



Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Marcio Barandier

Referência: Indicação nº 01/2019. Parecer sobre o “Projeto de Lei Anticrime” do Governo Federal, apresentado pelo Exmo. Ministro da Justiça, Dr. Sérgio Fernando Moro, especificamente à introdução no sistema jurídico pátrio do “informante do bem” ou *whistleblowing*.

EMENTA: Lei nº 13.608/2018. Informante do bem. *Whistleblwing*. Anonimato. Recompensa.

O presente parecer refere-se à indicação nº 01/2019 acerca do denominado Projeto de Lei Anticrime especificamente à proposta de alteração da Lei nº 13.608/2018^[1] para introdução da figura do “informante do bem” ou *whistleblowing*^[2] para estabelecer canais de denúncia de supostos atos ilícitos nos órgãos públicos, a saber:

“Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição, e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante será assegurada proteção integral contra retaliações e estará isento de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, salvo se tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.”

“Art. 4º-B. O informante tem o direito de preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

§ 1º Se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

§ 2º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade.

§ 3º A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante, com prazo de trinta dias, e com sua concordância.”

“Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, é assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou de negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configura falta disciplinar grave, sujeitando o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a Administração Pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) o valor recuperado.”

A promulgação da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) surgiu a partir do compromisso do Brasil em agir em defesa da integridade das corporações e do combate à corrupção, quando ratificou os três principais tratados acerca da matéria: (a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos - OEA; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

Tanto a denominada Lei Anticorrupção como as leis que a antecederam (Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa e Lei n. 9.613/1998, Lei de Lavagem) incentivaram a aplicação de programas de *Compliance* e métodos de colaboração com a investigações e acordos de leniência.

A origem do *whistleblowing* surgiu após as investigações do caso Watergate que revelou doações corporativas para fins políticos e um esquema de pagamentos a funcionários públicos estrangeiros. Em resposta, o Congresso dos EUA aprovou a FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977) com o objetivo de reduzir casos de pagamentos ilícitos a funcionários públicos estrangeiros^[3].

A doutrina define o *whistleblower* como aquele agente de uma determinada organização pública ou privada, que denuncia atos ilícitos praticados por qualquer de seus colaboradores^[4].

Um clássico exemplo de denúncia de irregularidades é o caso Wikileaks do vazamento de informações realizado por Edward Snowden e Julian Assange relatando um extenso programa de vigilância do governo dos Estados Unidos sobre seus cidadãos (Wikileaks).



Para Schultz e Harutyunyan, embora a denúncia por si só não seja uma solução para a corrupção, é uma das ferramentas que pode melhorar a governança e criar organizações e governos ético e legalmente saudáveis. Para os autores, o objetivo desse tipo de denúncia é informar o público sobre abusos de poder ou atividades ilegais por parte do governo que, de outra forma, não seriam detectados^[5].

O reconhecimento da incapacidade do Estado para investigar e desvendar a prática de crimes, especialmente aqueles que envolvem atos de corrupção, os quais, pela sua própria natureza, são praticados às ocultas, de forma *interna corporis*, é uma realidade não só no Brasil, como no mundo.

Esta prática vem sendo adotada no Brasil, que inclusive conta com diversos canais públicos para o oferecimento de informações relevantes para investigações criminais, como os conhecidos “disque-denúncias”.

A grande novidade trazida à baila pelo projeto seria a criação de um canal de denúncias na estrutura interna dos órgãos públicos integrantes da Administração Pública Direta e Indireta com a finalidade de receber informações especificamente sobre a prática de crimes contra a Administração Pública.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado fomenta a criação e efetiva implementação de programas de *Compliance* em empresas privadas, cuja função primordial é criar barreiras para práticas ilegais, bem como mecanismos de controle e de punição para os seus respectivos funcionários, retirando do Estado essa incumbência.

Além disso, nos casos em que a investigação privada levada a efeito pelos sistemas de *compliance* das empresas aponte para a necessidade de adoção de medidas criminais, todas as informações são previamente produzidas por estes entes privados para, posteriormente, serem entregues às agências de persecução criminal.

Na verdade, o que se pretende a partir do aludido projeto é, mais uma vez, reconhecendo a incapacidade do Estado de angariar elementos de informações que levem ao descortinamento de atos de corrupção, fomentar a participação do particular para que atue como um informante, fornecendo dados aos órgãos de persecução criminal.

I. Nomenclatura: informante do bem

A primeira crítica que se deve fazer é quanto à nomenclatura adotada que se refere à figura do “informante do bem”, pois traz a reboque a impressão de que também haveria a figura do “informante do mal”. Importante ressaltar, neste ponto, que o texto proposto não faz qualquer menção à possibilidade do informante ter participado da conduta ilícita, o que pode gerar discussões acerca da motivação do agente denunciante, levando à comparação da figura do delator.

