícia inqualificada não é indicio suficiente para a pronuncia do delatado, devendo se proceder diligencias o quanto forem necessárias para a busca pela verdade real quanto a autoria evitando assim maiores injustiças.

Findo este brocardo, cabe diante de tudo o que se expôs fazer uma reflexão geral sobre a validade processual como prova da delação anônima, para só assim reiterar melhor entendimento sobre o assunto.

c. Delação anônima como prova

Neste passo, voltamos a quase o início das discussões no que diz respeito à delação anônima ser tida como prova.

Contudo, vale ressaltar que ficou demonstrada logo acima que a delação anônima tem condão de iniciar diligencias discretas que busquem a formação probatória junto à constatação fática, bem como se intente a descobrir a autoria do delito, quando este ocorrer.

Destarte, a pura e simples informação anônima de autoria criminal deve ser vista com desconfiança, já que é uma mera informação não podendo ser fulcro para qualquer que seja o tipo de prisão, fundamentação exclusiva de sentença condenatória ou de pronuncia, sendo assim a delação anônima não tem caráter probatório, mas constitui simples informação capaz, apenas de provocar diligências que busquem comprovar a notícia recebida.

Assim, Rodrigo Iennaco (Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9317&p=2>; Acessado em 19 de setembro de 2010) reflete:

“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 da denúncia anônima nascem desvinculadas de sua origem, por força do princípio da proporcionalidade”

Como aduz o mestre a proporcionalidade faz com que seja razoável o descarte da delação anônima a partir do momento que se produz material concreto de prova.

A motivação investigativa vem do princípio da obrigatoriedade, sendo a autoridade policial responsável pela busca da verdade quando se tem informação, mesmo que anônima, para com isto dar uma resposta a sociedade na busca pela segurança e solução dos conflitos, o que não se pode ter é a delação anônima como elemento único da persecução penal tanto é que assim que se procede investigações a delação deverá ser sumariamente descartada e as provas serão contadas desde então, até que se juntem elementos suficientes para a propositura de uma denúncia, bem como os outros atos processual resultantes desta, ou que não restem mais dúvidas quanto a não existência delituosa.

Poder-se-ia alegar a contaminação do ato desde as investigações que tenham tido como motivação a delação anônima, mas, como se verá no próximo capítulo, doutrina e jurisprudência elevam o interesse público e a obrigatoriedade da investigação contra qualquer obstáculo individual que venha contradizer, mesmo que seja constitucional.

É razoável e proporcional, porém, que não se impute fato criminoso a ninguém antes que sejam produzidas ao menos indícios que possam levar a futura formação opinativa do *parquet*, assim como o convencimento do juízo responsável e para que não haja maiores prejuízos ao delatado e o interesse social seja resguardado a busca pela prova deverá se revestir de discricção e evitar ao máximo qualquer estardalhaço.

Neste passo, tem-se que a validade processual frente as delações anônimas só merecem guarida a partir do momento em que a informação seja capaz de produzir provas concretas, observando sempre a veracidade dessas provas, pois não comporta em nossa *lex* provas ilícitas ou plantadas e, com isto, tem-se mais um requisito da delação anônima além da discricção investigativa que é a busca por provas inteiramente idôneas devendo a cautela ser palavra de ordem a todos os órgãos que tratarem com situações deste tipo.

Em suma, a delação anônima não é elemento contaminador das provas produzidas, tanto que se merece discricção e cautela investigativa e assim o é, devido ao princípio da proporcionalidade.

Com isto, formam-se as elementares básicas atinentes a delação anônima e sua aplicabilidade prática, mas para reforçar tudo o que fora exposto resta-nos demonstrar em que passo anda a doutrina e a jurisprudência quando abordam este tema nos ajudando a refletir finalmente na busca por uma conclusão eficaz.

6 TENDÊNCIAS NO PROCESSO PENAL ACERCA DA DELAÇÃO ANÔNIMA FRENTE À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

6.1 Entendimento na Doutrina e na Jurisprudência

Hoje em dia é claro o posicionamento tanto de doutrina quanto da jurisprudência acerca da delação anônima, posto que ambos são correlatos e enfáticos ao opinarem contra a possibilidade da persecução penal ter início com base nisto.

Porém tem-se que ter uma desconfiança quanto a posição de ambas as fontes jurídicas, posto que não se pode perder vista a exigência social quanto a resposta estatal frente a um delito, bem como a eminente aplicação do princípio da proporcionalidade que preza pelo estudo caso a caso das notícias travestidas de anonimato.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradas decisões que vedam a delação anônima privilegiando o entendimento de que o delatado tem o direito, fundamental diga-se de passagem, de conhecer seu delator como forma de oportunizar o contraditório e a ampla defesa, já que sem as mínimas informações quanto a origem da delação fica prejudicada a resposta como ela tem que ser, isto é, ampla e eficaz.

Neste sentido, vale lembrar das delações anônimas no âmbito do direito administrativo que não só tem posicionamento jurisprudência, mas tem também vedação legal quanto a possibilidade de sua aceitação.

Tanto é assim que ao regulamentar a Ouvidoria da Corte através da Resolução número 290/04 o Supremo Tribunal Federal determina que se rejeitem denúncias anônimas dirigidas ao órgão em seu artigo 4º, inciso II:

Art. 4º - Não serão admitidas pela Ouvidoria:
II – reclamações, críticas ou denúncias anônimas.”

A própria regulamentação interna do Pretório Excelcior é basilar no que tange a possibilidade de delação anônima, e como se denota de um órgão supremo este posicionamento respinga em todos que abaixo se encontram.

Para comprovar este posicionamento no direito administrativo, tem-se nas palavras jurisprudenciais da Corte Cidadã a certeza da vedação do anonimato como fundamento incitante para se iniciar a persecução penal:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROVOCADA POR DENÚNCIA NÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o processo administrativo disciplinar, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes desta Corte.

2. As acusações que resultaram da apreensão de documentos feita pela Comissão de Sindicância, sem a presença do indiciado, não foram consideradas para a convicção acerca da responsabilização do servidor, pois restaram afastados os enquadramentos das condutas resultantes das provas produzidas na mencionada diligência.

3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes.

4. Em sede de ação mandamental, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória. Precedentes.

5. Segurança denegada.

(MS 13348 / DF; Ministra LAURITA VAZ (1120); S3 - TERCEIRA SEÇÃO; DJe 16/09/2009).

O que se vê é uma vedação ao anonimato como fulcro ao procedimento administrativo, justificadamente pelo amparo ao contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, tem-se que a possibilidade de uma investigação prévia que comporte a produção de provas e de fundamento real a um processamento sem qualquer vício que impossibilite seu andamento eficaz.

Para não restar dúvidas, vê-se logo abaixo a confirmação reiterada desta posição em outra posição jurisprudencial do mesmo órgão judiciário, *verbis*:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - JUSTA CAUSA - PRESCRIÇÃO.

1. Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil.

2. Apuração de fatos típicos (artigo 9º da Lei nº 8.429/92), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação de inviabilidade da ação de improbidade.

3. Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público.

4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 30510 / RJ; Ministra ELIANA CALMON (1114); T2 - SEGUNDA TURMA; DJe 10/02/2010).

Esta posição é consolidada e petrificada, isto é, não se encontram divergências Brasil afora, já que se tornou algo característico quando o assunto é denúncia anônima no certame administrativo.

Corroborando com este pensamento o promotor sergipano Paulo Rangel (Disponível em http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_linguagem_pelo_avesso.pdf; Acessado em 19 de setembro de 2010) em artigo sobre o tema, intitulado “A linguagem pelo avesso: a denúncia anônima como causa (i) legitimadora da instauração de investigação criminal: inconstitucionalidade e irracionalidade” ensina que o Conselho Nacional de Justiça, bem como o Conselho Nacional do Ministério Público, ao tratar de delações que possam receber regulamentou expressamente no sentido de se impossibilitar o recebimento de denúncias que se travestem de anonimato, exigindo tanto no primeiro quanto no segundo órgão citado que para se levar informação passível de punição a estes órgãos a respeito de seus servidores a peça informativa deverá conter “identificação do reclamante, confirmada a autenticidade, sob pena de indeferimento liminar” (art. 72, §1º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça) e assim também exige o artigo 71, §1º do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ora, se nos mais altos órgãos de nosso país a delação anônima é considerada vício grave para propositura de qualquer possibilidade processual, nada mais justo do que isto se estender a todos que se submetem a estes órgãos não só na figura dos servidores, mas digo em relação aos cidadãos como um todo.

Para não restar dúvidas outro estudioso do assunto o Procurador Federal Irapuã Beltrão (Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm; acessado em 19 de setembro de 2010) lembra-nos que o artigo 144 da Lei 8.112/90 de forma expressa impõe a necessidade de qualificação dos representantes, sendo que a Lei 9.784/99, regulamentadora do processo administrativo nos ditames da Administração Pública Federal, reitera tal manifestação em seu artigo 6º ao manter disposição que também já era acatada nas ordens da Lei 8.429/92 que disserta sobre improbidade administrativa.

Beltrão ainda leciona demonstrando que a doutrina pátria nada mais faz do que reiterar o posicionamento legal e jurisprudencial ao negar de plano a possibilidade de processamento sem a correta identificação do denunciante, orientando que na Administração Pública a delação contra servidores públicos somente poderá ser processada após a observância dos critérios de admissibilidades dispostas nas leis supra, podendo acarretar, inclusive, situações de arbítrio e abuso de poder.

Pode até parecer meio incoerente se levarmos em conta o interesse público e não desconsiderar os princípios da obrigatoriedade e da proporcionalidade, mas ninguém melhor que o próprio professor Irapuã Beltrão (Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm; acessado em 19 de setembro de 2010) para explicar de forma lúcida a posição tanto da doutrina como da jurisprudência acerca desta vedação ao anonimato:

“Não se pode desconsiderar que essas denúncias, muitas vezes, são apresentadas como instrumentos de vingança, devendo a autoridade, de posse de um documento apócrifo, ultimar com cautela redobrada, cuidando para evitar expor as pessoas ao constrangimento imediato com a deflagração de um processo administrativo, atentando para não estimular a delação sem qualquer fundamento.

A lição jurisprudencial, ainda que em algum momento vacilante, também enquadra o anonimato nas denúncias em estreitos limites, afirmando que, ‘no sistema constitucional vigente, os indiciados devem ter o direito a poder pleitear e a produzir todos os tipos de provas e nesse caso estão impedidos por não poderem identificar os autores das aludidas revelações anônimas’. Assim, ao acolher um pedido de trancamento de inquérito policial, declarou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região que ‘o inquérito policial foi iniciado com inegável constrangimento ilegal aos indiciados (...) uma vez que não podem combater eventuais máculas originárias da denúncia anônima.’”

É plausível a justificativa evidenciando o porquê da incompatibilidade da denúncia anônima com o processamento judicial.

Com isto e voltando aos ensinamentos de Paulo Rangel (Disponível em http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_linguagem_pelo_avesso.pdf; Acessado em 19 de setembro de 2010), temos o lembração do que foi estudado anteriormente sobre a impossibilidade do delatado exercer mediante um constrangimento deste porte a aplicabilidade dos dispostos nos artigos 339 e 340 do Código Penal (denúncia caluniosa) quando estiver com a razão, pois não se tem a fonte informativa, portanto a deleção anônimo merece toda essa cautela também como forma de inibir qualquer imprudência ou mácula vingativa e oportunista contra servidor e, também, qualquer pessoa comum.

Para isto, Fernando da Costa Tourinho Filho (2008) *apud* Rangel faz demonstra que “será muito cômodo “aos 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.”

O que se pode notar no posicionamento jurisprudencial e doutrinário é o amparo a um dos maiores preceitos trazido pela Constituição de 1988 que é a dignidade da pessoa humana, pois a vedação do anonimato com justificativa na impossibilidade do delatado ofertar uma defesa ao menos aceitável, assim como poder regressar moralmente ação contra aquele que age de forma caluniosa nada mais é do que uma forma de proteger sua dignidade pelo caminho da honra e do respeito social.

Irapuã Beltrão (Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm; acessado em 19 de setembro de 2010) nos mostra a importância da identificação de forma que existe jurisprudência que oportuniza o direito do réu em conhecer seu delator através de Habeas Data onde o Supremo Tribunal Federal ao rever posicionamento do Superior Tribunal de Justiça opinou por fornecer as identidades dos denunciante aos delatados, conforme o Informativo do STF nº 388 de 15 de Maio de 2005.

O posicionamento administrativo e penal, portanto, andam lado a lado em seus posicionamentos para se amparar a dignidade da pessoa humana, mas a melhor razão nos orienta que nos ditames penais, especialmente, o procedimento deve ser maculado de cautela e jamais ser deixado de lado já que trabalha com

interesses não só individuais, mas do coletivo, pois a delinquência embora influencie diretamente as vítimas, indiretamente todo o Estado e a sociedade é atacada devendo a resposta ser eficaz e recheada de certeza para que não ocorra qualquer injustiça.

A jurisprudência acabou delineando requisitos como se parte final desta ementa:

“Ementa
ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA - PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIEDADE. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente.”
(HC 84827 / TO – TOCANTINS; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 07/08/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma).

Por inúmeras vezes já ofertamos que estes parâmetros se tratam de cautela e discricão durante as investigações prévias para que não se tenha nenhum infortúnio que prejudique o delatado sem ter certeza ou, ao menos, indícios condizentes com a sua autoria.

José Frederico Marques (2000) anda por este caminho ao decretar que as medidas informais que são feitas previamente ao início em concreto da persecução penal deve ser pautada sumariamente de ‘prudência e discricão’.

Além de Frederico Marques, o professor Irapuã Beltrão relembra que a peça anônima não tem força processual nenhuma e por esta razão não enseja fundamento sólido para o início da persecução.

