ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

DENÚNCIA ANÔNIMA EM PROCESSO DISCIPLINAR NA EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE INVESTIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Paulo Ricardo Schier

Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização e mestrado, da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Pr. Advogado militante.

I. Introdução

A Constituição Federal de 1988 deflagrou importante momento de transformação social a partir de sua normatividade – se considerada num plano geral - emancipatória[1]. Dentre as mudanças de fácil percepção deve-se salientar a consolidação do processo de afirmação da democracia[2] e, no âmbito da teoria e da práxis jurisdicional, o fenômeno da "constitucionalização do direito"[3].

[1]. Neste sentido, dentre outros: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processo de integração. *In* Revisra da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 5, Ano 2004, p. 223 e seguintes; BARROSO, Luis Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. *In:* BARROSO, Luis Roberto (ORG.). A reonstrução democrática do direito público no Brasil, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-4

[2]. Neste sentido, conferir: BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

[3]. Para um panorama geral sobre o debate teórico e suas aplicações práticas do processo de constitucionalização, conferir: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 1009 p.

Deveras, muitas são as propostas de estudo que têm como mote central, por exemplo, a constitucionalização do Direito Administrativo. É preciso reconhecer, contudo, que embora o diálogo entre Direito Constitucional e Administrativo tenha trazido importantes avanços ou, no mínimo, reflexões, não raro o que se tem assistido, em verdade, é uma "constitucionalização de fachada" ou "constitucionalização retórica". Não são poucos os textos acadêmicos que, sob a fachada do discurso da constitucionalização, fazem uma apologia ao diálogo entre Direito Constitucional e Direito Administrativo nos prólogos dos estudos mas, no desenvolvimento das análises, não abordam nenhuma categoria da dogmática constitucional. Isso quando não se reduz o processo de constitucionalização a uma leitura meramente formal, como se fosse suficiente, para tratar de uma compreensão constitucionalizada, a simples referência a alguns poucos dispositivos da Lei Fundamental[4]. Tem-se a impressão, assim, que o tema da constitucionalização tornou-se um imperativo acadêmico que, ao menos formalmente, precisa ser referido. Cumprida a formalidade, parece manifestar-se uma autorização implícita para se abordar qualquer tema ou utilizar-se qualquer espécie de *fala*.

Não é a proposta do presente estudo analisar as causas deste peculiar processo de constitucionalização. Para atingir este fim seria preciso, quiçá, uma reflexão mais detida sobre aquilo que Gustavo Binenbojm vem designando como "*déficit* teórico do Direito Administrativo"[5]. O que se pretende, aqui, é apenas alertar, preliminarmente, que qualquer processo dialógico deve ser, antes de tudo, dialético e, logo, ele é incompatível com o silêncio de uma das partes ou infrutífero quando não pondera os argumentos do outro sujeito da interlocução.

O objeto deste ensaio tem como pano de fundo, mais uma vez, a constitucionalização do Direito Administrativo. Pretende-se analisar a legitimidade da denúncia anônima, no âmbito de processos administrativos disciplinares, em face da ordem constitucional. E neste campo, como será demonstrado, existe um verdadeiro abismo entre as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto o STF vem admitindo a legitimidade da denúncia anônima com reservas, determinando a necessidade de sopesamento dos diversos bens envolvidos nos casos concretos, sem contudo admitir uma resposta definitiva nesta seara, o STJ, praticamente sem qualquer reserva, admite este tipo de delação de forma quase que indiscriminada.

Este descompasso de interpretação é fruto de uma construção normativa que não tem levado em consideração a necessária compressão

[4]. Este problema já havíamos delatado em outro texto: SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999, introdução..

[5]. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14-15. Seguindo a esteira de Binenbojm, este tipo de análise é também proposta por DAVI, Kaline Ferreira. E dimensão política da administração pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2008, p. 59-62.

sistemática que o processo de constitucionalização impõe. No âmbito do STF nota-se a pressuposição da natureza principiológica dos direitos fundamentais em jogo (vedação de anonimato, ampla defesa e contraditório, dentre outros) em face do "poder-dever" de investigação da Administração Pública (decorrência da tutela constitucional do interesse público e da "indisponibilidade" do interesse público). No âmbito do STJ nota-se a prevalência de um entendimento do "poder-dever de investigação" com natureza de regra, afastando totalmente dispositivos legais que vedam expressamente a denúncia anônima.

Neste trabalho, contudo, não será defendido nenhum dos dois modelos adotados nos tribunais superiores, pois a conclusão será de que a denúncia anônima não é meio legítimo para deflagrar processos disciplinares em nosso sistema. E ainda que fosse legítima, no caso de se admitir como correta a leitura do STF, o processamento das infrações deveria no mínimo exigir prévia instauração de sindicância.

II. Referencial normativo e quadro jurisprudencial

Levando em consideração, como partida, o referencial normativo constitucional, a instauração de processo disciplinar com base em denúncia anônima é incompatível com o texto da Constituição Federal eis que, *prima facie*, representa afronta ao art. 5º, IV, que confere especial proteção ao direito à honra, ao contraditório e a ampla defesa, ao vedar o anonimato.

