

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO
CENTRO DE PESQUISA - CEPES**

MATEUS SALOMÃO LEAL

**A PROTEÇÃO DO *WHISTLEBLOWER* NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
À LUZ DA PRÁTICA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS E DA DISTINÇÃO ENTRE OS
INSTITUTOS DO SIGILO E DO ANONIMATO**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

MATEUS SALOMÃO LEAL

**A PROTEÇÃO DO *WHISTLEBLOWER* NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
À LUZ DA PRÁTICA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS E DA DISTINÇÃO ENTRE OS
INSTITUTOS DO SIGILO E DO ANONIMATO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional do Instituto Brasiliense
de Direito Público como requisito parcial
para obtenção título de Especialista em
Direito Constitucional.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

Catálogo na fonte

Leal, Mateus Salomão.

A proteção do *Whistleblower* no direito brasileiro :
uma análise à luz da prática dos Ministérios Públicos e da
distinção entre os institutos do sigilo e do anonimato /
Mateus Salomão Leal. – 2016.

94 f.; 30 cm

Inclui resumo em português e inglês.

Monografia (especialização) – Instituto Brasiliense
de Direito Público, Brasília, 2016.

1. Informante. 2. Denúncia anônima. 3. Violação de segredo.
4. Ministério Público – competência. I. Instituto Brasiliense de
Direito Público.

MATEUS SALOMÃO LEAL

**A PROTEÇÃO DO *WHISTLEBLOWER* NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
À LUZ DA PRÁTICA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS E DA DISTINÇÃO ENTRE OS
INSTITUTOS DO SIGILO E DO ANONIMATO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional do Instituto Brasiliense
de Direito Público como requisito parcial
para obtenção título de Especialista em
Direito Constitucional.

Banca de aprovação:

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho ao MPF, pelas oportunidades, já desde a época do meu estágio em Direito na Procuradoria da República em Minas Gerais.

À equipe da Ouvidoria do MPF, com especial carinho, pelo inestimável aprendizado ao longo de mais de 2 anos e pelo empenho e dedicação aos serviços prestados aos cidadãos e à sociedade brasileira.

RESUMO

Este trabalho analisa a prática dos Ministérios Públicos brasileiros na proteção dos *whistleblowers* ou noticiantes com identidade preservada, como importante instrumento no exercício da persecução penal no combate à criminalidade moderna. Parte-se da exposição dos exemplos de procedimentos relativos ao recebimento de notícias de ilegalidades pelas Ouvidorias dos Ministérios Públicos, com enfoque particular para o Ministério Público Federal, com o sigilo da identidade dos noticiantes e a previsão da possibilidade e orientação para registrarem manifestações apócrifas. Logo em seguida faz-se um estudo crítico dos modelos apresentados, à luz de sua constitucionalidade, especialmente do art. 5º, IV e XIV, da Constituição da República e das prerrogativas constitucionais do Ministério Público, apresentando necessária distinção entre as figuras do sigilo e do anonimato e respectivos regimes jurídicos. Apresenta ainda considerações sobre a eficiência dos instrumentos de proteção dos *whistleblowers* e do dever de lealdade e proteção dos noticiantes pelo Ministério Público, com abordagem de Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a matéria, como o Projeto de Lei de Iniciativa Popular das 10 Medidas contra Corrupção (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 4.850/2016) e do Projeto de Lei 362/2015 do Senado Federal. Por fim, são feitas conclusões e proposições para o aperfeiçoamento do modelo atual, visando à maior eficiência e proteção do *whistleblower*, assim como à segurança e validade da atividade persecutória desenvolvida pelo Ministério Público brasileiro.

Palavras-chave: Proteção do *Whistleblower*. Sigilo e anonimato. Denúncia anônima. Sigilo da fonte. Ministério Público. Prerrogativas. Art. 5º, IV, XIV e XXXIII, da Constituição da República. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 4.850/2016. 10 Medidas contra Corrupção. Projeto de Lei 362/2015 do Senado Federal.

ABSTRACT

This paper analyzes the Brazilian Public Prosecutor's Office practice to protect whistleblowers or reporters with preserved identity, as important instruments for prosecution in order to fight against current criminality. It starts from some examples of procedures related to receiving reports concerned to illegal activities by the Public Prosecutor's Ombudsman Office, mainly focusing on Federal Prosecution Service, preserving reporters' identity and providing them with the possibility and orientation to register their anonymous report. Then, a critical study of the presented models is made in light of their constitutionality especially towards article 5, IV and XIV of the Federal Constitution and constitutional prerogative of the Public Prosecutor's Office, presenting the required difference between confidentiality and anonymity and their respective legal regime. It also includes considerations about the efficiency of the whistleblowers protection instruments and the duty of loyalty and reporter's protection from the Public Prosecutor's Office, comprising bills that run in the National Congress about that subject, such as the popular initiative known as 10 Measures Against Corruption (Bill N° 4.850, of 2016, from the Chamber of Deputies) and bill N° 362, of 2015, from the Federal Senate. Finally, some conclusions and propositions can be drawn in order to improve the current model, aiming at greater efficiency and whistleblower protection, as well at security and validation of the prosecution activity performed by the Brazilian Public Prosecutor's Office.

Keywords: Whistleblower protection. Confidentially and anonymity. Anonymous report. Confidentially of source. Public Prosecutor's Office. Prerogatives. Article 5, IV, XIV and XXXIII of the Federal Constitution. Bill N° 4.850, of 2016, from the Chamber of Deputies. 10 Measures Against Corruption. Bill N° 362, of 2015, from the Federal Senate.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
APL	Apelação
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGU/OGU	Controladoria Geral da União / Ouvidoria Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CSMPF	Conselho Superior do Ministério Público Federal
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inq	Ação de Inquérito
IP	Internet Protocol
MC	Medida Cautelar
MP	Ministério Público
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPF	Ministério Público Federal
MPMG	Ministério Público do Estado de Minas Gerais
MPPR	Ministério Público do Estado do Paraná
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
PROVITA	Programa de Proteção à Vítimas e Testemunhas
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário

RHC	Recurso em Habeas Corpus
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RS	Estado do Rio Grande do Sul
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
SAC	Sala de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público Federal
SC	Estado de Santa Catarina
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERMINOLOGIA EMPREGADA	11
2 O CENÁRIO DA PRÁTICA DE RECEBIMENTO DE MANIFESTAÇÕES ANÔNIMAS PELAS OUVIDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	14
3 A REALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL	24
4 A AUSÊNCIA DA PRERROGATIVA DE SIGILO DA FONTE PREVISTO NO ART. 5º, IV, DA CONSTITUIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	30
5 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO <i>WHISTLEBLOWER</i> E OS INSTITUTOS DO SIGILO SIMPLES, DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE E DO ANONIMATO	37
6 CONTEÚDO JURÍDICO DA PRERROGATIVA DO SIGILO DA FONTE: DISTINÇÃO DAS FIGURAS DO SIGILO E DO ANONIMATO	53
7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DA OUVIDORIA DO MPF - ASPECTOS NÃO CONSIDERADOS E A NECESSIDADE DE REVISÃO	71
8 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL E APERFEIÇOAMENTO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO <i>WHISTLEBLOWER</i>	77
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu nova ordem jurídica calcada em bases democráticas. Em seu Capítulo IV traçou as linhas mestras do Ministério Público, dentre as funções essenciais à Justiça, dedicando-lhe, além de várias referências no corpo do texto constitucional, a Seção I, dos arts. 127 a 130, com a previsão de princípios institucionais próprios e garantias para seus membros, assim como a ampliação de suas atribuições.

Tal feição do Ministério Público, idealizada pelo constituinte originário na nova estrutura político-institucional do Estado brasileiro, de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, hoje ganha contornos mais bem definidos com o fortalecimento da instituição, resultado de uma maior visibilidade de sua atuação. Isso se deve, sobretudo, a maiores incentivos a participação da sociedade civil, por meio de audiências e consultas públicas, leis de iniciativa popular e órgãos de Ouvidoria, acessíveis e vocacionadas ao recebimento das mais diversas manifestações dos cidadãos, destacando-se, dentre esses instrumentos, a notícia de condutas que em tese configurem ilegalidades e a contribuição de informações que, de alguma forma, possam contribuir para a atividade persecutória já em curso.

Essa forma de atuar, que entendemos inerente à própria gênese da instituição, legitima o agir do Ministério Público ao entregar nas mãos da sociedade a resolução de conflitos e demandas sociais, estimulando o efetivo exercício da cidadania.

Nesse contexto, adquire especial importância o amplo controle social da Administração Pública, por meio de iniciativas que visam a concretizar a transparência dos atos administrativos e o acesso a informações de interesse público¹, assim como

¹ Aqui acenam as Ouvidorias Públicas, os Portais da Transparência, o cumprimento da Lei de Acesso à Informação, a instituição do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV e o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, todos disponibilizados e estruturados hoje em ambiente virtual. Conforme amplamente divulgado, o MPF tem ajuizado ações por crime de responsabilidade por ato de improbidade administrativa contra prefeitos por descumprimento das Leis de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), pela omissão em implementar o Portal da Transparência – mesmo após quatro anos e meio desde o fim do prazo fixado pela lei e ofícios e recomendações do MPF. A respeito, confira-se notícia divulgada no sítio eletrônico da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, disponível em: <http://www.prr2.mpf.mp.br/noticias/mpf-processa-prefeito-de-belford-roxo-rj-pela-2a-vez-neste-ano>. Acesso em: 23 set. 2015. Também em 2010, o Ministério Público Federal no Distrito Federal (PRDF) acionou a Justiça para garantir transparência, publicidade e fiscalização a sete convênios firmados entre o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e entidades particulares. Em ação

a mobilização da sociedade para transformação e reformas estruturais do Estado².

O Ministério Público acena, juntamente a sociedade civil, como agente de transformação, e a viabilização dessa forma de controle se afigura como uma das principais linhas no combate à corrupção³, cuja eficiência passa pela proteção da identidade dos informantes em geral e dos cidadãos colaboradores eventuais, também chamados de *whistleblowers*⁴, na figura de origem anglo-saxã.

A ausência no direito brasileiro de uma legislação *whistleblower* e a ineficiência dos atuais instrumentos de proteção têm resultado em certas dificuldades e insegurança na prática dos Ministérios Públicos brasileiros, particularmente sobre a procedimentalização de como e quais as formas de recebimento de notícias de ilegalidades, com aparente distorção do anonimato e incertezas quanto aos limites do sigilo que legalmente pode ser concedido, temática que será abordada no presente trabalho.

Inicialmente, no capítulo 1, será abordada brevemente a terminologia empregada, particularmente o uso da expressão *whistleblower*, ainda não muito difundida no Direito brasileiro, bem como onde se insere tal espécie no gênero das figuras de informantes, consoante classificação doutrinária. Ainda, se fará menção ao emprego de expressões, por vezes imprecisas, e sua utilização no presente trabalho,

civil pública, o MPF cobrou o registro imediato, no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv), de todos os atos, informações e documentos relacionados às parcerias destinadas à qualificação social e profissional de 25 mil trabalhadores afrodescendentes. Confira notícia sobre a ação, inclusive cópia da petição inicial em <<http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/14-09-2010-mpf-df-cobra-transparencia-e-publicidade-em-convenios-do-ministerio-do-trabalho-1>>. Acesso em: 23 set. 2015.

² Sobre o Projeto de Lei de iniciativa popular “Dez medidas contra a corrupção” confira <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 2 set. 2015.

³ As “watchdogs” norte-americanas são comumente citadas como exemplo de que o controle social está no cerne de sociedades democráticas maduras e países reconhecidamente desenvolvidos. Segundo o Instituto Federal de Acceso a la Información Pública do México, “[...] en los EUA, otras organizaciones ejercen valioso papel regulador a condición de organismos privados de vigilancia son las llamadas ‘watchdogs’, o ‘perros guardianes’ porque ladran y no muerden, toda vez que no tienen poder de policía pero denuncian los casos de infracción legal a los organismos estatales responsables. Las ‘watchdogs’ se dedican a certificar y supervisar el comportamiento de entidades que voluntariamente se someten a su control”. INSTITUTO Federal de Acceso a la Información Pública. Taller: transparencia y acceso a la información de las organizaciones civiles. Disponível em: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/Folleto_Taller-Acceso_Org-Civiles21.pdf>. Acesso em: 2 set. 2015.

⁴ Segundo a justificativa do PL nº 362, de 2015, “pode-se definir *whistleblower* como aquela pessoa que relata informações que, de forma razoável e com boa-fé, acredita ser evidência de crime, violação de regras de trabalho, conduta ímproba ou antiética, atos de corrupção ou qualquer outra atividade ilegal ou irregularidade que deva ser de conhecimento das autoridades responsáveis, em razão de seu interesse público”.

como informante e informações, denunciante e denúncia, delator e delação, colaborador e colaboração, para designar o *whistleblower* e as informações por este fornecidas.

Por sua vez, no capítulo 2, expõe-se, de forma panorâmica e exemplificativa, a prática dos Ministérios Públicos brasileiros no recebimento de manifestações anônimas e proteção dos dados pessoais do noticiante, por meio de pesquisa das regulamentações das respectivas Ouvidorias e de informações constantes de seus sítios eletrônicos e formulários para registro de “denúncias” disponibilizados na internet. Considerando a importância para o presente trabalho, no capítulo 3, será feita, de forma detida, análise da posição institucional do MPF, representada pelo entendimento defendido pela Ouvidoria do MPF.

No capítulo 4, será enfrentada a questão da ausência da prerrogativa do sigilo da fonte prevista no art. 5º, IV, da Constituição da República, pelo Ministério Público, e, logo em seguida, no capítulo 5, analisado o papel do *Parquet* na proteção do *whistleblower*. Ainda, no capítulo 6, será definido o conteúdo jurídico da referida prerrogativa constitucional, distinguindo-a das categorias básicas do sigilo, como gênero, e do anonimato.

Após, no capítulo 7, serão tecidas considerações sobre a posição da Ouvidoria do MPF, abordada no capítulo 3, demonstrando-se aspectos jurídicos relevantes não considerados.

Por fim, no capítulo 8, serão abordados Projetos de Lei sobre a temática em trâmite no Congresso Nacional, a exemplo do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.850/2016, conhecido como as “10 Medidas contra Corrupção”, e do Projeto de Lei nº 362/2015 do Senado Federal, ressaltando-se importantes aspectos do aperfeiçoamento legislativo ali previstos para proteção do *whistleblower* e maior eficiência da persecução estatal.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERMINOLOGIA EMPREGADA

Sobre a terminologia adotada no presente trabalho, embora a praxe forense utilize o termo denunciante para designar o noticiante de ilicitudes, não como sinônimo de Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, isto é, da denúncia, o termo denunciante será algumas vezes empregado nesse sentido.

Do mesmo modo, a termo denúncia poderá ser referido como qualquer notícia de ilicitude e não exclusivamente como a peça ou petição que dá início à ação penal pública incondicionada.

Tal observação parece-nos importante dada a precisão que se deve prezar em trabalhos acadêmicos desta ordem, inclusive para que se registre o não desconhecimento do emprego atécnico das referidas expressões.

Por outro lado, para o desenvolvimento da temática aqui proposta, entendemos pertinente breve distinção das figuras próximas de informantes: dos delatores anônimos, dos colaboradores e dos chamados *whistleblowers*⁵.

Vladimir Aras⁶ esclarece a diferença do *whistleblower* das demais figuras de

⁵ A respeito da tradução do termo whistleblower: Em inglês, um *whistleblower* é alguém que alerta para a existência de irregularidades na gestão e no funcionamento de empresas ou instituições. Literalmente interpretável como «soprador de apito», *whistleblower* tem origens na gíria, mas acabou por adquirir o significado que tem atualmente por extensão metafórica. Não tem por enquanto em português um termo equivalente de uso estável. Com efeito, este anglicismo pode realmente ser traduzido por denunciante ou informador e por outras palavras sinônimas como denunciador, delator, alcaguete ou caguete (Brasil). Note-se, porém, que os substantivos denunciante e informador estão fortemente conotados em Portugal com situações históricas de repressão política (por exemplo, quando se fala do Estado Novo). *Whistleblower*, pelo contrário, tem conotação positiva nas culturas anglo-saxónicas, porque se refere (cf. Oxford Dictionary of English) a alguém cujo propósito é, em nome da justiça, tornar conhecidas as ilegalidades praticadas por certas organizações. Não parece, portanto, ter associada a ideia de traição contida nas palavras portuguesas, a que não é estranha a própria palavra denúncia. Sendo assim, há tradutores que optam pela expressão «autor da denúncia» (cf. sítio de tradução Linguee), a qual pode afigurar-se como solução adequada, até porque não veicula necessariamente a carga negativa inerente a todas as palavras aqui acabadas de mencionar. Acusador também poderia ser um bom candidato, dado não lhe ser dado sentido pejorativo. Poderia ainda pensar-se em palavras como bufo, chibo ou dedo-duro (ver Dicionário Houaiss), mas estas têm a mesma carga negativa ou até pejorativa de denunciante e informador, ao contrário do anglicismo. Note-se ainda que bufo, chibo e dedo-duro são palavras de um registo mais baixo que whistleblower. Refira-se, por último, que em espanhol há quem proponha traduzir este anglicismo por alertador (cf. alertador, artigo da Wikipédia em espanhol), forma que poderia ser transposta tal qual, sem nenhuma dificuldade para o português, com a vantagem de não carregar o valor disfórico de denunciante e informador. Disponível em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/whistleblower-ou-seja-autor-de-uma-denuncia/32088>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

⁶ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani (Coord.). **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 359-406. Segundo o referido doutrinador, temos esquematicamente as seguintes figuras de informantes: a) os noticiantes anônimos: pessoas cuja identidade é ignorada pelos órgãos de persecução. São os autores das notícias-crime inqualificadas; b) os noticiantes com identidade

informantes, assim o conceituando:

O gênero “informante” divide-se então em três espécies: o informante do juízo; o indiciado/réu colaborador; e o whistleblower, que é o informante propriamente dito.

[...]

A terceira espécie do gênero “informante” é a dos colaboradores juridicamente desinteressados. Nada têm a ganhar processualmente com as informações que prestam. Mas podem perder muito se suas identidades forem reveladas, uma vez que fazer parte de uma estrutura qualquer da Administração Pública ou de uma empresa, na qual perceberam a prática de crimes ou infrações não penais por colegas, superiores hierárquicos, ou administradores. É neste segmento que estão os whistleblowers, os informantes propriamente ditos. Podem ser remunerados ou não, em função da valia das informações que prestam. Suas identidades em regra são mantidas em sigilo para evitar retaliações. Em suma, o informante é a pessoa que dará a dica para o início de uma sindicância administrativa, uma investigação criminal ou uma auditoria, ou o indivíduo fornecerá elementos probatórios para auxiliar numa apuração em andamento. Normalmente, não depõe em juízo ou na fase pré-processual.

Nesse sentido, destacamos conceituação apresentada por Juliana Magalhães Fernandes Oliveira⁷:

Ao contrário do delator, o agente whistleblower não está envolvido na organização criminosa. É um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto do seu trabalho, seja por razões eventuais. Por sua vez, o agente whistleblower não tem interesse na incriminação do comparsa, pois disto não se beneficia, tampouco integra qualquer grupo criminoso. O whistleblower é impelido a agir por razões morais, diante da repugnância natural que exsurge pela constatação de um crime (ou ato ilícito, em geral), destacadamente aqueles cometidos em desfavor da Administração Pública.

Assim, sob o aspecto da proteção da identidade do informante, o tratamento das notícias anônimas será diferente do tratamento das notícias originárias de *whistleblower* e dos informantes protegidos em processos judiciais, podendo se verificar facilmente uma gradação na proteção das diversas figuras de informantes, inclusive com repercussões para validade das investigações e maior ou menor valor probatório das informações fornecidas por cada um deles, em eventual processo judicial.

Ainda que a classificação acima, proposta por ARAS, diferencie os noticiantes

preservada: são os informantes dos órgãos públicos ou de empresas privadas, cujo nome é mantido em sigilo (whistleblowers); c) as pessoas protegidas: os sujeitos processuais que comparecem em juízo na condição de vítimas, testemunhas ou acusados colaboradores ameaçados e que podem ter seus dados pessoais preservados.

⁷ OLIVEIRA, J. M. F. **A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão, 175). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 maio 2015.

anônimos daqueles com identidade preservada, inserindo os *whistleblowers* nesta segunda categoria, entendemos que esta espécie de informante pode ser também anônimo. Entretanto, essa sutil discordância, mais por opção de organização das espécies referidas que de alguma incorreção, não retira a utilidade de tal classificação para os fins do presente trabalho.