Neste sentido a jurisprudência coloca a situação na prática ao vetar a abertura de inquérito policial exclusivamente por força de delação anônima:

“EMENTA Constitucional e Processual Penal. Habeas Corpus. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos.

Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3.Ordem denegada.”

(HC 98345/RJ- Rio de Janeiro; Relator Ministro Marco Aurélio; Relator Ministro Dias Toffoli; Julgamento 16.06.2010 – Primeira Turma).

O que é corriqueiro e reiterado na jurisprudência e na doutrina é a possibilidade da investigação prévia e somente se dessa resultar salutar prova ou indício é que se iniciará a persecução penal propriamente dita.

Pedindo licença novamente para fazer jus aos conhecimentos de Irapuã Beltrão (Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm; acessado em 19 de setembro de 2010) em seu trabalho nos demonstra através do direito histórico e comparado que esta discussão não é recente, mas faz um crítica sobre a pouca atenção que o tema recebe no Brasil e para demonstrar a importância faz referências as leis e doutrina italiana de tempos atrás:

“É interessante observar que, na Itália, quer sob a égide do antigo Código de Processo Penal promulgado em 1988 (arts. 288 e 333, nº 3), a legislação processual peninsular contem disposições restritivas no que concerne aos *documenti anonimi*, às *denunce anonime* ou aos *scritti anonime*, estabelecendo 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, salvo quando constituírem o próprio corpo de delito ou quando provierem do acusado (...).

Cumprir referir, neste ponto, o valioso magistério expendido por GIOVANNI LEON, cujo entendimento, no tema, 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 de 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 – como anteriormente enfatizado – se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado.

O ênfase nas palavras discorridas por Beltrão é que assim supera-se a dúvida quanto da onde surgiu a fundamentação elaborada pelos Ministros dos Tribunais Superiores para decidir questões atinentes a delação anônima.

Giovanni Leon em poucas palavras, porém magistrais, resume que se vem tentando dizer desde o princípio desta obra monográfica e comprova que o

posicionamento doutrinário italiano vem atuando com força máxima no Brasil superando a falta de discussão sobre o tema ou qualquer objeção legal no âmbito penal.

Na contramão destes posicionamentos, em recente entrevista da Ministra Eliane Calmon do Superior Tribunal de Justiça e atual Corregedora do Conselho Nacional de Justiça ao comentar a ocorrência de troca de favores políticos nos tribunais superiores utilizou o arquivamento do caso Castelo de Areia fundamentada na impossibilidade do Tribunal aceitar a delação anônima como exemplo dizendo que o Ministro Asfor Rocha (disponível em Revista Veja de 29 de Setembro de 2010), autor da peça, só tomou este posicionamento, pois pleiteia vaga aberta no Supremo Tribunal Federal:

“Esse problema atinge também os tribunais superiores, onde as nomeações são feitas pelo presidente da República?

Ministra Calmon - Estamos falando de outra questão muito séria. É como o braço político se infiltra no Poder Judiciário. Recentemente, para atender a um pedido político, o STJ chegou à conclusão de que denuncia anônima não pode ser considerada pelo tribunal.

A tese que a senhora critica foi usada pelo ministro Cesar Asfor Rocha para trancar a Operação Castelo de Areia, que investigou pagamentos da empreiteira Camargo Corrêa a vários políticos.

Ministra Calmon - É uma tese equivocada, que serve muito bem a interesses políticos. O STJ chegou à conclusão de que a denuncia anônima não pode ser considerada pelo tribunal. De fato, uma simples carta apócrifa não deve ser considerada. Mas, se a Polícia Federal recebe a denúncia, investiga e vê que é verdadeira, e a investigação ao tribunal com todas as provas, você vai desconsiderar? Tem cabimento isso? Não tem. A denúncia anônima só vale quando o denunciado é um traficante? Há uma mistura e uma intimidade indecente com o poder.

A crítica da corregedora nos leva a preocupação com as estruturas e funcionamento de nossos tribunais superiores, mas para este trabalho o importante é sua corroboração com os ensinamentos já depositados anteriormente com a ressalva da alerta de que a delação anônima não pode ser mera justificativa que enseja um arquivamento, se tem as provas concretas a delação é descartada e o processamento se dá a partir da produção e formação de indícios fáticos e autorais acerca do crime.

No caso da crítica feita pela Ministra a delação anônima foi utilizada para privilegiar interesses particulares, um pleito por um cargo maior, mas a própria

criticadora relembra dos parâmetros a serem tomados nos casos de anonimato condenando o posicionamento tomado pelo Ministro Asfor Rocha.

Para encerrar e entendendo estarem superadas as discussões atinentes ao tema basta-nos abordar fazendo as necessárias observações acerca de recente julgamento onde o Ministro Celso de Mello, no HC 100.042-0, ministra verdadeira aula sobre a delação anônima sanando toda e qualquer dúvida aplicativa desta, portanto não se pode deixar de se curvar diante de tal decisão.

Porém, antes de adentrar aos comentários do Habeas Corpus supracitado, vale, a título de demonstração prática, ressaltar algumas jurisprudências que dizem respeito às prisões e quebras de sigilo tratadas no capítulo passado.

Acerca da quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, para rememorar, temos que a notícia inqualificada não dá razão suficiente para tanto, neste sentido sentença nossos tribunais:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE USURA E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07). Precedente do STF (AgRg na MC em MS 24.369-4/DF).

2. A proteção aos sigilos de dados não é direito absoluto, podendo ser quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes do STJ.

3. Na hipótese em exame, deve subsistir a decisão judicial que, motivadamente, determinou a quebra do sigilo bancário do paciente, uma vez que demonstrados os indícios de prática delituosa, os motivos pelos quais a medida se faz necessária, bem como o objeto da investigação e a pessoa do investigado.

4. Ordem denegada.

A aplicabilidade quanto a qualquer quebra de sigilo é correlata sendo a mesma aplicação a todos. Sobre a Interceptação Telefônica a mesma incompatibilidade é deflagrada e observada pela jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DA PROVA. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. FALTA DE JUNTADA DA DECISÃO IMPUGNADA. ÔNUS QUE INCUMBIA AO IMPETRANTE. ADVOGADO CONSTITUÍDO. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. INFORMAÇÕES QUE CONTRARIAM ESSA TESE. DENÚNCIA ANÔNIMA QUE DEU ENSEJO TÃO-SOMENTE ÀS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES, CUJO RESULTADO POSSIBILITOU A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

1. É ônus do impetrante, notadamente quando advogado constituído, a instrução suficiente do writ, sob pena de não-conhecimento do pedido. Precedentes do STF e do STJ.

2. Impugnada a interceptação telefônica realizada em procedimento que culminou com o oferecimento de denúncia em desfavor dos pacientes, faz-se imprescindível a juntada de cópia da respectiva decisão aos autos para a adequada compreensão da controvérsia.

3. Mostra-se irrelevante, in casu, qualquer discussão a respeito da validade de denúncia anônima como notitia criminis, pois os elementos constantes nos autos demonstram que o inquérito policial impugnado somente foi instaurado depois da realização de diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção sobre a suposta prática de crimes.

4. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (HC 119702/PE; Habeas Corpus 2008/02429606-7; Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG); T6 - SEXTA TURMA; DJe 02/03/2009).

A incompatibilidade aplicativa é evidenciada nestes acórdãos, já nas questões da prisão não há necessidade de tanta exposição, pois é notório que a busca pela autoria e provas deflagradas por delação anônima complicam qualquer pretensão prisional, mesmo que de forma preventiva, pois não se consegue demonstrar os requisitos básicos de cada tipo elementar de prisão, observada a exceção de prisão em flagrante que pode ser culminada após delação anônima já que se traveste de requisitos próprios.

Neste sentido, julgou o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Caracterização. São típicas as condutas de possuir, ter em depósito, manter sob guarda e ocultar arma de fogo de uso restrito. 2. INQUÉRITO POLICIAL. Denúncia anônima. Irrelevância. Procedimento instaurado a partir da prisão em flagrante. Ordem indeferida. Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima. (HC 90178 / RJ - RIO DE JANEIRO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 02/02/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma).

Assim fica relatado alguns caminhos da jurisprudência de nossos mais aclamados Tribunais demonstrando o tratamento padrão dado as prisões e quebras de sigilo quando se tem a denúncia anônima como referência.

Com isto, resta-nos adentrar, como dito, aos comentários sobre o HC 100.042-0 que fora relatado pelo Ministro Celso de Mello.

6.2 Comentários ao Julgamento do Habeas Corpus 100.042-0 Roraima pelo Supremo Tribunal Federal

A importância desta jurisprudência é notada principalmente no que diz respeito a possibilidade de instauração de inquérito policial apenas com base em delação anônima.

Fora visto até o presente momento que a grande parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que não há que se falar em possibilidade de abertura de inquérito com base exclusiva em informação revestida de anonimato, quiçá dar causa a processamento penal por todos os motivos já citados anteriormente, ante esse reiterado posicionamento temos nas palavras do Ministro Celso de Mello uma maior explanação acerca do posicionamento e como se deve interpretar tais acepções praticamente através do remédio constitucional, demonstra e comprava com mais veemência a existência da necessidade dos requisitos para a averiguação da verossimilhança fática em relação à informação recebida.

Diante disto, inicialmente destaca-se o trecho:

“Enfim, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a determinar a instauração de inquérito policial, desde que contenham elementos informativos idôneos suficientes para tal medida, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado.” (STF - Habeas Corpus 100.042-0 Roraima).

Assim, o próprio Ministro Relator reconhece a apta possibilidade de se instauração de inquérito policial advinda de denúncia anônima, ressalvadas a averiguação que contenham os informativos idôneos, isto é, a concretude basilar, que possibilite tal medida.

Ensina que para se chegar a estes informativos básicos o caminho é a diligência investigativa resguardando os requisitos ditados pela doutrina e jurisprudência que enfatizam a cautela e discricção em tais investigações, aplicando as observações basilares trazidas pela doutrina italiana, já citadas anteriormente com Geovani de Leone na lembrança de Irapuã Beltrão (Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm; acessado em 19 de setembro de 2010), bem como a própria doutrina pátria na figura do mestre do processo penal José Frederico Marques (2000).

Com isto, Celso de Mello chega a principal abordagem do julgamento do remédio se posicionando a demonstrar três pontos que devem ser incitados nos casos de denúncia anônima.

No primeiro ponto, o Ministro discorre:

“(a) o escrito anônimo não justifica, por si só, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração da “*persecutio criminis*”, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “*crimen falsi*”, p. ex.). (STF - Habeas Corpus 100.042-0 Roraima).

É clara a alusão aos ensinamentos do italiano Leone, que ganha força aplicativa na jurisprudência pátria, certo é que a larga abordagem sobre a possibilidade de início da persecução penal dada até aqui resta materializada com este ponto, já que recaímos novamente que a delação anônima não tem condão o suficiente para ensejar qualquer ato processual e, assim sendo, a incorporação dessas peças não tem qualquer validade nos cadernos processuais, devendo qualquer ato atentatório contra o delatado estar pautado em indícios e fatos concretos que não tenham a dúvida do anonimato, podendo a delação apócrifa apenas ensejar a investigação que de razão a estes indícios e fatos necessários e é este o segundo ponto alegado pelo douto Ministro:

“(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“*disque-denúncia*”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “*com prudência e discricção*”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal

instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.” (STF - Habeas Corpus 100.042-0 Roraima).

É esta colocação que dá razão aos disque-denúncia, utilizado a título de exemplo, e ainda reforça o princípio da obrigatoriedade alegando que as medidas, mesmo que informais, devem ser tomadas pelas autoridades competentes e, porque não dizer, privilegia-se o interesse público que correlação neste caso com o princípio da proporcionalidade, pois, como já abordado, é razoável que o Estado ofereça proteção a sociedade e isso é expandido quando da necessidade de se averiguar informação delituosa, independente de sua fonte o que, reforça-se, não poderá ser utilizado como início persecutório, porém através desta investigação preliminar acha-se a verdade real necessária para tanto.

Por último, é abordado no julgado do citado remédio sobre o alcance da delação anônima nos âmbitos do *parquet*, assim discorrendo:

“(c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua “*opinio delicti*” com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não derivem de documentos ou escritos anônimos nem os tenham como único fundamento causal.” (STF - Habeas Corpus 100.042-0 Roraima).

A idéia para os ditames ministeriais é a mesma já levantada até agora, podendo o Promotor de Justiça ofertar o início da ação penal, desde que esta vontade não esteja galgada exclusivamente na delação anônima, mas sim na existência de novos elementos que configurem não só a materialidade delitiva, mas também não deixem muitas dúvidas quanto à autoria, pois só assim que se chega à eficácia exigida tanto por doutrina quanto por jurisprudência.

Para justificar todo este procedimento o Ministro apresenta os requisitos no segundo ponto abordado (prudência/cautela e discricção), as trás ainda uma segunda justificação que da força ao seu posicionamento que é a veemente necessidade de busca pela verdade real, neste sentido disse:

“Havendo suspeita de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se essencial proceder à ampla apuração dos fatos, satisfazendo-se, desse

modo, com a legítima instauração do pertinente inquérito, um imperativo inafastável, fundado na necessidade ético-jurídica de sempre se promover a busca da verdade real.” (STF - Habeas Corpus 100.042-0 Roraima).

Fica demonstrada a importância deste julgado como baluarte nas situações que tem o anonimato como protagonista da problemática apresentando nas suas páginas que existe mácula sempre que não forem observadas as devidas cautelas e discrições nas investigações prévias, por sua vez não esquece que a busca pela verdade real é necessário na proteção aos interesses públicos, justificando isto vimos que os princípios da obrigatoriedade e da proporcionalidade são usados para amparar a possibilidade de diligências iniciais.