Além disso, no plano infraconstitucional, e densificando a dimensão principiológica dos referidos direitos fundamentais mediante sopesamento de valores, a Lei dos Servidores Públicos Federais - Lei n. 8112/90, em seu artigo 144, expressamente exige, para o processamento de denúncia contra servidor, a identificação do denunciante, seu endereço e confirmação de autenticidade. Da mesma forma o art. 6º, da Lei n. 9784/99, traz idênticas exigências. A Lei de improbidade Administrativa, por sua vez, em seu art. 14, parágrafo único, impede o processamento de denúncia anônima. E, agora no plano de normatividade infralegal, a Portaria 4491/05[6],

[6]. Art. 8º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito e por intermédio de seu chefe imediato, ao titular da Unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal..
§ 2º A representação funcional de que trata este artigo deverá:
I - conter a identificação do representante e do representado e a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;
II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; (...)
§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar o nexo de causalidade entre o fato denunciado e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.
§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.

que regulamenta o processo administrativo realizado no âmbito da Receita Federal, e citada aqui apenas exemplificativamente, exige igualmente a identificação do denunciante.

O quadro normativo, como se nota, parece claro: denúncias anônimas não são admitidas em nosso sistema jurídico. Nada obstante, não raro as experiências administrativa e jurisprudencial desmentem a suposta "clareza da norma". Afirma-se isto pois, ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos julgamentos que envolvem denúncia anônima em processos administrativos o que se encontra é exatamente o oposto: a admissão quase que indiscriminada de denúncia anônima.

A título exemplificativo observe-se os seguintes julgados:

> **RECURSO ESPECIAL 2006/0153177-0**
> DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA ANÔNIMA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. Tendo em vista o poder-dever de autotutela imposto à Administração, não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima. Precedentes do STJ.
> 2. Recurso especial conhecido e improvido (DJe 25/05/2009)
>
> **MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0249998-2**
> PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR FEDERAL. FALTA DE CITAÇÃO PESSOAL. PROVA EMPRESTADA. **DENÚNCIA ANÔNIMA.** NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.
> 1. É válida a citação feita ao procurador constituído quando ausente o servidor acusado e não demonstrado o prejuízo à defesa (art. 156 da Lei n.º 8.112/1990 e art. 9º da Lei n.º 9.784/1999).
> 2. A jurisprudência do STJ admite o uso de provas emprestadas.
> 3. Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em **denúncia anônima,** por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de conseqüência, ao administrador público.
> 4. As instâncias administrativa e penal são independentes (Lei n.º 8.112/1990, art. 125).
> 5. Denegação da segurança (DJe 05/09/2008).

No mesmo sentido: Recurso em Mandado de Segurança n. 2005/0044783-5; Recurso em Mandado de Segurança n. 2004/0162925-0; Mandado de Segurança n. 2000/0063512-0; Mandado de Segurança n. 2000/0125375-1; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1991/0018676-7; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 4.435; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1.278 e Recurso em *Habeas Corpus* n. 7.329, todos do Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nada obstante a vedação legal da denúncia anônima, este instituto não é vedado no sistema em vista do "poder-dever de autotutela" ou do "poder-dever de investigação".

Em suma, o resultado prático descortinado na experiência do STJ mostra que a invocação dos princípios (i) da autotutela e (ii) da proteção dos bens e interesses públicos autoriza a superação de regras legislativas que expressamente vedam a denúncia anônima. Em outras palavras, o STJ trata referidos princípios como se regras fossem, dando-lhes um caráter de definitividade[7] para afastar a aplicação de regras que vedam denúncia anônima.

No plano do Supremo Tribunal Federal, contudo, a leitura é diversa, apresentando contornos mais complexos. Isto porque no STF, tanto a vedação de denúncias anônimas como os interesses vinculados com a autotutela, impessoalidade, moralidade etc., vêm sendo tratados como se princípios fossem, demandando, a solução dos diversos casos concretos, o devido sopesamento[8]. A título exemplificativo, observe-se a seguinte decisão (apresentada de forma resumida):

> MS 24.369-DF
> RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
> EMENTA: DELAÇÃO ANÔNIMA**.** COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, "IN FINE"), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, "CAPUT"), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROBIDADE CONSTITUIRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA.
>
> DECISÃO:
> ...
> O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, "a posteriori", tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. Essa cláusula de vedação - que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento - surgiu, no

[7]. Sobre a aplicação das regras com caráter de definitividade, conferir: ALEXY, Roberto. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106.
[8]. Sobre a aplicação dos princípios como mandamentos *prima facie*, conferir: Idem, ibidem.

sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12), que objetivava, ao não permitir o anonimato, inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, viabilizando, desse modo, a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais ou panfletos, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental.

...

Nisso consiste 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" (grifei). Torna-se evidente, pois, 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.

...

A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante freqüência no exercício da liberdade de informação e comunicação".

A presente impetração mandamental, nos termos em que deduzida, sustenta, com apoio na cláusula que veda o anonimato, a existência, em nosso ordenamento positivo, de impedimento constitucional à formulação de delações anônimas. É inquestionável que a delação anônima 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 ora exposto pela parte impetrante - que é entidade autárquica federal - 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 anônimas abusivas. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos funcionais dos agentes estatais se ajustem à lei (CF, art. 5º, II) e se mostrem compatíveis com os padrões ético-jurídicos que decorrem do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput). Presente esse contexto, resta verificar se o direito público subjetivo do cidadão à rigorosa observância do postulado da legalidade e da moralidade administrativa, por parte do Estado e de suas instrumentalidades (como as autarquias), constitui, ou não, limitação externa aos direitos da personalidade (considerados, aqui, em uma de suas dimensões, precisamente aquela em que se projetam os direitos à integridade moral), em ordem a viabilizar o conhecimento, pelas instâncias governamentais, de delações anônimas, para, em função de seu conteúdo - e uma vez verificada a idoneidade e a realidade dos dados informativos delas constantes -, proceder-se, licitamente, à apuração da verdade, mediante regular procedimento investigatório.