Vale destacar que este trabalho tem por objeto principal a figura do *whistleblower*, que não se confunde com o delator, na figura do colaborador premiado ou do sujeito envolvido em práticas criminosas, ainda que também se possa utilizar, ao longo da exposição, as expressões delator ou informante, este na acepção de gênero, bem como denunciante, de forma atécnica.

Aludida classificação e distinção entre as figuras de informante é de grande relevância para presente trabalho, já que, a depender da figura, haverá regime jurídico diferenciado e maior ou menor proteção ou exposição de sua identidade.

Entretanto, a forma como o Ministério Público poderá trabalhar com os institutos de proteção da identidade dos *whistleblowers*, por meio do sigilo ou do anonimato, com a finalidade de incentivar sua colaboração, conforme se verá, passa por aspectos jurídicos e de legalidade de destacada relevância, todavia, pouco discutidos na prática dos Ministérios Públicos e dos órgãos de controle da Administração Pública.

2 O CENÁRIO DA PRÁTICA DE RECEBIMENTO DE MANIFESTAÇÕES ANÔNIMAS PELAS OUVIDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A partir da consolidação de doutrina e jurisprudência pátrias sobre a admissibilidade de delações anônimas pelos órgãos de persecução e de controle da Administração Pública, com os limites já traçados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 95.244/PE⁸, poderia se imaginar como reflexo necessário a disponibilização de um canal seguro e rápido para que o cidadão assim registrasse suas manifestações.

Contudo, tal postura está longe de encontrar unanimidade procedimental, particularmente entre as Ouvidorias dos Ministérios Públicos e dos Tribunais, como se pode notar de pesquisa aos formulários eletrônicos onde são feitas as manifestações àqueles órgãos, bem como de atos normativos internos das respectivas Ouvidorias.

Do exame da prática atual das Ouvidorias, verifica-se que não há certeza da correspondência entre o dever de apurar e um suposto direito de delatar anonimamente, o que forçosamente envolve os meios adequados para sua viabilização, com orientação ao cidadão de como registrar manifestações anônimas e disponibilização dos canais próprios para seu recebimento.

A feição conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 às Ouvidorias do Judiciário e do Ministério Público, as estabelece como órgãos competentes para recebimentos de reclamações e denúncias contra seus membros, órgãos e serviços auxiliares, inclusive com poder de representar diretamente aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, consoante se extraí dos seguintes dispositivos constitucionais:

§ 7º do art. 103-B. A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 5º do art. 130-A. Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público,

⁸ Ainda que a posição já tivesse sido gestadas em decisões monocráticas e votos de alguns Ministros do STF, com destaque para os prolatados pelo Ministro Celso de Mello nos autos do MS 24.369/DF e do HC 100042 MC/RO, decidido em 2 de outubro de 2009, foi a partir do mencionado julgado pelo Plenário, em 2010, que houve uma virada na jurisprudência do Tribunal, para se permitir a admissão de delações anônimas, desde que os fatos alegados se apresentem verossímeis e idôneos, podendo ensejar diligências preliminares conduzidas em procedimento sigiloso. A propósito, sobre a evolução jurisprudencial do STF, confira-se ARAS, op. cit., p. 378-394.

inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Tal registro das competências constitucionais das mencionadas Ouvidorias é relevante para o raciocínio a ser desenvolvido no presente trabalho, antes de passarmos à análise individualizada e exemplificativa do procedimento adotado pelas Ouvidorias dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, de alguns Tribunais Superiores e dos Ministérios Públicos, que é o que mais propriamente nos interessa.

Considerando a jurisprudência do Supremo como base para a atual admissão das manifestações anônimas, iniciamos a análise pela própria Ouvidoria do STF.

De acordo com a Resolução STF nº 361, de 21 de maio de 2008⁹, que dispõe sobre a Central do Cidadão no Supremo Tribunal Federal e dá outras providências:

Art. 5º **Não serão admitidas** pela Central do Cidadão:

I. denúncias de fatos que constituam crimes, em vista das competências institucionais do Ministério Público e das polícias, nos termos do arts. 129, inc. I, e 144, ambos da Constituição Federal;

II. reclamações, críticas ou denúncias anônimas. (grifo nosso)

Sobre o referido dispositivo da Resolução STF nº 361, opina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁰:

Tema polêmico que ainda gera entendimentos controversos é a possibilidade de delação anônima como causa jurídica suficiente para instaurar processos administrativos. É notória a existência de tensão entre a vedação constitucional ao anonimato e o dever jurídico e moral de apurar irregularidades. Esse sutil momento em que se determina a apuração e a possibilidade da utilização da denúncia anônima pode ferir a lei e a honra de servidor.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, em exemplar procedimento, editou norma definindo a atuação da Central do Cidadão - CCA, deixando claro que, no âmbito do referido departamento, não se admite o recebimento e processamento de denúncias anônimas:

[...]

Com essa regra o STF não só equacionou com sabedoria o assunto como evitou que denúncias anônimas fossem utilizadas para interesses escusos.

Este é um exemplo. Cabe aos órgãos que possuem o encargo de apurar denúncias, adotar com base na lei e de acordo com seu entendimento a respeito de apuração ou não de denúncias anônimas, procedimento afim de otimizar as investigações e a instauração de processos.

Contudo, posicionamento em sentido contrário do mesmo doutrinador é citado

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 361, de 21 de maio de 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUÇÃO361-2008.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015.

¹⁰ FERNANDES, Ulisses Jacoby. STF cria Ouvidoria para cidadão e limita denúncia anônima. **O Pregoeiro**, p. 15-16, jan. 2012.

pelo Ministro Celso de Mello¹¹:

A delação anônima ('notitia criminis inqualificada') não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada, por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.

Ainda, destacamos lições do mesmo Ministro do STF, que ilustra aparente contradição entre a jurisprudência do STF e o procedimento administrativo adotado pela Ouvidoria do STF:

Não se desconhece que a delação anônima, enquanto fonte única de informação, não constitui fator que se mostre suficiente para legitimar, de modo autônomo, sem o concurso de outros meios de revelação dos fatos, a instauração de procedimentos estatais.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, ao aprovar a Resolução STF nº 290/2004 – que instituiu, na Corte, o serviço de Ouvidoria – expressamente vedou a possibilidade de formulação de reclamação, crítica ou denúncias de caráter anônimo (art. 4º, II), determinando a sua liminar rejeição.

[...]

nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("dique-denúncia", p. ex.) adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discricção", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "*persecutio criminis*", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas¹²;

Assim, apresenta interpretação mais adequada do referido dispositivo à

¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 51 *apud* MELLO FILHO, José Celso. O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: espaço de construção de uma jurisprudência das liberdades. In: **A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Edição Comemorativa. Brasília: STF, 2013. p. 50-54.

¹² A admissibilidade das denúncias anônimas, assim, abrem espaço para a aplicação da teoria da fonte independente da prova, da exceção da descoberta inevitável e teoria do nexo causal atenuado, para fins de desvinculação dos elementos coligidos nas apurações preliminares e que podem ensejar a instauração de inquérito policial ou ação penal contra o suposto agente delatado, de forma a justificar a validade de elementos de prova colhidos a partir de atuação estatal provocada por delação anônima. A respeito, confira-se: DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008. Assim, se por meio de apurações preliminares corrobora-se a verossimilhança da narrativa da delação, podendo se supor, por exemplo caso de obtenção de informações de caráter público que embasem suposta prática de nepotismo cruzado, é possível que com base nessas informações posteriormente colhidas que seja instaurado o inquérito. Sabe-se que há limitações investigativas nessa fase preliminar, já que é pacífico o entendimento de que a simples delação apócrifa não pode ensejar a instauração de inquérito policial, devendo medidas preliminares serem empreendidas antes da realização de medidas invasivas, submetidas a reserva de jurisdição, como a interceptação telefônica, devendo sempre se justificar que todos os meios possíveis de apuração foram adotados, sendo imprescindível tal medida investigatória, que não se poderá embasar exclusivamente nas peças apócrifas. Vale destacar que tais teorias se encontram alicerçadas no art. 157, §1º, do CPP: "são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras". Assim, essa teoria justifica a validade do procedimento, inquérito e posterior ação penal, já que não haveria derivação, excepcionando o nexo de causalidade próprio da teoria dos frutos da árvore envenenada.

jurisprudência do STF, não se cogitando da pronta e indiscriminada inadmissão dessas denúncias, apenas pelo desconhecimento da fonte delatora. Admite tal forma de delação e estipula certos parâmetros na condução das investigações preliminares, em razão da necessidade da proteção de determinados direitos fundamentais, como a honra e a imagem do investigado.

Por sua vez, consoante o art. 10 da Resolução STJ nº 20, de 18 de dezembro de 2013, que aprova o Regulamento da Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça¹³:

Art. 10. **Não serão processados** pela Ouvidoria:

I – sugestões, críticas, reclamações ou denúncias anônimas.

[...]

III – denúncias de fatos que constituírem crimes, tendo em vista as competências institucionais, nos termos dos arts. 129, inciso I, e 144 da Constituição Federal;

[...]

V – reclamações, críticas ou denúncias que envolverem ministro do Tribunal.

§1º Na hipótese prevista no inciso I, a demanda será arquivada.

[...]

§3º Na hipótese previstas nos incisos III, IV e V, a demanda será devolvida ao interessado com a devida justificação e orientação sobre o encaminhamento a ser adotado.

§4º Na hipótese prevista no inciso VI, a demanda será encaminhada ao ministro ouvidor, que, após ciência, poderá adotar as providências necessárias perante seus pares. (grifo nosso)

Da mesma forma, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça - CNJ nº 103, de 24 de fevereiro de 2010¹⁴, que dispõe sobre as atribuições da Ouvidoria do Conselho, reproduz dispositivo bastante semelhante.

De acordo com seu art. 7º:

Art. 7º **Não serão admitidas** pela Ouvidoria:

I – consultas, reclamações, denúncias e postulações que exijam providência ou manifestação da competência do Plenário ou da Corregedoria Nacional de Justiça;

II – notícias de fatos que constituam crimes, tendo em vista as competências institucionais do Ministério Público e das polícias, nos termos dos arts. 129, inciso I, e 144 da Constituição Federal;

III – reclamações, críticas ou denúncias anônimas. (grifo nosso)

A propósito, relembremos o teor dos parágrafos 4º e 7º do art. 103-B da Constituição da República, que estabelece que:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 20, de 18 de dezembro de 2013**. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20131219.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 103, de 24 de fevereiro de 2010**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_103.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[...]

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso)

Ainda, vale destacar a jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que inexistente ilegalidade na instauração de sindicância investigativa e processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima.

Nessa esteira, destacamos os seguintes precedentes da mencionada Corte Superior de Justiça: MS 12.153/DF, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 08/09/2015; MS 20.053/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 27/05/2015, DJe 03/11/2015; RMS 44.298/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014; MS 20.629/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 24/09/2014, DJe 03/11/2015; MS 18.664/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/04/2014, DJe 30/04/2014.

Assim, há, nesse aspecto, aparente incoerência dos procedimentos adotados pelas Ouvidorias do STF, STJ e CNJ com a jurisprudência desses próprios Tribunais sobre a admissibilidade de denúncias anônimas.

A inadmissibilidade ou não processamento das manifestações anônimas poderia levar a conclusão, em uma interpretação conjunta com os incisos II do art. 7º da Resolução CNJ nº 103, de 24 de fevereiro de 2010 e inciso II do art. 5º da Resolução STF nº 361, de 21 de maio de 2008, acima transcritos, de que apenas os órgãos de persecução criminal é que estariam legitimados a receber tais manifestações.

Nesse sentido, caso recebida denúncia anônima de irregularidades que em tese configuram crime nas referidas Ouvidorias, por exemplo, quando muito caberia apenas encaminhá-la ao Ministério Público, como parece indicar o §3º do art. 10 da Resolução STJ nº 20, de 18 de dezembro de 2013, que reza que a demanda será devolvida ao interessado com a devida justificação e orientação sobre o encaminhamento a ser adotado.

Ademais, vale destacar a terminologia empregada nas mencionadas Resoluções, ao prescrever as denúncias anônimas como hipótese de inadmissão ou não processamento, indicam que não serão sequer recebidas, isto é, serão arquivadas de plano, sem providências.

Ainda, as próprias competências do CNJ, destacadas acima, abrangem hipóteses correcionais de magistrados ou irregularidades praticadas no âmbito do Poder Judiciário que muitas vezes também configuram figuras criminais típicas. Da mesma forma, não se pode ignorar que é dever da Administração Pública, seja ela personificada pelo Poder Judiciário, CNJ e CNMP, ou Ministério Público, apurar as irregularidades e infrações disciplinares praticadas por seus agentes, sendo as Ouvidorias importante porta de acesso para tais representações.

Também, é certo que as Ouvidorias não substituem os órgãos de persecução. Contudo, é de sua gênese o dever de ser um efetivo canal de interlocução e dar prosseguimento às eventuais notícias de ilegalidade que lhe são direcionadas, inclusive após apurações preliminares, e, nos limites de suas atribuições, provocar ou representar às autoridades administrativas e disciplinares, bem como acompanhar a resolução das tais demandas.

Também o papel orientativo e pedagógico das Ouvidorias é relevante para o exercício da cidadania, devendo as demandas que lhe são apresentadas, em regra, ser encaminhadas às autoridades que detém atribuições para resolução, com a consequente informação e orientação ao cidadão.

Não é demais lembrar também o princípio da independência das instâncias criminal e administrativa, razão pela qual a notícia de fatos criminosos que versem sobre a prestação jurisdicional ou aos serviços relacionados ao Poder Judiciário devem ser objeto de apurações e diligências, nos limites da atuação das Ouvidorias dos Tribunais, não podendo deixar de ser processadas ou inadmitidas tão somente por relatar a prática de um delito em tese ou por serem originárias de fonte anônima.

Por exemplo, imaginemos uma denúncia anônima de crime relacionado a tráfico de influência em decisões judiciais ou de discriminação racial praticada por juízes ou servidores do Poder Judiciário ou de irregularidades em contratos administrativos celebrados pelo próprio Tribunal, situações essas em que é comum que a delação se dê sem a identificação do delator.

Em casos como esses, tendo em vista as atribuições das Ouvidorias dos Tribunais Superiores e do CNJ, é dever, como de toda a Administração Pública, apurar as irregularidades de que tomar conhecimento, nos limites de suas competências, ainda que sejam formuladas anonimamente, isso em decorrência dos princípios da Administração Pública, em especial os da oficialidade e autotutela, segundo os quais a Administração Pública, independentemente de expressa previsão legal, possui o poder-dever para instaurar e instruir processo administrativo, assim como de rever os atos administrativos.

Nesse ponto, a jurisprudência do STF não parece escapar a nenhum órgão da Administração Pública, ainda que a lei ou regulamento interno, por resolução ou portaria, contenha previsão diversa.

Antes de passarmos ao exame da prática das Ouvidorias dos Ministérios Públicos, objeto central do presente trabalho, cumpre destacar o teor do art. 5º, do §2º, da Resolução nº 01, do Conselho Nacional de Ouvidores do Ministério Público, que reúne todas as Ouvidorias dos Ministérios Públicos brasileiros:

Art. 5º Para serem recebidas na Ouvidoria, as manifestações deverão ter, preferencialmente, a autoria identificada.

§1º Admitir-se-á excepcionalmente o sigilo dos dados pessoais, desde que o interessado o requeira de forma expressa e justificada.

§2º **As manifestações anônimas poderão ser admitidas quando forem dotadas de razoabilidade mínima e estiverem acompanhadas de informações ou documentos que as apresentem verossímeis.** (grifo nosso)

Conforme se verá, tal orientação não foi suficiente para padronizar procedimentos das Ouvidorias do MP, especificamente sobre a forma pela qual o cidadão pode realizar manifestações anônimas ou como deve ser orientado a fazê-la.

Iniciamos pela Ouvidoria do CNMP. É importante destacar que o formulário eletrônico da Ouvidoria do referido Conselho admite somente o pedido de sigilo, não havendo qualquer orientação sobre como se registrar manifestações anônimas¹⁵.

Sobre o CNMP, valem as mesmas ressalvas feitas acima para o CNJ, com as devidas adaptações, visto que, a teor do §2º do art. 130-A da Constituição da República, compete, dentre outras atribuições, ao Conselho equivalente no Ministério Público:

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante

¹⁵ Disponível em: <<http://www.ouvidoria.mppr.mp.br>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III **receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição**, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano. (grifo nosso)

Cumpre repisar também que a Ouvidoria do CNMP é porta de entrada para manifestações relativas à Corregedoria Nacional do Ministério Público, a qual compete receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares.

Já dentre as Ouvidorias dos Ministérios Públicos propriamente ditas, destacamos o procedimento adotado por algumas delas.

A Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Paraná esclarece em seu sítio eletrônico que:

Posso fazer manifestações anônimas ou sigilosas?

Conforme expressa disposição regimental (art 5º, Parágrafo único), a Ouvidoria do MPPR não admite denúncias anônimas. Contudo, em hipóteses excepcionais, se a manifestação anônima apontar elementos de prova (nomes, endereços, fatos, documentos) suficientes para uma apuração preliminar, que viabilize a instauração de procedimento investigatório será esta recebida e encaminhada para o órgão de execução competente para apreciação. Quanto ao pedido de sigilo dos dados pessoais, sua observância será atendida, desde que expressamente solicitada, devendo o interessado abster-se no corpo da manifestação a inclusão de dados que o identifiquem. Nas manifestações feitas pelo portal é necessário que o denunciante, ao preencher o formulário disponibilizado no site, marque a opção sigiloso. (grifo nosso)

Não obstante tais esclarecimentos, a mesma Ouvidoria, em seu formulário eletrônico, não prevê a possibilidade de registro de manifestações anônimas, ou orienta como o cidadão poderia registrá-las¹⁶.

Dessa falta de orientação, restaria ao cidadão apenas presumir de que só poderá realizar manifestação anônima por meio de correspondência ou presencialmente, esta última forma que será objeto de questionamento no presente

¹⁶ Disponível em: <http://falecomouvidor.mp.pr.gov.br/ouvmp/orgaos/123/fale_ouvidor.php>. Acesso em: 24 nov. 2015.

trabalho.

Por sua vez, no seu formulário eletrônico, a Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no campo de identificação, prevê a opção do anonimato e do sigilo dos dados pessoais¹⁷, em campo do formulário no qual é perguntado se “desejo me identificar” ou “manter anonimato”, do que bem diferencia as duas situações, do anonimato e do sigilo, conforme se verá mais adiante.

Já a Ouvidoria do MPDFT admite a opção do anonimato em seu formulário eletrônico¹⁸. Em respostas a dúvidas frequentes, consta do sítio eletrônico da Ouvidoria do MPDFT os seguintes esclarecimentos:

É necessário que o manifestante forneça seus dados pessoais?
A identificação do manifestante é muitas vezes imprescindível para investigação dos fatos. E, o envio da resposta ao manifestante, sobre o destino ou resposta da sua manifestação, só será feito se ele identificar-se validamente.

Se o manifestante não se identificar, a manifestação é considerada de autoria "anônima".

Se cadastrada como "denúncia" de prática delituosa, somente terá seguimento investigativo com a presença de elementos mínimos de prova da ocorrência do evento delituoso e, sendo possível, de dados do autor do fato.

É possível fornecer os dados pessoais a Ouvidoria do MPDFT e solicitar sigilo dos mesmos?

Sim. Ao solicitar o sigilo dos dados de identificação o manifestante deve apresentar o motivo/ justificativa, que será avaliado pelo Ouvidor, e deferido, ou não.

Todavia, existem fatos que somente têm condições de serem investigados se o manifestante manter aberto seus dados pessoais pelo menos para aquele que investigará tais fatos – o Promotor de Justiça.

Esclarecemos que revelação dos dados pessoais pode ser determinada por ordem judicial.

Veja que o MPDFT admite a manifestação anônima por meio do seu formulário eletrônico e dá abertura para a opção em manifestações colhidas presencialmente, por simples opção do manifestante, fazendo breve menção aos limites do sigilo que pode ser concedido pelo próprio Ministério Público.