Celso de Mello, obviamente, faz uma explanação superando todas as dúvidas aplicativas e nos apresenta uma série de nomes da doutrina pátria e internacional para reforçar suas colocações, não obstante a isto, também demonstra uma série de outros julgados que reiteram suas palavras.

Assim, entende-se que os pontos essenciais ao que se propôs estão abordados e para maiores explanações a citada jurisprudência do remédio constitucional encontra-se disposto em anexo (Anexo I) devido a sua exacerbada importância.

Diante de tudo que fora exposto só nos resta demonstrar a conclusão e buscar a apresentação de soluções para que findem as dúvidas acerca da delação anônima e, conseqüentemente, evitar a afronta aos direitos fundamentais, mas também observar a necessidade e a incessante busca pela segurança, observados os princípios que amparam o interesse público e a situação atual da criminalidade difusa.

7 CONCLUSÃO

Ficou demonstrada que a delação anônima configura adversidade legal no ordenamento pátrio, assim trata-se de uma mutação aceitável o qual se recai diversos princípios claramente compatíveis com a situação do anonimato tendo de um lado a repressão a este tipo de delação em proteção aos interesses do réu e as anomalias e vícios procedimentais que isto pode acarretar e de outro lado a obrigatoriedade estatal em responder e proteger aos interesses e clamor social pela segurança público.

Por sua vez, viu-se que a criminalidade vem sendo, cada vez mais, um grave problema as políticas públicas dando início a um estudo na área jurídica criminal onde esta crescente delinqüência é chamada de criminalidade difusa. Junto a isto, a ineficácia na proteção as vítimas e testemunhas culminado com o conseqüente medo faz com que a busca pelo acionamento das responsabilidades estatais sejam feitas na obscuridade através de cartas apócrifas, disque-denúncias, dentre outros.

A conseqüência deste anonimato vem explicitada primordialmente na produção de provas, pois a simples delação anônima não constitui elementos suficientes para a formação opinativa acerca da realidade delitiva, tanto é assim que a maior tese de defesa aos delatados está na vedação do anônima o que impossibilitaria sequer a busca por indícios e produção de prova.

Neste certame é que entra a ponderação, que tem sua exteriorização no princípio da proporcionalidade. Sua aplicabilidade nestes casos fica voltada na busca por um juízo de valor entre o interesse público contra os direitos que tem o delatado sendo que isto só poderá ser analisado caso – a – caso.

Certo é que, recebida a informação e constata a sua verossimilhança com a realidade fática o inquérito poderá ser instaurado para a busca da elucidação do delito que possam ensejar o regular andamento da persecução penal.

Ocorre que, para se chegar a estes indícios e a produção probatória a autoridade policial deve agir com absoluta discricção e cautela, pois a delação anônima não tem força comprobatória nenhum, devendo as diligências serem revestidas destes dois requisitos trazidos pela doutrina italiana.

E é neste sentido que a jurisprudência brasileira tem julgado, não restando dúvidas que, embora a denúncia anônima não esteja explicitamente no ordenamento jurídico ela é aceita de forma implícita o que faz surgir toda esta discussão.

Com isto, aos humildes olhos deste estudo, não vemos a necessidade concreta de se regulamentar esta possibilidade, mas não seria vago se os nossos maiores tribunais opinassem através de sumulas o seu posicionamento.

Entendemos isto, pois, embora a jurisprudência já tenha tido uma posição apontada a certo lado, a proporcionalidade pode ser utilizada como arma para distorcer este posicionamento maior em busca de interesses pessoais e políticos.

A denúncia anônima se mostrou importante uma poderosa fonte informação para o Estado na busca pela segurança pública, mas isto se restringe aos atos iniciais investigatórios, já que quando chega aos Tribunais pode vislumbrar certas distorções e isto reforça, ainda mais, o nosso entendimento por um posicionamento pretório uno que busque incentivar a solução efetiva dos delitos informados por denunciante anônimos desde a mera investigação até o trânsito em julgado, sem esquecer dos direitos destes delatados e da desconfiança na hora da busca pela verdade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert in PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do; **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**; 1ª Edição; Editora IBCCRIM; 2006;

AMÂNCIO DE SOUZA, Gilson Sidney ; TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; in PRADO, Luis Regis; **Direito Processual Penal, Parte I**; Volume 1; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

ANDRADE, Pedro Ivo in PRADO, Luis Regis; **Direito Processual Penal, Parte I**; Volume 1; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires; **Filosofando – Introdução a Filosofia**; 3ª Edição; Editora Moderna; 2004;

BECCARIA, Cesare; **Dos Delitos e das Penas**; Tradução de Torrieri Guimarães; 2ª Edição; Editora Martin Claret; 2007;

BELTRÃO, Irapuã; As denúncias anônimas na interpretação do STF; Revista de Doutrina da Quarta Região, Porto Alegre, nº 14; 2006; Disponível em: [HTTP://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/irapua_beltrao.htm); acessado em 19 de setembro de 2010;

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Anotónio García-Pablos de; GOMES, Luis Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**; Volume 1; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2010;

BUGALHO, Nelson Roberto in PRADO, Luis Regis; **Direito Processual Penal, Parte I**; Volume 1; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

BULOS, Uadi Lammêgo; **Constituição Federal Anotada**; 8ª Edição; Editora Saraiva; 2008.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**; 2ª Edição; Editora Saraiva; 1998;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellgrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria Geral do Processo**; 26ª Edição; Editora Malheiros; 2010;

COTRIM, Gilberto; **Fundamentos da Filosofia – História e Grandes Temas**; 16ª Edição; Editora Saraiva; 2006.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fabio M. de; **Código Penal Comentado**; 8ª Edição; Editora Saraiva; 2010;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; **Curso de Direito Processual Civil, Volume 2**; 5ª Edição; Editora Podivm; 2010;

Disponível em
Revista Veja; Edição 2.184; Ano 43; nº 39 de 29 de Setembro de 2010; Editora Abril;

Disponível em
www.saberjuridico.com; acessado em 23 de agosto de 2010;

Disponível em
www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp, acessado em 26.08.2010.

FERRI, Enrico; **Princípios do Direito Criminal**; Tradução de Paolo Capitanio; 2ª Edição; Editora Bookseller; 1999;

GRECO FILHO, Vicente; **Manual de Processo Penal**; 7ª Edição; Editora Saraiva; 2009;

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; **As Nulidades no Processo Penal**; 11ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

HAMMERSCHMIDT, Denise, in PRADO, Luis Regis; **Direito Processual Penal, Parte I**; Volume 1; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

JESUS; Damásio de; **Código de Processo Penal Anotado**; Volume Único; 23ª Edição; Editora Saraiva; 2009.