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.
> ...
> Parece registrar-se, na espécie em exame, uma situação de colidência entre a pretensão mandamental de rejeição absoluta da delação anônima, ainda que esta possa veicular fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e o interesse primário da coletividade em ver apuradas alegações de graves irregularidades que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado. Isso significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do improbus administrador. Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas...
> ...
> Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
> ...
> Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, indefiro, em sede de delibação, o pedido de medida liminar, sem prejuízo de oportuno reexame da questão ora veiculada nesta sede mandamental. 2. Requisitem-se informações aos órgãos ora apontados como coatores, encaminhando-se-lhes cópia da presente decisão. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2002. Ministro CELSO DE MELLO (decisão publicada no DJU de 16.10.2002).

Referida decisão sintetiza o entendimento do STF que, em alguns casos concretos, após sopesamento (admitido ora explicitamente e ora intuitivamente), por vezes tolera a denúncia anônima (como no caso do MS 27339/DF) e por vezes a rechaça (*vg.* Inquérito nº 1.957-PR).

Ou seja, no STF a questão é pensada no plano principiológico, aceitando, sempre, respostas diferentes para cada caso concreto[9]. Parece não fazer diferença, aliás, para o STF, o fato da legislação infraconstitucional trazer regras explícitas vedando a delação anônima (como se a prévia existência de um sopesamento legislativo, neste campo, não trouxesse qualquer interferência no resultado dessas decisões).

[9]. Alerta sobre a necessidade de que a ponderação seja realizada apenas em vista de um caso concreto, devendo-se evitar ponderações "abstratas", pode-se encontrar em: SARMENTO, Daniel Sarmento. A ponderação de interesses na constituição federal, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 42-9.

III. Análise crítica da jurisprudência

Tanto a jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como a do Superior Tribunal de Justiça, com o devido respeito, trazem alguns problemas de cunho prático e teórico.

Com efeito, no quadro de um Estado Democrático de Direito, causa certa estranheza o fato da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, com fundamentos diferentes, praticamente ignorar a regra do art. 144, da Lei n. 8112/90 e do art. 6º, da Lei n. 9784/99.

No quadro do STJ, como se afirmou, a justificativa do entendimento transita por dois grandes argumentos: (i) a aplicação da regra contida no art. 143, da própria Lei n. 8112/90, segundo a qual a autoridade administrativa, tendo ciência de irregularidade, é obrigada a apurá-la; (ii) aplicação direta do chamado "poder-dever de autotutela" (em verdade, um princípio com fundamento implícito na Constituição e com base normativa infraconstitucional, no campo em análise, no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99 – "*A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos*").

Em relação ao primeiro argumento que justifica as decisões do STJ – cabimento da denúncia anônima por aplicação da regra do art. 143, da Lei n. 8112/90 -, parece que referido Tribunal olvida uma necessária interpretação sistemática da legislação constitucional e infraconstitucional[10]. Deveras, na realidade, tal raciocínio advém de um método de interpretação rude, qual seja, o método literal. O art. 143, com efeito, obriga a apuração das irregularidades de que se tenha ciência; em seguida, o art. 144 determina que não se apure as irregularidades que tenham chegado ao conhecimento da autoridade por meio de denúncia anônima. Lendo com atenção os dois dispositivos a única conclusão possível é a de que a autoridade não pode deixar de averiguar irregularidades que tenham chegado ao seu conhecimento da forma preconizado pela lei, ou seja, por meio de denúncia realizada por pessoa identificada, de forma legítima, consoante o meio lícito previsto em nosso sistema jurídico. O que significa dizer: a regra do art. 143, da Lei n. 8112/90, que impõe o dever de investigar, não nega a regra do art. 144, do mesmo diploma legal. Trata-se antes de um reforço. A autoridade administrativa, quando a denúncia estiver revestida de seus requisitos – dentre, não ser anônima -, tem o dever de investigar. O Poder Público não pode se furtar de averiguar as delações de ilicitudes e irregularidade que, na forma da lei, chegam ao seu conhecimento. Todavia este dever não pode prevalecer se se tratar de denúncia anônima.

[10]. Sobre a necessidade de interpretação sistemática como imposição do princípio da unidade da Constituição, consultar: BARROSO, Luís Roberto. ***Interpretação e aplicação da constituição***, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198

Esta parece ser a construção adequada da norma, que leva em consideração o método de interpretação sistemático e salva a aplicação de ambos os dispositivos. Neste modelo de interpretação, nem a vedação de denúncia anônima retira a validade do dever de investigar e nem o dever de investigar retira a validade ou a possibilidade de aplicação da vedação de denúncia anônima. De outro lado, a interpretação literal suprime qualquer sentido prático do art. 144, retirando-lhe completamente os efeitos e restringindo, também, os direitos do servidor.

Como se nota, portanto, a interpretação literal e isolada do art. 143 equivale a uma peculiar declaração de inconstitucionalidade implícita do art. 144, da Lei n. 8112/90. Ora, uma vez que o art. 144, da Lei 8112/90, não foi, em momento algum, declarado inconstitucional (nem em sede abstrata e nem em sede de controle difuso), a sua não aplicação representa verdadeira violação ao Estado de Direito.

Ademais, neste campo, a leitura conjunta dos art. 143 e 144, da Lei 8112/90, na seqüência como foi colocada, indicia a necessidade de uma leitura ajustada em que, primeiramente, dever-se-ia considerar a existência do dever de investigação e, em seguida, como se criasse verdadeira regra de exceção, "*desde que a denúncia não seja anônima*".

A segunda justificativa do STJ para admitir, em suas decisões, a denúncia anônima, está na invocação da aplicação direta do princípio da autotutela, que tem por escopo, como já restou adiantado, a tutela do interesse público, da moralidade, finalidade, da eficiência etc.

Neste ponto, uma análise crítica deve ser desdobrada em dois pontos: (i) o contido no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99 – dever de anulação (autotutela) dos atos eivados de ilegalidade - e (ii) a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da administração pública, sejam explícitos ou implícitos.

Na primeira linha de raciocínio, no que tange com o "dever de autotutela", pode-se imaginar que, embora dotado de fundamentação constitucional, e no que pertine com a sua aplicação em processos disciplinares, este princípio está densificado, em nível infraconstitucional, no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99. A se considerar, ainda, que a atividade legislativa manifesta uma decisão em relação ao *modo* de realização das normas constitucionais, não se pode olvidar que, de forma crua, referido dispositivo da Lei 9784/99 em nenhum momento autoriza a utilização da autotutela com a fim de tolerar denúncia anônima. O referido enunciado normativo expressa, rememore-se, o seguinte: "***A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade...*** ".

Como se nota, o dever de anular seus próprios atos só é um dever em relação aos atos "eivados de vício de legalidade".

Considerando o dispositivo é preciso, logo, fazer uma distinção lógica: uma coisa é o dever de anulação do ato ilegal e outra coisa e a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar a quem cometeu o ato ilegal. Com esta distinção, fácil perceber que, uma vez constatada uma ilegalidade, a lei impõe o dever de anulação do ato ilegal. Aqui há autotutela. Mas isso, reitere-se, vale para a investigação do ato ilegal em sentido próprio. A aplicação de sanção disciplinar ao agente que cometeu a ilegalidade deve se dar mediante processo disciplinar que garanta o contraditório e a ampla defesa, eis que se trata de imposição de medida restritiva de direito de liberdade e/ou propriedade. A autotutela encontra, neste campo, portanto, limite. Autotutela no plano do processo disciplinar será admitida apenas quando algum ato do processo administrativo estiver eivado de ilegalidade; jamais para justificar a abertura do processo disciplinar. Neste aspecto, ilegal seria, sim, a abertura de processo disciplinar com fundamento no dever de autotutela insculpido no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99, quando este dispositivo alcança apenas o ato ilegal, e não a aplicação de sanção ao agente que o praticou.

Poder-se-ia, então, contra-argumentar que o dever de autotutela, neste caso, não decorre própria e diretamente da lei mas, antes, decorre diretamente da principiologia constitucional que protege o interesse público, a moralidade, a eficiência, a isonomia, a finalidade etc. ou, em outras palavras, a supremacia do interesse público contra o interesse privado do particular (revestido de agente público).

Em face deste argumento pode-se opor o debate emergente das reservas que parte da teoria do Direito Público tem levantado contra o discurso absolutizante da supremacia do interesse público sobre o privado. Aqui, mais uma vez, as preocupações manifestadas por esta doutrina se confirmam: de nada adianta invocar a vedação constitucional do anonimato, mesmo confirmada por regra inequívoca de legislação infraconstitucional, pois os interesses de um particular não podem superar a invencível supremacia do interesse público. Algo como que se afirmasse: o dever de autotutela protege o interesse público e a vedação de denúncia anônima protege o indivíduo, aqui pressupostamente ímprobo. Logo, interesses privados não podem prevalecer sobre os públicos e, assim, toda vez que houver este tipo de colisão, a resposta está pronta: que vença o interesse público.

Não é o caso, aqui, novamente, de desenvolver uma linha de argumentação neste sentido. Fazemos referência, neste momento, às observações lançadas em trabalhos anteriores[11].

De outro lado, independentemente de se superar o problema da "questão" da supremacia do interesse público, seria possível levantar, como crítica ao modelo de interpretação do STJ, a forma como permite a aplicação direta de princípios constitucionais, revestidos de elevada abertura e indeterminação, para afastar a aplicação de regras legais muito claras que manifestam juízo de sopesamento do legislador na aplicação de princípios[12]. Aqui, portanto, está-se a transitar por outro problema metodológico: a aplicação direta de princípios constitucionais para afastar a aplicação de regras legais[13].

Este problema não está revestido de qualquer novidade. A produção teórica do direito constitucional e a teoria do direito, de modo geral, já havia se dado conta de certos perigos que o processo de constitucionalização, despido de critérios racionais, pode ensejar no campo da realização da justiça. A insegurança jurídica, a eventual incontrolabilidade das decisões, o excesso de subjetivismo e abertura para os juízos morais no preenchimento dos conceitos indeterminados trazidos pelos princípios, o eventual *déficit* democrático que o afastamento das opções legislativas podem proporcionar, são alguns temas recorrentes que permeiam este debate[14].

Não se pretende, neste estudo, abrir uma porta metodológica para a discussão desses temas relevantes. A presente abordagem assumirá, aqui, alguns pressupostos metodológicos para não fugir do tema central: (i) a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento de regras infraconstitucionais revestidas de presunção de constitucionalidade (ou seja, sobre as quais não recaia um juízo de inconstitucionalidade evidente) é procedimento perigoso[15]; (ii) há que se conferir uma certa deferência às decisões expressadas pelo legislador infraconstitucional em homenagem ao

---

[11]. Panorama do debate sobre o mito da supremacia do interesse público sobre o privado pode ser encontrado em: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 246 p.

[12]. O problema do afastamento da aplicação de regras não evidentemente inconstitucionais diante de princípios dotados de elevada carga de indeterminação e abstração é interessantemente apontado em: GUASTINI, Ricardo. Teoria e ideologia de la interpretación constitucional. Madrid: Mínima Trorra, 2008, p. 73-91.

[13]. Este tipo de problema já havíamos, de forma formar, abordado no seguinte texto: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 251-270.

[14]. Neste sentido, conferir: SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 113-148.

[15]. Neste sentido, conferir: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187 e ss.

princípio democrático e à segurança jurídica[16]; (iii) princípios, preferencialmente, devem ser aplicados através das regras que lhe dão concretude e expressam as opções da sociedade em relação às concepções dos conceitos trazidos por aqueles[17]; (iv) logo, aplicação direta de princípios em detrimento de regras só pode ser levada a efeito com reservas e mediante a demanda de um ônus argumentativo mais custoso[18].

Neste quadro o que se nota, por tudo o que já se expôs, é que os argumentos que podem justificar a eventual aplicação direta da autotutela contra a vedação de denúncia anônima, no que tange com a linha de argumentação do STJ, não resiste a um processo de debate mais apurado. Apenas a referência genérica à possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública é que tem fundado esta prática.

Conforme resta claro, a não aplicação da regra que veda denúncia anônima se baseia, principalmente, na eventual aplicação direta do princípio da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público

No entanto, como se tem admitido mais recentemente, entende-se que apesar do reconhecimento da normatividade dos princípios se constituir uma importante conquista no movimento constitucionalista e pós-positivista que ganha força no Brasil a partir da luta pela efetividade da Constituição de 1988, que se consolida em meados da década de 90 do século passado[19], isso não implica que as regras de direito possam ser descartadas com base em certos voluntarismos interpretativos típicos de novos jusnaturalismos e sua incessante busca de uma justiça ideal e abstrata ou novos realismos, segundo os quais o fim social se torna um critério interpretativo superador das fontes formais estatais.

Recair nessas posturas pode significar, na prática, a ruína do Estado Democrático de Direito, uma vez que a falta de densidade semântica dos princípios jurídicos faz com que eles se tornem verdadeiras "chaves-mestras" da interpretação jurídica, permitindo que se diga qualquer coisa acerca da moral, do justo ou ainda do interesse social.

---

[16]. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 362.

[17]. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165-200.

[18] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica..., p. 362.

[19] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007. p. 203-249.

Ciente das armadilhas ocultas nessas perspectivas de realização do direito, Norberto Bobbio lembra que as controvérsias entre o justo e o injusto, a moral e o imoral são praticamente insuperáveis. Como exemplo é possível citar a crença de Locke na propriedade como direito natural e o repúdio dessa idéia por parte de socialistas utópicos[20].

Sendo assim, há que se concordar com Antonio Cavalcanti Maia quando defende que:

> "...falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição radicalmente anti-positivista, mas sim propugnar por uma superação desta *démarche* teórica na busca de uma compreensão mais 'afinada' da vida jurídica contemporânea. Ora, por um lado, não podemos nos recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos estados de direitos contemporâneos com a segurança jurídica. Por outro lado, advogar um enfoque pós-positivista não significa defender – como é, por vezes, salientado por autores críticos a esse posicionamento – um retorno a posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio de compreensão científica"[21].

Desta feita, não há que se descuidar de uma análise apurada e colocar as questões envolvidas em seus devidos lugares.

Como já indicado anteriormente, a questão da moralidade, do interesse público, da impessoalidade, não são necessariamente incompatíveis com a vedação de denúncia anônima. Tenha-se em mente que os princípios são pontos de partida e sua concretização não pode ser feita às custas de qualquer meio, especialmente quando, no caso em debate, ela atinge dispositivos constitucionais ainda em vigor (art. 5, IV), superando claros limites textuais da Constituição e das opções do legislador ordinário.

É preciso, então, para evitar arbitrariedades, identificar os parâmetros para uma correta dimensão da aplicabilidade dos princípios.

Princípios e regras jurídicas, enquanto espécies do gênero norma jurídica, operam funções diferenciadas mas interligadas no sistema jurídico. Princípios possuem maior carga axiológica e funcionam como instituidores de regras. Estabelecem, os princípios, direitos *prima facie*. As regras, por sua vez, descrevem condutas ou estruturas de modo mais objetivo, justamente porque sua finalidade é tornar aplicável na vida prática os valores contidos nos princípios através de escolhas e opções normativas indispensáveis à sua

[20] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* Tradução de Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 56.
[21]. MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.

concretização. As regras, por desempenharem esta função, estabelecem direitos definitivos.

Assim compreendidos, há de se reconhecer uma relação paradoxal entre ambos, na medida em que o princípio funda a normatividade e depende de realização pela via de regra, as quais, por sua vez, apenas possuem "existência jurídica" porque aferíveis por um princípio que também lhes serve de fechamento interpretativo, dando o tom dos valores a serem juridicamente protegidos.