Por fim, citamos o exemplo da Ouvidoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, que exige em seu formulário eletrônico¹⁹ o preenchimento obrigatório dos dados pessoais do manifestante, assim como ocorre no Ministério Público Federal,

¹⁷ Disponível em: <<http://mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/ouvidoria/fale-conosco/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

¹⁸ Disponível em: <<http://mpdft.mp.br/ouvidoriainternet/visao/formularioEletronico.php>>. Acesso em 17 jun. 2016.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Ouvidoria/Formulario>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

cuja realidade será analisada separadamente e de forma mais detalhada a seguir. Não obstante, em parte reservada a instruções no site da Ouvidoria do MPSP²⁰, há apenas breve menção, de seguinte teor:

* Tendo em vista o disposto no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, as comunicações anônimas serão recebidas com reservas.

** Será garantido o sigilo quanto à autoria da manifestação quando expressamente solicitado ou quando tal providência se fizer necessária.

Dessa forma, verifica-se que parte dos Ministérios Públicos brasileiros não só preveem a facilidade do formulário eletrônico como também orientam o cidadão sobre como registrar, inclusive por este meio, suas manifestações, sob o manto do anonimato, postura essa que, dos exemplos acima citados, está longe de encontrar unanimidade procedimental, especialmente sobre como e quais formas deve se dar a proteção dos *whistleblowers*, assim como estes não são esclarecidos com a necessária clareza sobre os limites dessa proteção, a fim de avaliarem o risco pessoal e a exposição envolvida no ato de noticiar ilegalidades ou prestar informações relevantes no interesse da persecução estatal.

²⁰ Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Ouvidoria/Comunicacoes>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

3 A REALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Pela importância para o presente trabalho, a prática das Salas de Atendimento ao Cidadão e da Ouvidoria do Ministério Público Federal será analisada a parte.

A atual posição institucional da Ouvidoria do MPF, a princípio, sustenta a não disponibilização de canal próprio para registro de manifestações anônimas. Como se verá, a restrição ao anonimato, que consubstancia figura de máxima proteção à identidade de informantes, resulta em certa fragilidade para o resguardo dos dados pessoais destes em razão dos limites do sigilo simples que pode ser concedido ou atribuído pelo Ministério Público.

Por sua vez, o Ministério Público Federal, por meio de suas Salas de Atendimento ao Cidadão - SAC, até recentemente (com alteração em fevereiro de 2016), admitia em seu formulário eletrônico “denúncias anônimas”, orientando que “... *somente poderão(riam) ser feitas no protocolo da unidade do MPF mais próxima de sua residência ou enviadas pelo Correio para a respectiva unidade*” (ou seja as “denúncias anônimas” eram admitidas presencialmente ou por correspondência postal, ainda excluída a via do formulário eletrônica). Alteração mais recente excluiu também a possibilidade de delação anônima presencial, colhida a termo no próprio órgão.

Primeiramente, ainda que com atribuições distintas na estrutura do MPF²¹, nota-se certa incongruência e insegurança no entendimento relativo ao recebimento de “denúncias” pela Ouvidoria do MPF e pelo próprio MPF, por meio das SAC²², a demandar uma uniformização ou deliberação por órgão superior do MPF, como pelo Conselho Superior do MPF ou alguma orientação geral pelo CNMP, já que, como visto no Capítulo I, ainda há bastante divergência entre os Ministérios Públicos de todo país.

Assim, enquanto as Salas de Atendimento ao Cidadão possibilitam duas vias para “denúncias” anônimas, presencial e por carta, talvez até como opção para

²¹As Salas de Atendimento ao Cidadão foram instituídas pela Portaria PGR/MPF nº 412/2013. Embora também seja um canal de interlocução entre a instituição e a sociedade, as atribuições das Salas estão relacionadas à atividade-fim do MPF e à aplicação da Lei de Acesso à Informação. Ao passo que a Ouvidoria é o canal pelo qual a participação do cidadão traduz um efetivo controle social na instituição, quando se elogia, reclama ou crítica a atuação dos seus membros e servidores.

²²Há celeuma no MPF entre a Ouvidoria e Secretaria de Acompanhamento Documental e Processual – Sejud, que são os dois setores responsáveis pela administração do Sistema Cidadão no MPF, que, como visto, é a porta de acesso do cidadão à instituição, sobre a possibilidade ou não da oferta de canal facilitado, inclusive eletrônico, para o registro de “denúncias anônimas”.

moralizar e exigir certa seriedade da denúncia²³, a Ouvidoria do MPF não ofereceria nenhum canal para o cidadão, se seguidos os exatos termos de sua Nota Técnica que será examinada logo abaixo²⁴.

A importância prática da pesquisa pode ser constatada a partir de manifestações recorrentes de cidadãos à Ouvidoria do MPF, questionando, por um lado, a exigência do preenchimento necessário de campo com dados pessoais no formulário eletrônico, sem a possibilidade, portanto, de optarem pelo anonimato, e, de outro, o alerta de que o sigilo solicitado – única opção para o resguardo de sua identidade –, será analisado e poderá ou não ser concedido à critério da Ouvidor(a)-geral do MPF²⁵.

Seguem transcritos alguns exemplos das referidas manifestações ou reclamações²⁶:

Manifestação 83627 (22/10/2014)

Minha crítica e reclamação é com relação ao sistema de "denúncia" de vocês! Não é correto vocês pedirem dados pessoais dos manifestantes e ainda averiguar se vai manter o sigilo ou não! Vivemos num país de perseguições e quem denuncia alguma coisa errada ou ilícita fica a mercê, até de morte! Já q é denúncia, ninguém era para preencher dados pessoais e ainda mais pedindo CPF! O MP- Estadual está de parabéns com relação ao sistema de ouvidoria e de denúncia eles não pedem nada pessoal de ninguém a pessoa coloca se quiser e isso não impede de manifestarem qualquer que seja a denúncia!

Minha sugestão é para vocês colocarem a opção de opcional com relação aos dados pessoais e a opção manter sob sigilo! Não tendo essa opção, inibi o cidadão a denunciar e dificulta ainda mais o trabalho de vocês. Gostaria de ter retorno dessa minha sugestão.

Manifestação 64443 (21/08/2014)

Prezados Senhores,

Gostaria que reformulassem o formulário para denúncias anônimas, pois onde vivo estamos em estado de terror com o Poder Executivo e quando

²³Já que será necessário postar a correspondência ou se dirigir pessoalmente a alguma unidade do MPF, sugerindo inclusive a juntada ou indicação de provas, como a testemunhal, caso existentes, ou mesmo a especificação das circunstâncias do fato noticiado, como onde, como e quando ocorreu, diferentemente das denúncias pelo formulário eletrônico que, ainda que permitam anexar documentos digitalizados, são feitas num clique, sendo essa opção fundada em critérios de conveniência e oportunidade no recebimento das "denúncias".

²⁴A atual orientação da Ouvidoria do MPF é bem exemplificada em Nota Técnica apresentada à Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, em audiência realizada no dia 7 de novembro de 2014. Esse documento administrativo, sem conteúdo reservado, não é divulgado na internet e consta do banco de dados da Ouvidoria do MPF.

²⁵Manifestações OMPF nº 83627, 64443, 66081, 67842 e 20150000280, registradas por cidadãos, acessíveis no banco de dados do sistema da Ouvidoria do MPF. As referentes manifestações são apenas exemplificativas e datam de agosto de 2014 a janeiro de 2015, o que evidencia a frequência de tais questionamentos.

²⁶Foram extraídas apenas as informações que interessam ao trabalho, sem identificação dos seus autores. As manifestações constam do banco de dados exclusivo da Ouvidoria, não acessível ao público.

abrimos sua pagina para fazer denuncias não nos sentimos seguros, pois apesar de ter a opção de guardar o nome em sigilo, os dados tem que ser preenchidos, na maneira como as coisas andam por aqui, não nos sentimos seguros. Por favor façam valer o anonimato de fato. Tenho medo por mim e minha família! quero denunciar coisas graves, mas não vou colocar meus dados aqui nunca!

Manifestação 66081 (30/08/2014)

Como fazer denúncia anônima?

Manifestação 67842 (09/09/2014)

Prezada Ouvidora,

Anteriormente, usuários dos sites das procuradorias podiam efetuar denúncias anônimas através dos formulários disponíveis no site da Internet e por e-mail. Nestes dias, navegando pelo site da PR/PB, percebi que não é possível mais efetuar uma denúncia anônima pela Internet. Não seria este fato um obstáculo a protocolação de denúncias que envolvam autoridades ou pessoas que ofereçam perigo ao denunciante?

Manifestação 2015000280 (07/01/2015)

Tenho grande intenção de fazer denuncia sobre situações concernentes a autarquias do Serviço Publico Federal, mas temo consequências se meu nome for exposto devido a ter vinculo de parentesco com um membro da diretoria da autarquia. Existe alguma maneira de a denuncia ser feita anonimamente?

Agradeço desde já a resposta.

Por sua vez, destacamos resposta da Ouvidoria do MPF a duas das manifestações acima:

Agradecemos o contato com esta Ouvidoria, uma das vias de exercício da cidadania.

Como bem observou Vossa Senhoria, o formulário eletrônico não admite o preenchimento anônimo. Tal posicionamento decorre do entendimento de que ao se permitir o registro de manifestações apócrifas pelo formulário eletrônico, o anonimato, que é a exceção, passe a ser a regra, fomentando a repudiada cultura de denunciismo.

Por outro lado, nos casos que assim entenda a Ouvidora-Geral ou o membro do Ministério Público Federal, responsável pela apuração dos fatos, poderá ser concedido sigilo aos dados do manifestante a bem ou no interesse da investigação.

Cumpre esclarecer, contudo, por uma questão de lealdade com o cidadão que busca o Ministério Público Federal e a fim de que possa avaliar os riscos de que seja exposta a sua identidade, que o "sigilo da fonte", isto é, não revelar a fonte que lhe informou sobre supostas ilegalidade, é garantia da liberdade de expressão, e por isso mesmo reservado apenas à imprensa e aos parlamentares, não se aplicando ao Ministério Público, cuja atuação sujeita-se ao devido processo legal, em que vigoram os princípios do contraditório e da ampla defesa. Na fase judicial, todos os elementos de prova poderão e deverão ser apresentados ao juiz, que os levará ao conhecimento da parte contrária, visando o estabelecimento do contraditório, notadamente em casos de flagrante denúncia caluniosa.

Assim, com esses esclarecimentos a presente manifestação foi arquivada no âmbito desta Ouvidoria.

Em data anterior, em 2014, a Ouvidoria do MPF também respondeu manifestações semelhantes no seguinte sentido:

Agradecemos o contato com esta Ouvidoria, uma das vias de exercício da cidadania, e informamos a Vossa Senhoria que embora seja vedado o anonimato (art. 5º inciso IV, da Constituição Federal), a Lei de Acesso à Informação (art. 3º inciso I, art. 6º inciso III da Lei nº 12.527 de 18/11/2011) admite o sigilo e a confidencialidade dos dados, o que significa dizer que será preservada a identidade do manifestante no âmbito desta Ouvidoria do Ministério Público Federal e das demais instituições que porventura tomem ciência dos fatos relatados, respondendo os agentes públicos que violarem o sigilo por processos administrativo, civil e criminal. Desta forma, a presente manifestação será arquivada no âmbito desta Ouvidoria

Assim, a atuação da Ouvidoria em manifestações anônimas se daria apenas, por dever de ofício, quando recebida eventualmente correspondências anônimas ou manifestações feitas pelo formulário eletrônico com burla nos campos de identificação do manifestante (ainda que remotamente seja possível identificar o IP do computador).

Nota-se que a resposta ao questionamento proposto no presente trabalho é uma demanda social. Há a percepção do cidadão de que o anonimato na comunicação de fatos ilegais, que possam configurar crime ou improbidade administrativa, por exemplo, seria um direito fundamental, o que parece justificável frente a descrença de que as autoridades administrativas ou judiciárias possam resguardar sua identidade ou protegê-lo, sobretudo quando há receio de risco para sua segurança pessoal e de sua família, não sendo raro os casos de vazamentos de investigações sigilosas.

O anonimato surgiria quase como que uma contraprestação estatal e incentivo àqueles que denunciam e contribuem para o trabalho dos órgãos de persecução e de controle da Administração Pública.

Por outro lado, repisamos que a questão carece de um posicionamento institucional por meio de órgão superior, como do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que ainda não se manifestaram ou foram provocados especificamente sobre o tema, estando a questão ainda em debates restritos entre setores administrativos ou entre grupos de membros do Ministério Público Federal.

O posicionamento adotado pela Ouvidoria do MPF é bem exemplificado em Nota Técnica apresentada à Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Ela Wiecko de Castilho, em 07 de novembro de 2014.

Segundo referida nota, o chamado “sigilo da fonte” é garantia da liberdade de expressão e por isso mesmo reservada apenas à imprensa e aos parlamentares, nos termos da Constituição da República, não se aplicando ao Ministério Público, que

deve sempre indicar o autor da provocação ministerial, até para fins de apuração do crime de denúncia caluniosa. Assim, subentende o dever do Ministério Público de identificar o delator e resguardar essa informação sempre que possível.

Ademais, essa postura se justificaria em razão de o Ministério Público ser órgão vocacionado à atuação judicial, isto é, sempre sujeito ao devido processo legal, em que imperam os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nos processos judiciais a regra é a publicidade e os elementos colhidos na fase inquisitória estarão inevitavelmente sujeitos a exposição nessa fase, a não ser em casos legalmente previstos de segredo de justiça ou de preservação da identidade de testemunhas e vítimas.

Sustenta-se que se, de um lado, o Ministério Público não pode fomentar ou institucionalizar a “denúncia anônima”, de outro, a questão ganha contornos sobre a possibilidade ou não de se atribuir sigilo às manifestações e quais os seus limites.

Assim, fora desses casos, mesmo que na fase investigatória o sigilo da fonte seja preservado para conservação da utilidade da persecução, como de resto a própria investigação, na fase judicial todos os elementos de prova poderão e deverão ser apresentados ao juiz, que os levará ao conhecimento da parte contrária, visando ao estabelecimento do contraditório. Isso em razão da garantia da ampla defesa, visto que sem conhecer o seu algoz o acusado pode não saber se defender de motivações tendenciosas contidas na delação.

Do resultado desses esclarecimentos, caso o receio da revelação da identidade seja realmente fundado, restaria ao *whistleblower* as seguintes alternativas:

a) ou endereçar uma carta anônima, obrigando o Ministério Público a fazer diligências preliminares antes de instaurar qualquer procedimento investigatório;

b) ou desistir da denúncia junto ao Ministério Público e se dirigir à imprensa ou a um parlamentar para formular a denúncia pelos veículos de comunicação ou da tribuna, onde sua identidade poderia ser preservada com amparo constitucional.

Nas duas hipóteses a revelação dos fatos seria feita com a preservação do delator, mas sem prejuízo algum para a persecução penal, diante da já pacificada possibilidade de usar essas revelações apócrifas como indício suficiente ao início de apurações preliminares que venham a confirmar ao menos a materialidade.

Dessa forma: a) a uma, ou se tem a delação anônima por instrumento que torne a autoria desconhecida, como por correspondência, que segundo a posição ora exposta não poderia sequer ser objeto de orientação ao cidadão, e que deverá ser por ele intuída;

b) a duas, ou os fatos são veiculados pela mídia ou parlamentares, que poderão proteger a fonte da delação (ainda que não respondam, em princípio, pela revelação da identidade do informante, estando por isso o delator sujeito a contingências de interesse político e outros interesses envolvidos) e os fatos chegarão a conhecimento público e dos órgãos de persecução;

c) a três, ou o Ministério Público recebe a delação diretamente do delator, presencialmente ou por outro meio, exigindo para tanto identificação e estando limitada a proteção apenas à concessão de sigilo da identidade, com toda as ressalvas já destacadas e que estão vinculadas ao princípio do devido processo legal.

Conforme se verá, o entendimento da Ouvidoria do MPF, ainda que aparente se sustentar em argumentação jurídica hermética, apresenta graves problemas práticos para a efetiva proteção dos *whistleblowers*, a reclamar maior reflexão à luz da finalidade e utilidade das informações que possam efetivamente contribuir para o atual estágio em que se encontra o Ministério Público, bem como de outros argumentos jurídicos relevantes também não considerados na mencionada Nota Técnica, o que será abordado mais afrente no capítulo 7.

4 A AUSÊNCIA DA PRERROGATIVA DE SIGILO DA FONTE PREVISTO NO ART. 5º, IV, DA CONSTITUIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No direito brasileiro não se encontra respaldo legal para que o sigilo da fonte informante seja mantido ou preservado arbitrariamente segundo único e exclusivo critério do Ministério Público, havendo regras para preservação da identidade de informantes, que são excepcionais.

Não se poderia afastar a aplicação de todo o arcabouço legal, impossibilitando a apreciação pelos órgãos legalmente previstos para proteção da identidade, inclusive do Poder Judiciário, que ficaria ao talante do Ministério Público, em um momento prematuro da fase investigatória, que muitas vezes é o ato inicial das investigações.

Por outro lado, ocultar a fonte por único critério do Ministério Público, a princípio, interfere em importante aspecto, principalmente no direito penal, do princípio do devido processo legal e da paridade de armas, não sendo adequada a postura do órgão acusador que venha a ocultar provas ou suprimir qualquer elemento da investigação e que possa, ainda que eventualmente, contribuir com informações para inocentar o réu.

Por mais louvável que seja a preocupação do Ministério Público na proteção dos informantes das suas atuações, é imperioso que atue dentro dos estritos parâmetros previstos no ordenamento jurídico brasileiro, já que deve estar comprometido com a verdade real dos fatos e não pode eleger culpados ou escolher provas. É mais que órgão de acusação, é fiscal da lei e deve ser tutor dos direitos fundamentais.

Parece-nos ser balizas inarredáveis de um devido processo legal no Estado de Direito Democrático que os órgãos de persecução realizem as investigações estritamente dentro da legalidade estrita e exclusivamente no exercício dos poderes que lhe são claramente concedidos, sob pena de vulneração de direitos e garantias fundamentais conquistados e hoje reconhecidos na atual Constituição.

A interpretação para conceder poderes não atribuídos ao Ministério Público para facilitar e executar seu papel investigatório, sobretudo quando interferem no devido processo legal, não merecem encontrar guarida na jurisprudência dos tribunais pátrios, sobretudo quando reconhecida validade das informações anônimas junto a demais elementos probatórios, já que o princípio da legalidade na atuação

investigatória é premissa básica de toda a estrutura de direito penal e processo penal constitucionais.

Por isso, podendo ser identificada a autoria de uma dada denúncia ou, sendo esta sabida, e facultado pelo Ministério Público o anonimato, isto é, a desconsideração, o não registro ou a falsa expectativa de proteção inescusável da autoria contra quem quer que seja, inclusive contra autoridade judicial – denota-se característica própria do sigilo da fonte constitucional. A afirmativa do anonimato, que é circunstância de fato, ou seja, de desconhecimento ou de que a autoria não pode ser alcançada, não poderia encontrar respaldo judicial nessas hipóteses.

Também não se pode negar que o Ministério Público, por mais que se possa afirmar que figura como fiscal da lei e o membro oficiante não tenha interesse pessoal nos feitos, por vezes não é imparcial na fase investigatória assim como no processo penal, como órgão acusador, o que deve ser sopesado quando se debate a supressão de qualquer elemento informativo na fase investigatória.

Por outro lado, a inafastabilidade do Poder Judiciário não parece conviver com práticas desse tipo, já que, como já sustentado, o juiz não poderá avaliar sobre a necessidade da proteção da identidade, tornando impossível qualquer inquirição na fase de instrução processual e mesmo eventual reparação por danos à imagem e honra da pessoa do investigado.

É certo que o STF, em juízo de proporcionalidade, estabeleceu parâmetros para a admissibilidade das denúncias anônimas, delimitando que somente autoriza diligências preliminares e sigilosas pelos órgãos de persecução, que uma vez corroboradas por outros elementos suficientes poderão ensejar a instauração de inquérito policial e a realização de outras medidas investigatórias invasivas sujeitas à reserva de jurisdição²⁷.

Vale destacar que a utilidade da delação anônima é de tal forma limitada, que muitos autores afirmam que deve ser considerada como uma nada jurídico ou inexistente.

²⁷Nesse sentido, confira-se os recentes precedentes do STF: HC 109598 AgR, Relator(a); Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO. DJ-e-081 DIVULG 26-04-2016 PUBLIC 27-04-2016; RHC 117988, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJ-e-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015.