LENZA, Pedro; **Direito Constitucional Esquematizado**; 12ª Edição; Editora Saraiva; 2009;

MARQUES, José Frederico; atualizado por Eduardo Reale Ferrari; **Elementos do Direito Processual Penal; Volume I**; 2ª Edição; Editora Millennium; 2000;

-----; **Elementos do Direito Processual Penal; Volume II**; 2ª Edição; Editora Millennium; 2000;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**; 2ª Edição; Editora Saraiva; 2008;

MEDIDA CAUTELA EM HABEAS CORPUS 100.042-0 RORAIMA; MELLO Celso de; Publicado em 02 de outubro de 2009; Supremo Tribunal Federal

MORAES, Alexandre de; **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**; 7ª Edição; Editora Atlas; 2007

MORAES, Rodrigo Iennaco de; **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito**; 2006; Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9317&p=2>; Acessado em 19 de setembro de 2010;

MOSSIN, Heráclito Antônio; **Curso de Processo Penal; Volume 1**; 2ª Edição; Editora Atlas; 1998;

MOHR FUNES, Gilmara Pasqueiro Fernandes; MADRID, Daniela Martins; CABRERA, Miriam Regiane Dutra; Núcleo de Estudos e Pesquisa; **Normalização de Apresentação de Monografias e Trabalhos de Conclusão de Curso**; 1ª Edição Eletrônica Revisada e Atualizada 2007; 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza; **Código de Processo Penal Comentado**; 5ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2006;

-----; **Código de Processo Penal Comentado**; 9ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

-----; **Código Penal Comentado**; 8ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2008;

-----; **Leis Penais e Processuais Penais**; 1ª Edição; 2ª Tiragem; Editora Revista dos Tribunais; 2006;

-----; **Princípios Constitucionais Penais e Processuais**; 1ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2010;

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio; **Curso de Direito Processual Penal**; Volume Único; 9ª Edição; Editora Lumen Juris; 2008;

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do; **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**; 1ª Edição; Editora IBCCRIM; 2006;

RANGEL, Paulo; **A linguagem pelo avesso: A denúncia anônima como causa (i) legitimadora da instauração de investigação criminal: inconstitucionalidade e irracionalidade**; 2008; (Disponível em http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_linguagem_pelo_avesso.pdf; Acessado em 19 de setembro de 2010).

ROBALDO, José; in GOMES, Luis Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; **Legislação Criminal Especial**; 2ª Edição; Volume 6; Editora Revista dos Tribunais; 2010;

SCARENCE FERNANDES, Antonio; **Processo Penal Constitucional**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2000;

-----; **Curso de Processo Penal; Volume 2**; 1ª Edição; Editora Atlas; 1997;

SMANIO, Gianpaolo Poggio; **Conceito de Bem Jurídico Penal Difuso**. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>; Acessado em 08 de Setembro de 2010;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; **Processo Penal; Volume 1**; 6ª Edição; Editora Saraiva; 1982;

TOLEDO BARROS, Suzana de; **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritas de direitos fundamentais**; 2ª Edição; Editora Brasília Jurídica; 2000;

VAGGIONE, Luiz Fernando; **Teoria e Prática de Processo Penal**; 4ª Edição; Editora Paloma; 2001;

ANEXO 1

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 100.042-0 RORAIMA

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S) : FRANCISCO BARROSO SOBRINHO

PACTE.(S) : EDSON ATIARI MAGALHÃES

IMPTE.(S) : IZIDORO CELSO NOBRE DA COSTA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: A INVESTIGAÇÃO PENAL E AQUESTÃO DA DELAÇÃO ANÔNIMA. DOCTRINA. PRECEDENTES. PRETENDIDA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, COM O CONSEQUENTE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. DESCARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

- **As autoridades públicas não podem** iniciar **qualquer** medida de persecução (penal **ou** disciplinar), **apoiando-se, unicamente**, para tal fim, em peças apócrifas **ou** em escritos anônimos. **É por essa razão** que o **escrito anônimo não autoriza**, desde que **isoladamente** considerado, a **imediata instauração** de "*persecutio criminis*".

- **Peças apócrifas não podem** ser formalmente incorporadas a procedimentos **instaurados** pelo Estado, **salvo** quando forem produzidas **pelo acusado ou**, ainda, **quando constituírem**, elas próprias, **o corpo de delito (como sucede** com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante seqüestro, **ou como ocorre** com cartas **que evidenciem** a prática de crimes contra a honra, **ou que corporifiquem** o delito de ameaça **ou que materializem** o "*crimen falsi*", **p. ex.**). - **Nada impede**, contudo, **que o Poder Público, provocado** por delação anônima ("*disque-denúncia*", **p. ex.**), **adote** medidas **informais** destinadas a apurar, **previamente**, em averiguação sumária, "**com prudência e discricão**", a **possível** ocorrência de **eventual** situação de ilicitude penal, **desde que o faça** com o objetivo **de conferir a verossimilhança** dos fatos nela denunciados, **em ordem a promover, então**, em caso positivo, a formal instauração da "*persecutio criminis*",

mantendo-se, assim, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação** às peças apócrifas.

MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTONOMIA INVESTIGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE OFERECER DENÚNCIA INDEPENDENTEMENTE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

- **O Ministério Público, independentemente** da prévia instauração de inquérito policial, **também pode formar** a sua “*opinio delicti*” **com apoio em outros** elementos de convicção – **inclusive** aqueles **resultantes** de atividade investigatória **por ele próprio** promovida - **que evidenciem** a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, **desde** que os dados informativos **que dão suporte** à acusação penal **não derivem** de documentos **ou** escritos anônimos **nem os tenham como único fundamento causal. Doutrina. Precedentes.**

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 49):

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 342, 343 E 344 DO CÓDIGO PENAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE.

De acordo com a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, não há ilegalidade na instauração de inquérito policial **com base** em investigações deflagradas **por denúncia anônima**, eis que a autoridade policial tem o **dever** de apurar a veracidade dos fatos alegados, **desde que se proceda** com a devida cautela (**HC 38.093/AM**, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17/12/2004). **Além disso**, as notícias-crimes levadas ao conhecimento do Estado sob o manto do anonimato têm auxiliado de forma significativa na repressão ao crime (**HC 64.096/PR**, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/08/2008). **A propósito**, na mesma linha, recentemente **decidiu** a c. Sexta Turma desta Corte no **HC 97.122/PE**, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJ de 30/06/2008. **Enfim, a denúncia anônima é admitida** em nosso ordenamento jurídico, **sendo considerada apta a determinar** a instauração de inquérito policial, desde que contenham elementos informativos idôneos suficientes para tal medida, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do

investigado (HC 44.649/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 08/10/2007). ‘Habeas corpus’ **denegado.**” (HC 93.421/RO, Rel. Min. FELIX FISCHER - grifei)

Busca-se, na presente sede processual, **a extinção** do procedimento de investigação penal ora questionado, **sob o fundamento** de que – **não** se revestindo de legitimidade jurídica a **instauração** de inquérito policial **com apoio em “denúncia anônima”** – **inexiste justa causa** autorizadora da adoção, **contra** os pacientes, de medidas de persecução penal (fls. 02/22).

Em conseqüência desse pleito, **pretende-se a concessão** de medida liminar **para suspender**, até final julgamento da presente ação de “*habeas corpus*”, o curso do Inquérito Policial nº 138/2007, **em trâmite** perante a 1ª DP/GM da comarca de Guajará-Mirim/RO.

