



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DELAÇÃO APÓCRIFA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES
CONSTITUCIONAIS À VEDAÇÃO AO ANONIMATO

Renata Maria Nascimento da Gama

Rio de Janeiro
2017

RENATA MARIA NASCIMENTO DA GAMA

A DELAÇÃO APÓCRIFA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES
CONSTITUCIONAIS À VEDAÇÃO AO ANONIMATO

Artigo Científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Elisa Neves Pittao

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A DELAÇÃO APÓCRIFA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS A VEDAÇÃO AO ANONIMATO

Renata Maria Nascimento da Gama

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Advogada.

Resumo: Este trabalho visa questionar a denúncia anônima no ordenamento jurídico brasileiro. Ele se inicia com a polêmica quanto a sua constitucionalidade, pois há dispositivo na Constituição Federal vedando, expressamente, o anonimato nas manifestações de pensamento (art. 5, IV da CFRB), se consolidando o entendimento da sua admissibilidade deve ser utilizada, com a devida cautela, para embasar um inquérito policial. Todavia, após a pacificação da utilização do precário instituto, questionará o novo embate nos tribunais em que se admitiu a sua utilização sem a necessidade de inquérito, ao qual se entendeu lícita a invasão de domicílio, pois seu conteúdo confirmado a posteriori, lhe conferiu um momento investigativo diferido. Apontará a mitigação das punições nos crimes de denunciação caluniosa e falsa comunicação de crime, o Estado torna-se, por certas vezes, vítima dos crimes mencionados, por não ter como precisar a localização do denunciante anônimo, não o punindo desta forma.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Denúncia Anônima. Delação Apócrifa. Notícia Crime. Sistema Acusatório. Vedação Constitucional ao Anonimato. Questões.

Sumário: Introdução. 1. Vedação ao anonimato na Constituição Federal: A Problemática Da denúncia anônima à luz das garantias constitucionais. 2. O novo enfoque constitucional quanto a aplicabilidade da denúncia anônima: o retrocesso ao período da inquisição medieval na utilização do instituto. 3. A aplicação da denúncia anônima e seu reflexo sobre o direito penal: a impossibilidade de punição dos delatores que se utilizam do anonimato nos crimes de denunciação caluniosa e falsa comunicação de crime. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo da legalidade da persecução penal baseada em notícia crime anônima obtida pelos meios admitidos no direito, em especial o Disque- Denúncia. Serão enfocadas especialmente as questões históricas, constitucionais e processuais, tais como, a denúncia anônima na história humana, o anonimato nas manifestações de pensamento, a inviolabilidade das residências e a impraticabilidade das

punições nos crimes de denunciação caluniosa e de falsa comunicação de crime por força do anonimato do denunciante.

O instituto foi utilizado em ordenamentos anteriores, em especial no auge do sistema inquisitivo, todavia seu retrospecto não é positivo, tendo em vista que foi abolido, vez que mitiga, demasiadamente, os direitos e garantias individuais. Entretanto, a fim de maior efetividade no combate a criminalidade e a impunidade, atualmente, a comunidade jurídica brasileira vem admitindo como meio de se iniciar a persecução penal, haja vista a enorme descrença da população na autoridade policial e um crescente temor de represálias das facções criminosas.

O primeiro capítulo fará uma breve contextualização da denúncia anônima e a sua constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, apontando o ponto conflitante na doutrina e na jurisprudência, qual seja o anonimato na manifestação de pensamento. Todavia, o Supremo Tribunal pacificou o entendimento admitindo o instituto desde que haja uma investigação preliminar para verificação da veracidade da sua informação, sendo imprescindível sua utilização com a devida cautela.

No segundo capítulo, será abordado o retrocesso, aos ditames da inquisição secular, ao qual a Suprema Corte mitigou os direitos constitucionais do indivíduo, em especial, a presunção de inocência e a admitiu a inviabilidade de domicílio sem a devida investigação, dispensando a imprescindibilidade de investigação prévia, por entender que o momento investigativo é diferido.

O terceiro capítulo demonstrará a dificuldade do Estado em punir o denunciante que se vale do anonimato para noticiar um suposto fato, ao qual já tem prévio conhecimento da inveracidade da informação. Por não deixar rastro, este sai impune, tornando, o Estado e o investigado, vítimas nos crimes de denunciação caluniosa e falsa comunicação de crime.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica. Qualitativa, pois objetivará interpretar a questão do anonimato da denúncia à luz da Constituição Federal e a mitigação dos direitos constitucionais; explicativa, porque explicitará as controvérsias que se dá ao instituto; e será bibliográfica, visto que terá como fontes principais de estudo a legislação, a doutrina e, em especial, a jurisprudência.

1. VEDAÇÃO AO ANONIMATO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A PROBLEMÁTICA DA DENÚNCIA ANÔNIMA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Cabe ao Estado assegurar a paz e a segurança social, protegendo a liberdade individual, o patrimônio e os demais direitos inerentes ao homem. Trata-se de um dever constitucional que o poder constituinte originário delegou, a ele, em seu art. 144, da Carta Magna¹.

O Estado democrático de direito possui como premissa basilar que se resguarde todos os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, em especial, aqueles que são o sujeito de punição e não mais objetos da investigação. Assim, é necessário o respeito aos ditames que o princípio do devido processo legal impõe para aplicação da pena, isto se chama a persecução penal.

A persecução penal visa apurar uma notícia crime, que é a verificação dos indícios de autoria da prática delitiva, bem como existência da materialidade. Portanto, o nascedouro da ação penal origina-se de uma probabilidade até se chegar na opinião substanciada quanto a existência ou não do cometimento do delito. Assim, a formação desta *opinio delicti* se dá em dois momentos: o primeiro, com as investigações preliminares, a qual se instaura um inquérito policial, e o segundo, com a ação penal, na qual o Ministério Público tem em suas

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

mãos a justa causa, que é o suporte probatório mínimo, que são os indícios de autoria e a materialidade.

A denúncia anônima é, também, uma forma das autoridades iniciarem os procedimentos investigatórios. Mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, a comunidade jurídica discutiu sobre a constitucionalidade do instituto, pois, o art. 5º, IV, da Constituição Federal² brasileira dispõe claramente: "É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato".

A delação anônima não deixa de ser uma manifestação de pensamento, pois é a liberdade do indivíduo expressar fatos e seus temores, ou seja, a faculdade de transmitir seus pensamentos ou conhecimentos na sua mente a autoridade que apurará o cometimento de um crime. Porém, a vedação constitucional visa proteger e/ou resguardar os direitos inerentes ao indivíduo, em especial a honra, vida privada, imagem e intimidade.

Em contrapartida, o Estado, na figura do *Parquet*, tem o dever de iniciar os procedimentos cabíveis a infração toda vez que estiver diante da comunicação de um crime, por força do Princípio da Obrigatoriedade, a fim garantir o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. Este não tem como se escusar da responsabilidade da investigação policial ou da propositura da ação penal.

Ao analisar a questão, é inquestionável que a delação anônima acarreta a instauração de situações de tensão e discussão entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, fazendo surgir um verdadeiro estado de colisão de direitos, que reclamam uma solução.

No ordenamento jurídico há o entendimento minoritário pelo repúdio de tal forma de deflagração da persecução penal por contrariar frontalmente a atual constituição brasileira, tendo em vista a intenção do Poder Constituinte originário, se afastar o regime ditatorial,

² Ibidem.

como veremos a seguir.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva³ ensina que sempre é necessária a identificação daquele que fez pública a sua manifestação de pensamento.

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, O consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.

Entretanto, o autor Fernando Capez⁴ enfatiza que a denúncia anônima deve ser, apenas, um elemento de investigação.

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. Há entendimento minoritário sustendo a inconstitucionalidade do inquérito instaurado a partir de comunicação apócrifa, uma vez que o art. 5º, IV da Constituição Federal veda o anonimato na manifestação do pensamento.

Em entendimento diverso da doutrina majoritária, o mestre Guilherme de Souza Nucci⁵ entende que a denúncia inqualificada deve ser descartada de plano. Para ele é inadmissível a crença de que o instituto seja causa suficiente para a instauração de um inquérito policial. Desse modo, a seu ver, é preciso que a mesma seja feita diante da autoridade policial a fim que seja possível registrar e identificar o delator.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 246.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 62.

De forma contrária, o professor Nestor Tavora⁶ que afirma a viabilidade de um inquérito policial prévio lastreado em uma delação apócrifa. Todavia, ressalta que as autoridades devem atuar com cautela às garantias de que não irá infringir os direitos de personalidade do acusado, evitando assim arbitrariedades.

A. chamada delação apócrifa ou notitia criminis inqualificada é o que vulgarmente chamamos de denúncia anônima, podendo dar ensejo à instauração do inquérito policial, devendo, contudo, a autoridade proceder com a cautela devida para evitar eventual arbitrariedade. Em que pese a Constituição Federal consagrar a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV), certo é que a polícia deve acautelar-se diante da notícia anônima, e proceder às investigações com cuidado redobrado, porém não deixando de atuar.

A Corte Suprema⁷, a guardiã da Constituição Federal Brasileira, já se uniformizou o posicionamento, pois existem inúmeros julgados no Supremo Tribunal que aceitam a delação apócrifa para se iniciar a persecução penal.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, A QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – No tocante à nulidade da interceptação telefônica, esse tema não foi examinado. Assim, essa matéria não pode ser conhecida, sob pena de indevida supressão de instância. II - Ao contrário do quanto alegado na inicial, a pronúncia fundamentou-se em farto conjunto probatório, e não apenas em confissão extrajudicial ou em depoimento do delegado que presidiu o inquérito. III - É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados” (HC 105.484/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, a qual se nega provimento.

Percebe-se que o Supremo Tribunal flexibilizou a vedação constitucional do anonimato, pois, admitiu a denúncia anônima com a ressalva de que é necessária abertura de

⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosemar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Atlas, 2013, p. 115

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 120.787-DF.. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28120787%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7jxhdfo> >. Acesso em: 18 ago. 2017.

inquérito policial, com a averiguação prévia da veracidade da informação. Nítido fica ao operador do direito que a delação apócrifa capacitou a autoridade policial na elucidação de vários delitos.

2. O NOVO ENFOQUE CONSTITUCIONAL QUANTO A APLICABILIDADE DA DENÚNCIA ANÔNIMA: O RETROCESSO AO PERÍODO DA INQUISIÇÃO MEDIEVAL NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO

O homem procura meios de dirimir os conflitos existentes com seus iguais, porém pertence ao Estado o direito de punir, tendo em vista que não se admite a autotutela. Portanto, em períodos diferentes da história da humanidade a denúncia anônima já foi utilizada como forma de compor o conflito.

A idade média foi auge do sistema acusatório, a sociedade era dividida em classes, sendo que a classe dominante era quem indicava qual seria o órgão julgador e a classe dominada ficava subjugada a isto. A ideia era a prevenção e não, apenas, repressão. Assim, os julgamentos eram públicos. O lesado procurava aquele cidadão dotado de poder para julgar o caso, aquele que atuaria como órgão julgador, devendo ele ficar totalmente inerte, a fim de garantir a sua imparcialidade. Desse modo, os julgamentos eram públicos⁸.

Contudo, excesso de publicidade gerou, muitas vezes, o caos, porque se o acusado fosse absolvido, gerava a revolta na população, que, irada, se voltava para o infrator, lhe punindo com a segregação. Entretanto, o que deveria ser uma igualdade de partes, deixou de existir, porque a classe dominante sempre estava em situação de vantagem, seja na produção das provas, seja na contratação de sua defesa, seja no tráfico de influência. Assim não havia paridade de armas.