Segundo lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁸ :

No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação **falsa** de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na 'notitia criminis', uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente. Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. **Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz**, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricionariedade, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpra-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido 'notitia criminis' inqualificada. (grifo nosso)

A delação anônima se prestaria apenas a movimentar os órgãos de persecução, que uma vez munidos de elementos de prova que objetivamente pudessem se desvincular da informação anônima, sejam por si suficientes para autorizar a instauração de inquérito e posteriormente embasar futura ação penal. Em breve menção de passagem, a validade da denúncia anônima, em nosso entendimento, poderia ser viabilizada pela aplicação da teoria da fonte independente ou quando se demonstre a desvinculação do nexo de causalidade com outra prova produzida, nos termos do art. 157 do CPP.

É certo que a denúncia anônima, por si só, não poderá sequer justificar a instauração de inquérito policial. Maiores discussões sobre a validade ou não e sobre o procedimento posteriormente adotado ao recebimento e que condicionam a validade do inquérito e de medidas judiciais ali autorizadas, não serão abordadas aqui, pelos limites deste trabalho.

Apenas fazemos registro de que a denúncia anônima ou outros elementos de prova produzidos por informantes anônimos merecem ser melhor discutidos e examinados à luz do mencionado art. 157 do CPP.

Assim, cinco aspectos fundamentais nos parecem determinantes nessa conclusão, para que não seja reconhecido ao Ministério Público a prerrogativa

²⁸MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000. v. I/147, item n. 71.

assemelhada a do sigilo da fonte:

1) o primeiro, é de que a avaliação da ocultação ou não da identidade ficará, de forma arbitrária, exclusivamente ao Ministério Público, isso de forma imotivada – já que se é afirmada, falsamente, o desconhecimento da identidade do informante;

2) o segundo, é o afastamento da apreciação ou de qualquer controle pelo Poder Judiciário, pelos meios legalmente previstos, da necessidade de proteção definitiva da identidade do informante, inclusive suprimindo elemento relevante de prova e que, uma vez contraditado, poderá contribuir para absolvição ou para estruturação da defesa do réu;

3) o terceiro, é a atribuição de poderes não expressamente previstos na constituição, isto é, implícitos, ao Ministério Público e a outros órgãos de investigação, que passam a assegurar o anonimato de informante conhecido e a se valer de prerrogativa que se aproxima, sob certo aspecto, daquela prevista no art. 5º, XIV, da CR/88 – sabe-se que há limitação rigorosa dos órgãos de persecução quando atuam na investigação e persecução penal;

4) o quarto, o consequente afastamento de todo arcabouço legal que prevê apenas o sigilo da testemunha, por meio de PROVITA – Programas de Proteção a Vítimas e Testemunhas e por meio de exame judicial;

5) o quinto, de que o Ministério Público, quando não comprovado que se trata efetivamente de denúncia anônima, ou seja, de que o anonimato foi atribuído ou concedido, atua suprimindo elemento relevante da fase investigatória ou ocultando prova testemunhal que, futuramente, poderia ser ouvida na fase do contraditório judicial ou mesmo contraditada pela defesa na fase investigatória.

Dessa forma, entendemos que não basta a simples afirmação de que dada informação colhida é anônima. É curial que o Ministério Público comprove essa situação, mediante o registo dos elementos de prova que possui, inclusive para validade de sua atuação ou para evitar a nulidade de investigação ou processo judicial.

É dever preservar o documento que demonstre que a denúncia é de fato anônima, da correspondência encaminhada, da manifestação eletrônica ou outro meio, o que deve ser exposto ao controle do advogado da defesa, devendo também o Ministério Público informar ao juízo os rastros para identificação do autor quando este julgar pertinente que seja sua autoria identificada, quer para fins de exercício do

contraditório e defesa judiciais, quer para que haja reparação de eventual abuso no movimento dos órgãos de persecução e da máquina judiciária, como ocorre nas hipóteses de denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime.

Vale destacar que prerrogativa do sigilo da fonte ou do procedimento assemelhado por meio do qual se atribui ou concede anonimato à identidade de determinado informante que noticia ilicitudes ou contribui para investigações conduzidas pelo Ministério Público, embora seja recorrente na prática, não é retratada nas amplamente divulgadas 10 Medidas Contra Corrupção do Ministério Público Federal (PL 4850/2016 da Câmara dos Deputados)²⁹, que estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos, ou mesmo no Projeto de Lei 362/2015 do Senado Federal, que será analisado de forma mais detida em capítulo posterior.

Dentre as 10 medidas, consta proposta legislativa de proteção à fonte de informação, por meio de sigilo simples. No item 4, sobre sigilo da fonte, o anteprojeto de lei de iniciativa popular³⁰ apresenta o seguinte teor:

ANTEPROJETO DE LEI

Disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção. A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas

²⁹Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficahadetrmitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 25 jul. 2016.

³⁰Confira a íntegra do Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular das 10 Medidas contra a Corrupção em: <http://www.combatecorrupcap.mpf.mp.br/10medidas/docs/medida_1_versao-2015-06-25.pdf>.

Acesso em: 25 jul. 2016.

no processo.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Art. 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Por um lado, não há que se falar em disciplina do art. 5º, XIV, já que este diz respeito à prerrogativa do sigilo da fonte, não aplicável ao Ministério Público.

A prerrogativa do sigilo da fonte, ainda que seja expressa como cláusula aberta na constituição, podendo ser estendida para outras hipóteses mediante lei, entendemos que tem como característica essencial a oponibilidade ao Poder Judiciário e a vinculação ao exercício da liberdade de expressão. Com o devido respeito aos autorizados Procuradores da República redatores do anteprojeto, este cuida de figura de sigilo simples ou propriamente dito.

Mas o que importa para o raciocínio aqui desenvolvido, é que referida medida não faria qualquer sentido se o Ministério Público pudesse, a seu próprio critério, conceder ou atribuir anonimato à identidade dos informantes, o que, efetivamente, se assemelha, nesse aspecto, à prerrogativa do sigilo de fonte.

Numa breve distinção, há algumas nuances que diferenciam as duas figuras, já que, como será desenvolvido mais a frente, o anonimato é situação de fato enquanto a prerrogativa constitucional do sigilo da fonte pressupõe que a identidade do informante seja conhecida.

Ainda, é comum se afirmar que alguns órgãos dependem de que o anonimato seja assegurado como faculdade inerente ao próprio desempenho de suas atribuições, a exemplo dos órgãos de emergência e policiais.

Com efeito, é imprescindível a existência de um canal nesses órgãos para noticiar ilicitudes ou contribuir para resolução de crimes permanentes ou em estado de flagrância, particularmente quando relacionados a violações de direitos humanos. Pode-se até fazer uma distinção entre essas situações que exijam uma manifestação imediata do Estado, por meio de seus agentes policiais, e da apuração de outros delitos.

Contudo, o que deve estar bastante claro é que também aqui as denúncias devem ser efetivamente anônimas e o canal deve estar disponível dessa forma.

Não é demais repisar que configura uma *contradictio in terminis* que o anonimato seja atribuído ou concedido. O conceito de denúncia anônima será abordado em tópico específico a seguir, que, como se verá, é imprescindível para que se delimite o procedimento adequado no recebimento das denúncias pelo Ministério Público.

Como já abordado de forma sucinta, a questão da admissibilidade das denúncias anônimas não é objeto do presente trabalho já que amplamente já admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. O que se discute ou a abordagem a que propõe o presente trabalho é a constitucionalidade e a legalidade da forma ou procedimento como é admitida a chamada denúncia anônima, os limites desses recebimento, o que se conceitua como delação anônima, bem como a eficiência dos institutos de proteção atualmente disponíveis.

5 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO *WHISTLEBLOWER* E OS INSTITUTOS DO SIGILO SIMPLES, DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE E DO ANONIMATO

Das inúmeras manifestações de cidadãos à Ouvidoria do MPF, citados no capítulo anterior, constata-se o senso comum de que o anonimato na comunicação de fatos que possam configurar crime, improbidade administrativa ou outras ilegalidades seria um direito fundamental.

Tal percepção parece justificável frente a descrença do cidadão de que as autoridades administrativas ou judiciárias possam resguardar sua identidade ou protegê-lo, sobretudo quando há receio de risco para sua segurança pessoal e de sua família. Aliás, não são raros os casos de vazamentos de investigações sigilosas.

Nesse contexto, o anonimato surgiria quase como que uma contraprestação moral do Estado e incentivo àquele que denuncia e contribui para o trabalho dos órgãos de persecução e de controle da Administração Pública.

Se é uma preocupação constante do Ministério Público que os cidadãos possam, de forma segura, contribuir para investigações, a ânsia na recepção de toda e qualquer forma de manifestação e o seu aproveitamento em investigações pode redundar, como tem ocorrido, em nulidade de processos penais e em impunidade.

Dois casos de nulidade podem ser citados como emblemáticos. Um, pela sua magnitude, a Operação Castelo de Areia³¹, que foi anulada pelo STJ em 2011, no HC nº 137.349-SP, por haverem as investigações sido deflagradas por denúncia anônima não submetida à investigação preliminar, anulando ação penal que poderia haver desbaratado o esquema de corrupção revelado na Operação Lava Jato.

Na prática, a operação ruiu, tal qual um castelo de areia. A decisão foi tomada por três votos a um. A ministra Maria Thereza de Assis Moura e os desembargadores convocados Celso Limongi e Haroldo Rodrigues entenderam que as provas que embasaram a denúncia originárias da operação eram nulas.

De forma sucinta, assentou o STJ no caso que a quebra do sigilo determinada pela Justiça Federal de São Paulo com o fornecimento de senhas para policiais

³¹ A operação Castelo de Areia foi deflagrada em março de 2009 para investigar crimes financeiros e desvio de verbas públicas que envolviam diretores de empreiteiras e partidos políticos. Em dezembro do mesmo ano, o juiz Fausto Martin de Sanctis acolheu parte da denúncia do Ministério Público contra três executivos da Camargo Corrêa.

federais acessarem os dados de quaisquer assinantes das companhias telefônicas era destituída de fundamentação. Segundo o julgador, uma denúncia anônima deveria servir para que as autoridades policiais buscassem indícios do crime relatado anonimamente e, só no caso de os encontrarem, pedir a quebra de sigilo para a Justiça.

Outro caso que merece destaque, por ser recentíssimo, foi a decisão da Justiça Federal no Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária 004916062.2010.4.01.3400, que anulou a maior multa já aplicada na história do CADE, de 1,76 bilhão de reais contra a empresa White Martins, pela prática de cartel de gases hospitalares, isso por considerar que as provas que fundamentaram a penalidade também se deram com base em interceptações telefônicas oriundas de denúncia anônima.

Esses dois grandes casos demonstram a atualidade do tema proposto, sobretudo pela necessidade de que sejam desenvolvidas respostas com parâmetros claros e bem definidos da legalidade de “denúncias” ou notícias de fato pela Ouvidoria e pelas Salas de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público Federal. A propósito, confira-se precedentes do STF, da Relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, no ARE 654.335-SP (DJ nº 32 do dia 19/02/2015) e ARE 676280-SP (DJ nº 91, de 18/5/2015).

De acordo com simples pesquisa nos sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos e respectivas Ouvidorias, verifica-se ser uma tendência, inclusive por meio de formulários eletrônicos, a possibilidade de o cidadão optar pelo anonimato para registro de “denúncias” anônimas³².

Se é certo que hoje não se questiona a possibilidade de o Ministério Público iniciar investigações com base em notícia de fato apócrifa, conforme jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores³³, importantes reflexos desse entendimento não têm

³²Nesse sentido, admitem a opção pelo anonimato nos formulários eletrônicos as Ouvidorias dos Ministérios Públicos de Minas Gerais (<https://www.mpmp.mp.br/conheca-ompmg/ouvidoria/apresentacao>), do Rio de Janeiro (<http://mprj.mp.br/cidadao/ouvidoria>), de Goiás (<http://mpgo.mp.br/portal/pagina/ouvidoria>), da Bahia (<http://www.mp.ba.gov.br/ouvidoria>), do Rio Grande do Sul (<http://mprs.mp.br/ouvidoria>), de Pernambuco (<http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/cidadao/ouvidoria>), do Amazonas (<http://www.mpam.mp.br/index.php/link-para-ouvidoria>) e de São Paulo (<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Ouvidoria>). Em contraponto, as Ouvidoria do MPF (<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/ouvidoria>) e do Ministério Público do Paraná (<http://www.ouvidoria.mppr.mp.br/>). Consulta feita nos sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos em 17 de junho de 2016.

³³O que, por isso, não apresenta temática para pesquisa – contudo cuja evolução da jurisprudência, que passou de um extremo ao outro, isto é, da inadmissibilidade absoluta para ampla permissão em tese, bem como dos desmembramentos desse entendimento, do qual resultou, dentre outras questões,

sido debatidos.

Por um lado, não se nega, no presente trabalho, um direito de proteção ao *whistleblower* ou aos informantes de boa-fé pelos órgãos de persecução, especialmente pelo Ministério Público. Por outro, não se encontra esteio legal para um pretense direito dos cidadãos informantes a se resguardarem pelo anonimato, inclusive para que o Ministério Público possa manejar tal instituto a pretexto de protegê-los.

Nesse sentido, todas as alternativas legislativas, previstas em projetos de lei de vanguarda sobre a matéria de proteção de informantes, são uníssonos ao tratarem do sigilo como único instituto manejável pelo Ministério Público para proteção de *whistleblowers*, com disposições mais ou menos abrangentes. Não dispõe assim tais projetos de lei sobre o anonimato como instituto de que se pudesse valer o Ministério Público ou viável como instrumento de proteção, malgrado se saiba que este assegura, por sua própria natureza, a maior extensão ou garantia possível de proteção aos informantes.

Tal constatação se deve, decerto, pela polêmica que envolve a matéria ou mesmo do consenso da comunidade jurídica de que o anonimato não é instituto aproveitável para proteção e sim circunstância de fato, conforme se sustenta neste trabalho.

Ademais, vale destacar o art. 7º, caput, da Resolução CNMP nº 23/2007³⁴ e o art. 16 da Resolução CSMPF nº 87/2006³⁵, que dispõe sobre publicidade e sigilo nos inquéritos civis públicos:

art. 7º, caput, da Resolução CNMP nº 23/2007

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

os questionamentos que despertaram a presente pesquisa, isto é, de se saber se do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal decorre a prática e a tendência acolhida atualmente no recebimento de denúncias no Ministério Público Federal. Noutras palavras, a abordagem é diferente do simples objeto do que hoje é pacificamente julgado pelos Tribunais Superiores, cuidando, sob certo aspecto, de seus reflexos e aplicação no dia a dia dos procedimentos investigatórios.

³⁴CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007**. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2814-resolucao-23>. Acesso em: 25 jul. 2016.

³⁵BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Superior. **Resolução nº 87, de 3 de agosto de 2006**. Disponível em: <csmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/.../resol_87_%20ago_2006.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

art. 16 da Resolução CSMPF nº 87/2006

Art. 16 - Os atos e peças do inquérito civil são públicos, nos termos desta regulamentação, salvo disposição legal em contrário ou decretação de sigilo, devidamente fundamentada. (grifo nosso)

No mesmo sentido, o art. 3º, §5º, da Resolução CSMPF nº 107, de 6 de abril de 2010³⁶, que disciplina a tramitação direta dos inquéritos policiais no âmbito do Ministério Público Federal:

Art. 3º – As informações relativas ao andamento dos inquéritos policiais em tramitação perante o Ministério Público Federal serão disponibilizadas ao público em geral, em meio eletrônico, na página da internet (website) de cada unidade.

[...]

§5º – O membro do Ministério Público Federal, quando o caso exigir e mediante decisão fundamentada, poderá decretar o sigilo das investigações, garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada de depoimento que tenha prestado e dos autos de que tenha pessoalmente participado.

Assim, verifica-se que as regulamentações do CNMP e do CSMPF, que regem a atuação investigatório do MPF, preveem apenas a figura do sigilo como forma de proteção de informações constantes de inquéritos, estabelecendo a regra da publicidade, assim como o sigilo como exceção, decretável apenas nas hipóteses de sigilo legal ou quando a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, sempre de forma fundamentada.

Por outro lado, é importante destacar brevemente alguns aspectos sobre a validade ou valor probatório, caso assim se possa avaliá-las, das informações anônimas.

A propósito, transcrevemos o teor do art. 157, §§1º e 1º, do Código de Processo Penal³⁷:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal,

³⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Superior. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010**. Disponível em: <csmpf.pgr.mpf.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes>. Acesso em :25 jul. 2016.

³⁷ BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

É inegável a restrição jurisprudencial na utilização dos elementos constantes da delação anônima, visto que sequer poderia ensejar a instauração de inquérito policial ou subsidiar medidas investigatórias sujeitas a reserva de jurisdição³⁸, por exemplo. Por isso mesmo não deveria sequer também ser considerada na denúncia ou sentença criminal.

Ademais, diante da possibilidade de que elementos constantes da delação anônima possam interferir na íntima convicção do magistrado ou do órgão julgador, entendemos adequado que seu conteúdo não seja sequer mencionado na fase judicial. Alteração legislativa nesse sentido viria em boa hora.

Fala-se em valor probatório, já que, como é sabido, as delações anônimas, quanto ao seu valor probatório, tem sido apreciadas pelo Judiciário junto ao conjunto das demais provas e outros elementos de convicção constantes do processo. Nesse sentimo, destacamos alguns precedentes:

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de Entorpecentes. Recurso do réu. Pleito para Absolvição. Conjunto probatório insuficiente para ensejar a condenação. Prova amparada em depoimentos dos policiais militares, cuja ação foi motivada por denúncias anônimas não comprovadas. Valor probatório restrito que não se confirmou durante a instrução criminal. Na dúvida, em benefício da defesa deve ser sopesada. Absolvição como melhor solução. Recurso a que se dá provimento.

(TJ-SP - APL: 00061402320128260360 SP 0006140-23.2012.8.26.0360, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 28/05/2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/06/2015)

CORREIÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INFERIMENTO. Denúncias anônimas não comprovadas por elementos confiáveis, não são consideradas indícios em matéria criminal. Correição parcial indeferida. Unânime. + (Correição Parcial Nº 70045152154, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 03/11/2011)

(TJ-RS - COR: 70045152154 RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Data de Julgamento: 03/11/2011, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/11/2011)

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TRÁFICO DE ENTORPECENTE - MACONHA E COCAÍNA - FLAGRANTE - AUSÊNCIA DE ATOS DE COMERCIALIZAÇÃO - ALEGADO USO PRÓPRIO - DENÚNCIAS ANÔNIMAS NÃO COMPROVADAS - VALOR PROBATÓRIO RESTRITO - DÚVIDA - DESCLASSIFICAÇÃO. Para se concluir pela "traficância" é necessária a realização de prova suficiente que a droga clandestina tinha por finalidade qualquer das figuras previstas no art. 12 da Lei n. 6.368/76; na dúvida, ante à insuficiência de provas, deve ser adotada a solução mais

³⁸ Ver STJ HC 64.096. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 27/05/2008. DJU 04-08-2008 e HC 44649/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DF 9/10/2007.

favorável ao agente, de que a droga destinava-se a uso próprio. As denúncias anônimas, mencionadas nos testemunhos dos policiais, possuem valor probatório restrito, aptas tão somente para a instauração do inquérito policial e, por consequência, a ação penal correspondente, mas não para, por si só, determinar a condenação do réu.

(TJ-SC - APR: 162249 SC 1999.016224-9, Relator: Nilton Macedo Machado, Data de Julgamento: 19/10/1999, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. 99.016224-9, de Xanxerê.)

Preliminares – Nulidade da sentença por não enfrentar todas as teses de defesa – Inocorrência – Teses relevantes que foram devidamente apreciadas, outras, foram afastadas pela própria conclusão da decisão – Inépcia da denúncia que se afasta com a simples leitura, uma vez atendidos satisfatoriamente os requisitos do artigo 41, do C.P.P. – Ilícitude da prova porque obtida por meio de denúncia anônima – Tese que não se sustenta - A investigação se iniciou a partir de denúncia anônima, mas a condenação não se baseou nessa denúncia, mas sim nas provas obtidas a partir das investigações, especialmente nos depoimentos das testemunhas e na apreensão de mais de 30 kg de cocaína – Ilegalidade na apreensão da droga, feita sem autorização judicial – Descabimento – Ter em depósito substância entorpecente para tráfico ilegal é crime permanente, considerando-se em flagrante o agente enquanto durar a permanência – Validade do laudo toxicológico que é inquestionável, sendo perfeitamente possível a realização de exame pericial por amostragem, não havendo necessidade de se examinar todo o material apreendido – Rejeição. TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Materialidade a autoria bem comprovadas – Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252, do R. I. ASSOCIAÇÃO – fragilidade probatória – ainda que não se exija a identificação dos demais agentes, é necessária a demonstração de que o réu de fato estivesse associado com outras pessoas. Art. 33, § 4º - Benefício descabido - Quantidade de droga apreendida que demonstra dedicação à atividade criminosa, fazendo do tráfico um meio de vida, incompatível com a benesse – Afastamento mantido. Apelos desprovidos.