Passo a apreciar o pedido de medida liminar. **E**, ao fazê-lo, **entendo**, em juízo **de estrita** deliberação, **que se revela insuscetível de acolhimento** a postulação cautelar ora **deduzida** no presente “*writ*” constitucional.

Não se desconhece que a *delação anônima*, **enquanto** fonte **única** de informação, **não constitui** fator que se mostre suficiente para legitimar, **de modo autônomo**, **sem** o concurso **de outros** meios de revelação dos fatos, a instauração de procedimentos estatais. **É por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal, **ao aprovar** a Resolução STF nº 290/2004 – **que instituiu**, nesta Corte, o serviço de Ouvidoria – **expressamente vedou** a possibilidade de formulação de reclamação, críticas **ou** denúncias de **caráter anônimo** (art. 4º, II), **determinando** a sua liminar rejeição.

Mais do que isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar** o MS 24.405/DF, do Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **declarou**, “*incidenter tantum*”, **a inconstitucionalidade** da expressão “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” **constante do § 1º** do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92).

É certo, no entanto, que essa diretriz jurisprudencial – **para não comprometer** a apuração de comportamentos ilícitos **e**, ao mesmo tempo, **para resguardar** a exigência constitucional de publicidade - há de ser interpretada **em termos** que, *segundo entendo*, **assim podem ser resumidos**:

(a) **o escrito anônimo** não justifica, **por si só**, desde que **isoladamente** considerado, **a imediata instauração** da “*persecutio criminis*”, **eis**

que peças apócrifas **não podem** ser incorporadas, formalmente, ao processo, **salvo** quando tais documentos forem produzidos **pelo acusado, ou**, ainda, **quando constituírem**, eles próprios, **o corpo de delito (como sucede** com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, **ou como ocorre** com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, **ou** que corporifiquem o delito de ameaça **ou** que materializem o “*crimen falsi*”, **p. ex.**);

(b) nada impede, contudo, **que o Poder Público, provocado** por delação anônima (“*disque-denúncia*”, **p. ex.**), **adote** medidas **informais** destinadas a apurar, **previamente**, em averiguação sumária, “**com prudência e discricão**”, a **possível** ocorrência de **eventual** situação de ilicitude penal, **desde que o faça** com o objetivo **de conferir a verossimilhança** dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, **então**, em caso positivo, a formal instauração da “*persecutio criminis*”, **mantendo-se**, assim, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação** às peças apócrifas; e

(c) o Ministério Público, de outro lado, **independentemente** da prévia instauração de inquérito policial, **também pode formar** a sua “*opinio delicti*” **com apoio** em **outros** elementos de convicção **que evidenciem** a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, **desde** que os dados informativos **que dão suporte** à acusação penal **não derivem** de documentos **ou escritos anônimos nem** os tenham **como único fundamento causal**.

Cumpre referir, no ponto, **o valioso** magistério **expendido** por GIOVANNI LEONE (“**Il Codice di Procedura Penale Illustrato Articolo per Articolo**”, sob a coordenação de UGO CONTI, vol. I/562-564, itens ns. 154/155, 1937, Società Editrice Libreria, Milano), **cujo entendimento**, no tema, **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.

Impende rememorar, no sentido **que ora venho de expor**, a **precisa lição** de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Elementos de Direito Processual Penal**”, vol. I/147, item n. 71, 2ª ed., **atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium):

“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 discricção, 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.” (grifei)

Essa diretriz doutrinária – perfilhada por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (“**Tomada de Contas Especial**”, p. 51, item n. 4.1.1.1.2, 2ª ed., 1998, Brasília Jurídica) - **é também admitida**, em sede de persecução penal, por FERNANDO CAPEZ (“**Curso de Processo Penal**”, p. 77, item n. 10.13, 7ª ed., 2001, Saraiva):

“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.” (grifei)

Idêntica percepção sobre a matéria em exame **é revelada** por JULIO FABBRINI MIRABETE (“**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 95, item n. 5.4, 7ª ed., 2000, Atlas), **que assim se pronuncia:**

“(...) **Não obstante** o art. 5º, IV, da CF, **que proíbe o anonimato** na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, **nada impede a notícia anônima** do crime (*‘notitia criminis’ inqualificada*), **mas**, nessa hipótese, **constitui dever funcional** da autoridade pública **destinatária, preliminarmente, proceder com a máxima cautela e discricção** a investigações preliminares **no sentido** de apurar a verossimilhança das informações recebidas. **Somente com a certeza** da existência de indícios da ocorrência do ilícito **é que deve instaurar** o procedimento regular.” (grifei)

Esse entendimento é também acolhido por NELSON HUNGRIA (“**Comentários ao Código Penal**”, vol. IX/466, item n. 178, 1958, Forense), cuja análise do tema - realizada sob a égide da Constituição republicana de 1946, **que expressamente não permitia o anonimato** (art. 141, § 5º), à **semelhança** do que se registra, **presentemente**, com a vigente Lei Fundamental (art. 5º, IV, “*in fine*”) - **ênfatisa a imprescindibilidade** da investigação, **ainda que motivada por delação anônima**, desde que fundada **em fatos verossímeis**:

“**Segundo** o § 1.º 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.” (grifei)

Essa mesma posição – que entende recomendável, nos casos de *delação anônima*, que a autoridade pública **proceda, de maneira discreta**, a uma averiguação preliminar em torno da verossimilhança da comunicação (“*delatio*”) que lhe foi dirigida - **é igualmente compartilhada**, dentre outros, por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 87/88, item n. 29, 2008, RT), DAMÁSIO E. DE JESUS (“**Código de Processo Penal Anotado**”, p. 9, 23ª ed., 2009, Saraiva), GIOVANNI LEONE, (“**Trattato di Diritto Processuale Penale**”, vol. II/12-13, item n. 1, 1961, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“**Código de Processo Penal Comentado**”, vol. 1/34-35, 4ª ed., 1999, Saraiva), RODRIGO IENNACO (“**Da**

validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito”, *in* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62/220-263, 2006, RT), ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“**Inquérito Policial e Ação Penal**”, item n. 17, p. 19/20, 7ª ed., 1998, Saraiva) e CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA (“**Comentários ao Código de Processo Penal**”, vol. 1/210, item n. 70, 2002, EDIPRO), **cumprindo rememorar, ainda, por valiosa, a lição** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Persecução Penal, Prisão e Liberdade**”, p. 34/35, item n. 6, 1980, Saraiva):

“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 máxima cautela e discricção, 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 (...).” (grifei)

Vale acrescentar que esse entendimento também fundamentou julgamento **que proferi**, em sede monocrática, **a propósito** da questão pertinente **aos escritos anônimos**. Ao assim julgar, **proferi** decisão **que restou consubstanciada na seguinte ementa:**

“DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, ‘IN FINE’), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, ‘CAPUT’), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE

PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROBIDADE CONSTITUIRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA.” (MS 24.369-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 286/2002)