Um demanda o outro, com determinações recíprocas de sentido. Os princípios permitem a oxigenação do sistema, trazendo para dentro de si os conteúdos existencialmente dados em determinado período histórico. As regras especificam a aplicação dos princípios, ao mesmo tempo que existem em função deles.

Em decorrência, postula-se que na solução imediata dos casos jurídicos, deve-se dar primazia às regras, vez que os princípios apenas adquirem aplicabilidade direta em situações muito específicas, em que se impõe uma decisão que deve suportar o ônus argumentativo.

Essa exigência de priorizar as regras surge como uma tentativa de alcançar o ideal de segurança jurídica almejado pelo Direito, conforme assinala Marçal Justen Filho:

> "o reconhecimento da importância dos princípios conduziu a um certo desprestígio das regras, o que é um equívoco. A existência de regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito. A regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais. Permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer a solução perstigiada pelo direito"[22].

A argumentação com base em princípios é especialmente relevante nos chamados "casos difíceis". Com efeito, Ronald Dworkin diagnostica que, freqüentemente, a argumentação assentada em padrões normativos que não se adequam às características de regra jurídica, mas sim de princípios, ocorre em casos polêmicos, dotados de alto grau de problematicidade[23].

Para determinar quais são esses casos não existe um critério universal, uma regra definidora ou um método que seja satisfatório. No entanto, é possível afirmar que eles possuem caráter problemático porque não se vislumbra uma resposta jurídica ou então, do oposto, são detectadas inúmeras possibilidades decisórias.

---

[22]. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* São Paulo: Saraiva, 2003,p.53-54

[23] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

Ocorre, todavia, que não parece ser esta a situação do caso aqui discutido. A denúncia anônima é vedada expressamente na Constituição e em diversos dispositivos infraconstitucionais jamais declarados inconstitucionais. O texto constitucional, ademais, não estabelece diretamente qualquer exceção. Simplesmente expressa a vedação de anonimato. Não há, ainda, uma cláusula geral do tipo "é vedado o anonimato, *salvo se ele for invocado contra o interesse, o poder ou a moral pública*". Isso não significa, todavia, que o legislador, sopesando bens constitucionais[24], esteja impedido de estabelecer algum tipo de restrição nesta sede. Ora, a intervenção estatal, neste campo sempre restritiva[25], será legítima desde que justificada e preserve, numa perspectiva de proporcionalidade, o núcleo essencial do direito restringido[26]. E, neste aspecto, a vedação do anonimato é apenas confirmada pelas regras infraconstitucionais. Eventuais restrições, destarte, poderiam ser colocadas pelo legislador infraconstitucional. Nada obstante, ao legislar sobre o "dever de investigação" (no caso do art. 143, da Lei n. 8112/90) e sobre o "dever de autotutela" (art. 53, da Lei n. 9784/99), no legislador ordinário não colocou tais deveres como exceções à vedação de denúncia anônima.

Também não há suporte fático que autorize a conclusão de que a vedação de denúncias anônimas, inevitavelmente, criará embaraços ao Poder Público no que tange com a anulação de atos ilegais. Poderá criar algum custo, sim, na aplicação de sanções ao agente público que cometeu a ilegalidade, mas isso integra o chamado "ônus da democracia", da aplicação do devido processo legal.

A importância de valorizar as regras estabelecidas pela via da legislação democraticamente elaborada, destarte, surge como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem o princípio da legalidade como seu pilar fundamental, imprescindível para que os cidadãos tenham condições de prever as condutas lícitas ou não. Na lição de José Afonso da Silva:

> "a lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses"[27].

Para Jorge Reis Novais o princípio da legalidade consagra, ainda, a idéia da segurança jurídica, uma vez que "sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis

[24]. Conferir Virgílio Afonso da Silva, ao demonstrar que a atividade de restrição realizada pelo legislador ordinário é atividade de sopesamento em vista de um caso concreto: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140 (nota de rodapé n. 64).
[25]. Idem, p. 65-125.
[26]. Idem, p. 183-208.
[27]. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* . 6 ed. São Paulo: RT, 1990, p.107

desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal[28].

Com efeito, além da possibilidade de antever as condutas juridicamente reguladas, a noção de segurança jurídica implica na faculdade de invocar o aparato jurídico como garantia de segurança social, através do instrumental dogmático disponível, formado pelas normas de direito objetivo integrantes da ordem legal e também por inúmeros princípios de cariz constitucional, tais como o princípio legalidade, princípio ampla defesa, princípio da irretroatividade da norma, princípio da presunção de constitucionalidade das leis, entre outros.

Esses princípios permitem que se vislumbre na ordem constitucional um bloco de direitos fundamentais que atentam para a necessária preservação da segurança jurídica, garantia de cidadania e previsivilidade jurídica, cuja origem remonta aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estabelecidos no art. 5º, incisos XXXVI a LXXIII, da Constituição da República de 1988.

Por certo, a idéia de segurança jurídica não pode servir para justificar qualquer direito positivo existente, mas sim deve acompanhar a concretização da justiça, em especial quando se trata de garantia fundamental do cidadão, na forma assentada constitucionalmente.

Na situação aqui desenhada, percebe-se que a aplicação autônoma do princípio da moralidade e da impessoalidade sem a devida contextualização e adequação, contra regras inequívocas que vedam a denúncia anônima, acaba promovendo a violação de uma outra série de princípios constitucionais de igual relevância jurídica, como o contraditório, a ampla defesa, a defesa da honra, da imagem e, dentre eles, também, a segurança jurídica, em especial manifestada através do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Por isso, em caso de se configurar uma aparente colisão, a aplicação de um princípio deve gerar menos danos à ordem constitucional do que os prejuízos causados pela violação dos outros princípios. Na situação em comento, contata-se que a aplicação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público, para afastar a aplicação das regras que vedam a denúncia anônima, acarreta grave prejuízo aos princípios acima declinados.

[28] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 262.

Daí porque é preciso concordar que a constitucionalização do direito, se entendida de modo apressado, pode acarretar alguns efeitos indesejáveis que devem ser evitados.

Ciente da problemática, Luis Roberto Barroso aponta duas conseqüências negativas da má compreensão desse fenômeno teórico no direito brasileiro contemporâneo: a primeira de natureza política, ocasionada pelo enfraquecimento do poder democrático majoritário e pelo desprestígio da legislação ordinária e a segunda de natureza metodológica, pois a textura aberta e vaga de algumas normas constitucionais podem levar ao decisionismo judicial[29].

Com base nesse diagnóstico, citado constitucionalista é taxativo ao destacar a importância de coibir tais efeitos. Notadamente em relação à prática do chamado decisionismo, diz ele:

> É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenha conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de comprometer a legitimidade democrática da função judicial"[30].

Para tanto, nos mesmos termos da linha de raciocínio e da proposta esboçada no presente estudo, Luis Roberto Barroso propõe dois parâmetros metodológicos a serem seguidos pelos intérpretes em geral, quais sejam:

> *a)* preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador deve ela prevalecer, abstendo-*se* o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
> b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

Ora, transpondo essas lições para o caso em tela, verifica-se que as leis ordinárias federais que tratam da matéria (i) contêm "manifestações inequívocas e válidas do legislador". Daí a aplicação do critério da preferência da lei em detrimento da aplicação direta dos princípios na situação aqui analisada, mesmo porque, reforce-se, ele *"concretiza os princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da isonomia"*[31].

---

[29] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-392.
[30]. Idem, p. 392
[31]. Idem, p. 393.

Também é visível que deve ser aplicado o critério da preferência pela regra, vez que os dispositivos legislativos amplamente citados acima são válidos e descrevem condutas específicas a serem seguidas, merecendo o privilégio da prioridade.

Logo, portanto, pelo que se expôs, a interpretação predominante do STJ, que admite denúncia anônima, ao não conceber a possibilidade de qualquer sopesamento ou relativização da autotutela ou do dever de investigar: (i) tem tratado princípios como se regras fossem, (ii) tem autorizado a aplicação direta de princípios constitucionais abertos e indeterminados contra texto de lei e contra regra válida no sistema, (iii) tem criado insegurança jurídica, (iv) tem cerceado a ampla defesa, na medida em que a não identificação do denunciante impede a eventual possibilidade de provar abuso de poder ou desvio de finalidade.

Todas as críticas lançadas ao modelo de interpretação predominante no STJ, sob a justificação de aplicação autônoma dos princípios da moralidade, impessoalidade, interesse público etc., servem também para o modelo de interpretação predominante no STF.

Com efeito, e de acordo com o que se demonstrou, as soluções colecionadas na experiência do Supremo Tribunal Federal mostram que nesta Corte a questão vem sendo trabalhada a partir de uma dogmática estritamente principiológica. As soluções apresentadas, normalmente, reportam-se à necessidade de realização de juízos de ponderação em cada caso concreto. Com efeito, na decisão acima citada, proferida no MS 24.369-DF, todo o raciocínio é construído a partir de enunciados constitucionais tomados pressupostamente como princípios. Quanto a isso, de partida, nenhum problema. Há relevante produção teórica que defende que direitos fundamentais são princípios[32], e nada impede que este entendimento fique pressuposto no discurso. Na argumentação, perceba-se, o Ministro relator coloca, de um lado, a vedação do anonimato (art. 5, IV) e, de outro, legalidade (art. 5, II) e moralidade (art. 37, *caput*). Toda a construção da decisão leva em consideração uma abordagem genérica desses princípios e, reiteradas vezes, refere-se à necessidade de resposta com base na ponderação, que seria método racional de decisão. Ao fim a decisão nega a liminar e admite o processamento de denúncia anônima afirmando que, cite-se novamente:

> "Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra

[32]. Conferir, exemplificativamente: FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 3-34. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais... cit, p. 108-113, ao defender a teoria do suporte fático amplo.

> razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas...
>
> ...
>
> Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".

O curioso, com a devida vênia, é perceber que toda a fundamentação construída no voto poderia conduzir, ao final, a uma conclusão absolutamente diferente. Ademais, em nenhum momento o voto tece considerações às disposições legais e regras que vedam expressamente o anonimato. Todo o raciocínio se dá no plano da normatividade constitucional, com total abstração das opções do legislador ordinário.

Na decisão proferida no julgamento do Inquérito nº 1.957-PR, o STF, através de julgamento levado a efeito no Plenário, deixou evidente que o anonimato é postura afrontosa ao Estado de Direito, indigna de acolhimento ou defesa, desprovida inclusive da qualidade jurídica documental que eventualmente pretenda ter (quando escrita ou reduzida a termo). Contudo ela é apta a deflagrar procedimento de mera averiguação da verossimilhança se portadora de informação dotada de um mínimo de idoneidade. A delação anônima, destarte, seria postura repudiada em nosso direito constitucional pelo simples fato de colocar em risco a integridade do sistema de direitos fundamentais.

Ou seja, com pequenas nuances entre os Ministros, firmou-se tese no sentido de que a delação de autoria desconhecida não é instrumento dotado de juridicidade, pois se constitui num desvalor em face do próprio ordenamento jurídico que o repudia. A despeito de se tratar de um desvalor, caso a denúncia anônima releve indícios confiáveis dos fatos por ela encaminhados, não pode o aparelho estatal que recebe a informação simplesmente ignorar a *notitia*. Assim, um juízo de ponderação autorizaria a superação desse desvalor para que a investigação da ilicitude seja eventualmente levada a efeito "com discrição e cautela".

Conclui-se, mais uma vez: apesar da lei, apesar da regra, no plano principiológico, o juízo de ponderação permite o afastamento das decisões do legislador que, por sua vez, também são juízos de sopesamento entre bens constitucionais, todavia realizados em seara diversa.

Daí, então, o resultado prático da jurisprudência do STF supera uma das críticas antes delineada à jurisprudência do STJ: no STF a autotutela, a moralidade, a legalidade etc., ao serem tratados como princípios, não são absolutizados. Contudo o entendimento ainda permite o afastamento de regras e de opções legislativas que teriam "preferência" de incidência na solução do caso concreto.

IV. Conclusão

Apesar do entendimento fixado no âmbito dos tribunais superiores, como se demonstrou, o presente estudo defende a tese de que a denúncia anônima, ao menos no campo de processos disciplinares, é vedada em nosso sistema jurídico. A Constituição, expressamente, veda o anonimato. A legislação infraconstitucional, revestida de presunção de legitimidade, por sua vez, também veda, em mais de um dispositivo e em mais de um diploma, a denúncia anônima.

Se o problema for tratado no "plano de regras", os dispositivos que se referem à autotutela e ao dever de investigar não substanciam exceções à vedação de denúncia anônima.

O dever de investigar subsiste desde que a denúncia não seja proveniente de delação anônima. A lei cria, primeiro, o dever de investigar e, em seguida veda a denúncia anônima. Assim, até mesmo pela forma como se deu a construção legislativa no seio da Lei 8112/90, não se trata de "vedação de denúncia anônima que pode ser excepcionada em vista do dever de investigar", mas o que se tem é "dever de investigar, exceto se a denúncia for anônima".

A previsão legislativa de autotutela eventualmente aplicável aos processos disciplinares, decorrente de aplicação subsidiária da Lei n. 9784/99, é autorizada – ou imposta, melhor dizendo, pois a lei usa o termo *dever* – para a anulação dos atos "eivados de ilegalidade". A autotutela aplica-se, portanto, para nulificar o produto da atuação do agente político, o "ato ilegal". A punição disciplinar do agente que cometeu a ilegalidade é coisa distinta. Este intento é possível, mas se submete a um regime jurídico em que a autotutela encontra limite em face do devido processo legal, previsto na Constituição e delineado na legislação infraconstitucional, que não aceita a denúncia anônima nesta sede punitiva.

Ainda que se considere a discussão no plano principiológico, deveras, há que se reconhecer que várias soluções, de mérito e metodológicas, seriam possíveis.

Assim, na perspectiva metodológica, pressupondo os riscos, os perigos subjacentes a uma exacerbada principiologização, parece necessário tomar-se o cuidado de dar preferência para a aplicação dos princípios através da mediação legislativa, manifestando, aqui, o estudo, uma clara opção pela primazia da regra, produto do legislador democrático, desde que, como sucede no caso em tela, o sopesamento legislativo não esteja revestido de flagrante inconstitucionalidade e respeite, portanto, os pressupostos constitucionais exigidos para as medidas de restrição.

Todavia, ainda no campo metodológico, nada obstante os riscos que a análise pode trazer neste "plano dos princípios", não é de destituído de fundamentos sólidos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao conduzir o debate como se o problema fosse, sempre, uma questão de pura colisão entre princípios. Neste caso, então, poder-se-ia admitir o sopesamento judicial mesmo contra as regras legais dotadas de constitucionalidade. Porém este procedimento, sem dúvida, demandará um ônus argumentativo maior, principalmente no que tange com a leitura dos bens concretamente envolvidos na colisão.

A prevalecer esta linha de interpretação, que não é a que se defende no presente texto, seria legítimo sustentar, nas situações em que restaria autorizada, no caso concreto, a denúncia anônima, a abertura do processo disciplinar ficasse condicionada a uma prévia instauração de sindicância com o fim de averiguar alguns elementos que indiquem um mínimo de seriedade da denúncia anônima. Ou seja, em tais hipóteses o processamento deveria, sempre, ficar condicionado à prévia instauração de investigação preliminar.

Afinal, certo é que a instauração de sindicância não é providência obrigatória para todos os casos. No entanto, diante de situações em que não existam elementos suficientes para a criação da Portaria de instalação do processo disciplinar, impõe-se a instauração de sindicância para que sejam reunidos estes elementos básicos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHIER, Paulo Ricardo. DENÚNCIA ANÔNIMA EM PROCESSO DISCIPLINAR NA EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE INVESTIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-PAULO-SCHIER.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.