(TJ-SP - APL: 00288549720138260050 SP 0028854-97.2013.8.26.0050, Relator: Marcos Correa, Data de Julgamento: 11/06/2015, 6ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/06/2015)

Como se vê, o Judiciário tem considerado a delação ou informação anônima juntamente com os demais elementos probatórios.

Essas considerações, ainda que aparentem ultrapassar os limites do presente trabalho, parece-nos relevantes, visto que, se fosse efetivamente a delação anônima considerada como fato inexistente ou houvesse um proibição de que sequer pudesse ser considerado o seu conteúdo, de forma que o Ministério Público e o Judiciário estivessem adstritos somente aos elementos colhidos a partir das diligências preliminares, poderia se afirmar que pouco importaria a forma de recebimento, se o sigilo é atribuído ou concedido ou se a delação é de fato anônima, visto que não se cuidaria de denúncia, nem remotamente, pautada nos elementos da delação, mas tão somente nos elementos informativos posteriormente colhidos.

Pelo menos sob o aspecto processual, o problema estaria resolvido. Ou se

colhe elementos de informação ou indiciários suficientes na fase investigatória ou não poderá o Ministério Público denunciar, já que uma vez embasada em qualquer informação da delação anônima, que se supõe decisiva para formação da *opinio delicti*, estaria vulnerado a ampla defesa e o contraditório, já que seria impossível renovar, por meio de oitiva do delator, as informações constantes da delação em juízo.

Essa forma de lidar com a delação anônima deve ser pensada pelos órgãos de persecução para evitar discussões sobre nulidades na fase investigatória e judicial. Assim se procedendo, não haverá resquício de que a delação anônima haja embasado a instauração de inquérito, de medidas judiciais investigatórias ou qualquer outra decisão judicial. Todos esses atos deveriam estar pautados exclusivamente nas provas colhidas informal e preliminarmente, quando possível, ou juntamente com o conteúdo da delação, apenas na fase investigatória que precede a denúncia.

Não sendo possível a colheita de outros elementos informativos que não a simples delação anônima, desacompanhada de documentos ou outras informações que permitam a investigação por procedimento preliminar e informal, a regra é o arquivamento das investigações.

Todavia, repise-se, o recebimento das denúncias anônimas, não apenas sobre as formas de recebimento, como também a extensão do conceito de anonimato e os limites da validade e eficácia das informações anônimas para fins investigatórios e processuais penais está a merecer maiores discussões e tratamento mais detido por parte do legislador, do Congresso Nacional ou órgãos administrativos com poder normativo nos Ministérios Públicos, assim como da doutrina e jurisprudência, para dirimir os questionamentos apontados no presente trabalho.

No atual estágio de denunciismo irresponsável hoje vivenciado no Brasil, as delações anônimas devem ser analisadas com cautela, sem que se inverta a lógica de que, nessa fase investigatória, impera o princípio constitucional da presunção da inocência.

Nesse sentido, observa Alex Leon Andes³⁹:

Nos últimos anos temos testemunhado inúmeras operações policiais, muitas delas realizadas com base em informações trazidas através de denúncias anônimas, as quais fazem pairar de imediato suspeição sobre o denunciado.

³⁹ADES, Alex Leon. **Iniciativa apócrifa**: denúncia anônima deve ser tratada com cautela. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/denuncia-anonima-tratada-extrema-cautela-policia>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Produzem desde logo, indiscutivelmente, resultados nefastos que provêm de seu conteúdo, independentemente de sua forma e da não identificação de sua autoria.

Na verdade, o que mais preocupa não é a própria acusação apócrifa, mas o ato que a sucede e como ela é recebida pelos agentes investigadores. Considerando o anonimato, indispensável seria recebê-la com extrema cautela, de forma que as investigações não desprezassem a igual possibilidade de tratar-se de acusação inverídica, e da tentativa de manipular o aparelho para agir contra determinada pessoa. Na maioria das vezes, a motivação da denúncia nada tem a ver com o interesse público, mas com o interesse pessoal do denunciante em prejudicar o denunciado.

Assim, não se pode desenvolver uma ótica parcial, adotando-se como premissa verdadeira o conteúdo de acusação, dedicando esforço, apenas, para arrecadar provas que robusteçam o teor daquela “denúncia”. Principalmente, quando não existem outros elementos de prova aptos a evidenciar a prática de qualquer ilícito.

Resulta temerário, portanto, encampar a Administração sob a forma de apuração de ofício, denúncia à qual falta a identificação de autoria e sobre cujo conteúdo o Poder Público nada sabe além da iniciativa apócrifa, invertendo o princípio do in dubio pro reo e da presunção constitucional de inocência (C.F., art. 5º, LVII). (grifo nosso)

Quando muito, nessas situações, poderia se cogitar apenas de algumas situações em que haveria contraposição de interesses individuais de investigados contra eventual investigação iniciada por meio de delação caluniosa, quando haveria possíveis danos a honra e a imagem.

Se é certo que o órgão de persecução não pode ocultar informações de que tem conhecimento, não podendo se valer da prerrogativa, sob certo aspecto, semelhante à prevista no art. 5º, XIV, da CR/88, deverá manter sob sigilo as informações dos dados pessoais do delator, quando for o caso e de forma motivada, e poderá resguardá-los até que se constate, de forma inconteste, que se cuidava de denúncia caluniosa ou informação falsa de crime, quando poderão e deverão ser revelados os dados ou quaisquer outras informações por meio das quais a fonte possa ser conhecida.

Por outro lado, é defensável alternativa que permita ao Ministério Público registrar como anônima determinada manifestação, mesmo quando conhecida a identidade do delator, isso como opção que trará certa repercussão nas investigações, entendendo-se que não poderá seguir o mesmo procedimento quando iniciadas a partir de delação anônima e de delação com simples sigilo para proteção dos dados do delator.

Nas delações em que o delator tem sua identidade resguardada, a própria pessoa do delator é princípio de prova, já que haverá valor das declarações colhidas,

sendo possível sua reprodução em juízo, como prova testemunhal, se for o caso. Do contrário, uma vez não identificado o delator, a validade das informações terá o condão de tão somente iniciar investigações preliminares ou informais, e nada mais.

Vale destacar que o Projeto de Lei das 10 Medidas cuida de que o Ministério Público possa abrir mão das informações do informante confidencial na fase judicial, com conseqüente perda de sua validade como prova e da possibilidade de que possam influenciar no convencimento do juiz. Não por outra razão, sempre que admitida a denúncia anônima, tendo em vista a impossibilidade de que suas informações sejam contraditadas, o ideal é que qualquer de seus elementos não sejam considerados na fase judicial.

Esse raciocínio parece intuitivo quando analisado pelo conceito de prova e pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, não podendo o Ministério Público assegurar o anonimato, de acordo com o posicionamento sustentado corretamente pela Ouvidoria do MPF, deverá ser informado ao cidadão que pretende comunicar ilegalidades os limites da proteção do sigilo que pode ser concedido pela instituição.

Nessa linha, ressalta Hélio Rios Ferreira⁴⁰:

Não pode o denunciante se “blindar” no anonimato contra possível resposta do denunciado **em caso de improcedência do pedido de condenação** por suposta prática de infração administrativa praticada por aquele. Como já bem demonstrado, a regra é garantir o direito à informação, o sigilo é exceção e, como preceitua a Carta da República, apenas em casos que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Outro não é o entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a teor do seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. PORTARIA N. 5, DE 26/6/2001. DENÚNCIA. AUTORIA. ANONIMATO. DIREITO DE RECEBER INFORMAÇÕES. SIGILO. SEGURANÇA DO ESTADO E DA SOCIEDADE. LEI N. 8.159/91. DECRETO N. 2.134/97. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5, V, XXXIII, XXXIV e XXXV.
1. Não é dado ao órgão público encarregado de apurar eventuais irregularidades praticadas no âmbito da Administração Pública, a pretexto de proteger a identidade do delator, atingir a esfera jurídica do acusado, de modo a cercear o exercício do seu legítimo direito de ação.
2. Se é certo que o sigilo de informações deve permear a conduta do agente público encarregado da tramitação, no âmbito da Corregedoria-Geral da República, dos processos envolvendo denúncias de irregularidades

⁴⁰FERREIRA, Hélio Rios. O princípio constitucional que veda o anonimato e sua aplicação em sindicância e processos administrativos. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 8, n. 86, p. 83-90, fev. 2013.

praticadas contra o patrimônio estatal – presente a necessidade de se evitar o vazamento perante terceiros de acusações muitas vezes inconsistentes e resguardar, com isso, a pessoa do denunciado –, por outro lado, não é menos correto assentir que tais cautelas não devem atingir a pessoa do investigado, que, em tais circunstâncias, ficaria em posição de nítida inferioridade perante o acusador e o próprio órgão processante.

3. Todo cidadão tem o direito de expressar livremente suas opiniões, constituindo tal prerrogativa um dos pilares do chamado Estado Democrático de Direito. Não se mostra, entretanto, razoável eximi-lo de prestar contas por eventuais abusos praticados em razão do irregular exercício desse direito.

4. Hipótese em que o informe requerido pelo impetrante longe está de configurar situação de risco à segurança do Estado ou à estabilidade da sociedade, de modo a tornar imprescindível a utilização da regra constitucional exceptiva do sigilo da informação.

5. Não há como se equiparar o anonimato do denunciante com o instituto da proteção à testemunha. Esta tem cara, tem endereço, tem um nome a zelar, tem compromisso com a verdade; o delator anônimo, ao contrário, pode se utilizar das facilidades inerentes a essa condição para macular, leviana e irresponsavelmente, a dignidade de possíveis desafetos, com o intuito de se promover ilicitamente.

6. Arquivadas as denúncias, classificadas pela CGU na rubrica de "documentos reservados", esvaziam-se também sob a perspectiva da Lei n. 8.159/91 e seu decreto regulamentador os argumentos deduzidos pela autoridade coatora com o propósito de justificar o indeferimento do pedido de informações de que tratam os autos.

7. Segurança concedida.

(MS 8.196/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 216)

Consta-se assim que houve, no caso citado, pedido de acesso contra processos instaurados e que foram iniciados a partir de delações sigilosas e não anônimas. Nesse caso, não vislumbrada má-fé ou dolo na delação, que, em tese, evidenciem a prática em tese de denúncia caluniosa, entende-se que o sigilo deve ser mantido contra o investigado, o que inclusive é possível em casos de absolvição, quando não decidir definitivamente sobre a autoria e materialidade dos fatos investigados ou julgados.

Apesar de discordarmos da aplicação da regra inscrita no inciso IV do art. 5º da CR/88, relativa à liberdade de expressão, ao direito constitucional de petição do art. 5º, XXXIV, "a", da CR/88, ou seja, de noticiar ilegalidade aos Poderes Públicos, já que entendemos que este nada que tem que ver com o exercício da liberdade de expressão, possuindo regime jurídico próprio, vale ressaltar que mencionada decisão assentou corretamente os limites do sigilo que pode ser atribuído pelos órgãos de fiscalização, controle e persecução à identidade do delator, particularmente quando constatado abuso de direito.

Por outro lado, notamos também certa confusão, porquanto se está, no caso julgado no acórdão transcrito, mais propriamente, não diante da prerrogativa de sigilo

profissional do informante, mas da prerrogativa de sigilo da própria CGU, enquanto órgão de controle interno do Poder Executivo Federal, o que é objeto do presente trabalho, embora com enfoque direcionado ao Ministério Público.

Não é demais destacar que o princípio constitucional que veda o anonimato, inerente ao exercício da liberdade de expressão, não se aplica às notícias de ilegalidades às autoridades públicas, dispositivo equivocadamente invocado com bastante frequência para tais situações.

Aliás, a proibição do anonimato nesses casos vai de encontro à própria jurisprudência dos tribunais superiores, que é assente sobre a possibilidade de se iniciar investigações por meio de notícia apócrifa. Quanto muito, poderia se falar nos efeitos de eventual proibição, com impedimento de sua admissibilidade pelas autoridades públicas ou seu arquivamento de plano. Conforme será sustentado no presente trabalho, não se pode proibir o inevitável, que é o recebimento pelas autoridades públicas e órgãos de controle, ainda que de forma indesejada, de notícias de ilegalidades apócrifas.

Como veremos, o anonimato, num conceito mais estrito, é situação de fato e não faria sentido que a norma proibisse aquilo que é circunstância inelutável da realidade.

Ademais, por outro lado, poderia se cogitar da definição de conceito jurídico de anonimato para abarcar outras hipóteses que não aquelas em que o anonimato se dá pelo instrumento em que veiculada a notícia de ilegalidade, e que implique no desconhecimento da fonte, mas também naquelas hipóteses em que o delator opte por não se identificar perante as autoridades, ainda que relate os fatos presencialmente, por exemplo. Cuida-se, assim, de conceitos jurídicos, mais ou menos amplo, um pelo critério do instrumento da veiculação, e o outro, mais abrangente, incluindo também situações em que essa seja a opção do delator, ou seja, o critério da vontade ou da opção.

Ressaltamos, contudo, que conceituações mais abrangentes do conceito de anonimato encontram questionamento diante do princípio da legalidade estrita que rege a Administração Pública, que entendemos aplicável com maior rigor no exercício da atividade persecutória pelo Estado.

Sabe-se que o anonimato viabiliza a máxima proteção do delator,

diferentemente do sigilo, havendo sempre a possibilidade de uma avaliação posterior da viabilidade da revelação de sua identidade. Isso, para muitos, seria o suficiente para não delatar ou contribuir com as atividades desenvolvidas pelos órgãos de persecução.

Nesse aspecto, entendemos que há avanço nas 10 medidas contra corrupção propostas no Projeto de Iniciativa Popular encabeçado pelo MPF, que trata da proteção à fonte de informação, particularmente ao sigilo e à figura do informante confidencial, que difere do informante anônimo, conforme Anteprojeto de Lei nº 4⁴¹.

Todavia, destaca-se que, embora haja previsão de manutenção do sigilo da fonte “quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante”, o art. 4º do Anteprojeto dispõe que:

No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau de recurso, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Em outras palavras, a revelação ou não da identidade do informante dependerá de avaliação do membro do MP, com a consequente perda do valor probatório do depoimento prestado, caso opte pela não revelação. Dessa forma, a identidade do informante continua sendo sabida e a sua revelação ou não, de acordo com a redação proposta, não dependerá do próprio informante, sendo a avaliação do membro do Ministério Público que oficia num determinado processo penal. Observa-se assim ainda alguma fragilidade na proteção da identidade do informante, que poderia desestimular sua contribuição.

Ademais, caso promulgada referida norma, entende-se que deve prevalecer a proteção do informante, de forma que a revelação de sua identidade não deveria passar por decisão exclusiva do membro do Ministério Público, desconsiderada a sua vontade e avaliação dos riscos envolvidos.

Ressaltamos que a proteção do informante deve ser um imperativo e a sua exposição, por quaisquer justificativas que sejam, como a indispensabilidade para apuração dos fatos e eventual desfecho condenatório, poderão ensejar

⁴¹ Sigilo da fonte, item 4 do anteprojeto. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorruptcap_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

responsabilidade do Estado por atos contraditórios, que violam a confiança e a boa-fé depositadas nos órgãos de investigação e a lealdade exigidas dos órgãos da Administração Pública com relação aos administrados, inclusive em razão do não esclarecimento inicial do informante da possibilidade de exposição de sua identidade. Talvez a exigência de manifestação expressa do informante para revelação de sua identidade deva ser debatida quando das discussões legislativas.

Como destacado no presente trabalho, o Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015, traz o elemento da voluntariedade como um dos requisitos da revelação da identidade do informante, embora na figura do sigilo legal. Aliás, entendemos que o Projeto de Lei das “10 Medidas” e o mencionado PL do Senado são complementares na proteção de informantes, merecendo tramitação conjunta.

Como parece intuitivo, essas discussões não estão presentes quando se cuida de informante anônimo, visto que o anonimato garante a máxima proteção de sua identidade, quer pela condição do desconhecimento ou ignorância da identidade própria dessa figura, quer pela opção do próprio informante, caso se adote um conceito jurídico mais dilargado de anonimato, segundo um critério volitivo do informante, ou seja, de querer permanecer como anônimo, com as consequentes implicações e repercussões nas investigações e processo judicial a serem conduzidos, conforme alternativa que será abordada mais afrente neste trabalho.

Cabe adiantar, que essa mesma lógica, da perda do valor probatório e limitações de sua validade ou proveito jurídico, deve ser reproduzida no caso de informações anônimas, em qualquer hipótese, inclusive como forma de legitimar o anonimato por opção do informante, como forma de compatibilizá-lo com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como com a proteção da imagem e da honra do investigado nas fases iniciais dos procedimentos investigatórios.

Ainda, considerando o respeito ao princípio maior da proteção do *whistleblower*, é preferível que tal proteção se dê da forma mais abrangente possível e de acordo com a expressa vontade do informante, já que é melhor que hajam quaisquer elementos informativos a não haver as tão desejadas contribuições para os órgãos de persecução.

A propósito da urgência de uma legislação *Whistleblowing* no Brasil, observa

Juliana Magalhães Fernandes de Oliveira que⁴²:

A doutrina de Direito Penal no Brasil há muito discute a legitimidade do instituto da delação premiada ou colaboração premiada, como citado na Lei nº 12.850, de 2013, que define as organizações criminosas. É comum a lição de que o instituto ofende os paradigmas éticos da Constituição Federal de 1988 e apresenta confiabilidade questionável, uma vez que o delator naturalmente tem interesse na condenação do comparsa delatado para ser beneficiado pelas vantagens legais.

Por essa razão, causa estranheza a ausência de uma legislação whistleblowing no ordenamento pátrio. Trata-se de norma que vem se mostrando eficiente para combate dos crimes de corrupção em diversos países e que não está sujeita às críticas lançadas contra a delação premiada, uma vez que a comunicação do ato ilícito não envolve o coautor do delito.

Ademais, referidas normas são fortemente marcadas por um elemento ético que estimula boas condutas nas corporações, públicas e privadas. Assim, estão em consonância com os princípios constitucionais da moralidade e da probidade.

Assim, a proteção deve alcançar o informante de boa-fé e os procedimentos legais de proteção atualmente previstos na legislação brasileira não mencionam a proteção por anonimato, estando restrita ao tratamento e o regime jurídico delineado pela jurisprudência. Por outro lado, como visto, há iniciativas legislativas recentes para proteção do *whistleblower*, como a do já citado Anteprojeto que faz parte das 10 medidas contra Corrupção, limitado, contudo, à proteção por sigilo, e ao Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015⁴³.

Destacamos, ainda, que da possibilidade de que investigações possam ser iniciadas a partir de “denúncias anônimas” advém a responsabilidade do Estado por eventuais danos decorrentes de investigações iniciadas por informações inverídicas ou de forma caluniosa, caso o procedimento não respeite as devidas cautelas e o necessário sigilo, até porque não poderá o investigado, na maioria dos casos, se voltar contra o delator, cuja identidade é, a princípio, será desconhecida.

Sem prejuízo disso, no âmbito cível, nos casos de comprovada denúncia caluniosa, poderá o investigado obter informações do delator, para o que o Ministério Público deverá contribuir, na tentativa de identificação de sua autoria.

A identificação da fonte delatora, quando sabida, ou de dados que possam levar ao seu conhecimento, é dever e não poderia ser protegida senão por meio de sigilo, conforme entendimento atual da Ouvidoria do MPF. Ressalta-se que os julgados dos

⁴² OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

⁴³BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 362, de 2015**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/atividade/materiais/-/material/121791>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Tribunais superiores falam de delações efetivamente anônimas, sem que se atribua ao Ministério Público prerrogativa que lhe permita ignorar ou não registrar dados conhecidos, como o da fonte das informações que ensejaram determinada investigação.

De acordo com esse entendimento, seria possível também eventual responsabilização do Estado, caso seja verificado que o Ministério Público deixou de registrar a identidade do delator, de forma deliberada, atestando como anônimo o que de fato não o é, com abuso, em tese, do exercício de prerrogativa que não lhe foi concedida, ainda que as investigações sejam conduzidas sob o necessário sigilo.

Ademais, pode-se cogitar inclusive que tal prática configuraria, em tese, falsidade ideológica, nos exatos termos do art. 299 do CP⁴⁴:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

De qualquer forma, mesmo que constatada tal prática de se atribuir ou conceder o anonimato, deve-se sempre excluir o dolo específico do tipo penal, de “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, de forma que o procedimento adotado no recebimento de notícias apócrifas não prejudique direito ou altere verdade sobre fato juridicamente relevante que venha de qualquer forma atingir investigado.

Disso se nota que há certa insegurança no procedimento adotado, quer por parte do Ministério Público e da legalidade dos procedimentos adotados, quer pelos riscos e fragilidade da proteção do informante, o que exige que haja uniformidade de tratamento da questão por órgão superior com poder normativo, como o Conselho Superior, no Ministério Público Federal, por exemplo, a fim de resguardar os membros e servidores nas atividades diárias de atendimento ao cidadão.

Ainda, é bem-vindo e não se descarta o tratamento legislativo da proteção do

⁴⁴BRASIL **Código penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

whistleblower da forma mais completa e precisa possível, inclusive para abarcar os limites do recebimento de delações anônimas nas situações já mencionadas.

Nesse contexto, é importante que se faça uma distinção conceitual das figuras da delação anônima, do sigilo da fonte previsto no art. 5º, XIV, da CR/88, do sigilo propriamente dito, que apresenta diferentes feições, como as destacadas nos mencionados Projetos de Lei, o que será enfrentado no próximo capítulo.

6 CONTEÚDO JURÍDICO DA PRERROGATIVA DO SIGILO DA FONTE: DISTINÇÃO DAS FIGURAS DO SIGILO E DO ANONIMATO

O conteúdo jurídico e a abrangência de proteção da prerrogativa do sigilo da fonte foi delimitado pelo Min. Celso de Mello, em voto proferido na Rcl STF 21.504-MC-AgR/SP⁴⁵ em que se discutiu a censura judicial e os limites da liberdade de imprensa.

Ao que interessa ao presente trabalho, extrai-se o seguinte trecho do mencionado voto:

A liberdade de imprensa, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social o direito de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, inclusive digitais, ressalvada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial – necessariamente “a posteriori” – nos casos em que se registrar prática abusiva dessa prerrogativa de ordem jurídica, **resguardado, sempre, o sigilo da fonte quando, a critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional. Precedentes.**

– A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações.

[...]

Com efeito, **nenhum jornalista poderá ser constrangido a revelar o nome de seu informante ou a indicar a fonte de suas informações, sendo certo, também, que não poderá sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, quando se recusar a quebrar esse sigilo de ordem profissional e de estatura constitucional.**

Assim, nas lições do Min. Celso de Mello, o sigilo da fonte constitucional, que compõe a abrangência de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão, possui caráter absoluto, isto é, é oponível a quem quer que seja, agentes ou órgãos estatais, inclusive ao Poder Judiciário, resguardado, sempre, a critério do próprio jornalista, quando este julgar necessário ao seu exercício profissional.

Tal prerrogativa é inerente à liberdade de expressão e assegurada expressamente pela Constituição tão-somente aos jornalistas (art. 5º, XIV, da CR/88) e parlamentares (art. 53, §6º, da CR/88). Significa expressar-se sobre fatos de interesse público, não de forma irresponsável e temerária, ocultando sua fonte ou

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 21504 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, Processo Eletrônico DJ-e 249 Divulg 10-12-2015 Public 11-12-2015.

informante.

Assim, do conteúdo jurídico da prerrogativa constitucional do sigilo da fonte, particularmente os elementos da oposição *erga omnes* e da arbitrariedade de sua avaliação por aquele que detém a prerrogativa, não se poderia entender de outro modo senão que essa mesma proteção não foi e não poderia ser validamente estendida aos órgãos de persecução, dentre os quais o Ministério Público.

Chega-se facilmente a essa conclusão, porquanto parece-nos inconcebível que, caso se suponha detentor dessa prerrogativa, o Ministério Público possa opor o sigilo arbitrariamente ao Poder Judiciário, ainda que conhecida a fonte.

A incompatibilidade entre a atividade persecutória e a referida prerrogativa constitucional parece evidente, e não se pode extrair do texto constitucional dispositivo do qual se denote que ao Ministério Público foi concedido dito instrumental de atuação. Aliás, a própria Constituição cuidou de consagrar expressamente essa prerrogativa, como já mencionado, apenas aos jornalistas e parlamentares federais, deputados e senadores, no art. 53, §6º, não a estendendo, de igual forma, ao Ministério Público.

Ainda que se mostrem tentadoras interpretações que confirmam ao Ministério Público tal prerrogativa, dada a facilidade que confere – com a máxima proteção ao informante, o que inegavelmente estimula a prática da delação –, não se encontram fundamentos constitucionais e legais consistentes para embasar essa posição.

Por isso, discordamos da jurisprudência que afirma que o Ministério Público ou qualquer outro órgão de controle ou persecução, como ouvidorias públicas, detém aludida prerrogativa, conforme se tem conhecimento de alguns precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesse sentido, destacamos trecho do acórdão prolatado pela 8ª Câmara de Direito Público do TJSP nos autos da Apelação nº 0078575-18.2006.8.26.0000, julgado em 23 de março de 2011:

EMENTA - Habeas data - Impetração de servidora pública à Ouvidoria da Educação - Pedido de identificação de reclamante dos serviços prestados - Sentença de procedência - Apelo da impetrada - Persuasão - Sigilo da fonte necessário e inerente à finalidade da Ouvidoria - Discrição e segurança do reclamante para aperfeiçoamento do serviço público prestado - Papel de representação da população junto à Administração Pública - Inocorrência de anonimato - Exceção ao direito de informação e à proibição do sigilo da fonte - Ouvidoria que cumpre função constitucional de assegurar a participação do cidadão na administração, especialmente para o exercício de seu direito de reclamação e fiscalização quanto à qualidade dos serviços públicos - Prevalência do interesse público ao servidor- Apelo provido.

[...]

Sustenta que a relação da Administração com os administrados de ser pautada pela confiança e boa-fé, o que seria ferido se os dados espontaneamente fornecidos fossem divulgados. Por essa razão a LEI ESTADUAL 10.529/99 criou a figura do ouvidor público como instrumento de controle adequado do serviço público prestado pelo usuário (artigo 8 , alínea a) e o DECRETO 44.704/99 estabeleceu, para tal finalidade, as normas de composição e funcionamento das ouvidorias e o sigilo da fonte das informações, que se iguala a outras atividades e profissões cujo exercício exige confiança e confidencialidade; o ouvidor é o representante do cidadão junto à instituição em que atua.

[...]

Nesse sentido, a autoridade impetrada demonstrou que a função da ouvidoria, disciplinada na LEI 10.529/99 (art. 1), consiste justamente em fiscalizar e controlar a qualidade do serviço público prestado pelos vários órgãos da Administração e que, para tanto, opera um sistema de reclamações feitas pelos usuários dos serviços, através do qual tais queixas são encaminhadas aos órgãos respectivos e/ou geram procedimentos de fiscalização. Como disse o apelante, cabe ao ouvidor, nos termos do DECRETO 44.074 (art. 1 , I), representar o cidadão junto à instituição em que atua, encaminhando providências quanto às insatisfações manifestadas por este. **Assumindo a tarefa de representar o cidadão, há de estabelecer com ele relação de confiança e confidencialidade, o que torna o sigilo da fonte elemento inerente e necessário ao bom e pleno funcionamento de sua atividade, bem como à segurança que pode e deve oferecer à sociedade e ao cidadão que a ela recorre, de maneira a garantir o cumprimento da função para a qual foi instituída.**

Nesse sentido, a recusa da autoridade impetrada em fornecer a identificação do autor da reclamação está tutelada não apenas na exceção ao direito de informação (CR, art. 5 , XXXIII), senão também na exceção à proibição do sigilo (CR, art. 5 , XIV).

Não se nega que o sigilo é inerente às atividades de Ouvidoria. Todavia, apenas se poderia cogitar do sigilo simples ou propriamente dito, não da prerrogativa do sigilo da fonte, na forma do inciso XIV do art. 5º da CR/88, como sustenta o julgado acima transcrito, ou mesmo do manejo do instituto do anonimato.

Nesse sentido, o sigilo da identidade do informante poderá ser concedido ou atribuído de ofício, contudo sem que seja oponível *erga omnes* e de forma arbitrária e imotivada, sendo sua revelação imperiosa nos casos determinados pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, cuidando-se de manifestações registradas de boa-fé, eventual sigilo poderá ser oposto a terceiros, inclusive aos investigados, de forma motivada, no curso das investigações, não alcançando o Poder Judiciário, que poderá determinar, a qualquer tempo, a sua revelação a bem do interesse das investigações e instrução processual ou para proteção de direitos fundamentais, especialmente para fins de indenização por ofensa a honra, imagem ou vida privada de investigados. Nesse sentido, destacamos os já mencionados Projeto de Lei das “10 Medidas contra Corrupção” e Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015.

A propósito, vale ressaltar a jurisprudência do STJ, segundo a qual a não identificação de testemunha inscrita em programa de proteção, em princípio, não enseja nulidade processual, sendo seu testemunho prova válida para embasar condenações:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PROTEGIDAS. PROVIMENTO 5/2010 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. AUSÊNCIA DO RÉU. PECULIARIDADE DO CASO. PROCEDIMENTO QUE ENCONTRA PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Conforme entendimento já consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência de instrução sem a presença do acusado que se encontra preso é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de arguição oportuna e demonstração de efetivo prejuízo.

2. Por outro lado, o artigo 217 do Código de Processo Penal preceitua a retirada do réu da sala de audiência quando qualquer declarante que se sinta atemorizado, humilhado ou constrangido com a sua presença.

3. Na hipótese, em razão da existência de testemunhas protegidas, determinou-se as suas oitivas sem a presença do réu, procedimento que encontra, como visto, previsão legal, valendo destacar, outrossim, que seus advogados estiveram presentes ao ato, não tendo a defesa apontado, objetivamente, quais teriam sido os prejuízos suportados pelo acusado, e em que medida a sua participação no ato poderia auxiliar nos questionamentos formulados, não logrando demonstrar, portanto, a ocorrência dos efetivos danos por ele suportados, o que impõe a aplicação do artigo 563 do Código de Processo Penal.

(RHC 49.545/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

Nesse sentido, confira também: RHC 49.545/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015; HC 206.142/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013; HC 158.557/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 28/11/2011.

Nesse panorama é possível notar os limites da proteção de testemunhas em juízo, já que a validade de seus relatos estará, em regra, condicionada à identificação pelos advogados da defesa, para que possam contraditá-los com o objetivo de conferir-lhes valor probatório.

Dessa forma, sob o aspecto protetivo, avançam o Projeto de Lei das “10 Medidas contra Corrupção” (Anteprojeto 4, Sigilo da Fonte) e o Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015.

Vale destacar que, pela diferença entre o instituto do sigilo simples e a

prerrogativa do sigilo constitucional da fonte, o Anteprojeto 4, diferentemente do que menciona o seu art. 1º, nada que tem a ver com a regulamentação do art. 5º, inciso XIV, da CR/88, haja vista que cuidam de diferentes regimes jurídicos de proteção de informantes, não nos parecendo que no mencionado dispositivo constitucional estejam contidas todas as figuras de sigilo legal, das mais a menos abrangentes.

A prerrogativa constitucional do sigilo da fonte é bastante característica e independe de regulamentação legal para definir seu conteúdo jurídico, diferentemente da figura apresentada nas “10 medidas”, não se confundindo com outras figuras de sigilo profissional, que poderão apresentar regulamentação mais ou menos extensiva. Assim, consoante tradicional classificação das normas constitucionais pelo critério da eficácia, entende-se que o art. 5º, XIV, da CR/88 possui eficácia plena, ou seja, é autoaplicável, cabendo apenas o enquadramento das atividades profissionais no critério da parte final do dispositivo, “*quando necessário ao exercício profissional*”.

Ainda que se possa entender que mencionada disposição constitucional compreende todas as espécies de sigilo profissional, cuja eficácia seria restringível ou redutível de acordo com as peculiaridades e exigências de cada profissão, parece-nos imperioso que se faça distinção entre a prerrogativa constitucional do sigilo da fonte, prevista para jornalistas e parlamentares, e as demais figuras de sigilo profissional.

Não é demais repisar que o instituto constitucional do sigilo da fonte está umbilicalmente ligado ao exercício da liberdade de expressão e ao acesso à informação, conforme expressamente previsto na primeira parte do inciso XIV do art. 5º da CR/88⁴⁶, situação que se distancia sobremaneira do relato de ilegalidades às autoridades públicas e da atuação persecutória do Estado, contrariando equívoco reinante entre as figuras do sigilo da fonte constitucional e do sigilo simples, entre as quais se faz distinção no presente trabalho. Aliás, vale mencionar que a não distinção entre tais situações, por vezes, também tem levado à aplicação indevida da vedação ao anonimato, prevista no art. 5º, IV, da CR/88, para situações desvinculadas do exercício da liberdade de manifestação do pensamento.

Nesse sentido, extrai-se que as menções encontradas na jurisprudência do STF sobre o art. 5º, XIV, da CR/88 referem-se ao exercício da atividade jornalística e

⁴⁶ XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social.⁴⁷

Por outro lado, ressaltamos que a motivação do sigilo é imprescindível para que se excepcione a regra da publicidade, especificamente para a não revelação dos dados do informante.

Assim, sustenta-se que o regime jurídico do sigilo da fonte, tal qual previsto no inciso XIV do art. 5º da CR/88, na feição própria concedida aos jornalistas e parlamentares, não se aplica aos órgãos estatais de persecução e controle interno e externo da Administração Pública, já que pressupõe o elemento da oponibilidade *erga omnes*.

A questão é deveras polêmica, tanto que Projetos de Lei e legislações de vanguarda que tratam da proteção e segurança de *whistleblowers*, bem como de informações públicas ou constantes de investigações, a exemplo das “10 Medidas contra Corrupção”, do Substitutivo da Câmara nº 20, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 439, de 1999 (que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública), do Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015 (que dispõe sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho) ou mesmo da Lei de Acesso a Informação – Lei nº 12.527/2011, não mencionam o anonimato ou uma pretensa prerrogativa de assegurá-lo (da forma como assegurada no art. 5º, XIV, da CR/88), o que parece demonstrar certo consenso de que não há suposto direito ou de que a Administração Pública possa conceder ou atribuir anonimato, resumindo todas essas leis hipóteses legais de sigilo simples ou propriamente dito.

Nesse sentido, o PL do Senado nº 362, ao cuidar do sigilo, prevê no §1º do seu art. 2º que “*Para todos os efeitos, será preservada a identidade da pessoa que*

⁴⁷ A título de exemplo, destacamos os seguintes precedentes, extraídos dos comentários ao art. 5º, XIV, da CR/88, da “Constituição e o Supremo”, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 maio 2016: RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009; ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009; Rcl 11.305, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 20-10-2011, Plenário, DJE de 8-11-2011; ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012; ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-2006, Plenário, DJ de 23-2-2007; RMS 23.036, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim, julgamento em 28-3-2006, Segunda Turma, DJ de 25-8-2006.

apresentar a denúncia, a qual somente poderá ser revelada mediante sua autorização ou quando a revelação se mostrar necessária em razão do interesse público". De igual modo, as "10 Medidas", que, no art. 4º, dispõe que "*poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo*". Noutras palavras, em ambas as figuras, há o registro da identidade do informante e não há a previsão de oponibilidade *erga omnes*, oponível inclusive ao Poder Judiciário, do que se nota clara distinção da figura da prerrogativa constitucional do sigilo da fonte.

Por outro lado, a respeito da admissibilidade e das formas de tratamento de informações anônimas, encontram-se, quando muito, algumas regulamentações em Portarias e atos normativos de menor estatura, ou em Resoluções de caráter meramente orientativo.

A título exemplificativo, confira-se o art. 5º, §2º, da Resolução nº 01/CNOMP – Conselho Nacional de Ouvidores do Ministério Público⁴⁸:

Art. 5º Para serem recebidas na Ouvidoria, as manifestações deverão ter, preferencialmente, a autoria identificada.

§ 1º Admitir-se-á excepcionalmente o sigilo dos dados pessoais, desde que o interessado o requeira de forma expressa e justificada.

§ 2º As manifestações anônimas poderão ser admitidas quando forem dotadas de razoabilidade mínima e estiverem acompanhadas de informações ou documentos que as apresentem verossímeis.

Como se vê, referida disposição apenas menciona, o que entendemos adequadamente, que é possível a admissão das denúncias anônimas, sem, contudo, dispor sobre prerrogativa semelhante à do sigilo constitucional da fonte ou mesmo sobre orientação de que os Ministérios Públicos devem disponibilizar meios para que o cidadão registre manifestações anônimas, ainda que se possa, numa primeira leitura, concluir que isso se depreende da mencionada norma orientativa.

Todavia, dizer da admissibilidade de manifestações anônimas, o que, conforme se sustenta neste trabalho, é algo inevitável, não se confunde com a facilitação dessa prática, isto é, de manifestar-se anonimamente, para que se possa impor sejam disponibilizadas, em todas as vias já existentes, tal forma de manifestação, inclusive

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE OUVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 1, de 26 de novembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.cnomp.com.br/legislacao/1/resolucoes>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

naquelas que pareçam com ela incompatíveis, como quando colhida presencialmente.

Não obstante isso, como se sabe, a atribuição da prerrogativa de sigilo da fonte e a conhecida jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a admissibilidade das delações anônimas têm justificado a disponibilização de meios facilitados e até a orientação ao cidadão sobre como registrar delações anonimamente, muitas vezes, inclusive, colhidas na presença do informante, o que é uma tendência que encontra relativa pacificidade entre os Ministérios Públicos.

Dessa forma, verifica-se que a atual prática dos Ministérios Públicos ultrapassa a simples admissibilidade de eventuais e excepcionais notícias apócrifas de ilegalidades, visto que há manejo do instituto do anonimato, quer para facilitar tal modalidade de manifestação, com a disponibilização de canais facilitados ou a orientação sobre como registrá-la anonimamente, quer para concedê-lo ou atribuí-lo em casos nos quais a autoria das manifestações é inequivocamente sabida, procedimento este que rechaçamos.

A propósito, merece também referência, por sua importância e protagonismo, a Instrução Normativa Conjunta nº 01 CGU/OGU, de 24 de junho de 2014⁴⁹, que estabelece, no âmbito do Poder Executivo Federal, normas de recebimento e tratamento de denúncias anônimas e estabelece diretrizes para a reserva de identidade do denunciante.

Sobre o recebimento de “denúncias anônimas”, destacamos o art. 2º da mencionada Instrução Normativa, que pouco difere daquele constante da referida Resolução do CNOMP, também sem esclarecer aspectos mais detalhados da forma como são recebidas essas manifestações:

Art. 2º. Apresentada denúncia anônima frente a ouvidoria do Poder Executivo federal, esta a receberá e a tratará, devendo encaminhá-la aos órgãos responsáveis pela apuração desde que haja elementos suficientes à verificação dos fatos descritos.

§1º Recebida a denúncia anônima, os órgãos apuratórios a arquivarão e, se houver elementos suficientes, procederão, por iniciativa própria, à instauração de procedimento investigatório preliminar.

§ 2º O procedimento investigatório preliminar mencionado no parágrafo anterior não poderá ter caráter punitivo.

Vale destacar que no formulário eletrônico da Ouvidoria da CGU consta a opção

⁴⁹OUVIDORIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). **Instrução normativa conjunta nº 1, de 24 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-crg-ogu-01-2014.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

“Não quero me identificar”⁵⁰.

Embora seja situação com a qual no dia a dia os órgãos de persecução sempre tiveram que lidar, não há previsão legal expressa para o recebimento de notícias apócrifas de ilegalidades, o que tem sido relegado a disposição em atos administrativos esparsos e a abordagem doutrinária e jurisprudencial.

Com efeito, tal questão passa inevitavelmente pela conceituação de anonimato, já enfrentada, que, numa acepção mais restritiva, cuida de situação de fato e não de um direito propriamente dito, por isso não necessitando ser, a princípio, regulamentado em lei. Nessa concepção, do anonimato pelo meio ou instrumento de veiculação, parece não haver divergência de que se está caracterizado o anonimato.

Entretanto, ainda que não se esteja diante da prerrogativa do sigilo de fonte, ou seja, da manutenção arbitrária do sigilo ainda quando conhecida a identidade, o que até aqui foi negado enquanto prerrogativa do Ministério Público, sabe-se que cabe ao Direito conceituar fatos da realidade, definindo-o como institutos jurídicos, como o anonimato, para que possam ser compreendidos dentro de categorias mais ou menos abrangentes, visando a determinadas finalidades jurídicas. Dessa forma, ainda que com severa discordância, já que constitui um ponto fora da linha argumentativa do presente trabalho, poderia se cogitar de um conceito de anonimato não restrito apenas ao critério do instrumento, ou seja, quando, pelo meio em que veiculada a informação, não se possa conhecer a autoria, para abranger outras situações, de acordo com critério da voluntariedade ou da opção do delator, considerada também a ausência de um suposto dever legal de identificação. A propósito, entendemos que uma possível manipulação conceitual nesse sentido acaba por criar figura de sigilo sob a roupagem de anonimato, para incluir aquilo que não é no que é, isto é, o que é sigilo no que é anonimato, o que é inegavelmente questionável sob o prisma doutrinário e da legalidade que rege a atividade investigatória do Estado.

Por outro lado, é do senso comum a percepção dos cidadãos de que o anonimato na comunicação de fatos que possam configurar crime ou improbidade administrativa seria um direito fundamental, o que parece justificável frente a descrença de que as autoridades administrativas ou judiciárias possam resguardar

⁵⁰ Disponível em:

<<http://sistema.ouvidorias.gov.br/publico/manifestacao/registrarManifestacao.aspx?tipo=1&orgaoDestinatario=52303>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

sua identidade ou protegê-lo, sobretudo quando há receio de risco para sua segurança pessoal e de sua família.

Aliás, não são raros os casos de vazamentos de investigações sigilosas, como se noticia regularmente na mídia nacional. O anonimato surgiria quase como que uma contraprestação moral do Estado e incentivo àquele que denuncia e contribui para o trabalho dos órgãos de persecução e de controle da Administração Pública.

Se é uma preocupação constante do Ministério Público que os cidadãos possam, de forma segura, contribuir para investigações, a ânsia na recepção de toda e qualquer forma de manifestação e o seu aproveitamento em investigações pode redundar, como tem ocorrido⁵¹, em nulidade de processos penais e indesejada impunidade.

Nesse cenário, entendemos que a possibilidade de se iniciar investigações a partir de delações anônimas não está pautada num suposto direito ao anonimato ou na possibilidade de que este possa ser garantido pelos órgãos de persecução, mas apenas e tão somente em um dever estatal de apurar as ilegalidades de que tem conhecimento, por quaisquer vias ou meios por que forem veiculadas.

Do exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores, é possível se afirmar que a origem ou base legal para admissibilidade de investigações a partir de notícia apócrifa está não em uma suposta prerrogativa de conceder ou atribuir sigilo à fonte denunciante, mas do dever, e tão somente deste, das autoridades públicas de apurar notícias de ilegalidades que ensejam sua atuação.

Nesse sentido, segundo Maria Garcia⁵², não existe um caráter relacional entre direitos e deveres, apenas se considera a existência de uma categoria constitucional, inserida na declaração de direitos, mesmo que de forma não expressa. Na mesma esteira, Canotilho⁵³ ensina que não há correlação (ou “simetria”) entre direitos e deveres, ostentando os deveres fundamentais características de categoria própria ou autônoma.

Daí porque entende-se que, não havendo direito fundamental de manifestar-se

⁵¹ Ver nota de rodapé nº 32.

⁵² GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioria penal e a ética da responsabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 62, p. 573, 2008.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 532-533.

anonimamente sobre a prática de delitos ou irregularidades administrativas, a definição dos meios para disponibilização de canal para denúncias anônimas, uma vez admitidos, estaria a depender da conveniência e oportunidade administrativas, podendo ser prevista de forma mais ou menos ampla. Em qualquer dos casos, é curial que o canal seja disponibilizado de forma tal que viabilize o recebimento de denúncias efetivamente anônimas, segundo conceito instrumental de “denúncia anônima” já definido neste trabalho.

Ainda que se possa contestar a legitimidade da facilitação no recebimento denúncias anônimas, sendo prática admitida e aceita, é imprescindível que o Estado oriente e ofereça meios adequados para que chegue ao seu conhecimento manifestações de fato anônimas.

O anonimato, repise-se, é fato da realidade consistente no desconhecimento da fonte autora dos relatos, e, por isso mesmo, constatável, não concedido ou atribuído, o que é próprio do sigilo.

Ademais, não detém o Ministério Público a mencionada prerrogativa constitucional do sigilo da fonte. Tanto é assim que a jurisprudência restringiu o procedimento investigatório iniciado a partir de “denúncias anônimas” a certas balizas, impedindo a instauração de investigação formal e exigindo do Estado cautela nas investigações, que deverão ser conduzidas sob necessário sigilo, sob pena de responsabilização estatal por eventual prejuízo à imagem e à honra do investigado.

Do contrário, bastaria ao Ministério Público atribuir o anonimato ou opor o sigilo da fonte, inclusive ao investigado e ao Poder Judiciário, do que estaria o Estado isento de qualquer responsabilidade.

Por isso, a facilidade e orientação para o recebimento de “denúncias anônimas”, que é prática usual e aceita, traduziria subterfúgio à inexistência de regulamentação legal de procedimento efetivo de sigilo legal, assim como da prerrogativa do sigilo da fonte pelo Ministério Público, que, de forma reversa, passa assim a dela se valer.

Sob esse prisma, a manifestação anônima aparenta distorção de situação fática inevitável ao Direito ou à lei em sentido estrito, que, quando muito, poderia ser desestimulada, visto que ocorrerá independentemente de eventual proibição legal, ou mesmo de autorização em determinadas situações.

Em outras palavras, o que se verifica na atual prática dos órgãos de persecução

é um aproveitamento de tal situação fática, ao facilitar e orientar o registro de “denúncia anônima”, ou mesmo a concessão do anonimato quando inequivocamente conhecida a fonte ou ignorada de forma deliberada diante da ausência de um dever de exigir ou registrar a identificação do informante.

Aqui se nota que, para que se compreenda o sustentado abuso dessa prerrogativa constitucional, impõe-se que se aprofunde na distinção de institutos ou figuras próximas de proteção do informante, como a delação anônima, o sigilo da fonte e o sigilo simples ou propriamente dito, que possuem, cada qual, regime jurídico próprio.

No sigilo da fonte, como diz o próprio termo, a fonte é conhecida, contudo ocultada a critério do detentor da prerrogativa; enquanto na manifestação anônima, a fonte é desconhecida, ou seja, é fato constatável, não atribuído ou concedido. Por sua vez, no sigilo simples, aqui também denominado de propriamente dito, a proteção dos dados pessoais ou não revelação da fonte conhecida é limitada, não sendo oponível *erga omnes*, devendo ser, por isso mesmo, devidamente motivada.

Sobre o conceito do que é anônimo, extrai-se do vernáculo que é aquele cujo nome não é conhecido, seu nome ou assinatura do autor, sem denominação, aquele que não revela o seu nome, sem autoria⁵⁴.

Sabe-se que a interpretação literal a partir do sentido vernacular e gramatical é apenas ponto de partida, podendo ser abarcada como anônimo, na acepção jurídica, atos que possuem mais ou menos informações sobre a identidade da fonte ou rastros, ou que apenas não haja identificação nominal, como a identificação visual, biométrica, número de telefone ou de IP – Internet Protocol, por exemplo.

Assim, pode-se questionar se é efetivamente anônima a manifestação que, embora não identifique nominalmente a fonte, tem a identidade indubitavelmente conhecida pelo contexto em que foi formulada ou pelos elementos de informação que detém o órgão de persecução.

Nesse conceito, para ser anônimo, não bastaria a simples não identificação do delator, por sua simples opção, isto é, a não informação do seu nome ou documento de identificação. É necessário que a manifestação seja realizada de forma tal que não

⁵⁴ DICIONÁRIO Aurélio Online. Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

haja rastros ou registro que tornem possível de pronto eventual identificação. Isso se deve principalmente pela exigência do princípio da lealdade com o cidadão, que tem a legítima expectativa de que o anonimato, opção da qual foi questionado pelo órgão público, seja efetivamente assegurada, ou seja, de que em hipótese alguma sua identidade será exposta.

Não se pode negar que quaisquer rastros que permitam a identificação, muitas vezes sem muitas dificuldades, podem ser revelados posteriormente numa investigação ou processo judicial e configuram fragilidades desse “tipo de anonimato”, já que também há limitação na proteção de tais dados, que podem ser compreendidos como informativos da autoria ou fonte.

Por isso, caso se opte pelo recebimento de denúncias anônimas, a correspondência postal, encaminhada via correios, parece ser o meio mais seguro para que o anonimato seja assegurado, devendo ser a opção preferencial para o recebimento dessa forma de denúncia, inclusive por possibilitar a juntada de documentos que demonstrem a verossimilhança das alegações e exija certo ônus do delator, o que evita certa banalização indesejada dessa forma de representação.

Ademais, destacamos que o conceito de anonimato não exige a completa impossibilidade de identificação do autor, que pode ser perseguida em casos abusivos, bastando que não haja identificação pessoal e que esta não seja conhecida. O próprio Código Penal trata de aumento de pena no tipo do art. 339 quando para a delação caluniosa o agente se servir de anonimato ou nome suposto.

Aqui, vale breve ressalva de que a simples tipificação da denúncia caluniosa não é proibitiva para o recebimento de denúncias anônimas. O tipo penal incriminador não fala ou restringe o meio da delação. Aliás, o próprio §1º cuida de prever a situação da delação anônima ou de nome suposto.

Também, sob esse aspecto, importante ressaltar que o CP é de redação bastante anterior à Constituição de 1988, não podendo esta ser interpretada à luz de lei ordinária. A tipificação da denúncia caluniosa é da redação originária do CP, de 7 de dezembro de 1940. Sabe-se que apenas a lei pode ser analisada à luz de sua recepção ou adequação ao texto constitucional, não sendo também esse argumento relevante para se afirmar a legalidade da admissão das denúncias anônimas.

Repudia-se, assim, a prática de que se possa conceder o anonimato, sob

qualquer forma, quando da entrega de documentação ao órgão pelo próprio delator no órgão público ou de manifestação presencial colhida a termo, visto que a identidade da fonte é indubitavelmente conhecida. Se não pode conceder ou atribuir o anonimato, apenas o sigilo simples, não poderia o Ministério Público ignorar deliberadamente a identidade conhecida. Não obstante, parece incoerente, por outro lado, que se negue o anonimato nas manifestações presenciais e, ao mesmo tempo, se oriente ao cidadão para utilização de canais que efetivamente assegurem o anonimato. O contexto normativo atual parece impor tal impasse diante das adaptações próprias que o instituto do anonimato e do sigilo adquiriram, o que demonstra a necessidade de melhor tratamento legal da matéria.

Nesse sentido, pode se cogitar também da responsabilização do Estado, na hipótese de dano a investigados, caso constatado que o anonimato foi concedido ou atribuído pelo Ministério Público ou deliberadamente ignorada a identidade sabida, como abuso de prerrogativa não concedida à instituição, da mesma forma que na hipótese de investigações deflagradas por denúncias anônimas conduzidas de forma temerária, sem as devidas cautelas e sigilo na sua tramitação.

Dessa forma, para a legalidade do procedimento adotado pelo Ministério Público e demais órgãos de apuração é imprescindível a distinção das situações que caracterizam distorção do anonimato daquelas que caracterizam simples conhecimento e recebimento de delação efetivamente anônima, inclusive como meio de evitar abusos.

A propósito, extrai-se do art. 1º da já mencionada Instrução Normativa Conjunta nº 01 CGU/OGU, de 24 de junho de 2014, o seguinte conceito legal de denúncia anônima:

§ 1º Para fins desta instrução normativa, considera-se:

I - denúncia anônima: **manifestação que chega aos órgãos e entidades públicas sem identificação;**

II - reserva de identidade: hipótese em que o órgão público, a pedido ou de ofício, oculta a identificação do manifestante. (grifo nosso)

Nota-se, assim, que tal Instrução corretamente define, de forma abrangente, como anônima, notícias de ilegalidades sem identificação. Ainda, de passagem, destacamos que também nessa resolução, não há nenhuma forma de regulamentação que se aproxime do regime jurídico da prerrogativa constitucional do sigilo da fonte, prevendo somente as figuras do anonimato e do sigilo simples. Isso

demonstra também ser esta a posição da então Controladoria Geral da União, principal órgão de controle interno do Executivo Federal.

Esses questionamentos são importantes, já que, partindo-se do pressuposto de que o Ministério Público não detém prerrogativa semelhante, não poderia, a princípio, conhecendo a fonte, ou seja, o delator, receber e registrar tal manifestação como se anônima fosse, atestando falsamente fato inexistente, tendo em vista a repercussão e distorção do tratamento constitucional do sigilo e do anonimato.

A proteção que pode ser concedida por tais órgãos limita-se, portanto, ao sigilo simples ou propriamente dito, até porque são regidos pelo princípio da publicidade e todas as informações da fase investigatória, ainda que de acesso restrito num determinado passo, poderão e deverão ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário, que poderá desvelar o sigilo ou determinar a oitiva do delator, quando necessários à eventual instrução de processo judicial.

Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em caso paradigmático, ao julgar o MS 24.405/DF, da relatoria do Min. Carlos Velloso, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” constante do §1º do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92)

Veja que, embora o dispositivo tratasse de sigilo e não de anonimato, cuidou de pretensão de manutenção indefinida e automática do sigilo, isto é, sem motivação, pelo Tribunal de Contas após a prolação de acórdão.

O teor do dispositivo era o seguinte: “*ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto da denúncia, devendo mantê-lo, em qualquer caso, quanto à autoria*”.

Extrai-se a seguinte ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8.112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, IV, V, X, XXXIII e XXXV. I. - A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II. - Mandado de Segurança deferido (MS 24405, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em

03/12/2003, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02148-03 PP-00575 RTJ VOL 00192-02 PP-00655)

Vale acrescentar ainda que, no caso, as denúncias formuladas ao TCU foram arquivadas, estando evidenciado, em tese, abuso no direito de denunciar, conforme se extrai do seguinte trecho do inteiro teor do acórdão:

O impetrante, após afirmar que sempre exerceu cargos administrativos com exatidão e dignidade, quando Diretor de Portos e Costas, foi denunciado ao TCU por pessoa que, certamente, é o mesmo denunciante que procedeu de modo igual “utilizando-se dos mesmos argumentos, de forma anônima”, fazendo “chegar a órgãos do Ministério Público Federal suas aleivasas manifestações, os quais instauraram procedimentos em face do Órgão que o requerente dirigia, ocasionando inúmeros transtornos. Com o julgamento da matéria pelo TCU, aquela Corte de Contas não pontou quaisquer ilícitos, e as desconformidades apontadas foram reconhecidas como estruturais”.

Esse julgado é representativo e afirma o entendimento de que não foi concedido ao TCU, assim como as demais órgãos de controle, a prerrogativa de sigilo automático e arbitrário, isto é, imotivado, da fonte.

Dessa forma, se não é possível ao Tribunal, como ao Ministério Público e demais órgãos de persecução e controle da Administração Pública, assegurar o sigilo dessa forma, ou seja, o menos, não poderia, como decorrência lógica, assegurar o mais, conceder ou atribuir o anonimato quando conhecida a fonte.

Em outras palavras, ainda que não se afirme ou se esclareça o cidadão delator na maioria dos casos, há inequívoca limitação para o sigilo que pode ser concedido pelos órgãos de controle e persecução na legislação vigente.

No caso citado, verifica-se que, na hipótese de pretensão de oposição do sigilo da fonte diante do abuso do direito de representar contra o investigado, sua revelação foi corretamente determinada pelo Poder Judiciário. Quando possível, nesses casos, a identificação do autor das denúncias para ensejar eventual reparação de danos, poderá e deverá o Poder Judiciário determinar sua revelação, sem que o detentor das informações possa opor o sigilo. É certo que poderá o órgão de persecução assegurar o sigilo motivadamente, o qual poderá ser mantido na fase judicial, por decisão do juiz, e a identidade revelada na hipótese de denúncia caluniosa ou de notícia falsa de crime, ou seja, evidenciado abuso no direito de representar.

Ademais, não se pode negar que a subversão do instituto do anonimato implica, sob certo aspecto, em proteção deficiente de direitos fundamentais de investigados, especialmente em situações em que há abuso no direito de representar, mesmo

quando adotadas cautelas nas investigações e respeitados os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência para compatibilizar o interesse público de investigar com referidos direitos, o que justifica, em nosso entendimento, deva a proteção dos informantes ser pensada necessariamente pela figura do sigilo.

Em qualquer caso, deferindo-se o sigilo dos dados pessoais, num primeiro momento, a partir da instauração de investigação, com fundamento na preservação da viabilidade da atividade instrutória e até mesmo da prova testemunhal, enquanto não verificada a possibilidade de inclusão em PROVITA, é recomendável que sejam os dados pessoais revelados somente quando constatado, inclusive em processo judicial, o abuso ou má-fé do noticiante da ilegalidade que configuraria em tese denúncia caluniosa ou de crimes falsos. Esse procedimento é previsto no Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015, que no §2º do seu art. 2º prevê: “§2º *O recebimento das medidas de proteção estabelecidas nesta Lei independe da veracidade das informações apresentadas pelo denunciante, desde que a revelação seja feita mediante boa-fé*”.

Vale registrar que as disposições do Anteprojeto de Iniciativa Popular das 10 Medidas contra a Corrupção, que encontra amplo apoio no seio dos Ministérios Públicos de todo o país, se dá nesse exato sentido, inclusive com especial atenção na preservação do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, destacamos os seguintes dispositivos da proposta legislativa, do item 4. Sigilo da Fonte, especialmente os arts. 3º e 4º⁵⁵:

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.combateacorrupção.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis. (grifo nosso)

Esse é o procedimento adequado para proteção de informantes e delatores, e que merece adequada previsão legal. Observamos, mais uma vez, que não há menção em qualquer parte do Anteprojeto sobre o anonimato, de seu tratamento ou de regime de proteção próximo ao assegurado àqueles que detém a prerrogativa do sigilo da fonte, o que se alinha ao posicionamento da Ouvidoria do MPF, destacado neste trabalho.

Aliás, cuida o Anteprojeto, na sua justificativa, de esclarecer que pretende-se, por meio da inovação legislativa, introduzir a figura do informante confidencial, distinguindo-se do informante anônimo.

Nota-se, assim, que o regime jurídico das mencionadas figuras é diverso, já desde o recebimento dessas modalidades de manifestação. A título de exemplo, a hipótese de se cuidar de delação anônima pode definir limites mais restritivos para investigação criminal. A delação anônima pode ensejar a nulidade de processo, em determinados casos, não justificando sequer por si mesma a instauração de procedimento investigatório formal, diversamente das figuras do sigilo.

Ademais, aceita investigações a partir de delações anônimas, há maior susceptibilidade de responsabilização do Estado por denúncias caluniosas, em razão de danos a honra e imagem de investigados, inclusive na modalidade objetiva, que deveriam ser imputadas ao delator, caso não sejam adotadas as cautelas necessárias na fase investigatória, inclusive quanto ao sigilo.

Conclui-se, assim, que as figuras do anonimato, do sigilo da fonte e do sigilo propriamente dito são claramente distintas, e essa rigorosa distinção, embora muitas vezes confundida ou ignorada, é de relevância não apenas doutrinária, como prática, quer para a legalidade dos procedimentos definidos pelos órgãos de persecução, quer para lealdade devida na proteção dos dados pessoais dos cidadãos que noticiam ilicitudes e irregularidades às autoridades públicas.

7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DA OUVIDORIA DO MPF - ASPECTOS NÃO CONSIDERADOS E A NECESSIDADE DE REVISÃO

Não obstante concordemos com o posicionamento da Ouvidoria do MPF, sobretudo considerando o princípio da legalidade estrita que rege a atividade de persecução estatal, não havendo autorização legal expressa para que se assegure o anonimato de informantes em geral, é importante ressaltar consequências relevantíssimas que despertam a urgência de que a temática seja revisitada.

Ainda que haja posicionamentos que reconheçam ao Ministério Público a prerrogativa constitucional do sigilo da fonte, verificamos que a situação abordada no presente trabalho, do recebimento de notícias de ilegalidades, não se identifica exatamente com a referida figura constitucional.