Desta forma, o texto precisa ser claro que o informante não tenha praticado nenhuma conduta ativa, colaborativa ou omissiva e, sim, que a denúncia seja um ato de boa fé, na medida em que todas as pessoas que agem no intuito de proporcionar ao Estado meios para o descortinamento de ações criminosas, sempre devem agir imbuídos pelo ânimo de fomentar o desenvolvimento de uma sociedade livre de práticas criminosas indesejáveis.

Portanto, nada há que justifique a nomenclatura, sendo certo que esta reflexão conduz inexoravelmente ao segundo ponto da proposta e, talvez, o que merece as mais duras críticas, o qual diz respeito à previsão da possibilidade de pagamento de recompensas ao informante, cujas informações resultem em recuperação de valores indevidamente desviados dos cofres públicos.

II. Sistema de recompensas

O projeto referido prevê que “quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a Administração Pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) o valor recuperado.”

Nas hipóteses em que o informante, funcionário público, integra a estrutura que está delatando, há um risco latente de vir a sofrer perseguições ou punições arbitrárias, às vezes até mesmo por via indireta, sofrer remoções motivadas por vingança, e não pelo interesse da Administração, perda de cargos comissionados etc.

Diante disso, além de, por motivos óbvios, a identidade do informante permanecer em sigilo, alguns dirão ser necessário lhes oferecer um estímulo, de maneira que ele tenha interesse em enfrentar todas essas situações adversas.

E este “estímulo” está previsto no último dispositivo do projeto “anticrime”, onde está estabelecido que as informações que resultarem na recuperação de valores desviados, permitirá o pagamento de até 5% do montante recuperado em favor do informante.

Nesta hipótese, se, por um lado, a atividade do *whistleblower* deve ser de alguma forma recompensada, já que pode colocar em risco até sua própria vida em prol do “bem comum”, de outro lado essa recompensa pode acarretar o estímulo à criação de uma cultura de denunciamento.

Esta previsão causa preocupação, visto que o pagamento em dinheiro, pode estimular uma “corrida de recompensas”, afetando o caráter subjetivo de boa fé da denúncia a uma cultura de denunciamento, cuja sedimentação importará em total e absoluta fragilidade das investigações e ausência de segurança jurídica.

Isso porque investigações realizadas com base em informações prestadas a partir do interesse econômico, vale dizer, movido pelo interesse maior de ser recompensado financeiramente, podem se tornar comuns, retirando a credibilidade da figura do *whistleblower*.

Significa dizer, por exemplo, que esses canais de denúncias podem passar a ser utilizados como forma de satisfação de interesses pessoais, para retaliações em razão de alguma providência tomada pelo superior do informante, ou até mesmo para proporcionar alguma situação que posteriormente pode se transformar em benefício econômico para o informante.

Ainda que se apure que a informação que levou à instauração do procedimento era falsa, e que o funcionário que se utilizou indevidamente desta ferramenta venha a ser punido, o prejuízo para o funcionário indevidamente investigado será irreparável.

Entendemos, pois, que a figura do *whistleblower* até poderia ser legítima, caso não envolvesse o pagamento de quantias em dinheiro para estimular a prestação de informações. Caso essas informações fossem prestadas de maneira livre, sem o estímulo financeiro talvez o dispositivo tivesse mais legitimidade.

Como mencionado alhures, o Estado está aparelhado com órgãos capazes de receber essas informações e dar a destinação adequada, municiando os órgãos de persecução criminal para desenvolverem o seu múnus investigativo.

A criação de serviços específicos para esta finalidade na estrutura interna de cada órgão da Administração direta e indireta apenas servirá para inchar ainda mais a estrutura do serviço público, criando mais despesa e adotando um formato ineficiente, tendo em vista que não haveria uma centralização das informações.

Um serviço de informações centralizado, que tenha acesso a “denúncias” acerca de atos ocorridos em todos os setores e órgãos da Administração Pública, possibilitaria uma filtragem muito mais eficaz das informações prestadas, bem como o estabelecimento de eventuais ligações entre eles, de maneira a se otimizar as investigações e garantir resultados mais céleres e robustos.

Ademais, não há dúvidas de que a utilização de uma estrutura já existente, como a dos “disque-denúncias”, importaria em custos muito inferiores do que os que o Estado teria na hipótese de tais serviços serem criados em cada órgão da Administração direta e indireta.

Nessa mesma esteira, a utilização da estrutura já existente certamente otimizaria a implantação do serviço, bastando, para tanto, fazer um treinamento específico dos servidores que estão lotados naqueles órgãos para lidarem com este novo tipo de informações que passarão a receber – aquelas relacionadas a atos de corrupção, com todas as suas peculiaridades.