Cabe referir, ainda, que o E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão da delação anônima, analisada em face do art. 5º, IV, “in fine”, da Constituição da República, já se pronunciou no sentido de considerá-la juridicamente possível, desde que o Estado, ao agir em função de comunicações revestidas de caráter apócrifo, atue com cautela, em ordem a evitar a consumação de situações que possam ferir, injustamente, direitos de terceiros:

“**CRIMINAL. RHC. ‘NOTITIA CRIMINIS’ ANÔNIMA. INQUÉRITO POLICIAL. VALIDADE.**

1. A ‘delatio criminis’ anônima não constitui causa da ação penal que surgirá, em sendo o caso, da investigação policial decorrente. Se colhidos elementos suficientes, haverá, então, ensejo para a denúncia. **É bem verdade que a Constituição Federal (art. 5º, IV) veda o anonimato na manifestação do pensamento, nada impedindo, entretanto, mas, pelo contrário, sendo dever da autoridade policial proceder à investigação, cercado-se, naturalmente, de cautela.**

2. Recurso ordinário improvido.” (RHC 7.329/GO, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - grifei)

“**CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...). PROCESSO ADMINISTRATIVO DESENCADEADO ATRAVÉS DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. VALIDADE. INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA FINAL DO INCISO IV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (VEDAÇÃO DO ANONIMATO). (...). RECURSO**

CONHECIDO E IMPROVIDO.” (RMS 4.435/MT, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL - grifei)

“(…) Carta anônima, sequer referida na denúncia e que, quando muito, propiciou investigações por parte do organismo policial, não se pode reputar de ilícita. É certo que, isoladamente, não terá qualquer valor, mas também não se pode tê-la como prejudicial a todas as outras validamente obtidas.” (RHC 7.363/RJ, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO - grifei)

Vê-se, portanto, não obstante o caráter apócrifo da delação ora questionada (“denúncia anônima” encaminhada ao representante do Ministério Público local), que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existe, “a priori”, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao dever estatal de fazer prevalecer - consideradas razões de interesse público – a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe, à autoridade pública, a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos.

O caso dos autos evidencia que a diretriz jurisprudencial consolidada no âmbito desta Corte foi observada, integralmente, na espécie ora em exame, eis que o Ministério Público só fez instaurar o procedimento de investigação penal depois de haver adotado medidas fundadas em prudente discricção e destinadas a conferir a verossimilhança dos dados que lhe foram transmitidos mediante delação anônima, pois – insista-se – as autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar) somente com fundamento em peças apócrifas ou em escritos anônimos.

Ou, em outras palavras: a instauração do ora questionado procedimento de investigação penal não guarda direta e imediata vinculação causal com a “notitia criminis” inqualificada – assim chamada por JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2ª ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium) -, de que foi destinatário, na espécie em análise, o próprio representante do Ministério Público, que somente movimentou o aparato estatal após averiguação preliminar dos elementos veiculados naquela comunicação de prática delituosa.

É de registrar, ainda, por relevante, que o paciente Edson Atiari Magalhães, ao comparecer perante o Promotor de Justiça local, **teria confirmado**, na presença de uma Defensora Pública, o teor **de alguns** elementos informativos **transmitidos** pela *anônima delação* (**Apenso**, fls. 51/52).

Em suma, analisada a questão **sob a perspectiva** da *delação anônima*, **e considerados** os elementos que venho de mencionar, **não vejo** como reconhecer, **ao menos** em sede de **estrita** deliberação, **ilicitude** na instauração, **contra** os ora pacientes, da “*persecutio criminis*” em referência, eis que esta **não foi iniciada, unicamente**, com apoio na comunicação anônima dirigida ao representante do Ministério Público.

Cumpre enfatizar, finalmente, **que a mera instauração de inquérito policial**, que objetive a investigação de fatos considerados criminosos pelo ordenamento positivo, **não constitui**, só por si, ato capaz de caracterizar situação de injusto constrangimento, **mesmo porque se impõe**, ao Poder Público, **adotar** as providências necessárias **ao integral** esclarecimento da prática delituosa.

Por tal razão, **firmou-se**, nesta Suprema Corte, **orientação jurisprudencial no sentido** de que “*a simples apuração da ‘notitia criminis’ não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido pela via do ‘habeas corpus’*” (RTJ 78/138).

Havendo suspeita de crime, **e existindo elementos idôneos** de informação **que autorizem** a investigação penal do episódio delituoso, **torna-se essencial proceder à ampla apuração** dos fatos, **satisfazendo-se**, desse modo, **com a legítima instauração** do pertinente inquérito, um **imperativo** inafastável, **fundado na necessidade** ético-jurídica **de sempre** se promover a busca **da verdade real**.

Convém ressaltar, neste ponto, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **cuja orientação** firmou-se no sentido de que, **havendo suspeita fundada** de crime, **legitima-se** a instauração de inquérito policial (RT 590/450), **pois o trancamento** da investigação penal **somente** se justificaria, **se** os fatos pudessem, **desde logo**, evidenciar-se como “*inexistentes ou não configurantes, em tese, de infração penal*” (RT 620/368):

“A SIMPLES APURAÇÃO DE FATO DELITUOSO NÃO CONSTITUI, SÓ POR SI, SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - Havendo suspeita

fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação **que autorizem a** investigação penal do episódio delituoso, **torna-se legítima** a instauração de inquérito policial, **eis que se impõe**, ao Poder Público, a **adoção** de providências **necessárias** ao **integral** esclarecimento da verdade real, **notadamente** nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. **Precedentes.**" (RTJ 181/1039-1040, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Esse entendimento - **que se reflete** na jurisprudência dos Tribunais (RT 598/321 - RT 603/365 - RT 610/321 - RT 639/296-297 - RT 729/590) - **também encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário, **como se vê da lição** de JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1.424, item n. 648.2, 7ª ed., 2000, Atlas):

"Em regra, o '*habeas corpus*' **não é meio** para trancar inquérito policial, **porque**, para a instauração do procedimento inquisitório, **basta** haver elementos indicativos da ocorrência de fato que, **em tese**, configura ilícito penal, e indícios **que apontem** determinada pessoa ou determinadas pessoas como participantes do fato típico e antijurídico. **Se os fatos configuram crime em tese**, o inquérito policial **não pode ser trancado** por falta de justa causa." (grifei)

Todos os elementos **que venho** de expor **levam-me a vislumbrar** **descaracterizada**, ao menos em juízo **de sumária** cognição, a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar **deduzida** na presente causa.

Sendo assim, em face das razões expostas **e sem prejuízo** de ulterior reexame da matéria **quando do julgamento final** desta ação de "*habeas corpus*", **indefiro** o pedido de medida cautelar.

2. **Oficie-se**, ao MM. Juiz de Direito da comarca de Guajará--Mirim/RO, **para que informe** a fase em que **presentemente** se acha o Inquérito Policial nº 138/2007, **encaminhando-se-lhe** cópia da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 02 de outubro de 2009.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator