

A LINGUAGEM PELO AVESSE: A DENÚNCIA ANÔNIMA COMO CAUSA (I)LEGITIMADORA DA INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: INCONSTITUCIONALIDADE E IRRACIONALIDADE

* Paulo Rangel: Promotor de Justiça do Estado de Sergipe. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Processo Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Autor de livros e artigos da área jurídica.

I. A linguagem como instrumento de comunicação. A ética da alteridade.

O direito, enquanto instrumento de emancipação do homem é utilizado coercitivamente, visando à garantia das liberdades públicas que vem a ser a soma da diferença entre os interesses privados, em outras palavras, o espaço público dentro do qual o homem exerce seus direitos e estabelece os limites de convivência com o outro, respeitando as diferenças.

O direito deve ser visto como uma forma de integração social, desde que, claro, suas normas contenham uma manifestação racional e livre de nossas vontades, expressando, na linguagem Habermasiana, um agir comunicativo entre os interlocutores que desejam alcançar um consenso que deve ser ético. E aqui a ética é vista sob o enfoque do respeito à vida, enquanto critério de verdade prática de reproduzir e desenvolver a vida humana (material, de conteúdo).¹

Não é o discurso sem dimensão ética, como diz Habermas, mas com conteúdo ético, na visão de Dussel: a ética da

¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves e outros. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 208.

alteridade.² O elemento ético do discurso não pode se apresentar como algo "colado posteriormente", pois ou o discurso carrega em si uma dimensão ética no sentido de que é no próprio discurso que está implícito o elemento que o impele ao reconhecimento do outro, ou não há como fazê-lo posteriormente.³

Um comportamento ético que respeita o homem enquanto principal razão de ser das regras jurídicas existentes. Não faz sentido a criação, pelo homem, do direito se este não se lhe destina. Por isso Luiz Moreira⁴ afirma:

A validade do ordenamento jurídico não se prende a um consenso factual arraigado através da força dos costumes e dos hábitos seculares.

É a suposição de legitimidade do ordenamento jurídico que garante tanto a validade social quanto a obediência fática aos seus preceitos. Isto porque o ordenamento carrega uma marca de fundamentação racional oriunda da resgatabilidade racional de suas pretensões de validade. Quando o Direito positivo não se assenta sobre bases legítimas, fica a mercê do puro arbítrio.

Criar regras e princípios constitucionais, estabelecendo direitos e protegendo valores, e não respeitá-los é a falência de um sistema legal calcado na preservação da vida do homem. Para tanto, os homens, integrados que estão, utilizam a linguagem como instrumento de comunicação para que o entendimento entre eles permita cada um alcançar sua metas e seus interesses.

Não há dúvida de que ao se lançar mão de uma Constituição disciplinando uma nova vida em sociedade o Estado o faz calcado em uma integração entre os homens que descrentes, cansados e espoliados em seus direitos, partem para uma nova vida, reconstruindo um novo arcabouço jurídico.

² A ética para com o outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença.

³ Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

⁴ **Moreira, Luiz**. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 122.

II. A ação comunicativa como proteção do alter: a ética da alteridade. Direitos e garantias individuais absolutos. Estado de exceção.

E aqui reside a finalidade da linguagem como instrumento de comunicação, enquanto forma de integração do homem: proteger a vida que é a *condição absoluta e o conteúdo constituinte da realidade humana impondo-se-nos mantê-la, defendê-la, conservá-la, face nossa responsabilidade comunitária.*⁵

Ora, se não nos preocuparmos com a vida, inclusive e principalmente, do outro, reconhecendo-o como igual, na sua diferença, não há ética da alteridade em nosso agir comunicativo e, por via de consequência, não há legitimidade em nossas ações.

Velasco⁶ ensina que:

O conceito de ação comunicativa supõe que cada indivíduo persiga metas determinadas de acordo com seus interesses: eles perseguem seus interesses sob a condição de que possam chegar a um entendimento com os outros sobre seus planos de ação.

Nesse sentido, o consenso alcançado pelos interlocutores deve ser voltado para a vontade de todos, ou seja, a soma da diferença entre os interesses privados com total respeito entre as diferenças. O problema do agir comunicativo é que ele *pressupõe uma comunidade de agentes situados na esfera de uma criticidade possível: a comunidade comunicativa é uma comunidade argumentativa.*⁷

E por que problema? Porque existem pessoas que estão fora desse processo argumentativo: os excluídos sociais, ou na visão de Dussel "as vítimas".⁸

⁵ Dussel, Henrique. ob. cit. P. 211.

⁶ Velasco, Marina. *Ética do Discurso: Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001, p. 79.

⁷ Oliveira, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 160.

⁸ Nesta *Ética*, o Outro não será denominado metafórica e economicamente sob o nome de pobre. Agora, inspirando-nos em W. Benjamim, o denominarei "a vítima" – noção mais ampla e exata." (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves e outros. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p.17).

Portanto, quando o Estado normatiza direitos deve fazê-lo levando em linha de conta essas pessoas excluídas, isto é, fora dessa ação comunicativa. É quando utiliza a ética da alteridade visando à libertação do homem.

O Estado, ao lançar mão de suas formas coercitivas de agir e fazer impor suas regras, não pode excepcionar qualquer direito, pois em nossa posição, existem direitos absolutos sim na Constituição da República com os quais não se pode transigir.

Dizer que não há no Direito Constitucional brasileiro regra absoluta de proteção do indivíduo é entender que o Estado pode, por exemplo, torturar um preso para que ele conte a "verdade" sobre o "assassinato de uma criança". Não, não pode. Esta regra é absoluta e não comporta exceções. É o quanto custa viver em uma democracia.

No mesmo sentido dizer que o Estado pode aceitar uma denúncia anônima com o escopo de dar causa a instauração de uma investigação criminal porque um crime (grave ou não) ocorreu é admitir um Estado de Exceção. A história brasileira é cheia de exemplos de violações de direitos com os quais não queremos mais conviver. Por isso a ruptura com o sistema anterior e a adoção de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, da **CR**).

Apenas para lembrar o período de exceção vivido durante o regime militar citamos o depoimento de um dos presos políticos, Luís Medeiros de Oliveira, estudante, à época, de engenharia, prestado ao Comitê Brasileiro pela Anistia, em 1979. A prisão em si ocorrera em 16 de junho de 1969, em Engenho Noruega, no município de Escada, em Pernambuco:

Depois que o Petrônio chegou eles começaram a nos espancar com barras de ferro, qualquer pedaço de ferro que encontravam pelo depósito e correias de ventilador de carro, isto durante uma porção de tempo. Bateram em mim e no Elenaldo. E depois nos levaram lá para fora do engenho, penduraram, amarraram cordas em volta dos calcanhares penduraram cada um de nós dois passando a corda por uma linha que tinha uns dois ou três metros de altura e continuaram espancando e deram banho de álcool e ameaçaram tocar fogo e também com o revólver enfiando no ouvido e puxando o gatilho mas sem ter bala no revólver. Depois de

uma porção de tempo de espancamento eles então cortaram as cordas e nós caímos de cabeça no chão. Uma dor violenta essa cabeçada no chão⁹.

Se o Estado abrir mão de determinado direito constitucional, em desfavor de um simples e humilde indivíduo, desestabiliza-se o Estado Democrático de Direito. A verdade¹⁰, se é que ela existe, não pode ser alcançada a qualquer custo. Há limites e um preço que devemos pagar, mesmo que inocentando um culpado, pois o pior seria a punição de um inocente.

Já tivemos oportunidade de dizer, em outra ocasião que:

O processo criminal passa a ser o ambiente de proteção do indivíduo e não de punição, exclusivamente. Somente através dele é que se pode punir um indivíduo (princípio da necessidade: nulla poena sine iudicio), mas a punição deixa de ser o objetivo principal do processo para ser algo secundário colocando o indivíduo com meta principal da resolução do caso penal. O ser humano passa a ser visto no processo criminal e não a lide (ou o caso penal).

Esta parece a razão pela qual a luta pela defesa dos direitos fundamentais, em uma visão Waratiana, é uma luta de toda a sociedade e não do réu, em especial. Não são direitos do preso, como comumente se diz, mas direitos de cada um isoladamente que, por serem corpos sucessivos, são direitos da mesma pessoa. Ao proteger o outro me protejo. Ao me proteger protejo o outro. Somos um só.

É comum se ouvir teses e entendimentos de que é necessário restringir direitos e garantias fundamentais para conter a onda de violência que assola os grandes centros urbanos, porém não se percebe que tal postura visa a levar aqueles que assim entendem a cair em uma areia movediça, ou seja,

⁹ *Brasil: Nunca Mais*. Prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns. 30 ed., Rio de Janeiro/Petrópolis: Vozes, 1999, p. 224.

¹⁰ *Há duas concepções básicas da verdade: a grega e a semítica. Para a filosofia grega, a verdade tem um sentido essencialmente intelectual: é a correspondência intrínseca do pensamento com a realidade pensada. Já na concepção semítica a verdade está ligada a vida ética. Verdadeiro é o que inspira confiança e fidelidade* (Comparato, Fábio Conder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 522).

*estão defendendo a diminuição dos seus próprios direitos não dos outros. Os outros são eles mesmos.*¹¹

Não há que se esquecer que em nome da divindade, em nome de Deus, em nome da justiça e sei lá mais o quê foram praticadas as maiores atrocidades contra os homens e tudo era normatizado. Mas percebam: a vida não era respeitada e não havia comprovação ética discursiva. Logo, ilegítimos todos esses atos.

III. Pietro Verri: a tortura e a denúncia anônima na Itália.

Na obra "*Observações Sobre a Tortura*", Pietro Verri, um iluminista do século XVIII, narra como o Estado italiano fez para legitimar a tortura. A obra relata a reconstrução de um processo criminal de Milão de 1630 em que os réus foram acusados de "UNTAR", quer dizer, passar um óleo venenoso nas paredes das casas de Milão envenenando as pessoas. Morreram 800 pessoas, por dia.

Verri denuncia e condena a utilização, pelo governo, de métodos de investigação brutais, injustos e desprovidos de qualquer racionalidade.

A sociedade, diante do medo e apavorada com a peste que se alastrava, autorizou o Estado a legislar legalizando a tortura para que os fatos fossem investigados, buscando, assim, a chamada "verdade real"¹².

*O oferecimento de prêmio a quem denunciasse os culpados é também uma característica do mau governo, sendo uma forma de exploração demagógica da ignorância, da superstição e da falta de ética, além de servir para que o governo transfira para o povo uma responsabilidade que é sua, sendo, ainda, um estímulo à prática da delação*¹³.

¹¹ Rangel, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19.

¹² *A verdade real é um mito fundante do sistema judiciário criminal brasileiro. O sistema opera com a crença na possibilidade de se obter, através do processo penal, a reconstituição dos fatos, ou seja, a crença na obtenção da verdade real. Este princípio, enquanto crença fundante do sistema, funciona como uma dimensão simbólica de legitimação* (Figueira, Luiz. *Produção da Verdade nas Práticas Judiciárias Criminais Brasileiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/UFF, 2005, p. 30.

¹³ Verri, Pietro. *Observações Sobre a Tortura*. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. XVII.

Catterina Rosa foi quem denunciou, através de um boato, *Guglielmo Piazza* ao capitão da justiça e o boato, por si só, foi o suficiente para a decretação da prisão dele. Ela recebeu um prêmio pela delação. Era a delação premiada nascendo no seio da sociedade e incentivando as denúncias de "criminosos".

A peste disseminada fez com que o povo se unisse para exterminar aqueles que estivessem contaminados, ou que facilitassem sua disseminação. Logo, a tortura foi largamente utilizada.

Verri¹⁴ nos dá o veredicto, àquela época:

O Povo quer que alguém seja punido por seus incômodos e por suas desgraças, mesmo que seja absolutamente ilógica essa pretensão punitiva.

Detalhe: a obra estuda um processo instaurado em 1630, em Milão, na Itália.

Qual a diferença para os dias atuais? Nenhuma. Ainda temos nossas denúncias anônimas¹⁵ e nossas prisões pirotécnicas, algumas motivadas por "boatos" espalhados, não mais por *Catterina Rosa*, mas sim pela imprensa. A imprensa, nos dias atuais, substituiu *Catterina Rosa*, através do manto da chamada "liberdade de imprensa"¹⁶.

IV. Liberdade de imprensa versus denúncia anônima: incompatibilidade. Estado de Democrático de Direito.

A imprensa deve noticiar os fatos, não julgá-los. Uma matéria jornalística, por si só, feita muitas vezes com base em denúncia anônima, não pode autorizar a instauração de uma investigação ou processo. Há casos em que o

¹⁴ Ob. cit. p. XVII.

¹⁵ No Rio de Janeiro há um programa de uma ONG chamada Viva Rio que estimula as denúncias pelo número 2533.1177. Não há que se confundir a denúncia anônima de um criminoso que se encontra homiziado nos fundos de uma residência, mas com processo já instaurado (ou já finalizado) pelas vias legais e normais com a denúncia anônima que dá causa à instauração de um procedimento ou processo judicial. É esta que estamos refutando.

¹⁶ Que fique claro que somos a favor da liberdade de imprensa, mas não da imprensa que em nome dessa liberdade acusa as pessoas e as condena, sem que elas tenham oportunidade de se defender, através do devido processo legal.

Ministério Público instaura uma investigação criminal (ou cível, no âmbito do inquérito civil público) usando como sustentação uma matéria de jornal, escrito ou falado, feita com base em denúncia anônima, fato, que por si só, é inadmissível.

A investigação criminal direta pelo Ministério Público¹⁷ não pode ser fora dos limites e balizas constitucionais, sob pena de se tornar um procedimento criminal apócrifo¹⁸. Imprensa livre não é imprensa irresponsável. A liberdade é para noticiar os fatos devidamente apurados, sem que haja censura sobre sua atividade.

A liberdade da imprensa esbarra nos direitos e garantias individuais, sem os quais não há liberdade de qualquer cidadão. Imprensa livre é imprensa responsável e consciente de seu papel de informadora dos fatos. O julgamento dos cidadãos cabe ao Poder Judiciário.

Ramonet¹⁹ deixa claro:

Censura significa supressão, interdição, proibição, corte e retenção de informação. A autoridade tem plena certeza de que um atributo forte de seu poder consiste em controlar a expressão e a comunicação de todos aqueles que estão sob sua tutela. É assim que se procedem os ditadores, os déspotas ou os juízes da Inquisição.

Viver num país livre é viver sob um regime político que não pratica esta forma de censura e que, ao contrário, respeita o direito de expressão, de imprensa, de opinião, de associação, de debate, de discussão.

E, claro, essa livre manifestação, citada por Ramonet, sempre com autoria identificada para que possamos responsabilizar por eventuais delitos, civis ou criminais e até administrativos, seus autores.

¹⁷ Cf. Rangel, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁸ Originariamente, os apócrifos eram os textos sagrados não divulgados, como o Livro das Sabinas dos Romanos. Para a ortodoxia cristã, apócrifos eram todos os textos sagrados cuja autenticidade (ou conformidade com o credo ou ditados pela inspiração no Espírito Santo) não era possível garantir, razão porque não foram incluídos no texto canônico da Bíblia (permanecem apenas na versão grega, mas não na hebraica). Estão neste caso, por exemplo, o Livro da Sabedoria de Salomão, Vida de Adão e Eva, Apocalipse e Evangelho de São Pedro.

¹⁹ Ramonet, Ignácio. *A Tirania da Comunicação*. 2 ed., Rio de Janeiro/Petrópolis: Vozes, 2001, p. 28.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (e em outros órgãos espalhados pelo Brasil) há uma Ouvidoria Geral para receber denúncias contra *"desrespeito a direitos do consumidor, agressões ao meio ambiente e ao patrimônio público, maus tratos a crianças, idosos e deficientes, informações sobre organizações criminosas, entre outras violações"*.²⁰ Até aqui, nada de anormal.

A Ouvidoria é um importante instrumento de cidadania e vem ao encontro da defesa dos direitos a garantias individuais e deve ser incentivada pelo poder público. Contudo, não pode assegurar o anonimato e incentivá-lo como se faz no próprio site do MP:

"O denunciante não precisa se identificar para apresentar sua denúncia ao Ministério Público. Se desejar, poderá permanecer anônimo, ligando pelo número 127 (tarifa de ligação local) ou apresentando sua comunicação pessoalmente ou pela Internet".

Existe uma contradição. Primeiro se assegura o exercício da cidadania. Depois, se incentiva o desrespeito ao princípio constitucional da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, **CR**). Qualquer cidadão desgostoso com a atuação de um membro do MP pode denunciá-lo e submetê-lo aos trâmites (a)normais de um procedimento administrativo disciplinar, sem se identificar.

O membro do Ministério Público fica refém, dentro da sua própria instituição. E pior: a restrição ao direito fundamental da vedação ao anonimato é imposta por um ato normativo expedido pelo Procurador Geral de Justiça. É quando Jorge Reis Novais²¹ pergunta:

Como pode um direito garantido com força de lei constitucional ser legitimamente diminuído ou suprimido por acção dos poderes constituídos?

A resposta é dada pelo mesmo autor quando afirma que o fundamento para que haja restrição tem que *necessariamente residir no próprio texto constitucional, ou seja, sob pena*

²⁰ <http://www.mp.rj.gov.br>

²¹ Novais, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 289/290.

de inconstitucionalidade, tem que se apurar na intenção expressa pelo legislador constituinte uma autorização para a posterior actividade dos poderes constituídos. Novais²² conclui com a seguinte afirmativa:

Com efeito, sob pena de subversão das relações entre Constituição e normas ordinárias numa ordem jurídica dotada de Constituição em sentido formal, é impossível, aqui como em qualquer outro domínio, não partir da máxima segundo a qual os poderes constituídos só podem fazer aquilo que está expressa ou implicitamente autorizado pela Constituição.

Logo, não há autorização constitucional para que se expeça um ato administrativo (criando a Ouvidoria) incentivando o anonimato. Por se tratar de um *direito fundamental sem reservas*²³ tal incentivo é inconstitucional. Não se diga aqui que há um juízo de ponderação de interesses em que o alcance da proteção absoluta de um direito sempre dependerá das relações entre os princípios incidentes no caso.²⁴ Não.

A norma fundamental é de proteção da vida, enquanto norma de conteúdo discursivo ético e, como tal, não pode ser **negociada ou vendida em um balcão de comércio.**

A ponderação²⁵ se dá quando há conflito entre as regras e/ou princípios constitucionais a fim de que possamos equilibrar os bens jurídicos que estão se contrastando. No percurso traçado pelo intérprete cabe a ele *identificar os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto*²⁶.

No caso objeto de estudo não há conflito entre regras e/ou princípios constitucionais e sim violação de um expresso princípio da Carta Política: **É VEDADO O ANONIMATO** (Art. 5º, IV).

²² Ob. cit. p. 360.

²³ *Quando a norma constitucional não faz qualquer referência a posteriores actividades restritivas dos poderes constituídos* (Novais, Jorge Reis. Ob. cit. p. 291).

²⁴ Garcia, Emerson. *Conflito Entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 286.

²⁵ *É a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais* (Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional In: Barroso, Luís Roberto (org.). A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 262.

²⁶ Barcellos, Ana Paula. Ob. cit. p. 265.

O problema é que tal Ouvidoria vem na onda do **Movimento da Lei e da Ordem**²⁷, isto é, é criada nem tanto para assegurar direitos e garantias fundamentais, mas sim para *manter a ordem pública* e, por via de consequência, violar o direito da vedação ao anonimato.

O correto é incentivar o uso da Ouvidoria e não admitir o anonimato. Quem quiser fazer denúncia que o faça identificando-se, sob pena de indeferimento, liminar, da "denúncia".

Destarte, ou asseguramos os direitos e garantias fundamentais inseridos na Carta Política do País ou de nada vale uma *Constituição Cidadã*. Trata-se de uma opção não só jurídica, mas principalmente política do Estado.

Bobbio²⁸ quando estuda o "*presente e o futuro dos direitos do homem*" afirma:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A regra constitucional da vedação ao anonimato é por demais imperativa, *in verbis*:

Art. 5º...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que a CR permite a liberdade de manifestação do pensamento, ela veda que se o faça anonimamente. O autor deve identificar-se, assumir expressamente a autoria do produto do pensamento

²⁷ *O Prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, em 1993, assume o cargo de Prefeito, dando início ao plano denominado Tolerância Zero (...) que é uma vertente do chamado movimento da Lei e da Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador* (Greco, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 2 ed., Rio de Janeiro/Niterói: Impetus, 2006, p. 17/18.

²⁸ Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

manifestado, para, se for o caso, responder por eventuais danos a terceiros.

José Afonso da Silva²⁹, comentando o art. 5º, IV da **CR**, em lúcida exposição esclarece:

O que não se admite, em face do texto constitucional, é a submissão de alguém a constrangimento e perseguição criminal com base exclusivamente em denúncia anônima. A vedação ao anonimato tem por objetivo proteger as pessoas inocentes da maledicência e evitar o desgaste da imagem pessoal e a agressão ao conceito de pessoas perante terceiros.

A denúncia anônima é um instrumento que atenta contra o Estado Democrático de Direito. É o uso, pelo avesso, da linguagem enquanto forma de comunicação e inserção do homem no mundo.

O crime de denúncia caluniosa se consuma quando da *instauração da investigação policial, do processo judicial, da investigação administrativa, do inquérito civil ou da ação de improbidade administrativa*³⁰, porém, em se tratando de denúncia anônima a quem vamos processar?

Pensamos que a autoridade que determinar a instauração do procedimento criminal ou administrativo, tendo como base a denúncia anônima, ficaria sujeita, em tese, a responsabilidade criminal, nos exatos limites do art. 339 do **CP**.

O denunciante anônimo se esconde atrás das vestes da impunidade, pois se sua denúncia for falsa, ele não será responsabilizado. O Estado não pode dar causa a uma investigação policial ou administrativa, muito menos a um processo judicial, com base, única e exclusivamente, em uma denúncia anônima, e depois, com base nela, sair procurando outros meios de prova.

Se isso ocorrer aplica-se o conhecido princípio constitucional dos frutos da árvore envenenada - *fruits of the poisonous tree* - ou da prova ilícita por derivação,

²⁹ Silva, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

³⁰ Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 623.

cunhada pela Suprema Corte norte-americana³¹ e adotada no Brasil³², em que os vícios da planta transmitem-se aos seus frutos.

Se a denúncia anônima deu causa a instauração de investigação policial (ou cível ou administrativa) e, conseqüente, processo judicial com tomada de depoimentos, em sede administrativa ou judicial, com realização de perícias, etc, tudo estará contaminado.

O "denunciado" tem o direito de demonstrar os motivos pelos quais quem o denuncia o faz: vingança, perseguição política, inveja, despeito, falta do que fazer, etc. Sendo anônima a denúncia, não há como reagir contra o denunciante. Ele fica refém.

É bem verdade que alguns crimes podem deixar de ser esclarecidos pela vedação da denúncia anônima, mas como disse Afrânio Silva Jardim³³ em lúcido parecer de sua lavra:

Uma premissa conceitual deve ser estabelecida em todo o processo de interpretação das normas constitucionais que tutelam os chamados direitos individuais: ao estabelecer regras que asseguram um processo penal democrático, o Estado sabe, de caso pensado, que irá absolver culpados diuturnamente. Entretanto, faz esta opção para não assumir igual risco de condenar inocentes ou mesmo culpados a penas injustas.

³¹ A partir da decisão proferida no caso "Silverthorne Lumber Co. v. United States" (251 US 385; 40 S.Ct. 182; 64 L. Ed. 319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais (Avolio, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 2ed., São Paulo: RT, 1999, p. 73).

³² O STF, em 30 de junho de 1993, na voz do Ministro Sepúlveda Pertence disse: essa doutrina é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. Vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelas colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não permitir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas (Avolio, Luiz Francisco Torquato, ob. Cit. p. 77).

³³ Parecer no RESE nº 2007.051.00622, junto à 7ª Câmara Criminal, do TJRJ.

A toda evidência, o Estado seria muito mais eficaz em combater a criminalidade se não necessitasse processualizar sua pretensão punitiva, estabelecendo um processo que garanta valores outros, tão relevantes ou mais relevantes do que condenar quem mereça ser condenado. O "preço" de combater a criminalidade desta forma é muito alto, vez que tem de postergar valores relevantes conquistados através do processo civilizatório, criando, por outro lado, uma coletiva insegurança entre a sociedade civil.

Quer-se dizer: o processo penal democrático tem um custo alto à sociedade. Não se pode querer punir a qualquer preço e de qualquer modo. Há um limite, dentre vários, estabelecido pela CR: VEDAÇÃO AO ANONIMATO (art. 5º, IV) que traz como conseqüência inadmissibilidade, no processo, de prova ilícita (art. 5º, LVI).³⁴

O Estado que nos referimos é o que estabelece a democracia substancial ou social, dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais. Diferente do Estado político representativo que estabelece a democracia formal ou política, isto é, aquela baseada no princípio da maioria como fonte de legalidade.

Luigi Ferrajoli³⁵ preleciona que:

Estado representativo consente que a soberania resida no povo, e que portanto o seu exercício seja legítimo enquanto represente a vontade da maioria, o Estado de direito requer que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos voltados à satisfação dos interesses primários de todos, e sejam, outrossim, legítimas enquanto concretamente tutelam e realizam tais interesses.

Nesse sentido, o Brasil embora tenha uma democracia também representativa ela fica subordinada, no tocante a quem decide, aos princípios da democracia social relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir,

³⁴ É sempre salutar recordar que a CR, no art. 5º, LVI, não faz qualquer concessão à manipulação discursiva dos meios de prova; e prova ilícita é prova ilícita, não se podendo asseverar, em nenhuma hipótese, a sua legalidade (Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda e outro. *Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado*. In: Schmidt, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 311.

³⁵ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. (tradução: Ana Paula Zolmer e outros). São Paulo: RT, 2002, p. 694.

por isso, Ferrajoli diz que *nenhuma maioria pode decidir a condenação de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um sujeito ou de um grupo minoritário; e nem mesmo pode não decidir pelas medidas necessárias para que a um cidadão sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência.*³⁶

Ferrajoli, ao fazer essa exposição, nos autoriza dizer que o argumento de que um criminoso ficará impune com a vedação do anonimato e que, portanto, não é esse o interesse da sociedade, não tem subsistência teórica constitucional. Do contrário, Hitler teria instalado na Alemanha nazista um regime democrático porque calcado na vontade da maioria do povo alemão. Absurdo incomensurável. Naquele Estado Nacional-Socialista o que se fez foi aniquilar milhões de vidas humanas, através de uma política ditatorial, repressiva e segregadora de raças.

V. Posição do STF e do STJ contra a denúncia anônima.

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento claro sobre a denúncia anônima. O ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do inquérito 1.957/PR, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi enfático ao asseverar que:

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

A meu ver, peca este processo pelo nascimento, em si, no que decorreu - repito - de um ato a ser excomungado, ou seja, de uma "denúncia" anônima.

A Suprema Corte ainda, ao regular a **atuação** de sua **Ouvidoria**, instituiu a **Resolução** nº **290**, de 5/4/2004, a qual **determina**, em resumo, **sejam rejeitadas denúncias anônimas destinadas a Corte**. Observe-se:

Art. 4º Não serão admitidas pela Ouvidoria:

³⁶ Ferrajoli, ob. cit. p. 694.

II - reclamações, críticas ou denúncias anônimas;

Nesse sentido, não é aceita, no STF, uma reclamação, crítica ou denúncia anônima, logo não poderá sê-lo nos demais órgãos jurisdicionais, ou, quiçá, administrativos. O Superior Tribunal de Justiça segue o acertado caminho do STF e afasta a possibilidade de que o procedimento investigatório possa ser instaurado com base, tão-só, em escrito anônimo. Veja-se:

*INQUÉRITO POLICIAL. CARTA ANÔNIMA. O Superior Tribunal de Justiça **não pode ordenar** a instauração de inquérito policial, a respeito de autoridades sujeitas à sua jurisdição penal, **com base em carta anônima**. Agravo regimental **não** provido. (Inq. 355 - Agr/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler - grifou-se).*

*De acordo com o art. 5º, IV, da Constituição, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Sob a minha presidência, a Corte Especial julgou o AgRg no Inq-355, a que já me referi, ocasião em que o Relator (Ministro Ari Pargendler) afirmou o seguinte: "**A carta anônima de fls. 3 e verso não pode, portanto, movimentar polícia e justiça sem afrontar a aludida norma constitucional**. Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental." O Ministro José Delgado assim se manifestou: "Sr. Presidente, se a "denúncia" for sem qualquer fundamento, poderá caracterizar outro delito de denúncia caluniosa. **É evidente que, se esta Corte Especial abrir espaço para acolher instauração de inquérito com base em cartas anônimas, estaremos criando um precedente profundamente perigoso**". (Q.O. na Notícia-crime nº 280 - TO, Rel. Min. Nilson Naves, grifou-se)*

Fica claro que se o STF e o STJ não aceitam denúncia anônima contra qualquer autoridade sujeita à sua jurisdição penal não poderá admitir que se o faça contra qualquer outra pessoa, em nome do princípio da isonomia (art. 5º, da **CR**). Seria um *contra sensu* proibir em relação às autoridades que estão sujeitas à sua jurisdição e permitir contra os demais mortais.

VI. O CNJ³⁷ e o CNMP³⁸ e a denúncia anônima: impossibilidade.

No plano ainda nacional o CNJ, ao tratar da regulamentação das denúncias recebidas pelo órgão, expressamente determina que:

Art. 72. A reclamação disciplinar poderá ser proposta contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado, conforme permissivo do art. 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal.

§ 1º A reclamação deverá ser formulada por escrito e dirigida ao Ministro-Corregedor, contendo a identificação e o endereço do reclamante, confirmada a autenticidade, sob pena de indeferimento liminar (sem grifos no original)

No mesmo sentido, deixando claro que essa é a postura da República Federativa do Brasil, o CNMP tem regra clara, *in verbis*:

Art. 71. A reclamação disciplinar poderá ser proposta, por qualquer interessado, inclusive membro do Conselho, contra membros, órgãos ou serviços auxiliares do Ministério Público, conforme permissivo do art. 130-A, § 2º, III, da Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 1 de 2006)

§ 1º A reclamação deverá ser formulada por escrito e dirigida ao Corregedor, contendo a identificação e o endereço do reclamante, confirmada a autenticidade, sob pena de indeferimento liminar (sem grifos no original).

Ora, é visível que a reclamação não poderá ser anônima, sob pena de nem ser recebida. A identificação é a garantia de que se ocorrerem danos materiais ou morais ao "denunciado" ele poderá reclamar no judiciário por saber de quem se trata.

Do contrário, se não houver identificação do autor da denúncia ficará ele imune à eventual responsabilidade

³⁷ Conselho Nacional de Justiça.

³⁸ Conselho Nacional do Ministério Público.

criminal, civil e, quiçá, administrativa e, nestes termos, sairíamos denunciando, anonimamente, quem quer que seja pelo Brasil a fora sem sermos incomodados.

VII. A doutrina nacional e a reação contra a denúncia anônima

No plano acadêmico outra não é a posição doutrinária do Papa do processo penal, José Frederico Marques, *in verbis*:

no direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, artigos 339 e 340), o que implica na 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. (grifou-se).

Ainda, no âmbito doutrinário, há a palavra do Príncipe moderno do processo penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, que em lapidar exposição esclarece a questão, *in verbis*:

Evidente que não se trata, aqui, de denúncia anônima, mesmo porque, (...) a denúncia anônima "não é uma denúncia no significado jurídico do termo, pelo que não pode ser tomada em consideração na lei processual penal".

Na verdade, se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os "denunciados" chamar à responsabilidade o autor da delatio criminis se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros, da impunidade. Se se admitisse a delatio anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza e em outras cidades da Itália, inclusive na própria Roma, (...) 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 do CPP não acolher tal modalidade espúria de notitia criminis.

VIII. Conclusão.

Por conclusão, sendo a linguagem o instrumento de comunicação entre os homens para que o entendimento entre eles permita a cada um alcançar suas metas e seus interesses, desde que movidos por uma conduta ética de conteúdo, não há validade no uso da linguagem se esta não respeita o consenso ético entre os homens iguais, na sua diferença.

O Estado não pode abrir mão dos direitos e garantias fundamentais na repressão ao crime, mesmo que seja deixando impune qualquer cidadão, pois é o preço que se paga por vivermos em um Estado Democrático de Direito.

A investigação criminal, cível ou administrativa ou o processo judicial não pode ser instaurado com base em notícia vinculada na imprensa, única e exclusivamente, sem que haja outros elementos de prova idôneos. Imprensa livre é imprensa que notícia os fatos e não que os julga.

É inadmissível a instauração de qualquer investigação criminal ou cível, bem como, processo judicial, com base, única e exclusivamente, em *delatio criminis* apócrifa por violar, expressamente, o princípio constitucional da vedação do anonimato, acarretando, por via de consequência, prova ilícita, inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Se houver instauração de qualquer ato de persecução estatal, seja no âmbito criminal ou cível, com base em denúncia anônima todo e qualquer elemento de prova que for colhido, posteriormente, estará contaminado com base na teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada, hodiernamente, no Brasil.

Eventuais procedimentos, ou processos, instaurados com base em denúncia anônima poderão ser questionados, via ação de habeas corpus, ou mandado de segurança ou ação ordinária cível, a fim de que sejam extintos ou anulados por determinação do Poder Judiciário.

Nada obsta que a própria administração pública, de acordo com o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da **CR**), anule seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais³⁹.

A autoridade que instaurar procedimento criminal, ou cível, com base em denúncia anônima, fica sujeita, em tese, aos limites do art. 339 do CP.

Rio de Janeiro, 07 de janeiro de 2008.
12h35

³⁹ Súmula 473 do STF. *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.