

TEMAS
ATUAIS
DA
INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR
NO
PROCESSO
PENAL

[ORGS.]

RICARDO
SIDI

ANDERSON
BEZERRA
LOPES

TEMAS
ATUAIS
DA
INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR
NO
PROCESSO
PENAL

TEMAS
ATUAIS
DA
INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR
NO
PROCESSO
PENAL

[ORGS.]

RICARDO
SIDI

ANDERSON
BEZERRA
LOPES

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os Autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Enzo Zaqueu Prates
Christiane Moraes de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Temas atuais da investigação preliminar no processo penal - SIDI, Ricardo;
LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs] -1 Reimp. Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-700-3

1. Direito 2. Direito Penal. 3. Direito. I. Título. II. Artigos

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



NOTA DOS ORGANIZADORES

Há algum tempo, atuar na área penal no Brasil se tornou um grande desafio para aqueles que fazem uma leitura constitucional do processo penal. Isto vale tanto para o profissional que exerce a defesa criminal quanto para aqueles que desempenham as funções de acusar e julgar.

Por sua própria natureza, a investigação e o processo judicial de natureza penal são campos de tensão para qualquer sociedade que se pretenda democrática, eis que exigem um equilíbrio entre a eficiência da persecução penal e o indispensável respeito às garantias fundamentais do imputado.

Não bastasse isso, nos últimos anos somou-se a essa equação um fator deveras perigoso para quem luta para alcançar esse equilíbrio: a influência da opinião pública.

Hoje, pode-se dizer que a atividade persecutória estatal se tornou um espetáculo, dado o fascínio que as investigações e processos criminais exercem sobre essa opinião pública, constantemente alimentada e estimulada pelos meios de comunicação social, pouco preocupados com as garantias fundamentais do imputado, mas sim com seus índices de audiência.

Diante desse quadro, não é possível aos que se dedicam à reflexão sobre o direito processual penal manterem-se indiferentes. Em outras palavras, não há como cerrar os olhos para essa realidade e deixar de pensar criticamente os novos institutos que têm sido empregados na atividade persecutória estatal. O mesmo raciocínio vale para aqueles velhos institutos cujo passar do tempo já demande uma releitura crítica.

Nesse sentido, para nós foi motivo de grande satisfação quando a Editora D'Plácido formulou convite para organizar uma obra que

reunisse alguns pensadores já consagrados e outros da nova geração das ciências penais, a fim de abordar temas atuais e instigantes da investigação preliminar.

Num momento efervescente em termos de inovação nos métodos e procedimentos investigativos, há que se estimular a reflexão doutrinária para oferecer subsídios aos operadores do direito, que, por vezes, têm agido de maneira pouco refletida no cumprimento de suas funções (em que pese alguns as considerarem um chamamento divino).

Quando a atividade persecutória criminal caminha em fina sintonia com os clamores populares, quando resultados de julgamentos são mais aplaudidos do que jogos de futebol, há que se acender um alerta: entra em cena o processo penal do espetáculo e se esvai qualquer noção de preservação das garantias fundamentais do indivíduo.

Tal como ocorre em um linchamento público, quando as instituições de justiça cedem ao clamor irrefletido das massas, acabam por perder seu fundamento de legitimidade, pois renegam seu caráter contramajoritário, transformando justiça em justicamento.

Com o intuito de oferecer um contraponto a esse “estado de coisas inconstitucional”¹ que vem tomando conta da atividade persecutória desenvolvida no Brasil, a presente obra conta com valorosas contribuições de pensadores que ousam um olhar crítico sobre a investigação preliminar no processo penal.

Aos mestres, colegas e amigos que aceitaram esse convite desafiador, o nosso muito obrigado.

*Anderson Bezerra Lopes
Ricardo Sidi*

¹ Essa expressão foi muito bem empregada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF 347 MC/DF para definir o caos em que se encontrava (e ainda se encontra) o sistema penitenciário brasileiro.

SUMÁRIO

1. Novos modelos de colaboração investigativa: os programas de *whistle-blowing* como solução para a detecção de esquemas corruptos 13

Adriano Valente

2. Notas para uma releitura crítica sobre a utilização da “denúncia anônima” na investigação preliminar 49

Anderson Bezerra Lopes

3. Investigação direta pelo ministério público: análise quanto as possibilidades para sua realização e dos limites traçados pelo stf no julgamento do re 593.727/Mg 79

André Luiz Nicolitt

Adwaldo Lins Peixoto Neto

4. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada 103

Andrey Borges de Mendonça

Fernando Lacerda Dias

5. O abuso de investigar dos órgãos de inteligência 151

Bruno Silva Rodrigues

6. Metodologia operacional da delação premiada -
Os abusos realizados na operação lava jato 165

Cezar Roberto Bitencourt

7. A necessidade de revisitar o papel
do juiz de garantias 185

Cristiano Zanin Martins

8. A investigação preliminar neutra 199

Daniel Zaclis

9. Inadmissibilidade da Gravação Telefônica e
Ambiental Clandestina: Da Necessária Revisão da
Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 213

Diogo Tebet

10. O contraditório (mitigado) na investigação
preliminar: uma característica do estado
democrático de direito? 227

Eduardo Samoel Fonseca

Ricardo Mamoru Ueno

11. Breves considerações sobre a oitiva de
funcionários em investigações corporativas 245

Gustavo Alves Parente Barbosa

12. Cinco aspectos concretos da inovação
investigativa 257

Gustavo Torres Soares

13. A obrigatoriedade de realização do
interrogatório antes do oferecimento de exordial
acusatória na seara penal 307

João Victor Esteves Meirelles

14. Figura que atrapalha a polícia e o *parquet*:
serve para quê? 321

José Henrique Kaster Franco

15. A impossibilidade de utilização, no plenário do
Tribunal do Júri, de prova acusatória (formalmente
ou materialmente) controversa produzida em
inquérito policial 335

*Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay
Marcelo Turbay Freiria*

16. A importância da investigação defensiva para o
direito de defesa nos delitos empresariais 355

Leonardo Palazzi

17. A quebra de sigilo fiscal, a impossibilidade
de utilização dos dados do Regime Especial de
Regularização Cambial e Tributária instituído
pela Lei 13.254/16 no âmbito da investigação
preliminar de natureza criminal e a necessidade
de esgotamento da via administrativa para crimes
decorrentes da adesão ao citado regime 371

Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma

18. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as
memórias do subsolo. Um olhar sobre o
PL 8045/10 (Projeto do novo Código
de Processo Penal) 387

Marcos Zilli

19. Operação Lava Jato e gravações
clandestinas 415

Pedro Machado de Almeida Castro

20. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal 429

Renato Silvestre Marinho

21. Reconhecimento de prova lícita em processo penal como ilícita no processo civil? Uma abordagem da inadmissibilidade, no processo civil, de fontes de prova decorrentes de meio de pesquisa de prova admissível na Lei n.º 12.850/13 445

Renato Vieira

22. A (im)parcialidade dos relatores das investigações de competência originária do STF e os mecanismos de controle de sua atuação 473

Ricardo Sidi

23. A nova lei que permite a infiltração de agentes na investigação criminal 491

Rômulo de Andrade Moreira

24. Estrito cumprimento do dever legal na abordagem policial - o ineficiente controle da atuação da polícia militar 497

Débora Nachmanowicz de Lima

25. A Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal 517

Gustavo Badaró

26. Investigação patrimonial: reflexões sobre as cautelares reais 539

Tiago Cintra Essado

NOVOS MODELOS DE COLABORAÇÃO INVESTIGATIVA: OS PROGRAMAS DE WHISTLE-BLOWING COMO SOLUÇÃO PARA A DETECÇÃO DE ESQUEMAS CORRUPOTOS

1

Adriano Valente¹

1. INTRODUÇÃO

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideais de segurança social e de eficiência repressiva, ora predominando maior inclinação pela preservação de garantias ao acusado. Nesse sentido, a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico². Na quadra atual, o novo modelo básico de enfrentamento ao crime organizado no Brasil pode ser considerado como resultado de transformações substanciais nos métodos de investigação policial e técnicas para a detecção de atos ilícitos. Em especial, o despontamento dos acordos de colaboração premiada e os resultados obtidos com a Operação Lava-Jato despertaram em parte da população, incentivada por agentes públicos diretamente envolvidos no caso, a sensação da abertura de uma suposta janela de oportunidade, passageira e única, para o combate à corrupção.

No entanto, conforme demonstraremos a seguir, grande parte da sistemática de atuação e dos métodos investigativos utilizados pelos procuradores e policiais responsáveis pelo caso aparentam não

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio), Pós-Graduado em Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

² FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 20-21.

ser facilmente replicáveis em modelos locais de apuração criminal. A criação de Forças-Tarefas altamente especializadas, o alto investimento orçamentário e a pressão exercida por veículos de comunicação social são alguns dos fatores que dificilmente estarão presentes em investigações policiais exercidas nos pequenos e médios municípios brasileiros. Indo além, a utilização expansiva dos acordos de colaboração premiada, principal traço característico da Operação Lava-Jato para a detecção de esquemas ilícitos ainda desconhecidos pelas autoridades, não escapa de severas críticas que as classificam como verdadeira consagração legal da traição³ e chancela estatal para a concessão de benefícios em troca de atos antiéticos e imorais⁴.

Nessa linha, nas páginas que seguem essa breve introdução, o artigo encontra-se dividido em duas seções principais. Inicialmente, apontaremos a sistemática de atuação da Operação Lava-Jato, demonstrando que os métodos para a detecção de atos criminosos utilizados pela equipe de policiais e procuradores, de forma geral, não representam um padrão viavelmente replicável em escalas locais de combate à corrupção. A partir daí, sugerimos um atual modelo brasileiro de investigação criminal consolidado em mecanismos não circunstanciais, apresentando uma análise crítica e sintética a respeito da implementação de Programas de *Whistle-blowing* no Brasil como alternativa para a etapa de detecção de esquemas corruptos, apontando as principais vantagens e riscos relacionados a esse instituto de política criminal.

Em aspectos metodológicos, não desconsiderando as dificuldades de conceituação do termo⁵ e as divergências entre os autores que se dedicaram ao tema, durante o trabalho nos referimos à *corrupção* como quaisquer atos contrários à lei e praticados com o envolvimento direto de um ou mais agentes públicos que, utilizando-se do cargo

³ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 359.

⁴ GARCIA, Roberto. Delação premiada: ética e moral, às favas. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 159, v. 2, fev. 2006.

⁵ Nesse sentido, cf. BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. Revista de Administração Pública, v. 30, n. 1, p. 64-77, 1996. Esboçando uma teoria da corrupção, Luís GRECO e Adriano TEIXEIRA. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (org.). Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV, 2017, pp. 19-52.

ou função exercida, buscam a obtenção de vantagens indevidas para si ou para terceiros, sejam estas de ordem financeira ou não. Com relação às dificuldades de tradução para a língua portuguesa de vocábulo equivalente à expressão *whistle-blower*, sugerimos o emprego do termo “*reportante*”, utilizado ao longo das páginas seguintes.

De remate, há algumas ressalvas a serem feitas. Não é a intenção do trabalho o apontamento de erros e acertos ocorridos durante a condução das investigações realizadas pela Operação Lava-Jato ou qualquer juízo de valor a respeito do comportamento das autoridades envolvidas. Em igual sentido, também não serão abordados aspectos conceituais, causais e consequenciais da corrupção praticada no Brasil. O presente artigo trata-se apenas de esforço para a compreensão de que não há oposição, tampouco incompatibilidade, entre o combate à corrupção e o respeito a garantias constitucionais, buscando apontar alternativas viáveis para o modelo de investigação criminal brasileiro. Nessa linha, analisaremos a possibilidade de implementação de um Programa de *Whistle-blowing* no Brasil e ofereceremos alguns subsídios para eventual regulamentação sobre o tema.

2. SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO UTILIZADOS DURANTE A OPERAÇÃO LAVA-JATO

2.1. OS QUATRO PILARES DA OPERAÇÃO

No entendimento dos principais agentes responsáveis pelas apurações realizadas, a Força-Tarefa da Operação Lava-Jato inovou ao utilizar um modelo de investigação calcado em quatro pilares básicos: (1) acordos de colaboração premiada, (2) avanço por pulsos ou fases, (3) cooperação doméstica e internacional e (4) atuação expressiva dos canais de comunicação social⁶.

Com relação ao primeiro dos quatro aspectos citados, o chamado ‘*efeito dominó*’ ou ‘*efeito cascata*’ representou um papel de especial destaque nos resultados obtidos pela Operação. Quando algum dos supeitos decidia celebrar acordos de colaboração premiada, fornecia às autoridades não apenas informações e elementos comprobatórios

⁶ DALLAGNOL, Deltan. *A Luta Contra A Corrupção: A Lava Jato e o Futuro de Um País Marcado Pela Impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 122.

da ocorrência do crime originalmente investigado, mas também de diversos outros delitos até então desconhecidos pelos agentes estatais. Isso conferiu um efeito exponencial às investigações, ainda mais quando, na sequência das apurações realizadas a respeito dos fatos relatados pelos colaboradores, alguns dos delatados também decidiram colaborar⁷.

A respeito da influência midiática exercida e da divisão das investigações em diferentes fases, a pulverização diária de informações nos veículos de comunicação social impediu que o tema e expressões a ele relacionadas (como o nome da operação, dos investigados e do juiz) saíssem da agenda de debates da imprensa e da opinião pública, funcionando como verdadeiro combustível – sempre renovável – para a sequência vigorosa da Operação Lava-Jato.

Por fim, quanto aos fatores relacionados à cooperação jurídica doméstica e internacional, parece de fato possível concordar que representaram papés importante durante o desenvolvimento do caso. Quase duzentos pedidos de colaboração foram realizados pelas autoridades brasileiras desde o início da Operação. Em alguns casos específicos, a troca de informações com agentes estrangeiros possibilitou a identificação de elementos-chave para o desfecho das investigações, como por exemplo a localização de contas no exterior utilizadas pelos envolvidos nos esquemas criminosos apurados.

Indo além, conforme será melhor demonstrado no item seguinte, outros fatores relacionados à questões orçamentárias e a criação de uma Força-Tarefa altamente especializada também representaram particularidades do modelo de investigação utilizado durante toda a Operação Lava-Jato, dando espaço à formação de um cenário bastante circunstancial para o combate à corrupção.

2.2. QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS, ESTRUTURAIS E A FORMAÇÃO DE FORÇA-TAREFA ALTAMENTE ESPECIALIZADA

Os acordos de colaboração premiada, a cooperação jurídica internacional e a pressão exercida pelos veículos de comunicação social, embora possuam inegável posição de destaque para os resultados obtidos durante a Operação Lava-Jato, foram acompanhados por

⁷ Ob. Cit., DALLAGNOL, p. 82.

outros fatores decisivos no desenvolvimento das apurações. Designada pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, ainda em abril de 2014, a equipe responsável pela condução do caso conta, desde as fases iniciais da investigação, com procuradores altamente especializados em crimes relacionados à corrupção e ocultação de valores. Em semelhante sentido, o grupo dos agentes policiais diretamente envolvidos no feito foi também formado por profissionais de perfil extremamente técnico e qualificado, selecionados pelo alto grau de conhecimento em métodos investigativos de crime econômicos e empresariais.

Grande acerto, de fato. A detecção da maioria de atos corruptos envolvendo o conluio entre funcionários públicos e grandes corporações privadas, assim como o subsequente desenvolvimento das investigações e reunião de elementos comprobatórios das suspeitas iniciais, são tarefas extramamente difíceis. A alta qualificação econômica e técnica de considerável parcela dos crimes investigados durante a Operação-Lava-Jato exige (além de estruturas razoáveis) uma preparação altamente especializada dos órgãos que busquem combatê-los⁸.

Com relação às questões orçamentárias e estruturais, também devem ser colocados sob análise aspectos como o orçamento próprio destinado à condução da Operação e os consideráveis gastos realizados para o desenvolvimento das investigações⁹, cenário consideravelmente distante das realidades locais de combate ao crime organizado no Brasil. Outro aspecto de difícil solução em relação à atuação dos órgãos de fiscalização diz respeito ao fato de que se verifica imensa desigualdade entre as medidas adotadas no plano federal e as implementadas no âmbito dos estados e municípios brasileiros. A situação destes últimos em relação à situação da Administração Pública federal

⁸ MASI, Carlo Velho. O crime de evasão de divisas na era da globalização: novas perspectivas dogmáticas, político-criminais e criminológicas. Porto Alegre: Pradense, 2013, p. 69.

⁹ Conforme consta nos dados enviados pelo Serviço de Informação ao Cidadão da Polícia Federal, em resposta aos pedidos de acesso à informação E-SIC 08850000873201770 e STRI e-Prot (DPF) 010021023, solicitados pela *Agência Pública*, apenas nos anos de 2015 e 2016 foram gastos para o desenvolvimento da Operação Lava-Jato, em despesas com diárias, passagens, material de consumo, material permanente e outros serviços à disposição da operação, quase R\$8 milhões. Disponível em: <http://apublica.org/> Acesso em 30/07/2017.

é muito mais vulnerável em diversos quesitos: qualificação de funcionários, previsão orçamentária, estrutura dos órgãos de prevenção à corrupção, independência institucional, dentre outros¹⁰. Naturalmente, as delegacias de polícia de pequenas e médias cidades brasileiras muitas vezes contam com situação precária de trabalho e possuem poucas condições de chegar ao conhecimento de relevantes ilícitos praticados com o conluio entre funcionários públicos e entes privados.

Por essa linha de raciocínio, a hipótese principal do presente trabalho é que a conjunção de todos os fatores anteriormente citados, isto é, (1) a utilização expressiva dos acordos de colaboração premiada, (2) o avanço por pulsos ou fases, (3) a cooperação doméstica e internacional, (4) a atuação expressiva dos canais de comunicação social, (5) a criação de Forças-Tarefas com profissionais altamente especializados, (6) a disponibilização de consideráveis recursos orçamentários e (6) a existência de estruturas técnicas razoáveis para o trabalho de investigação, formaram um ambiente extremamente circunstancial para o combate à corrupção desenvolvido durante a Operação Lava-Jato. No entanto, grande parte desses aspectos não traduzem fielmente a realidade do modelo investigativo desenvolvido no Brasil e tampouco aparentam ser facilmente replicáveis em escalas locais de combate à criminalidade.

É evidente ressaltar, contudo, que não desconsideramos a alta complexidade e expressiva dimensão dos crimes apurados durante a Operação Lava-Jato, forçando a aplicação de um modelo mais robusto e estruturado de atuação. Ainda assim, cremos que diversos esquemas de corrupção praticados em escalas talvez mais modestas, como por exemplo as corriqueiras fraudes relacionadas à pequenas prefeituras de municípios brasileiros, seguem representando atividade igualmente perniciosa ao desenvolvimento econômico do país. A grande questão é que os órgãos fiscalizatórios atuantes em tais localidades, de forma geral, não contam com estruturas adequadas de funcionamento e conseqüentemente encontram constantes dificuldades para a identificação de irregularidades. Em resumo, vultuosos valores seguem cotidianamente sendo subtraídos dos cofres públicos através de arranjos criminosos praticados em remotas comarcas brasileiras, sem que o Estado possua ferramentas necessárias para detectá-los,

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro. 1ª.ed. 1ª reimp. Belo Horizonte; Fórum, 2015.

investigá-los e puni-los. O presente trabalho se concentra apenas na primeira dessa três etapas de atuação, avaliando os riscos e benefícios envolvidos na implementação de modelos alternativos para a detecção de esquemas corruptos.

Em verdade, as análises precedentes sugerem que a expectativa em mudanças perenes no tratamento à impunidade no Brasil e a continuidade dos resultados obtidos na Operação provavelmente dependerão de caminhos alternativos para o combate à corrupção. Por outro lado, ao que parece, a sistemática de atuação até agora aplicada pelos agentes estatais responsáveis pela condução do caso não se mostra suficientemente replicável à categorias menos expressivas de investigação criminal. É a partir daí que, buscando encontrar soluções para tais limitações, nos propomos a analisar nos itens e capítulos seguintes os Programas de *Whistle-Blowing* como um modelo de colaboração investigativa que sirva também à escalas locais de enfrentamento aos crimes praticados em prejuízo à Administração Pública brasileira.

2.3. NOVOS MODELOS DE COLABORAÇÃO INVESTIGATIVA: OS PROGRAMAS DE WHISTLE-BLOWING COMO SOLUÇÃO PARA A DETECÇÃO DE ESQUEMAS CORRUPOTOS

O caminho para a condenação criminal dos indivíduos envolvidos em atos corruptos obedece à longas fases sequenciais de trabalhos realizados com a cooperação entre a Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário. De forma geral, inicialmente é realizada a detecção de esquemas suspeitos por parte da autoridade policial. Em seguida, são realizadas averiguações razoáveis que justifiquem a instauração de procedimentos investigativos, os quais terão como objetivo principal a busca por elementos comprovadores da autoria e materialidade do fato apurado. Após oferecida e recebida a peça de denúncia contra o acusado, por fim e já em fase judicial, terão de ser produzidas pelo órgão acusador provas consistentes que corroborem as suspeitas iniciais.

É possível afirmar, contudo, que a maior parcela dos esquemas criminosos sequer chega ao conhecimento das autoridades policiais, seja pelas (1) dificuldades estruturais de atuação dos órgãos de fiscalização ou pelo (2) desenvolvimento de mecanismos cada vez mais eficientes para o encobrimento de atos ilícitos praticados por organizações clandestinas. Com relação a esses dois fatores limitantes,

a instituição de incentivos para a colaboração dos cidadãos opera como estímulo ao fornecimento de informações pelos interessados nos benefícios oferecidos, representando verdadeira otimização do trabalho de investigação policial.

Assim foi com a utilização da colaboração premiada durante o desenvolvimento da Operação Lava-Jato. Depois que o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa celebrou acordo com o Ministério Público Federal, o segundo da fila foi o doleiro Alberto Youssef, apresentando dezenas de novos fatos, num verdadeiro efeito dominó: a cada novo acordo, novos envolvidos eram citados, novos fatos criminosos eram detectados e novas investigações surgiam¹¹. Daí seguiram as colaborações prestadas por empreiteiros, executivos, doleiros e políticos, totalizando mais de 150 acordos¹² celebrados até o mês de julho do ano de 2017, apenas em 1ª instância. Foi assim que a apuração de um aparentemente inexpressivo esquema de lavagem de dinheiro envolvendo um posto de combustíveis se transformou na maior e mais complexa investigação criminal da história brasileira.

Não obstante, os acordos de colaboração premiada seguramente não escapam de severas críticas¹³ a respeito de seus aspectos legais, constitucionais, morais e éticos. Questionamentos a respeito de prisões cautelares utilizadas como instrumento de tortura e intimidação dos potenciais delatores, alegações de ofensas aos direitos de defesa dos envolvidos, dúvidas a respeito da fidelidade das informações prestadas¹⁴ e protestos contra a concessão de premiações à indivíduos desones-

¹¹ CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: A corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 103.

¹² Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/> Acesso: 01/08/2017.

¹³ Oferecendo críticas à utilização do instituto a partir de seus aspectos constitucionais e éticos: COUTINHO, Jacinto. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 159, n. 9, fev. 2006; GARCIA, Roberto. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 159, v. 2, fev. 2006. Em leitura sobre parâmetros para a compatibilização constitucional do instituto, cf. PEREIRA, Frederico. A Compatibilização Constitucional da Delação Premiada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, 59, p. 84-99, jan./abr. 2013. Defendendo a importância do instituto para o combate ao crime organizado e moralidade dos acordos de colaboração premiada: FONSECA, Cibele. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

¹⁴ Nesse aspecto, analisando as cautelas necessárias para a utilização de informações prestadas por envolvidos em práticas criminosas, cf. TROTT, Stephen. *O uso de*

tos e criminosos são apenas alguns dos argumentos direcionados ao instituto após sua institucionalização no ordenamento brasileiro.

É a partir desse cenário que o presente trabalho apresenta uma breve análise da implementação de outras ferramentas de colaboração investigativa, em geral baseadas no fomento à participação da sociedade civil para a obtenção de informações a respeito de crimes cometidos, como alternativa ao modelo utilizado pela Operação Lava-Jato e outras megaoperações policiais, com ênfase específica aos denominados Programas de *Whistle-blowing*.

No entanto, ainda antes de avançar em aspectos conceituais a respeito do instituto, algumas questões centrais devem desde logo ser pontuadas. Diferentemente dos réus e investigados envolvidos em acordos de colaboração premiada, as denúncias realizadas por *whistle-blowers* contam com um baixo índice de repúdio social, uma vez que os reportantes não participaram das atividades criminosas relatadas. Eventuais críticas aos seus aspectos éticos costumam repousar mais sobre a questão do pagamento de recompensas pelas informações prestadas. Indo além, via de regra, os acordos de colaboração premiada pressupõem que os órgãos públicos responsáveis pela apuração já conheçam alguma informação inicial relacionada aos fatos denunciados e de alguma forma desconfiem da participação do delator. Afinal, é pouco crível que determinado indivíduo, sem a percepção de que as autoridades policiais desconfiam da existência de seus esquemas criminosos, voluntariamente se dirija à determinado órgão estatal e ofereça informações para a celebração de qualquer espécie de acordo. Os acordos de colaboração premiada, na maior parte das vezes, surgem justamente quando os investigados ou acusados já se encontram em situação processual desfavorável e consideram uma decisão condenatória como desfecho mais provável para o caso. Nesse ponto, os Programas de *Whistle-blowing* possuem a vantagem significativa de não pressuporem nenhuma investigação já iniciada, permitindo a descoberta de fatos que provavelmente permaneceriam para sempre desconhecidos pelas autoridades fiscalizatórias.

Não deve também ser ignorado que tais Programas vêm de alguma forma se destacando no cenário internacional como eficiente ferramenta para a recuperação de valores subtraídos dos

um criminoso como testemunha: um problema especial. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, pp. 68-93.

cofres públicos através de fraudes. Nos Estados Unidos, a *Securities and Exchange Commission*, agência americana cujas funções institucionais se assemelham à Comissão de Valores Mobiliários brasileira, efetuou o pagamento de mais de US\$ 158 milhões em recompensas desde a implementação de um Programa de *Whistle-Blowing* no ano de 2011¹⁵. Em semelhante sentido, pronunciamentos recentes das autoridades responsáveis pelo Programa nigeriano de *Whistle-Blowing* apontam a recuperação de cifras próximas a casa dos R\$ 100 milhões¹⁶ apenas nos primeiros meses após sua implementação. Nos parece, portanto, considerando os modelos estrangeiros de resultados extremamente satisfatórios, que as informações fornecidas pelos *whistle-blowers* merecem ser melhor avaliadas como alternativa para o modelo de investigação policial brasileiro, em especial atuando na etapa inicial de detecção de esquemas criminosos, isto é, funcionando como verdadeiro *start investigativo*. Resta saber se os aspectos gerais inerentes ao instituto guardam compatibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro e se eventuais riscos e efeitos negativos do Programa são compensados pelos benefícios prometidos, questões analisadas no decorrer do capítulo seguinte.

3. CONCEITOS E ASPECTOS PRINCIPAIS PROGRAMA DE WHISTLE-BLOWING

3.1. CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS

Tanto as empresas quanto a Administração Pública, de forma geral, naturalmente representam âmbitos de penetração difícil para a atuação da Polícia e de outros órgãos fiscalizatórios. Como consequência natural, uma porcentagem extremamente elevada de atos ilícitos que se cometem em tais ambientes jamais são descobertos e permanecem para sempre impunes¹⁷. Diante dessa dificuldade, nos últimos anos os poderes públicos de diversos ordenamentos

¹⁵ Disponível em: <https://www.sec.gov/whistleblower/> Acesso em 01/08/2017.

¹⁶ Disponível em: <http://www.finance.gov.ng/index.php/resources/news-media/news-archive/294-fg-confirms-first-payments-to-whistleblowers> Acesso em 07/08/2017.

¹⁷ RAGUÉS, Ramón. “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: ‘whistleblowing’ interno vs. ‘whistleblowing’ externo”. In: Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención,

estrangeiros¹⁸ seguem apostando em incentivar que seus cidadãos, ao tomarem conhecimento de condutas praticadas em desacordo com a lei, reportem tais fatos às autoridades e recebam como contrapartida proteção e eventualmente recompensas. Em grande parte dos casos, são denominados pelas legislações ou regulamentos internos como Programas de *whistle-blowing*, mas não escapam de divergências substanciais estabelecidas de acordo com as particularidades de cada país.

Em tradução literal da língua inglesa para a portuguesa, o termo *whistle-blower* representa a junção das palavras “apito” e “soprador”, remetendo à ideia de um indivíduo que, tomando conhecimento de determinada situação irregular, deseja chamar a atenção das autoridades. Nesse sentido, os chamados Programas de *Whistle-blowing* estabelecem a criação de canais de comunicação para o recebimento de denúncias realizadas por esses cidadãos, regulamentando aspectos como as formas de processamento e apuração das informações, assim como os incentivos e mecanismos de proteção destinados aos reportantes. Não obstante, a maneira exata de como a expressão *whistle-blower* deve ser compreendida ocupa razoável parcela dos espaços de discussão sobre o tema e recebe tratamentos bastante díspares por parte da literatura especializada e dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. As classificações variam desde aspectos relacionados ao vínculo profissional com a empresa ou órgão envolvidos nos fatos relatados, passando por métodos anti-retaliações oferecidos aos reportantes e pelas recompensas eventualmente pagas como contrapartida às informações prestadas. Também é possível notar diferenças com relação à natureza dos atos ilícitos definidos como reportáveis e a implementação de Programas limitados apenas ao setor público ou privado.

Na sequência, após inicialmente explicadas algumas diferenças entre testemunhas, colaboradores e reportantes, todos esses aspectos serão apontados de forma sintética pelo presente trabalho, acompanhados de sugestões que possam colaborar como subsídio para eventual regulamentação de um Programa brasileiro de *Whistle-Blowing*.

detección y reacción penal, PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Víctor (dir.), Madrid: Edisofer, 2014, p. 459.

¹⁸ Estados Unidos, Japão, Coreia do Sul, Nigéria, Peru e Austrália são alguns dos países que atualmente contam com Programas de *Whistle-blowing* já implementados.

3.2. DIFERENÇAS ENTRE TESTEMUNHAS, COLABORADORES E REPORTANTES

O ordenamento jurídico, ao prever determinada premiação dos *whistle-blowers*, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva interagir com um cidadão honesto e que não obteve qualquer benefício com o ato reportado, permitindo a investigação dos responsáveis pelos crimes denunciados, a aplicação de eventuais sanções previstas e o ressarcimento de eventuais prejuízos financeiros causados. Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos que se levantam contra os malfeitores da sociedade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência sugerem ao Estado, para obter informações e aplicar a lei, a prática de barganhas com pessoas e corporações desonestas, que já se beneficiaram ilícitamente e causaram danos a sociedade, mas terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros¹⁹.

A delação, nesse aspecto, não se constitui propriamente em gratificação para uma conduta nobre e altiva. Efetivamente, trata-se de uma premiação concedida ao autor de um crime, que, por certa dose de deslealdade e traição com os demais comparsas, colabora com o Estado e em troca recebe compensações como a redução de sua pena, flexibilização do regime de cumprimento, aplicação de sanções alternativas ou até mesmo o perdão judicial. Certamente difere da ideia de uma premiação por comportamentos corretos, lícitos, éticos e elevados praticados por um cidadão não envolvido na prática dos atos criminosos relatados²⁰, como é o caso dos *whistle-blowers*.

É também de se destacar a ausência de espontaneidade presente nos acordos de colaboração premiada. Via de regra, os delatores somente aceitam colaborar com informações após perceberem que os elementos colhidos contra eles provavelmente serão suficientes para uma condenação criminal. Nesses casos, os acordos passam a representar uma – senão a única – oportunidade para que os inves-

¹⁹ ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. Revista de Doutrina do TRF4, Porto Alegre, n.65, abr. 2015.

²⁰ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 3, 2016, p. 217.

tigados ou acusados não sejam submetidos a longos anos de pena cumprida em cárcere. Tais circunstâncias sugerem a possibilidade de que, buscando contornar a imposição de severas punições ao final de um processo criminal, os colaboradores em determinadas situações sejam seduzidos a fornecer às autoridades tanto informações verdadeiras quanto falsas, misturando fatos comprováveis com meras ilações irresponsáveis²¹.

Há, também, algumas diferenças substanciais entre a figura do reportante e da testemunha criminal. Estas últimas, salvo exceções legais²² previstas pelo Código de Processo Penal, possuem obrigação legal de colaboração com a Justiça, sob pena de conduções coercitivas e condenação pelo crime de desobediência em casos de descumprimento. Além disso, tecnicamente, os depoimentos prestados por testemunhas, quando colhidos em fase judicial e em observância ao princípio do contraditório, possuem valor probatório e mesmo desacompanhados de outros elementos de prova, em alguns casos, podem fundamentar condenações criminais e suprir a ausência do exame de corpo de delito. Em diferente sentido, os *whistle-blowers*, via de regra²³, não possuem dever legal de colaboração e fornecem informações que devem ser tratadas como meras fontes de prova, isto é, deverão servir apenas como um *start investigativo* para os órgãos fiscalizatórios estatais, os quais, a partir do relato recebido, eventualmente buscarão elementos que comprovem as alegações realizadas pelo reportante. As valorações probatórias dos depoimentos prestados por testemunhas e dos relatos realizados por *whistle-blowers*, portanto, além das questões relacionadas à obrigação legal de colaboração, obedecem à lógicas bastante distintas.

²¹ O Artigo 4º da Lei 12.850/2013 prevê que a concessão de benefícios levará em conta fatores como a “*gravidade e a repercussão social do fato criminoso*”, além da “*eficácia da colaboração*”. Tal circunstância parece apta a gerar uma inclinação para que o colaborador busque exasperar a responsabilidade dos demais comparsas, deixando de lado o grau de certeza das informações prestadas.

²² São desobrigadas de prestar esclarecimentos, por força do Artigo 206 do Código de Processo Penal, as testemunhas que se enquadrem na condição de ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

²³ Apontando a previsão do dever de denúncia em alguns ordenamentos estrangeiros, ver item 3.6, Nota 30.

3.3. ESPÉCIES DE ATOS ILÍCITOS COBERTOS PELOS PROGRAMAS DE WHISTLE-BLOWING

Embora algumas orientações internacionais²⁴ sugiram um tratamento expansivo aos tipos de atos ilícitos reportáveis pelos *whistle-blowers*, parece ser um bom começo para o Programa brasileiro a ambição por um número mais modesto de relatos recebidos, focando inicialmente suas atenções para os crimes relacionados à atos de corrupção. Indo além, o recebimento e apuração das informações recebidas exigem, de certo modo, que os profissionais encarregados por essas tarefas possuam certo grau de conhecimento técnico nos temas abordados pelos reportantes, tornando um desafio complexo a estruturação de grande número de equipes especializadas. Nesse sentido, após um período inicial de vigência do programa, devem ser analisados fatores como (1) o grau de eficiência no funcionamento do órgão receptor dos relatos e (2) a existência de estrutura suficiente para o processamento de uma carga maior de reportes. Somente a partir daí, após revisões periódicas²⁵ dos resultados e correção das falhas iniciais, sugere-se a implementação de um Programa mais abrangente com relação aos tipos de atos reportáveis.

3.4. LIMITAÇÃO PELO VÍNCULO AO AMBIENTE DE TRABALHO

Parte da literatura estrangeira dedicada ao tema oferece definições que de certa forma limitam os *whistle-blowers* como indivíduos necessariamente relacionados de alguma forma às organizações envolvidas nos atos denunciados²⁶. Embora a exigência de alguma

²⁴ Nesse sentido, cf. orientação dada pelo *Council of Europe*, Resolution n. 1729, 6.1.1.: “*The definition of protected disclosures shall include all bona fide warnings against various types of unlawful acts, including all serious human rights violations which affect or threaten the life, health, liberty and any other legitimate interests of individuals as subjects of public administration or taxpayers, or as shareholders, employees or customers of private companies*”.

²⁵ Cf. item 3.9.

²⁶ NEAR, Janet; MICELI, Marcia. Organizational dissidence: The case of whistle-blowing. *Journal of Business Ethics*, 1985, p. 6: “*We, therefore, define whistle-blowing to be the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action*”.

vinculação ao ambiente laboral das condutas praticadas possa trazer alguns aspectos positivos (ao permitir, por exemplo, certo filtro nos relatos recebidos), tal condição oferece limitações exageradamente restritivas ao Programa. Nesse aspecto, cremos que a caracterização da figura do *whistle-blower* não se encontra baseada na existência de qualquer espécie de vínculo profissional ou funcional, mas efetivamente no conhecimento de informação relevante e disposição em levar ao conhecimento das autoridades a prática de determinados atos ilícitos.

Considerando, portanto, que a importância e qualidade do relato oferecido não pressupõem necessariamente a vinculação ao local de prática dos fatos reportados, sugere-se que eventual regulamentação a respeito do tema preveja o direito de todo cidadão às proteções e benefícios oferecidos pelo Programa²⁷, desde que os tipos de condutas denunciadas estejam dentro das diretrizes previstas pelo legislador. Eventualmente, apenas devem ser excluídos os relatos de indivíduos que possuam a obrigação legal de fiscalizar e agir para coibir as condutas ilícitas reportadas, assim como os reportes realizados por profissionais submetidos ao dever de sigilo em estreitas relações de confiança (v.g. investigadores policiais, auditores fiscais da Receita Federal, *compliance officers* etc).

3.5. LIMITAÇÃO PELO VÍNCULO AO SETOR PÚBLICO OU PRIVADO

Alguns países possuem legislações específicas apenas para os *whistle-blowers* vinculados ao setor público, restringindo o campo de atuação do programa. No entanto, os atos relacionados à corrupção são tradicionalmente uma via de mão dupla: para que exista um funcionário corrupto, é necessária também a existência de uma contraparte corruptora²⁸. Considerando como exemplo o frequente

²⁷ Em semelhante sentido, o Art. 3º da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002): “*Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: 8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno*”.

²⁸ ARELLANO GAULT, David; MEDINA, Alejandra; RODRÍGUEZ, Roberto. Instrumentar Una Política De Informantes Internos (Whistleblowers): ¿Mecanis-

OS AUTORES

Adriano Valente
Adwaldo Lins Peixoto Neto
Anderson Bezerra Lopes
André Luiz Nicolitt
Andrey Borges de Mendonça
Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay
Bruno Silva Rodrigues
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Zanin Martins
Daniel Zaclis
Débora Nachmanowicz de Lima
Diogo Tebet
Eduardo Samoel Fonseca
Fernando Lacerda Dias
Gustavo Alves Parente Barbosa
Gustavo Badaró
Gustavo Torres Soares
João Victor Esteves Meirelles
José Henrique Kaster Franco
Leonardo Palazzi
Marcelo Turbay Freiria
Marcos Vidigal de Freitas
Crissiuma
Marcos Zilli
Pedro Machado de Almeida Castro
Renato Silvestre Marinho
Renato Vieira
Ricardo Mamoru Ueno
Ricardo Sidi
Rômulo de Andrade Moreira
Tiago Cintra Essado



ISBN 978-85-8425-700-3



9 788584 257003