

# Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas

Gabriel Silveira de Queirós Campos

Procurador da República. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhuera-UNIDERP

**Resumo:** O estudo aborda algumas das mais polêmicas questões envolvendo a ilicitude probatória no processo penal, quais sejam, a denúncia anônima ou apócrifa, a colaboração processual ou delação premiada, e as gravações clandestinas. O objetivo do trabalho é examinar as possibilidades de admissão de tais meios de prova no processo penal, com o devido equilíbrio dos vetores de eficiência, funcionalidade e garantismo penal. A ideia defendida é a de que não se deve inadmitir, *a priori*, nenhum meio de prova, ainda que obtido ilicitamente e em desfavor da pessoa acusada. A melhor solução é a adoção da técnica da ponderação de interesses.

**Palavras-Chave:** Ilicitude probatória. Denúncia anônima. Delação premiada. Gravações clandestinas. Ponderação de interesses.

**Abstract:** This study addresses some of the most controversial issues concerning illegal evidence in criminal procedure, namely, anonymous police reports (*denúncia anônima*), collaboration with justice (*delação premiada*) and unauthorized voice recordings (*gravações clandestinas*). The purpose of this work is to examine the possibilities of admitting such evidence in criminal proceedings, with the proper balance of the vectors of efficiency, functionality and ‘penal garantism’. The point this article intends to make is that no evidence, albeit obtained by illegal means, should be *a priori* inadmitted in criminal proceedings. The best solution is the adoption of the balancing test technique.

**Keywords:** Illegal evidence. Anonymous police reports. Collaboration with justice. Unauthorized voice recordings. Balancing test.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Perspectivas garantista e funcionalista (eficientista). 3 É possível ponderação no âmbito das provas ilícitas? 4 Denúncia anônima. 5 Colaboração processual ou delação premiada. 6 Gravações clandestinas.

## 1 Introdução

Em sociedade democrática que se pretenda justa e livre, devem ser garantidos em nível máximo os direitos dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado. É no processo penal onde se encontram em disputa a liberdade individual e a segurança pública, materializada na *persecutio criminis*, que mais fortemente se impõe o respeito aos direitos individuais, garantidos sob a égide da Constituição de 1988, não à toa chamada de “Constituição Cidadã”.

Dentro desse quadro, o estudo da temática das provas ilícitas no processo penal merece especial atenção, na medida em que pode influir, de forma decisiva, na absolvição ou condenação do indivíduo acusado pela suposta prática de um crime. Se, por um lado, a necessidade de assegurar ao indivíduo suas garantias, incluindo as processuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência etc.), está a recomendar a inadmissão das provas ilícitas, por outro lado, o direito fundamental à segurança pública e a defesa da ordem social parecem apontar para a utilização de tais evidências, ainda que obtidas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Exatamente em razão da necessidade de proteção da sociedade, o professor português Manuel da Costa Andrade (1992, p. 28) afirma, com toda sua sabedoria, que

à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser

sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.

Tampouco se pode perder de vista que a própria Constituição possui dispositivo expresso a determinar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Mas como negar que o próprio texto constitucional consagra outros valores aparentemente opostos, como a segurança pública e a defesa social?

Como se vê, tudo está a exigir uma *ponderação dos interesses* envolvidos, que tem se apresentado como uma interessante técnica de solução de conflitos, à luz da Constituição, capaz de atingir uma resposta intermediária precisamente nestes casos em que não se afigura correto assumir postura radical ao extremo.

A ponderação de interesses será, então, a linha mestra de condução deste trabalho, no qual se tentará demonstrar que esse é o melhor caminho a seguir quando estivermos diante de tensões entre valores constitucionais, como ocorre na temática das provas ilícitas.

## **2 Perspectivas garantista e funcionalista (eficientista)**

Com respaldo nas lições do jurista português Fernando Fernandes (2001, p. 10-11), pode-se sustentar que, na atualidade, existem *dois modelos básicos de tratamento da chamada questão penal*: um primeiro, denominado “garantista” ou garantidor, para o qual o Direito Penal serve como instrumento de defesa não só social e dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, por meio de sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, um segundo modelo, a que se poderia chamar “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.

É bem verdade que, na parca doutrina existente, especialmente no Brasil, o modelo eficientista vem normalmente associado a mecanismos de diversificação (ou diversão) no processo penal, fundados em consenso entre as partes ou na mitigação do dogma da legalidade processual (princípio da obrigatoriedade).

Trata-se, sem dúvida, de buscar conferir ao processo penal maior eficácia, partindo-se da compreensão de que, em um Estado de Direito, também a administração funcional da justiça é relevante valor a ser perseguido (FERNANDES, 2001, p. 62).

No que diz respeito especificamente à temática das provas ilícitas, objeto de nossas atenções, surge com grande nitidez a tensão essencial entre os referidos modelos de tratamento da questão penal. De um lado, autores de viés garantista sustentam, por via de regra, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à exceção das que favorecem o réu (*pro reo*); de outro lado, uma corrente – minoritária, admita-se – defende maior horizonte à utilização das provas ilícitas, basicamente em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade e da técnica constitucional da ponderação de interesses.

Parece óbvio que a solução a ser adotada é de vital relevância, vez que a atividade probatória das partes tem reflexo decisivo no desfecho do processo criminal, com a conseqüente absolvição ou condenação do acusado. Do ponto de vista do órgão de acusação, impulsionador da *persecutio criminis in iudicio*, a produção de provas liga-se diretamente ao próprio exercício da ação penal.

Como se não bastasse, ainda deve-se ter em mente que o processo penal tende a reconstituir os fatos, da maneira mais próxima possível à realidade. Não quer isso dizer que se chegará à “verdade real”, contudo. Mas não se pode negar que todo o *iter* procedimental, e em especial as normas que regem a atividade probatória, destinam-se a possibilitar a reconstrução da verdade, a fim de que o juiz possa decidir sobre a culpabilidade da pessoa acusada.

Parece claro, nesse quadro, que o melhor aproveitamento das provas resulta em maior eficácia do processo penal e, com isso, aumento da justiça da sentença penal. *Justiça*, aqui, compreendida como adequação da decisão à realidade dos fatos, reconstituída durante o processo.

Como afirma Selma Pereira de Santana (2005, p. 39), “trata-se de uma complementação entre o vetor garantia e aquele da finalidade político-criminal para uma maior funcionalidade do sistema”. Na nossa visão, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a inegável vocação garantista do ordenamento processual penal, com a máxima preservação dos direitos e garantias individuais, e a realização dos fins do sistema jurídico-penal como um todo. Trata-se, em última análise, de obter um compromisso entre *garantia e funcionalidade* no processo penal, sem, contudo, chegar-se a uma “adesão cega a um eficientismo processual”.

### **3 É possível ponderação no âmbito das provas ilícitas?**

Muito embora a ponderação de interesses seja uma técnica de solução de tensões constitucionais muito utilizada nos dias vigentes, não é unânime na doutrina o entendimento segundo o qual o tema das provas ilícitas no processo penal seja espaço franqueado à aplicação da proporcionalidade. Em outras palavras, há autores que sustentam ser inadmissível qualquer ponderação de interesses no âmbito das provas ilícitas<sup>1</sup>.

---

1 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (1998, pp. 160-162) afirma que “a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita”. E prossegue, mais adiante, justificando sua afirmativa da seguinte forma: “[...] o entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País”. Também Tourinho Filho (1992, p. 210) parece acreditar que a vedação constitucional é peremptória, ao afirmar que “[...] evidente não mais poderem ser admitidas aquelas provas obtidas em afronta à dignidade da pessoa humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das Leis”.

Não obstante, a maioria da doutrina defende ser possível, ao aplicador do Direito, lançar mão da técnica da ponderação de interesses para resolver, diante do caso concreto, pela admissão de determinada prova ilícita, a despeito da vedação constitucional.

E isto se deve ao fato de que tanto ao legislador quanto à doutrina escapa a possibilidade de antever e modelar normativamente toda a pletora de situações que a vida cotidiana apresenta. Daí advém a necessidade de se conferir especial atenção ao caso concreto, pois somente a partir dele é que se poderá atualizar o sentido normativo dos próprios princípios basilares do processo penal<sup>2</sup>.

É o que tem feito o *Bundesgerichtshof* alemão, reconhecida-mente um dos tribunais mais atuantes em matéria de ilicitude probatória, ao sustentar, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade mais grave (ANDRADE, 1992, p. 30).

Eis uma passagem bastante significativa da utilização da ponderação de interesses pelo tribunal germânico:

Quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental (ANDRADE, 1992, p. 30).

#### **4 Denúncia anônima**

Questão sempre debatida no campo da ilicitude probatória diz respeito à chamada *denúncia anônima* ou *apócrifa*, isto é, à validade de investigações iniciadas a partir de *delatio criminis* sem identificação de seu respectivo autor.

---

<sup>2</sup> Manuel da Costa Andrade (1992, p. 115) fala em “tensão para o caso concreto”, ideia que demonstra bem a orientação axiológica da ponderação de interesses.

A regra processual vigente, contida no art. 5º do Código de Processo Penal, estabelece que o inquérito policial, nos crimes de ação penal pública, será iniciado: a) de ofício pela autoridade policial, a partir do conhecimento da existência do cometimento de fato delituoso; b) mediante requisição de juiz ou membro do Ministério Público; ou c) mediante requerimento do ofendido ou de seu representante. Permite-se, ainda, a instauração de inquérito pelo auto de prisão em flagrante ou, na hipótese que mais nos interessa, por *notitia criminis* oferecida por qualquer do povo, faculdade assegurada pelo § 3º do art. 5º do CPP.

A indagação constantemente feita é: pode a *notitia criminis*, precedente da instauração do inquérito policial, ser apócrifa, ou seja, sem identificação de seu subscritor? A pergunta evidentemente relaciona-se com a validade (licitude) dos meios de prova obtidos durante a investigação subsequente à denúncia anônima. Em brevíssimas palavras: se ilícita a *delatio* apócrifa, também o serão, por contaminação ou derivação, todas as provas dela advindas.

A tese da invalidade é baseada na regra do art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988, que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Os que defendem tal linha de argumentação invocam, ainda, a criminalização da denunciação caluniosa, ou seja, da conduta de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (art. 339 do Código Penal).

Fernando da Costa Tourinho Filho é, possivelmente, o mais ferrenho opositor da validade da denúncia anônima. Em passagem emblemática, o autor ensina:

[...] 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 respon-

sabilidade o autor da *delatio criminis* se esta pudesse ser anônima? A vingança entendida de modo diverso, será muito cômoda 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 (TOURINHO FILHO, 2012, p. 265).

Acolhendo a tese doutrinária da invalidade do início do inquérito com base em denúncia anônima, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC n. 84.827/TO, pelo Supremo Tribunal Federal, assim se expressou:

A instauração de procedimento criminal originada, unicamente, de documento apócrifo seria contrária à ordem jurídica constitucional, que veda expressamente o anonimato.

[...]

O acolhimento da delação anônima permitiria a prática do denunciamento inescrupuloso, voltado a prejudicar desafetos, impossibilitando eventual indenização por danos morais e materiais, o que ofenderia os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF.

A nosso sentir, a questão principal não diz respeito ao anonimato, mas sim à existência de indícios de prova (*justa causa*) que amparem a instauração do inquérito policial – e, por óbvio, a deflagração da respectiva ação penal.

Se a autoridade policial pode, nos crimes de ação penal pública incondicionada, instaurar inquérito de ofício (CPP, art. 5º, § 3º), parece claro que pode também fazê-lo quando for provocada, sendo irrelevante a condição de anonimato do informante. O que a autoridade policial não pode fazer é instaurar inquérito a partir de delação – anônima ou não, diga-se – manifestamente infundada, vaga ou que não apresente condições mínimas de verificação de autenticidade.

Em outras palavras: o que se veda não é o anonimato da denúncia em si, mas a atuação imprudente da autoridade policial,

que não pode, sem dúvida, agir sem antes verificar a procedência das informações recebidas.

Essa foi a linha de raciocínio brilhantemente exposta, como de costume, pelo Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no julgamento do Inquérito n. 1.957/PR, julgado pelo STF em 11.5.2005. Transcrevem-se, abaixo, os principais trechos do voto, posto que longo:

Sabemos, Senhor Presidente, que o *veto constitucional ao anonimato*, nos termos em que enunciado (CF, art. 5º, IV, “in fine”), busca impedir a consumação de *abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas*, pois, ao exigir-se a identificação de seu autor, visa-se, em última análise, com tal medida, a possibilitar que eventuais excessos derivados de tal prática sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, em ordem a submeter aquele que os cometeu às conseqüências jurídicas de seu comportamento.

Essa cláusula de vedação – que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento – surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12). Com tal proibição, o legislador constituinte, ao não permitir o anonimato, objetivava inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, para, desse modo, viabilizar a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais, panfletos ou denúncias apócrifas, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental (JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira – Comentários”, p. 423, 2. ed., 1924, F. Briguiet; CARLOS MAXIMILIANO, “Comentários à Constituição Brasileira”, p. 713, item n. 440, 1918, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, “inter alia”).

Vê-se, portanto, tal como observa DARCY ARRUDA MIRANDA (“Comentários à Lei de Imprensa”, p. 128, item n. 79, 3. ed., 1995,

RT), que a proibição do anonimato tem um só propósito, qual seja, o de permitir que o autor do escrito ou da publicação possa expor-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo.

Nisso consiste, portanto, a “ratio” subjacente à norma, que, inscrita no inciso IV do art. 5º, da Constituição da República, proclama ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Torna-se evidente, pois, Senhor Presidente, que a cláusula que proíbe o anonimato – ao viabilizar, “a posteriori”, a responsabilização penal e/ou civil do ofensor – traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

Esse entendimento é perfilhado por ALEXANDRE DE MORAES (“Constituição do Brasil Interpretada”, p. 207, item n. 5.17, 2002, Atlas), UADI LAMMÊGO BULOS (“Constituição Federal Anotada”, p. 91, 4. ed., 2002, Saraiva) e CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/43-44, 1989, Saraiva), dentre outros eminentes autores, cujas lições enfatizam, a propósito do tema, que a proibição do anonimato – por tornar necessário o conhecimento da autoria da comunicação feita – visa a fazer efetiva, “a posteriori”, a responsabilidade penal e/ou civil daquele que abusivamente exerceu a liberdade de expressão.

[...]

É inquestionável, Senhor Presidente, que a delação anônima, notadamente quando veicular a imputação de supostas práticas delituosas, pode fazer instaurar *situações de tensão dialética entre valores essenciais* – igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional –, dando causa ao surgimento de verdadeiro *estado de colisão de direitos*, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso veiculado na presente questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO pode traduzir, eventualmente, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações de origem anônima e de conteúdo abusivo. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos individuais, registrados no âmbito da coletividade, ajustem-se à lei e mostrem-se compatíveis com padrões ético-jurídicos decorrentes do próprio sistema de valores que a nossa Lei Fundamental consagra.

Assentadas tais premissas, Senhor Presidente, entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, in “Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor;

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2. ed., 2000, Brasília Jurídica).

Tenho para mim, portanto, Senhor Presidente, em face do contexto referido nesta questão de ordem, que nada impedia, na espécie em exame, que o Poder Público, provocado por denúncia anônima, adotasse *medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”* (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2. ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium), *a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, com o objetivo de viabilizar a ulterior instauração de procedimento penal em torno da autoria e da materialidade dos fatos reputados criminosos*, desvinculando-se a investigação estatal (“*informatio delicti*”), desse modo, da delação formulada por autor desconhecido, considerada a relevante circunstância de que os escritos anônimos – aos quais não se pode atribuir caráter oficial – não se qualificam, por isso mesmo, como atos de natureza processual.

Disso resulta, pois, a impossibilidade de o Estado, tendo por único fundamento causal a existência de tais peças apócrifas, dar início, somente com apoio nelas, à “*persecutio criminis*”.

[...]

Vê-se, portanto, não obstante o caráter apócrifo da delação ora questionada, que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existia, efetivamente, 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*.

Ao final de seu voto, o Ministro Celso de Mello deixou registradas as seguintes conclusões:

*(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, 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 discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, 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 sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos.*

Esse entendimento foi novamente adotado em decisões mais recentes, como a que segue transcrita:

*“EMENTA: HABEAS CORPUS. ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’ SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS 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 22.8.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJE de 26.3.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 30.4.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada ‘denúncia anônima’, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. [...]”<sup>3</sup> (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma trilha, aceitando a validade da denúncia apócrifa desde que adotadas diligências informais de verificação da veracidade das informações, como se extrai dos seguintes julgados:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMERCIALIZAÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS CONTROLADOS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS FONTES. NULIDADE DA PROVA COLHIDA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. *“Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado”* (HC 83.830/PR, 5ª Turma, rel. min. LAURITA VAZ, DJ e de 9 mar. 2009).

2. Não há nulidade quando, ao receber uma notícia anônima, o membro do Ministério Público, em observância aos preceitos legais, solicita à Autoridade Policial a *realização de investigações preliminares a fim de averiguar os fatos narrados* e, após evidenciada a verossimilhança da narrativa, requer ao Juízo competente a expedição de mandado de busca e apreensão.

3. No caso dos autos, entretanto, como o Juízo monocrático deferiu a medida cautelar amparando-se unicamente na notícia anônima apresentada, revela-se nulo o procedimento adotado, impondo, por conseguinte, o desentranhamento das provas dele decorrentes. Precedentes.

<sup>3</sup> HC n. 99.490/SP, 2ª Turma, min. Joaquim Barbosa, julgado em 23.11.2010.

4. Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes do mandado de busca e apreensão autorizado com base unicamente em denúncia anônima.”<sup>4</sup> (grifo nosso)

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA BASEADA EM PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA DE PLANO.

1. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. *In casu*, os elementos constantes nos autos demonstram que o inquérito policial somente foi instaurado depois da realização de diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção, aptos a embasar a denúncia.

3. *Inexiste ilegalidade na deflagração de ação penal pelo Ministério Público, ainda que proveniente de delatio criminis anônima, desde que o oferecimento da denúncia tenha sido precedido de investigações preliminares acerca da existência de indícios da veracidade dos fatos noticiados.*

4. Não houve a demonstração de plano da ilicitude da prova consistente na gravação de conversa telefônica – se produzida pelos próprios interlocutores e se precedida, ou não, de autorização judicial. A apuração do fato demandaria dilação probatória, não compatível com estes autos.

5. Inviável a análise nesta Corte de matéria não apreciada na Corte de origem. Supressão de instância não autorizada.

6. Ordem denegada.”<sup>5</sup> (grifo nosso)

Significa dizer que, de posse de informações sobre possível prática de infração penal, deve a autoridade policial realizar diligências informais – verificações *in loco*, monitoramento pessoal, tomada de

4 RHC n. 29.447/MG, 5<sup>a</sup> Turma, min. Laurita Vaz, julgado em 25.9.2012.

5 HC n. 154.897/MG, 6<sup>a</sup> Turma, min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16.8.2012.

declarações, consultas a bancos de dados disponíveis etc. –, com a maior discricção possível, a fim de confirmar a veracidade da denúncia apócrifa. Confirmada a verossimilhança das informações, fica autorizada a instauração formal do procedimento investigatório.

Tal conclusão é reforçada por duas singelas observações, que bem demonstram a possibilidade de utilização da *delatio* apócrifa, e não seu descarte imediato. Em primeiro lugar, não é raro que o autor da *notitia criminis* opte pelo anonimato como meio de proteção pessoal e de seus familiares, por exemplo, quando denuncia um grupo de extermínio formado por policiais. Nem sempre, portanto, o anonimato é um escudo para a impunidade ou estímulo ao “denuncismo vazio”.

Em segundo lugar, a autoridade competente, seja o órgão policial, seja o Ministério Público, possui o *dever* de apurar a notícia de prática de crime, não podendo deixar de fazê-lo por motivos discricionários. Sendo verossímil a informação e confirmando-se minimamente por diligências informais, é obrigatória a investigação dos fatos com a elucidação da autoria.

A título de conclusão, a denúncia anônima é, sim, apta a movimentar os órgãos de persecução penal – polícias e Ministério Público –, desde que apresente informações plausíveis e verossímeis, permitindo, então, sua confirmação por diligências informais, com a devida cautela. Confirmada a denúncia, por óbvio fica autorizada a instauração formal de inquérito policial ou, se possível e dispensável a investigação pela polícia, a imediata deflagração da ação penal, sem que se possa falar em ilicitude.

Resguarda-se, assim, o melhor aproveitamento da *delatio* apócrifa, permitindo que o aparelho estatal seja movimentado visando à averiguação da notícia de prática de crime, sem, contudo, fomentar a repetição de abusos e de má conduta por parte dos agentes públicos responsáveis pela persecução criminal.

## 5 Colaboração processual ou delação premiada

Não obstante a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, tenha assegurado o direito do acusado de permanecer em silêncio quanto aos fatos contra si imputados pelos órgãos estatais de acusação (polícia e Ministério Público), inúmeras inovações legislativas, verificadas nas últimas décadas no ordenamento jurídico brasileiro, têm buscado introduzir no procedimento criminal a chamada *tutela da colaboração processual* ou, como preferem alguns, *colaboração premiada*, reduzindo o espaço de conveniência do investigado em ficar calado diante das indagações que lhe são formuladas, na busca da elucidação dos fatos.

Em uma primeira abordagem, trata-se de romper o que se poderia denominar “solidariedade criminosas”, permitindo-se, com fulcro na ideia de consenso, que o Ministério Público, detentor privativo da *persecutio criminis*, faça um acordo com a pessoa sobre quem paira a suspeita de prática de infração penal. Nesse processo de verdadeira barganha, o órgão acusador abdica de seu direito (*rectius*: direito-dever) de formular a imputação, concedendo ao investigado ou indiciado, como prêmio à sua colaboração, benefícios previstos em lei.

Do ponto de vista da ilicitude probatória, a questão que se coloca é se a delação premiada viola princípios constitucionais relativos à disciplina da prova. Voltaremos a esse problema na sequência. Antes, porém, cumpre traçar um breve histórico do instituto, no direito comparado e na legislação brasileira.

O instituto da delação ou colaboração premiada surgiu nos Estados Unidos da América como forma de se combater grandes organizações criminosas. Foi também largamente utilizado na Itália, no curso da chamada “Operação Mão Limpa”, quando, a partir da década de 1970, as organizações mafiosas começaram a ser debeladas naquele país, justamente pelo rompimento da “lei do

silêncio” (*omertà*) imposta pelas *famiglie mafiose* a seus integrantes ou à população em geral.

No Brasil, coube à Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990) prever, de forma até então inédita, o benefício da colaboração premiada, ao estatuir que o “participante e o associado que vier a denunciar o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)” (art. 8º, parágrafo único).

Em seguida e ao longo dos últimos anos, diversos diplomas legais passaram a prever o benefício da delação premiada aos crimes neles previstos, na ordem seguinte: 1) Lei n. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, a econômica e as relações de consumo), art. 16, parágrafo único; 2) Lei n. 9.034/1995 (crime organizado), art. 6º; 3) Lei n. 9.080/1995, art. 1º, acrescentando dispositivos à Lei n. 7.492/1986 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e à já mencionada Lei n. 8.137/1990; 4) Código Penal, art. 159, § 4º (crime de extorsão mediante sequestro); 5) Lei n. 9.613/1998 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), art. 1º, § 5º; 6) Lei n. 9.807/1999 (proteção às testemunhas e vítimas), art. 13; e 7) Lei n. 10.409/2002, art. 32, §§ 2º e 3º, e Lei n. 11.343/2006, art. 41 (crimes de drogas).

Os efeitos jurídicos decorrentes da delação, de maneira geral, são tratados pelas normas de regência de forma relativamente homogênea, podendo-se dizer que o “prêmio” mais comum obtido pelo agente criminoso disposto a colaborar com a investigação criminal é a redução de pena, de 1 (um) a 2/3 (dois terços)<sup>6</sup>. Por outro lado,

---

6 Alargando os efeitos da delação premiada, a Lei n. 9.807/1999, que estabeleceu programas especiais de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas, contudo, dispõe, em seu art. 13, que o juiz pode de ofício, ou a requerimento das partes, conceder o *perdão judicial* (e a consequente extinção da punibilidade) ao acusado primário que tenha colaborado “efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”. De modo similar, a Lei n. 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, prescreve, em seu art. 1º, § 5º, que o juiz poderá deixar de aplicar a pena ou substituí-la por pena restritiva de direitos ao réu colaborador.

os requisitos para gozo do benefício variam significativamente. Nem sempre se exige, p. ex., que a confissão ou colaboração seja espontânea (art. 159, § 4º, do CP)<sup>7</sup>. Em muitos casos é necessária a efetividade (ou eficácia) da delação, seja pela revelação de “toda a trama delituosa” (Leis n. 8.137/1990 e 9.080/1995); facilitação da libertação da vítima (art. 159, § 4º, do CP); apuração das infrações penais e de sua autoria e/ou localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (Lei n. 9.613/1998); identificação dos demais coautores ou partícipes, localização da vítima com vida ou com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei n. 9.807/1999); e identificação dos demais coautores ou partícipes e recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei n. 11.343/2006). Há, inclusive, caso de exigência da primariedade do réu colaborador (Lei n. 9.807/99, art. 13).

Desnecessário indagar os motivos que levaram o colaborador a contribuir com a justiça. Basta que a cooperação seja eficaz à comprovação da tese da acusação para que o réu delator receba o prêmio legal. A ideia de prêmio, inclusive, faz com que o instituto da delação premiada seja inserido em uma rubrica denominada *Direito Penal Premial*, por vezes criticada, entretanto, por não denotar novo ramo do Direito Penal. Trata-se, na realidade, do conjunto de técnicas recompensatórias de auxílio à atividade de persecução criminal<sup>8</sup> (BARRA LIMA, 2010, p. 272).

---

7 Muito embora a lei exija, como requisito para sua configuração, a espontaneidade da delação, parece mais acertado entender necessária a mera voluntariedade do ato. Como observa Azevedo (1999, p. 6), “o imprescindível é ter sido a contribuição voluntária e efetiva, isto é, não resultante de nenhuma coação externa irreversível e caracterizada pela presença positiva e interessada do acusado”.

8 Márcio Barra Lima (2010) explica que a colaboração premiada (ou delação premiada) insere-se no bojo dos meios de colaboração com os órgãos estatais de persecução penal ou meios de “colaboração com a Justiça”. Essa categoria dos “colaboradores da Justiça” (gênero) abarca diversas modalidades, segundo o autor, como, por exemplo, as testemunhas, que depõem desinteressadamente sobre um fato criminoso presenciado; os peritos, nomeados pelo juiz para a realização de exame técnico; as pessoas que, de modo anônimo ou não, dão informações relevantes para a elucidação de crimes pela polícia etc.

Uma primeira linha de críticas dirigidas à delação premiada relaciona-se à suposta falta de substrato ético. Estimula-se a traição, a perfídia. Parte-se, segundo essa corrente crítica, de uma análise de custo e benefício em que só importam ao Estado as vantagens de combate à criminalidade, sem qualquer preocupação com efeitos negativos, como, por exemplo, a rotulação eterna do delator (FRANCO, 1994, p. 211; BARROS, 2002, p. 282-283) .

A linha de argumentação, entretanto, chega a ser curiosa. Defende o respeito a uma ética própria do “mundo do crime”, esquecendo-se que, ao se arrepender e delatar seus comparsas, o delinquente está se decidindo por prestigiar o conjunto de valores e bens jurídicos caros a todo o corpo social, tutelados pelo Direito Penal. Quando o agente se dispõe a colaborar com a justiça criminal, assume uma postura ética de respeito aos valores sociais imperantes (AZEVEDO, 1999). A delação premiada, corretamente encarada, constitui um retorno à legalidade por parte do autor de uma infração penal<sup>9</sup>.

É nesse exato sentido a observação de Márcio Barra Lima (2010, p. 288):

Consideramos que o agente criminoso, ao se dispor voluntariamente a colaborar com o Estado, assume uma nova e diferenciada postura relativamente ao comportamento criminoso/antiético precedente, colocando-se, a partir de então e ainda que por conveniência e circunstancialmente, “debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”, campo ético esse que, por sinal, não vemos como violado quando o criminoso

---

9 Não é à toa que, no documento intitulado “*Good practices for the protection of witnesses in criminal procedures involving organized crime*”, publicado em 2008, a Organização das Nações Unidas, por meio de seu *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), menciona como único problema ético a percepção de que os benefícios concedidos aos réus colaboradores configurem verdadeira impunidade por seus crimes. Como resposta a essa preocupação, porém, um número cada vez maior de países têm adotado benefícios diversos da imunidade, tais como a redução de pena.

beneficia-se penalmente por ter colaborado com a persecução criminal de seus então comparsas.

Raciocínio inverso é que violaria o campo ético vigente em nosso ordenamento, pois levaria os coautores de delitos a se beneficiarem de tal qualidade, já que não poderiam ser capturados com o auxílio de seus ex-parceiros de crime. Em suma: estariam valendo-se da própria condição de coautores de delitos, formando-se, dessa forma, uma “blindagem” contra a persecução estatal, o que até poderia servir como estímulo à formação de organizações criminosas.

Na linha oposta, defende-se a importância do instituto da delação premiada como instrumento jurídico de incremento da efetividade da persecução penal, notadamente em relação aos ilícitos praticados por organizações criminosas, isto é, no combate ao chamado *crime organizado*.

Com efeito, sob uma perspectiva funcionalista ou efficientista do processo penal – defendida em todo este trabalho –, são inegáveis os benefícios trazidos pela delação premiada. Ela conduz ao aumento da qualidade da atividade probatória processual, permitindo, com isso, a realização de justiça na sentença de mérito proferida. Além disso, partindo-se do pressuposto de que o processo penal serve como instrumento de política criminal, fica fácil perceber a importância da delação na repressão, sobretudo, da criminalidade mais grave.

Afora a questão ética – para nós, uma falsa questão –, é costume apontar-se a delação como exemplo de prova ilícita, por violação de princípios constitucionais do processo penal, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Do ponto de vista do direito ao contraditório e à ampla defesa, o problema surge porque o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.807/1999 – que cuida da proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores –,

assegura sigilo às medidas protetivas. É costume se extrair de tal regra o sigilo dos acordos de colaboração premiada.

Não parece seja essa a posição mais acertada.

A uma, porque o art. 2º, § 5º, da Lei n. 9.807/1999 situa-se em capítulo denominado “Da Proteção Especial a Vítimas e a Testemunhas”, não havendo norma semelhante no capítulo intitulado “Da Proteção aos Réus Colaboradores”.

A duas, porque o art. 13 da lei, que trata especificamente sobre a colaboração processual (delação premiada), estabelecendo requisitos e consequências (prêmios), em nenhum momento atribui à colaboração caráter sigiloso.

A invocação do sigilo legal, portanto, não é, a rigor, sequer pertinente aos acordos de delação premiada.

De toda maneira, ainda que admitida a presença de cláusula de sigilo nos termos dos acordos, há que se investigar o alcance do sigilo.

A nós parece correto defender que, havendo acordo de colaboração processual ou delação premiada entre um dos investigados ou réus e o Ministério Público, seus termos devem vir ao conhecimento do(s) delatado(s), durante a instrução do processo criminal, sob o crivo do contraditório e sob o devido controle jurisdicional. Não há como ser diferente. Se as informações fornecidas pelo delator possuem valor probatório, podendo vir a influir na convicção do julgador, por óbvio que os termos da delação devem ser juntados aos autos e, assim, conhecidos e contraditados pela defesa.

Tal observação assume especial importância nos casos de acordos de colaboração firmados na fase pré-processual, de investigação policial. É possível imaginar, por exemplo, que um dos investigados procure o Ministério Público para propor a delação, sendo o termo firmado nas dependências do órgão de acusação,

isto é, sem qualquer espécie de intervenção judicial. Normalmente tais acordos são expressamente sigilosos. De posse das informações obtidas, o *parquet*, recorrendo ao Judiciário, propõe medidas cautelares e obtém decisão judicial decretando o afastamento de sigilos, determinando a expedição de ordem de busca, prendendo preventivamente o(s) delatado(s) etc. Não se duvida que todos esses procedimentos prévios ao início da ação penal correrão em segredo de justiça, inclusive como forma de assegurar sua eficácia. *Iniciado o processo-crime, porém, todos os elementos de convicção devem ser apresentados à defesa, facultando-lhe sua impugnação e, assim, preservando íntegro o princípio do contraditório e da ampla defesa.*

Se, após a instauração da ação penal, por acaso o delator se julgar intimidado, amedrontado ou mesmo ameaçado por um ou alguns dos réus, principalmente o(s) delatado(s), caberá ao Ministério Público e ao juiz providenciarem as medidas de proteção ao réu colaborador, previstas na própria Lei n. 9.807/1999 (art. 15, § 2º, c/c art. 8º).

Admitir, ao contrário, que os termos do acordo de delação possam ficar permanentemente às ocultas, com a extensão dos efeitos da cláusula de sigilo para a fase processual, viola a garantia do contraditório e da ampla defesa, não sendo medida admissível em um processo penal democrático.

Ao julgar pedido de reconsideração no Habeas Corpus n. 0014633-81.2011.404.0000, o eminente Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim decidiu:

DECISÃO: Indefiro o pedido de reconsideração, uma vez que os argumentos trazidos pelo requerente, por ora, não se mostram suficientes para reverter a decisão que indeferiu a liminar, proferida pelo e. Des. Márcio Antônio Rocha. Afora isso, consoante destacado pela ilustre julgadora singular, *na eventual existência de delação premiada ‘a defesa não é afetada por tal sigilo, na medida em que o resultado do acordo, se houver, deve figurar no inquérito ou ação penal como prova*

*integralmente acessível ao(s) acusado(s)*, ressaltando, ainda, que ‘o que não consta nos autos não pode ser tomado como prova, isto é, não pode ser tomado para fins de julgamento, sob pena de violação do contraditório’. Intimem-se.<sup>10</sup> (grifamos)

Não foi essa, todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 90.688/PR, ocasião em que, inexplicavelmente, decidiu-se por não dar acesso ao réu aos termos de acordo de delação premiada, por razões de sigilo, franqueando à defesa, apenas, certidão em que constasse a identificação das autoridades que firmaram o acordo. Segue a ementa do julgado:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.<sup>11</sup> (grifamos)

Com o devido respeito, a decisão da Suprema Corte concedeu ao acordo de delação premiada algo como um *meio sigilo*: dá-se à defesa o direito de conhecer os nomes das autoridades que protagonizaram a tomada da delação, sem, contudo, permitir que tome ciência de seus termos.

Por outro lado, sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência ou presunção ou estado de não-culpabilidade (art. 5º, LVII), a dificuldade imposta pelo instituto da delação pre-

---

<sup>10</sup> TRF4, HC n. 0014633-81.2011.404.0000, 7ª Turma, relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 21.11.2011.

<sup>11</sup> HC n. 90.688/PR, 1ª Turma, min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12.2.2008.

miada diz respeito à qualidade da prova necessária e suficiente para a condenação do(s) delatado(s). Melhor formulando: que grau de importância deve o julgador atribuir às informações ou declarações fornecidas pelo réu arrependido?

Com efeito, a presunção de inocência exige uma maior qualificação das provas acusatórias para a formação de um juízo condenatório.

No caso da delação premiada, há que se ter especial cuidado com o valor probatório a ela atribuído. Tal não significa afastar sua força probante, é certo. Compete ao juiz, em compasso com o sistema da persuasão racional, analisar todo o conjunto probatório, cotejando as informações advindas do réu colaborador com os demais elementos colhidos sob o crivo do contraditório processual. Na realidade, esse é o procedimento a ser adotado em qualquer caso, para que a decisão seja devidamente fundamentada. O *plus*, na hipótese de delação, é o acentuado rigor com o qual o julgador deve cotejar as declarações do delator com o restante acervo probatório.

Com esse redobrado cuidado, pensamos não haver afronta à presunção de inocência.

A discussão está longe de ser encerrada e as decisões judiciais a respeito da delação premiada ainda são bastante escassas.

A título de conclusão, afirmamos que a utilização prática do instituto deve ser cautelosa e sua regulamentação legal, hoje pobre, merece aperfeiçoamentos, para que a funcionalidade não elimine garantias processuais da pessoa acusada.

É inegável, porém, que a delação premiada constitui relevante técnica/instrumento de auxílio à atividade estatal de persecução penal, perfeitamente adequada e em consonância com a orientação político-criminal que visa a lhe assegurar maior efetividade e eficiência, sem implicar eliminação de direitos individuais da pessoa sobre quem paira uma acusação penal.

## 6 Gravações clandestinas

Questão sempre suscitada no âmbito das provas ilícitas é a da validade (ou invalidade) das gravações telefônicas (e ambientais) clandestinas, isto é, aquelas feitas diretamente por um dos comunicadores, sem o conhecimento de seu(s) interlocutor(es). Antes de entrar na análise da licitude de tal meio de prova, é de todo conveniente fazer algumas distinções prévias, a fim de evitar confusão terminológica e conceitual.

Distinguem-se os conceitos de interceptação, escuta e gravação. Interceptação, em sentido estrito, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação (telefônica ou ambiental) alheia, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta, por seu turno, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação (telefônica ou ambiental) alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores (GOMES; CERVINI, 1997, p. 95-96). Ambas são reguladas pela Lei n. 9.296/1996, embora o texto legal só faça menção à interceptação das comunicações telefônicas (GOMES; CERVINI, 1997, p. 96).

A *gravação*, telefônica ou ambiental, por outro turno, consiste na captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem o conhecimento do(s) demais. Tal meio de prova, contudo, não se submete aos ditames da Lei n. 9.296/1996, inexistindo norma no direito positivo brasileiro que cuide das gravações.

Comumente designadas “gravações clandestinas”, abrangem tanto a gravação telefônica, quando se grava uma conversa telefônica própria, quanto a ambiental, quando se grava uma conversa entre pessoas presentes clandestinamente, isto é, sem o conhecimento do(s) interlocutor(es). Na ausência de disciplina legal específica, o que se pode concluir é que as gravações clandestinas violam o direito constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da CF). São, *a priori*, meio de prova ilícito.

Esse não tem sido, no entanto, o entendimento adotado pelos tribunais superiores ao decidir sobre a licitude das gravações clandestinas. Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça

entendeu que a gravação feita por um dos interlocutores não constitui prova ilícita:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 288 E 333 DO CÓDIGO PENAL. QUADRILHA. CONFIGURAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. *GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA.* DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONCURSO MATERIAL NÃO CARACTERIZADO.

I - Para a configuração do delito de quadrilha não é necessário que todos os integrantes tenham sido identificados. Basta a comprovação de que o bando era integrado por quatro ou mais pessoas. (Precedentes)

II - A teor do disposto no art. 327 do Código Penal, considera-se, para fins penais, o estagiário de autarquia funcionário público, seja como sujeito ativo ou passivo do crime. (Precedente do Pretório Excelso)

III - Não há que se confundir flagrante preparado, modalidade que conduz à caracterização do crime impossível, com o flagrante esperado.

IV - *A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que não prescinde de autorização judicial.*

V - Para efeito de apreciação em sede de *writ*, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez motivadamente.

VI - Não evidenciado na espécie, há que se afastar o concurso material de crimes.

*Writ* parcialmente concedido.<sup>12</sup> (grifamos)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER A INVESTIGAÇÃO. *GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA.* LAUDO DE DEGRAVAÇÃO

---

12 HC n. 52.989/AC, 5<sup>a</sup> Turma, min. Félix Fischer, julgado em 23.5.2006.

VICIADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Ministério Público tem legitimidade para conduzir investigação e proceder à colheita de elementos de convicção quanto à materialidade do delito e indícios de sua autoria, sob pena de inviabilizar o cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.

2. *Segundo o magistério jurisprudencial, a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria.*

3. Eventual vício do laudo de degravação, decorrente de cortes na conversa realizados pela autoridade policial, é questão que não tem como ser apreciada na via eleita, que não admite dilação probatória e valoração da prova, devendo ser argüida no decorrer da instrução criminal, espaço próprio para a análise da matéria.

4. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a elucidação dos fatos, em tese delituosos, descritos na vestibular acusatória depende da regular instrução criminal, com o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus somente é possível quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de mínimos indícios de autoria e prova da materialidade.

5. Ordem denegada.<sup>13</sup> (grifamos)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO. FLAGRANTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. COMBINAÇÃO FEITA PELO PRÓPRIO ACUSADO.

---

<sup>13</sup> HC n. 41.615/MG, 5<sup>a</sup> Turma, min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 6.4.2006.

Tem-se no seio desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inocorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria.

Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal.

In casu, os dados para a continuidade da persecutio criminis apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais diante da ocorrência do fato descrito na denúncia.

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu.

Inocorre o dito flagrante preparado quando o próprio acusado é quem conduz o ato delituoso, não sendo, portanto, induzido por qualquer ação da vítima.

Recurso desprovido.<sup>14</sup> (grifamos)

Idênticas são as decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral em recurso extraordinário, como se extrai dos precedentes seguintes:

*EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.*<sup>15</sup> (grifamos)

<sup>14</sup> RHC n. 14.041/PA, 5ª Turma, min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 20.11.2003.

<sup>15</sup> RE n. 583.937 QO-RG/RJ, Pleno, min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. *Gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Lícitude da prova.* Precedentes. ordem denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. *Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Lícitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da lícitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação.* Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem denegada.<sup>16</sup> (grifamos)

*EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto*

<sup>16</sup> HC n. 91.613/MG, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, julgado em 15.5.2012.

*de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.*<sup>17</sup> (grifamos)

O pressuposto lógico das decisões acima transcritas, especialmente as do Pretório Excelso, é o de que as gravações clandestinas, feitas por um dos interlocutores, embora sem o conhecimento do(s) outro(s), não se enquadram na hipótese prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal:

*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Como destacou o ministro Cezar Peluso, em voto proferido no RE n. 402.717/PR:

*[...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.*

*A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.* (grifamos)

*Concessa maxima venia*, entendemos que a ilicitude das gravações clandestinas decorre da violação de outra cláusula constitucio-

17 RE n. 402.717/PR, 2ª Turma, Min. Cezar Peluso, julgado em 2.12.2008.

nal protetiva de direitos fundamentais, qual seja, a inserta no art. 5º, X, que visa a proteger a intimidade e a vida privada.

Além de vedar a interferência de um terceiro nas comunicações, a Constituição também protege, de forma inequívoca, o direito à intimidade. Como sustenta, com inteira razão, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 107), “[o] que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável”. E mais, conclui o autor: “[u]ma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta quando se toma conhecimento dela” (GOMES; CERVINI, 1997, p. 108).

Trata-se, na realidade, de equívoco dos julgados quanto ao essencial: a ilicitude das gravações clandestinas é originária, encontrando-se na própria gênese da colheita da prova, pois feita sem o conhecimento do interlocutor, com violação, portanto, de sua intimidade e privacidade. Coisa diversa é a possibilidade de utilização, no processo, das gravações clandestinas, justificada, em nossa opinião, por razões de proporcionalidade.

Não parece haver dúvida, na doutrina, sobre a viabilidade da utilização da gravação clandestina em benefício da pessoa acusada, como forma de provar sua inocência.

A pergunta é: as gravações clandestinas podem ser utilizadas no processo penal em desfavor do acusado? Possuem valor probatório para condenação?

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 106) responde de forma negativa:

[...] configuram prova ilícita na sua colheita, na sua origem, na sua obtenção (porque violam a intimidade). Logo, sendo provas ilícitas, são inadmissíveis no processo (CF, art. 5º, LVI). Como provas incriminatórias não podem ser admitidas jamais. Não servem para incriminar ou provar a culpabilidade de ninguém. Não podem ser utilizadas contra o acusado.

Não parece haver dúvida, na doutrina, sobre a viabilidade da utilização da gravação clandestina em benefício da pessoa acusada, como forma de provar sua inocência.

A pergunta é: as gravações clandestinas podem ser utilizadas no processo penal em desfavor do acusado? Possuem valor probatório para condenação?

A resposta depende da qualidade de quem faz o registro da conversa.

Se a gravação é feita pela vítima do crime, que busca precisamente obter prova contra a investida criminoso de seu(s) interlocutor(es), não há porque se invocar, em benefício do autor do delito, o direito à privacidade. *O sigilo não pode servir como defesa de ilícitos, tampouco se deve estimular o abuso de direito.*

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.*<sup>18</sup> (grifamos)

Por outro lado, se a gravação é feita por uma autoridade – polícia ou Ministério Público –, nesse caso torna-se fácil perceber que as declarações da pessoa acusada assumem a feição de um interrogatório sub-reptício, fraudulento. O agente estatal que assim procede incorre em grave violação de dever legal, qual seja, o de formalizar o interrogatório do investigado/réu seguindo as exigências legais descritas nos arts. 185 a 196 do vigente Código de Processo Penal.

---

<sup>18</sup> HC n. 75.338/RJ, Pleno, min. Nelson Jobim, julgado em 11.3.1998.

Também nesse ponto o Pretório Excelso decidiu pela ilicitude da prova:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. [...]¹⁹ (grifamos)

*Não se pode olvidar que a inadmissibilidade da prova ilícita possui, quando colhida diretamente por autoridades públicas, função de controle*

---

19 HC n. 80.949/RJ, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30.10.2001.

*da ação estatal e pedagógica, visando a inibir a má conduta dos órgãos de persecução penal.*

Uma última questão diz respeito às *interceptações ambientais*. Interceptação ambiental é a captação de conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em *interceptação ambiental em sentido estrito*; se um deles tem conhecimento, fala-se em *escuta ambiental*.

Quando a captação é feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento de seu(s) interlocutor(es), fala-se em *gravação clandestina ambiental*.

Não há previsão legal de tais modalidades de prova. Portanto, a discussão sobre sua licitude ou não deve remeter à cláusula constitucional geral da proteção à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF). Trata-se, *a priori*, de provas ilícitas. Valem, no entanto, as mesmas conclusões acima expostas: são admissíveis quando produzidas pelo réu em sua defesa, ou, ainda que em seu desfavor, quando colhidas pela vítima do crime.

## **Referências**

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 83, out. 1999.

BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELA, E. (orgs.), 2010.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, 1998.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos – notas sobre a Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: RT, 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência”, e “funcionalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

———. *Processo penal*. v.1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.