O sistema passou a ser um desastre, porque o julgador julgava baseado na íntima convicção, ao final da audiência pública dizia “condeno!” ou “absolvo!”, sem precisar explicar o porquê para ninguém.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.101-120

Na tentativa de consertar o sistema acusatório, nasce o sistema inquisitivo, cujas principais características foram documentação por escrito de todo procedimento e a centralização do poder em só figura (acusador e julgador). Entretanto, também, surge o sigilo no sistema inquisitivo, a ideia era resguardar a figura do réu, para que, caso absolvido, fosse devolvido à sociedade em seu estado anterior. Assim, num primeiro momento, a intenção do segredo era garantir o réu.

Não é preciso dizer que o sistema inquisitivo não prosperou, pois gerou inúmeras injustiças. Cesare Beccaria⁹, criminalista da Idade Moderna, já considerava à denúncia anônima como algo abominável e degradante.

As acusações secretas constituem evidente abuso, porém já consagrado e tornando necessário em diversos governos, pela fraqueza de sua constituição. Esse costume torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita que um concidadão é um delator vê logo nele um inimigo. Costumam então disfarçar os próprios sentimentos; e o costume de os esconder a outra pessoa faz com que logo sejam dissimulados a si mesmo.

Como são dignos de piedade os homens que chegaram a esse ponto nefasto! Sem orientação, sem conselheiros e preceitos estáveis, vagam ao acaso no imenso mar da incerteza, preocupados somente em fugir aos monstros que os ameaçam. Um futuro repleto de mil perigos toma venenosos para eles os momentos presentes

A utilização da denúncia anônima, em tese, já seria um retrocesso ao período da Inquisição, pois ela mitiga os direitos e garantias constitucionais do investigado, em especial sua presunção de inocência, todavia, ela se fez necessária no atual ordenamento ante o enorme temor da população em colaborar com as investigações preliminares.

O professor Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, grande baluarte paulista, expõe de forma clara e objetiva sua opinião sobre a denúncia anônima:

Se se admitisse a delatio anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza e em outras cidades da Itália, inclusive na própria Roma, ao tempo da inquisito

⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 33.

¹⁰ TOURINHO FILHO, op. cit., p.266-267.

extra ordinem, quando se permitia o povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' ou 'Bocas de Ia Verita'(caixas de substância análoga ao concreto, em formato de boca, com pequena abertura) suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno. Daí a razão de nosso o CPP não acolher tal modalidade espúria de notitia criminis.

Este não é o posicionamento do Supremo Tribunal, pois ele chancelou sua utilização, ressaltando que a mesma não feriu a nossa constituição federal, desde que ela seja utilizada para iniciar a fase investigada. Porém, tal enfoque acaba de ter uma virada constitucional.

HABEAS CORPUS. “DENÚNCIA ANÔNIMA” SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE “DENÚNCIA ANÔNIMA”. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada.¹¹

Entretanto, sabe-se que a inviolabilidade de domicilio é uma garantia constitucional ao qual, apenas, comporta as exceções nos casos de flagrante delito e ordem judicial. Na primeira hipótese, o agente violador do imóvel está vendo, em tese, em tempo real, o cometimento do delito. Na segunda, o magistrado o faz baseado com um lastro probatório pra medida quando expressa seu juízo de valor.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Brasília. DF. Habeas Corpus HC 99.490-SP. Relator: Ministro Joaquim Barboza. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899490%2E+OU+99490%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya5wejxf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Recentemente, em acórdão não unânime, a Suprema Corte¹² entendeu que é lícito a invasão de domicílio fundamentada em uma denúncia anônima sem a investigação prévia. Foi reconhecida a licitude da diligência, tendo em vista que o agente policial ingressou no domicílio, tendo como base unicamente uma denúncia anônima, porém os fatos contidos nela foram corroborados posteriormente, o que conferiu um momento investigativo diferido.

Vê-se, pois, que, após a prisão em flagrante do ora recorrente e de um corréu, ocorrida em 12/2/2008, tiveram início as investigações para confirmar a prática do delito de tráfico e para permitir a identificação dos supostos fornecedores dos entorpecentes. Tais atos investigatórios resultaram na identificação desses fornecedores e na expedição dos mandados de busca e apreensão, que foram cumpridos em 9/5/2008. Dessa forma, tenho que as denúncias anônimas restaram corroboradas pelas investigações realizadas pela autoridade policial, de modo que não há falar em nulidade do mandado de busca e apreensão que resultou na apreensão das drogas, como pretende o recorrente.

A decisão não foi unânime, em seu voto vencido o Ministro Gilmar Mendes¹³ entendeu pela inaplicabilidade de tal entendimento investigativo diferido, pois feriu as garantias constitucionais do indivíduo.

Realmente, no presente caso, não foram realizadas averiguações necessárias ao esclarecimento das denúncias anônimas relatadas pela Autoridade Policial. A pequena apreensão (1,6g de maconha) e a ausência de outras diligências investigatórias (interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal etc.) - temos apenas o monitoramento feito pelos policiais, no meu entender, apontam que a instauração da ação penal com conseqüente condenação representa medida nitidamente descabida.

O mestre Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁴ não admite tal forma investigativa, sendo necessária a identificação do delator para se resguardar o direito do Estado em as futuras punições, se assim for necessário, como veremos no próximo capítulo.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117988/RS.. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28117988%2EENUME%2E+OU+117988%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdpbe6j>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹³ Ibidem.

¹⁴ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 267.

O legislador deu ao cidadão a faculdade de levar ao conhecimento da Autoridade Policial a notitia criminis. Mera faculdade. Tanto é faculdade que, se alguém deixar de fazer não sofrerá nenhuma sanção. Evidente que não se trata, aqui, de 'denúncia anônima', mesmo porque, segundo Aloisi e Mortara, a denúncia anônima 'não é uma denúncia no significado jurídico do termo, pelo que não se pode ser tomada em consideração na lei Processual Penal.

Assim, quem desejar poderá fazer a delatio. Contudo é preciso que assuma a responsabilidade, identificando-os.

Fica evidente que na tentativa de se promover uma atuação mais efetiva em busca de diminuir a impunidade, cada vez mais o ordenamento jurídico vem restringindo os direitos e garantias constitucionais, como na hipótese, agora, ventilada. Entretanto, esta não capacita o agente policial de segurança na informação veiculada a fim de violar direitos e garantias individuais que o poder constituinte originário conferiu a cada indivíduo. Desse modo, um ato que deveria ser embasado de certeza e segurança, se tornou precário, ante a ampla subjetividade e discricionariedade que se conferiu a quem está conduzindo a investigação.

3. A APLICAÇÃO DA DENÚNCIA ANÔNIMA E SEU REFLEXO SOBRE O DIREITO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS DELADORES QUE SE UTILIZAM DO ANONIMATO NOS CRIMES DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME

O Código Penal, também, trata da questão do anonimato, punindo em seu conteúdo repressivo quem faz falsas delações criminosas, com reflexos diretos na sua repressão.

No diploma criminal, os infratores que movem a máquina judiciária desnecessariamente, comunicando às autoridades a prática de um crime que não existiu ou, se existir, sabem que a pessoa, alvo da futura investigação, é inocente, praticam os crimes em espécie contra a administração da justiça, em que, especificamente, enquadram-se nas modalidades dos delitos de denúncia caluniosa e falsa comunicação de crime ou contravenção.

No que tange à primeira modalidade, existe expressa penalização para aquele que se utiliza do anonimato para praticar o delito, acarretando a causa de aumento e 1/6 na pena do acusado. Todavia, na segunda não há a expressa punição, porém a doutrina admite que se utilize, como meio *operandi*, o anonimato. Assim, como o Poder Público poderá instaurar os procedimentos investigativos das práticas delitivas mencionadas, se o agente infrator se vale do anonimato?

O art. 339 do CP¹⁵ trata do crime de Denúncia Caluniosa:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1^o A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

É, também, denominada de calúnia qualificada, pois o agente dá causa a uma investigação policial, a um processo judicial, a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que sabe que não cometeu ilícito algum. Ele tem o prévio conhecimento de que a vítima é inocente, transferindo para si a punibilidade do ato praticado. Esta tipificação tutela a regularidade da administração pública em geral e tem como sujeitos da proteção jurídica, em primeiro lugar, o Estado, pois a prática criminosa prejudica o prestígio e credibilidade da administração pública ou da justiça, expondo-a ao cometimento de injustiças e ao entendimento de ter agido mal e, também, o investigado, que é a pessoa que se vê falsamente acusada.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa que imputa a prática do crime a alguém que o sabe inocente, iniciando assim, a persecução penal em face do caluniado inocente.