III. A vedação do anonimato na Constituição da República (CR/88)

No que diz respeito à preservação da identidade do informante, conforme mencionado em linhas pretéritas, em princípio trata-se de medida salutar, tendo em vista que ao se propor a delatar a prática de crimes desta natureza, muitas vezes a pessoa coloca em risco a sua integridade física e a de sua família.

O projeto ora analisado até certo ponto caminha bem, prevendo na cabeça do art. 4º-B que “o informante tem o direito de preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos” e prevê que “se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado”.

Entretanto, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República assegura a liberdade de manifestação do pensamento, mas veda o anonimato. A vedação constitucional ao anonimato busca impedir abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas.

Por óbvio, ao exigir a revelação da identidade do autor da denúncia, busca-se futura responsabilização na esfera cível ou criminal, caso comprovada a falsa imputação de crime.

A Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso LVI, prevê, por seu turno, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Como é possível, frente a esse dispositivo, considerar válido procedimento investigatório e processo penal com origem em notícia anônima de crime?

Especificamente à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção desta impede o aproveitamento da cadeia probatória previamente questionada. Segundo Ada Grinover, “trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. (...) Daí sua total ineficácia.¹”

Tais previsões vão ao encontro do princípio do contraditório e da ampla defesa: O princípio do contraditório não se contenta com a simples disponibilização à parte contrária de um determinado elemento de informação previamente produzido. O contraditório real é aquele que viabiliza o conhecimento do elemento de informação e a possibilidade de impugnação e de produção de contraprova.

Desta feita, se, por um lado, no curso das investigações a identidade do informante deve ser resguardada, tanto para fins de proteção quanto para fins de estímulo à utilização desse mecanismo de informação, já no curso da ação penal sua identidade deve ser revelada, de modo que se permita que o acusado contradite aquilo que está sendo dito pelo informante.

Ocorre, todavia, que após as louváveis previsões mencionadas, o projeto põe por terra aquilo que havia de bom, determinando que, na hipótese de manter o sigilo da identidade do informante, o seu depoimento não poderá ser utilizado como prova, não se podendo proferir édito condenatório com base exclusivamente nesse elemento, mas os demais elementos de informação dele decorrentes permanecem válidos.

Essa previsão nada mais é do que a legitimação das provas ilícitas por derivação. Dito de outra forma, o que o projeto faz, em verdade, é dizer que todos os elementos de informação angariados a partir do depoimento do informante serão validados, ainda que o depoimento em si não seja utilizado, criando um mecanismo de convalidação das provas obtidas de forma ilícita.

¹ GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCA, Antonio Fernandes; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.170

Tal previsão é, a toda evidência, inconstitucional, na medida em que passa a admitir uma prova cujo contraditório é impossível de ser realizado, posto ser inviável ao acusado impugnar um elemento de informação cuja origem é absolutamente desconhecida.

Abre-se, ademais, a possibilidade de a acusação utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos sob o argumento de que foram angariadas a partir do depoimento do informante cuja identidade não pode ser revelada, o que impede, inclusive, a sua inquirição em juízo para elucidar a forma através da qual tais elementos foram obtidos.

Como afirmado, não se desconhece a necessidade de se proporcionar proteção adequada ao informante. O que se questiona é que já existem mecanismos de proteção às testemunhas que conseguem proporcionar a proteção necessária ao tempo em que viabilizam o exercício do contraditório, como é o caso, por exemplo, do programa Provita – Programa Federal de Assistência e Proteção às Vítimas e Testemunhas, instituído e regulamentado pela Lei nº 9.807/99 – o qual trata exatamente do chamado programa de proteção à testemunha.

Mais uma vez o projeto apresentado evidencia-se absolutamente desnecessário, visto que ao invés de criar uma nova forma de proteger o informante com mecanismos que aviltam princípios constitucionais consagrados, seria muito mais produtivo viabilizar maiores investimentos para o programa já existente, o qual, ao contrário do que se vê no projeto morista, tenta viabilizar a ponderação entre o exercício do contraditório real e a necessária proteção às testemunhas e informantes.

Com essas considerações, o parecer é no sentido da rejeição do item XIX do projeto nos termos em que foi apresentado. Esse é o parecer.

Diogo Mentor

Sheila Lustoza

^[1] Dispõe sobre canais de recebimento de denúncias de atos ilícitos (“disque denúncia”), recompensa por informações que auxiliem em investigações e para aplicação dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

^[2] A expressão literal do termo revela como aquele que “assopra o apito”. Disponível: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

^[3] Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/como-autoridades-fiscalizadoras-da-fcpa-descobrem-violacoes/consulta> em 16 de fevereiro de 2019.

^[4] SCHULTZ, David e HARUTYUNYAN, Khachik. Combating corruption: *The development of whistleblowing laws in the United States, Europe, and Armenia*. International Comparative Jurisprudence. V1, 2005, p. 87-97.

^[5] SCHULTZ, David e HARUTYUNYAN, Khachik, 2005.