Nelson Hungria¹⁶, grande mestre do direito penal, repudiou o anonimato nas delações apócrifas determinando que o informante é mais covarde do que aquele que se identifica:

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 inverosímil), ainda quando indica por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e por isso mesmo, trata de se esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena”.

O professor Damásio E. de Jesus¹⁷ ensina que é admissível a denúncia anônima no crime de denunciação caluniosa. Ele entende ser possível que ela seja causa de instauração do procedimento penal por qualquer meio, em especial carta ou telefonema anônimos.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v.9. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 466.

¹⁷ JESUS, Damásio de. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327.

Novamente, o Professor Paulista Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁸, defendendo sua posição contrária à da corrente majoritária, dizendo que a denúncia anônima, também, não foi recepcionada no Código repressivo.

Na verdade o CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis* se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros, da impunidade ... Sublinha-se que o art. 340 do CP pune, com detenção, todo aquele que venha provocar a ação da autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que sabe não se ter verificado. Assim, como nosso diploma repressivo pune a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime ou de contravenção, parece óbvio não se poder admitir o anonimato na notícia criminis. Do contrário, já não teriam aplicação os arts 339 e 340 do CP, em face da preferência que seria dada à notícia anônima.

O art. 340 do CP¹⁹ trata do crime da comunicação falsa de crime ou contravenção, pois o agente provoca as ações procedimentais de fato que sabe não existir, “Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado: Pena - detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa”.

O objeto da tutela jurisdicional, como no delito anterior, é a administração da justiça, porque este crime desprestigia a eficácia na operacionalidade da atividade judiciária e administrativa, que se vê impulsionada a dar início a investigações e diligências inúteis, o que atrapalha o curso natural de suas atividades. O sujeito ativo desse crime é quem move a máquina administrativa desnecessariamente, comunicando crime saber que não existiu e o sujeito passivo, igualmente abordado no delito anterior é o Estado e o investigado. Porém, a consumação deste delito, com o registro da comunicação falsa.

Julio F. Mirabete²⁰ entende pela admissibilidade da execução do delito de forma

¹⁸ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 55 e 56.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

²⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Curso de Direito Penal*. 26. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012, p. 377.

anônima, da seguinte forma: "Essa conduta pode ser praticada através de meios diversos (oral, escrito, pelo telefone, rádio etc.) e de modo anônimo, com nome suposto etc".

Analisando a questão, percebe-se que o instituto não viabiliza que as autoridades dêem o início à persecução penal, haja vista que não possuíam, em suas mãos, elementos que poderiam lhe direcionar quem emitiu a comunicação, o que gera a impunidade.

Interessante é que no tribunal carioca, o Desembargador Sergio Verani²¹, levantou a bandeira que a admissão da delação apócrifa seria um retrocesso aos tempos da inquisição.

A "denúncia anônima" não constitui prova de coisa alguma, não se podendo restaurar, no século XXI, o procedimento da Inquisição: "A prática das Inquisições em Espanha pode neste campo servir de modelo: ao comunicar a Acusação, suprimem-se quaisquer circunstâncias de tempo, de lugar, de pessoas, assim como tudo o que possa dar ao Acusado a mínima possibilidade de descobrir quem são os seus Acusadores." (O Manual dos Inquisidores Nicolau Emérico). Ausência de averiguação prévia da suposta situação de ilicitude penal. Prova acusatória inverossímil. A vedação constitucional do anonimato não é compatível com a instauração de persecução criminal fundada em tal notícia. Considerando-se os tipos penais dos arts. 339 e 340, CP, exclui-se o anonimato na notitia criminis, individualizando-se o comunicante para fins de coibirem-se abusos em eventual denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime.

Contudo, mediante aos avanços tecnológicos, as delações anônimas, atualmente, são feitas via telefone, ao qual se promete resguardar a identidade do delator, bem como existe a possibilidade no bloqueio da identificação. Se o Estado é o tutelado destas práticas criminosas, como o mesmo irá se defender das inúmeras delações anônimas falsas que lhe são repassadas, diariamente, pelas entidades vinculadas?

Vê-se que, pelo o princípio da obrigatoriedade, o Estado deve investigar os fatos noticiados como prática delitiva, ao qual gastasse o erário público para, ao final das investigações, descobrir que todo o procedimento foi inútil, pois a notícia crime não era verdadeira.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0001917-21.2012.8.19.0037. Relator: Des. Sergio de Souza Verani. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048EA580D4A6CD846E9D88AA44B2A55C2FC5025B416355>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

É necessária uma melhor abordagem jurídica da questão, pois, se por um lado, os órgãos competentes atingem de forma plena a persecução penal em alguns delitos, punindo exemplarmente seus transgressores. Por outro lado, fica bastante precária a punição dos agentes que cometem os delitos mencionados em face ao anonimato a eles privilegiados, porque esta é a forma de se denunciar mais utilizada atualmente.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado questionou o retrocesso na utilização da denúncia anônima como meio para o Estado iniciar a persecução penal, pois o atual posicionamento da Suprema Corte é a sua admissão sem a investigação preliminar, o que, em muitos casos, há um desrespeito à figura do indiciado ou acusado.

Apesar de a Constituição Federal deixar claro em seu texto normativo a vedação do anonimato, majoritariamente e pacificado pelo Supremo, prevalece o entendimento pela possibilidade da aplicação do instituto, desde que o Estado aja com extrema cautela para não mitigar os direitos e garantias individuais do cidadão, tendo em vista que a delação apócrifa não fornece às autoridades a credibilidade necessária para as incursões ou diligências diretas. Assim, o Estado deve diligenciar investigando a veracidade da informação veiculada a fim de dar robustez às provas posteriormente produzidas. Melhor dizendo, deveria investigar antes de restringir direitos.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, apesar da instável precariedade, a denúncia anônima é um meio de prova necessário para a redução da criminalidade, porque as pessoas têm medo de represálias se forem denunciar.

Todavia, a nova sinalização do Tribunal Supremo, ainda que por maioria de votos, gerou instabilidade jurídica, pois não resguardar os direitos e garantias individuais que foram

duramente conquistados no estado democrático de direito. A nova ótica é um regresso ao sistema inquisitivo, ao qual a nova ordem tentou abolir e que foi duramente criticado. Entender que as denúncias anônimas possuem momento investigativo diferido, chancelando invasões à domicílios sem qualquer embasamento investigatório, é um retrocesso, pois tornou o investigado em objeto de direito e não sujeito de direito.

Com essas atitudes, as autoridades almejam resgatar a confiabilidade e o crédito que perderam com a sociedade, porém esse caminho pode ensejar num estado de temor para o futuro, pois se pode regredir aos famigerados tempos da inquisição, em que inocentes foram mortos em nome do coletivo, com o respaldo do Estado, que cria e dita as leis e normas de conduta.

O atual entendimento da Suprema Corte é perigoso, pois a utilização da notícia anônima, sem a devida investigação prévia, poderá gerar mais ilegalidades e injustiças, atingindo tanto os marginais quanto cidadãos de bem.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. *Código Penal, Código Processo Penal e Constituição Federal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flavio Gomes. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Brasília. DF. Habeas Corpus HC 99.490-SP. Relator: Ministro Joaquim Barboza. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899490%2EENUME%2E+OU+99490%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya5wejxf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 120.787-DF.. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28120787%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7jxhdfo>>. Acesso em: 18 ago. 2017

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117988-RS.. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28117988%2ENU ME%2E+OU+117988%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdpbe6j>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0001917-21.2012.8.19.0037. Relator: Des. Sergio de Souza Verani. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048EA580D4A6CD846E9D88AA44B2A55C2FC5025B416355>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso de Direito Penal*. 26. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosemar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.