Ademais, sabe-se que ao Ministério Público é imposto o dever legal de proteção do noticiante, cuja violação pode resultar em responsabilização administrativa, cível e criminal, diversamente do que ocorre, em princípio, com jornalistas e parlamentares.

A prerrogativa do sigilo da fonte, previsto no art. 5º, XIV, da CR/88, está relacionada ao exercício do direito à liberdade de expressão, e, da mesma forma que a vedação ao anonimato, inserido no inciso IV do mesmo dispositivo constitucional, não se aplica à situação ora enfrentada.

Entretanto, pela semelhança da nuance da oposição arbitrária da proteção da identidade da fonte, o instituto do sigilo da fonte foi analisado à luz do Ministério Público, em razão de precedentes jurisprudenciais que conferem tal prerrogativa à instituição.

Sob esse aspecto, entendemos, por outro lado, que a prerrogativa do sigilo da fonte, ainda que possa ser considerada espécie do gênero sigilo profissional, dele difere, já que não diz propriamente com o sigilo da fonte, mas de informações conhecidas em razão do ofício, isto é, de todo o conteúdo das informações conhecidas em razão do exercício profissional, sendo por isso mesmo mais abrangente, como ocorre com confessionários, psicólogos, advogados, médicos, dada a proteção da privacidade, imagem e honra do paciente, cliente ou fiel, e da necessidade de assegurar o próprio exercício dessas profissões.

Ainda, há relevante distinção entre o sigilo profissional e a prerrogativa do sigilo da fonte. Enquanto o primeiro envolve dever funcional para proteção daquele que

confia informações de cunho pessoal ao profissional, e que, uma vez violado, pode resultar em responsabilização cível, administrativa e criminal; o segundo é previsto mais propriamente sob o prisma do exercício e liberdade da atividade profissional e em defesa das prerrogativas profissionais, não havendo, na hipótese de revelação da fonte das informações, qualquer forma de responsabilização, já que ausente o dever de proteção, ainda que seja possível se sustentar a responsabilidade civil por eventual conduta contraditória, quando presente promessa de proteção à fonte noticiante.

Essa distinção é primordial, já que a posição institucional defendida pela Ouvidoria do MPF parece partir da premissa de que o anonimato, quando conhecida inequivocamente a autoria, como nas manifestações presenciais nas quais se concede o anonimato por mera opção do informante, considerando também uma suposta ausência do dever de identificar, seria o mesmo que estender ao Ministério Público a prerrogativa constitucional do sigilo da fonte.

Apesar de certa identidade entre a referida figura constitucional e o anonimato no recebimento de informações pelo Ministério Público em tais circunstâncias, já que, na sua essência, deixa-se de identificar a fonte das informações de que se tem conhecimento, há diferença fundamental sob a ótica da proteção do informante, o que impede, em nosso entendimento, o enquadramento de ambas as situações sob a mesma roupagem.

Desse modo, enquanto na hipótese da prerrogativa do sigilo da fonte não há, em regra, qualquer responsabilização no caso de revelação da identidade da fonte, o que coloca o informante em risco de contingências políticas e outros interesses em jogo; quando se fala do recebimento de notícias de ilegalidade pelos órgãos de persecução, é certo que há dever inerente de proteção do informante, cuja quebra da lealdade e boa-fé depositadas, com exposição inesperada, poderá ensejar responsabilização dos agentes públicos que lhe derem causa.

Além disso, é demais ressaltar, mais uma vez, que não há disposição constitucional ou legal expressa aplicável aos questionamentos enfrentados sobre a forma de recebimento de delações anônimas, estando a defesa de um ou outro posicionamento na esfera argumentativa.

Para resposta à problemática enfrentada, também é importante ressaltar que sempre existiram os canais para “denúncias” de ilegalidades, principalmente nas

polícias e órgãos de emergência, que geralmente é disponibilizado por via telefônica, o que não nos parece essencialmente diferente dos formulários eletrônicos hoje disponibilizados ao cidadão pelos mais diversos órgãos públicos, dentre os quais os Ministérios Públicos.

A propósito, não se tem conhecimento de nenhuma decisão judicial que rechace esses canais, impedindo que sejam utilizados, inclusive para delações anônimas, situação que nos parece aceita pelos costumes e prática desses órgãos.

Ademais, não nos parece razoável que se fale em um dever inescusável dos órgãos de persecução de identificar a todo custo a fonte, sob pena de negar atendimento, ou seja, de não receber as informações que se pretendam noticiar ou de negar diligências ou apurações dos fatos.

Por outro lado, não se poderia fazer uma análise compartimentada ou estanque das fases do procedimento investigatório do recebimento da delação e das diligências investigatórias que o seguem, sob pena de se chegar a conclusões equivocadas, ao desconsiderar determinadas premissas relevantes e que são inerentes às fases posteriores.

De acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, a própria forma como o órgão de persecução conduzirá as investigações a partir da delação apócrifa determinam, em tese, a admissibilidade dessa prática, o que parece-nos contraponto para a possibilidade do anonimato mesmo quando conhecida a identidade da fonte.

Noutras palavras, malgrado as reservas assaz sustentadas, é defensável essa última hipótese desde que não haja excessos na utilização das informações apócrifas pelos órgãos estatais, com a exposição indevida em fase investigatória ainda não submetida à publicidade ou com a utilização em prejuízo da ampla defesa e contraditório na fase judicial, devendo as informações estarem restritas apenas ao ato de dar início a investigações preliminares e informais, quando, após uma avaliação inicial, sejam dotadas de razoabilidade mínima e estiverem acompanhadas de informações ou documentos que as apresentem verossímeis.

Não é demais destacar que a compatibilização do recebimento de delações anônimas com outros direitos fundamentais já foi objeto de decisão do STF, que para compatibilizar a delação anônima com a proteção do investigado, definiu limites de

sua utilidade para investigações, restringindo seu âmbito de validade⁵⁶. Assim, não haveria que se falar em impedimento para delação anônima, por si mesma ou por qualquer meio de que se revestir, já que não haveria dano à honra e à imagem, visto que as consequentes medidas tomadas não se darão com base na delação mas em outros elementos que indicaram ou apontaram para a prática delitiva, assim como o Estado, tomadas as necessárias cautelas, atuará no estrito dever de apurar os fatos.

Desse posicionamento, ficam claras também as limitações investigatórias iniciadas a partir das delações anônimas, quando presente apenas a narrativa dos fatos, haja vista que, diferentemente do sigilo, não há identificação do autor da delação como base de sustentação das alegações, que poderia ser inquirido na fase investigatória ou judicial.

A propósito, sustentamos, segundo alguns doutrinadores, que a denúncia anônima, embora possa dar ensejo a eventuais investigações, não deve ser considerada como elemento de convicção no processo penal, ainda que considerada no conjunto probatório, até porque cuida de informações exclusivas da fase inquisitorial, que, obviamente, não poderão ser renovadas em juízo.

Desse modo, a influência da delação anônima na formação da *opinio delicti* deve ser questionada, da qual talvez pudesse constar apenas a menção, no relatório ou histórico da denúncia, sobre como a atividade estatal se iniciou, tão somente para que se possa verificar a regularidade das investigações.

Segundo lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵⁷:

No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na 'notitia criminis', uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente. Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. **Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricão, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da**

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95244, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, Dje-076 Divul. 29-04-2010 Public 30-04-2010. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 214-01 p. 441

⁵⁷ MARQUES, op. cit., p. 147.

abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido 'notitia criminis' inqualificada. (grifo nosso)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal também reconheceu, no julgamento do INQ 1957⁵⁸, Rel. Min. Carlos Velloso (DJU de 11.11.2005)⁵⁹, “*que abrir inquérito baseado em carta anônima é dar valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado e que a ordem jurídica define como desvalor*”.

No mesmo julgamento, ressaltou o Min. Celso de Mello que:

c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua “*opinio delicti*” com apoio **em outros elementos de convicção** que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, **como único fundamento** causal, documentos ou escritos anônimos.

Assim, defende o Ministro do STF a possibilidade de que a delação anônima, junto a outros elementos, possa influenciar na formação da “*opinio delicti*”, o que nos parece questionável.

Por outro lado, parece-nos um contrassenso que o Ministério Público recuse presencialmente determinada manifestação e oriente o cidadão a encaminhá-la pela via postal, isso porque os efeitos práticos seriam praticamente os mesmos.

Com efeito, não haverá distinção essencial entre aquela formulada por carta ou presencialmente, podendo tramitar ambas pelo mesmo procedimento próprio das investigações iniciadas a partir de delações anônimas, com as limitações investigativas e, posteriormente, probatórias, que lhe são inerentes. Essa é uma alternativa possível, entretanto questionável, vale repisar, à luz do posicionamento defendido no presente trabalho, de que o anonimato não se transveste em prerrogativa outorgada ao Ministério Público.

Do mesmo modo, a carta enviada fisicamente por meio postal não parece se distinguir, de forma relevante, de outros meios eletrônicos, como e-mail e formulários disponibilizado nos sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos, ainda que seja possível a identificação pelo número de IP do computador, o que poderia fragilizar o anonimato.

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1957. Relator(a): Min. CARLOS Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2005. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 196-01 p. 101

⁵⁹Assim, pode-se questionar se é efetivamente anônima a manifestação que, embora não identifique nominalmente a fonte, tem a identidade indubitavelmente conhecida pelo contexto em que foi formulada ou pelos elementos de informação que detém o órgão de persecução.

Ainda que não se possa afirmar a proibição por si mesma do anonimato pelos meios eletrônicos, entende-se também que não há dever de que seja prevista tal possibilidade, estando a definição dos canais pelos quais se receberá a notícia apócrifa na esfera da conveniência e oportunidade administrativas de cada Ministério Público, sopesados o crescimento e banalização dessa forma de delação, a eficiência, as condições de atendimento e a repercussão nas atividades da instituição.

Ainda, a posição da Ouvidoria do MPF, levada ao extremo, conduziria a que o cidadão não poderia sequer ser orientado a encaminhar, por qualquer meio, delações anônimas, ainda que não pudesse impedir que ele eventualmente encaminhasse correspondência, por indução ou inferência.

Por fim, é valor ético de que a ninguém é exigido ser herói, diante da inevitável exposição, caso sustentada apenas a possibilidade de sigilo legal, inclusive diante do receio de vazamentos. Decerto, não assegurada a total proteção, hoje disponibilizada pelo instrumento do anonimato, a contribuição para investigações por *whistleblowers* seria bastante reduzida em casos de ilegalidades de destacada gravidade e que, por vezes, não seriam sequer apuradas senão a partir dessa forma de delação.

8 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL E APERFEIÇOAMENTO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO WHISTLEBLOWER

Conforme sustentado nos capítulos 6 e 7, a prerrogativa constitucional do sigilo de fonte, prevista no art. 5º, XIV, da CR/1988, não se aplica ao Ministério Público, visto que inerente a determinadas profissões e está associada ao exercício do direito à liberdade de expressão de ideias e opiniões, e não propriamente ao ato ou direito de petição às autoridades públicas para apuração de ilegalidades, o que é o principal argumento da posição sustentada pela Ouvidoria do MPF.

Ademais, como visto, o recebimento de notícias apócrifas de ilegalidades é inevitável, por se tratar de circunstância de fato, isto é, quando se cuidará de informações nas quais efetivamente não se possa conhecer a autoria da fonte. As formas ou meios de recebimento desses tipos de manifestações, contudo, entendemos se situar no campo da discricionariedade e conveniência de cada órgão, seja por meio virtual, telefônico, postal ou qualquer outro, diante da inexistência de um direito subjetivo do cidadão de resguardo pelo anonimato. Conforme sustentado no presente trabalho, não se pode confundir o dever inerente de proteção do noticiante, que pode se dar por diversos meios, com suposto direito subjetivo ao anonimato.

Noutras palavras, à chamada “denúncia anônima” corresponde senão ao dever do Estado de apurar as ilegalidades de que tenha conhecimento, que impõe seu recebimento e instauração de investigações preliminares, quando dotada de razoabilidade mínima e informações ou documentos que a apresente verossímil.

Assim, é importante destacar que, considerando a própria natureza do anonimato como fato jurídico, este não poderia ser manejado pelo Ministério Público, para concedê-lo, quando solicitado, ou atribuí-lo, segundo as circunstâncias do caso. Ou seja, o anonimato não estaria, em princípio, à disposição do Ministério Público, como instituto de proteção da identidade de informantes.

Essa afirmativa é corroborada pelo próprio teor dos projetos de lei mais vanguardistas em tramitação no Congresso Nacional sobre matéria de proteção de informantes, representados pelo Projeto de Iniciativa Popular das “10 Medidas contra Corrupção” (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.850/2016) e pelo Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015, que dispõe sobre uma legislação *whistleblower* no Brasil, em complemento aos avanços já alcançados pela conhecida Lei Anticorrupção

– Lei nº 12.846/2013.

Nesses dois projetos de lei não se fala em anonimato, mas apenas em sigilo, mais ou menos graduado e com algumas distinções, que pode ser concedido ao informante pelo Ministério Público, o que demonstra que o instituto jurídico manuseável e concebido para proteção de sua identidade é o sigilo e nunca o anonimato.

Nessa linha de raciocínio, é possível se afirmar que uma subversão do anonimato como instituto de proteção da identidade de manifestantes pelo Ministério Público, tal qual retratado no presente trabalho, é resultado da ausência de uma legislação *whistleblower* e de outros instrumentos protetivos eficazes, inclusive de uma sabida desconfiança dos cidadãos na manutenção desse sigilo pelos órgãos de persecução, quer por limitações legais, quer por contingências que os exponham à avaliação de terceiros.

Nesse aspecto, verifica-se relevante divergência entre o PL da Câmara dos Deputados 4.850/2016 - 10 Medidas contra Corrupção, anterior Anteprojeto nº 4 – Sigilo da Fonte, e o mencionado PL do Senado nº 362. Enquanto no primeiro, a revelação da identidade dependerá da análise de membro do Ministério Público (art. 4º), no segundo, a avaliação da exposição ou não do informante dependerá de autorização expressa do informante ou quando a revelação se mostrar necessária em razão de interesse público (art. 2º, §1º).

De qualquer forma, embora o Projeto das 10 Medidas não mencione a autorização do informante como requisito para revelação de sua identidade, como já sustentado, entendemos que tal elemento é inerente ao dever de lealdade e boa-fé devido pelo Ministério Público àqueles não envolvidos na prática dos delitos, atos de improbidade administrativa ou outras ilegalidades, e que contribuem com informações relevantes para a atividade persecutória.

Aliás, esse imperativo se deve a princípio geral do direito, condensado no assaz mencionado aforismo jurídico do *venire contra factum proprium*, haja vista que na maioria dos casos não é informado ao cidadão, que deposita sua confiança no Ministério Público, ao noticiar eventuais ilegalidades, os limites ou a fragilidade da proteção de sua identidade, com riscos pessoal e muitas vezes também para seus familiares.

Assim, não se pode negar que o dever geral de proteção do informante já é existente no atual ordenamento jurídico, e deve ser considerado com peso maior em ponderação, inclusive quando possa comprometer o sucesso de eventual investigação ou condenação. Não poderia o sucesso de eventual persecução penal se dar às custas da exposição despreocupada de noticiante de boa-fé que legitimamente depositou sua confiança no Ministério Público, ao levar ao seu conhecimento fatos de extrema gravidade e, sem os quais, muitas vezes, sequer se teriam iniciado investigações.

Nesses casos, deve-se sempre ter em vista o sopesamento e ponderação entre o interesse público da persecução criminal, de um lado, e o dever geral de proteção dos informantes de boa-fé, de outro. Nesse exame, entendemos que, em regra, deve preponderar a proteção do informante de boa-fé, já que essa posição é a que efetivamente traduz maior contribuição dos cidadãos na atividade persecutória, tendo em vista o ideal de segurança de um ambiente que favoreça o fornecimento de tais informações relevantes ao Ministério Público.

Assim, mesmo sem disposição legal expressa no atual contexto legislativo, entende-se que é possível, nos casos em que a identidade do informante é conhecida pelo Ministério Público, que este opte por abrir mão, na fase judicial, do testemunho do informante, para preservar sua identidade, inclusive com prejuízo para persecução estatal. Aliás, pode se entender que está compreendido num dever geral de proteção do informante sua própria autorização expressa para que seja sua identidade revelada, assim como para que seja arrolado como testemunha em eventual processo judicial, como deferência à espontaneidade de sua contribuição.

Não nos parece aceitável que o informante de boa-fé esteja sujeito a contingências de exposição de sua identidade das quais não foi esclarecido no momento em que procurou o Ministério Público. O princípio da lealdade e boa-fé exigidas do Estado persecutor impõe que, ou se informe desde o início ao informante que sua identidade poderá ser revelada e em quais circunstâncias, para que possa ele próprio avaliar os riscos, o que inclusive deveria ser atestado expressamente; ou se exige sua autorização expressa para revelação de sua identidade, inclusive em eventual processo judicial, como dever a ser sempre observado. Não se concebe, repise-se, que aquele que de boa-fé pretende contribuir para o exercício da atividade persecutória caia em arapuca da desinformação e se veja em risco pessoal e de sua

família, coisificado ou martirizado a bem do interesse público da persecução.

Nesse sentido, consoante destaca Vladimir Aras⁶⁰, a diretriz 12 dos *Recommended draft principles for whistleblowing legislation*, divulgados pela Transparência Internacional recomenda que as leis domésticas contenham regras para proteção da identidade dos informantes e que sua revelação só ocorra com o seu consentimento: *Protection of identity – the law shall ensure that identity of the whistleblower may not be disclosed without the individual's consent and shall provide for anonymous disclosure.*

Na mesma esteira aparentam caminhar os Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.276/2016, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e que, em seu §1º do art. 4º, prescreve que os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na lei em debate são aplicáveis para as hipóteses de tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais. Vale destacar, no estreito espaço das conclusões deste trabalho, que referido PL estrutura princípios gerais que podem contribuir de forma bastante significativa para modificação da dinâmica e cultura do tratamento de dados pessoais no Brasil, como os princípios previstos no art. 6º e as demais disposições dos arts. 7º, art. 9º, §3º, 11, 21, 23, 31, 35 e 42 a 44⁶¹. Transparece com ênfase no texto do referido PL o princípio da boa-fé e da reparação dos danos eventualmente decorridos do tratamento de dados pessoais do cidadão. Sobre o mesmo assunto, também tramita no Senado o PL 330/2013⁶².

Acrescenta-se, ainda, que, conforme notícia oficial recentemente divulgada⁶³, o MPF apresentou sugestões ao PL nº 5.276/2016, dentre ela a mudança no art. 4º que trata da dimensão criminal da proteção. Segundo nota técnica apresentada pela Secretaria de Cooperação Internacional do MPF, o §4º do art. 4º cria uma exceção, segundo a nota técnica, quanto à aplicação da lei para questões de segurança pública.

⁶⁰ ARAS, op cit., p. 375.

⁶¹BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.276/2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

⁶²BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 330/2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

⁶³PGR envia nota técnica à Câmara quanto ao Projeto de Lei sobre dados pessoais. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-nota-tecnica-a-camara-quanto-ao-projeto-de-lei-sobre-dados-pessoais>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

Para a SCI, a limitação é desarrazoada, já que essas atividades interferem rotineiramente na vida dos cidadãos, devendo haver ponderação entre segurança pública e proteção de dados pessoais, como ocorre em alguns países europeus.

Entendemos que mencionados projetos de lei são relevantíssimos para a discussão da temática ora enfrentada, contudo, por tangenciarem a matéria de forma genérica e por se encontrarem em debates ainda não maduros no Congresso Nacional, assim como considerando os limites desta exposição, preferiu-se aqui breve referência, com o fim de destacar sua importância e registrar a atualidade do presente trabalho.

Contudo, ainda que se sustente essa alternativa de proteção, sob o fundamento da prevalência de um dever geral de proteção de informantes, da forma como previsto no PL nº 362/2015, é bom que esteja claro que a atual legislação não prevê a possibilidade de o Ministério Público exercer essas prerrogativas expressamente, com a oposição efetiva do sigilo do informante de boa-fé, assim como previstos nos mencionados diplomas normativos, ainda em fase de projeto no Congresso Nacional, o que se desenvolverá no campo da construção argumentativa e com inegável insegurança na divergência de práticas e entendimentos jurisprudenciais. Por outro lado, também não se desconhece dificuldades na interpretação da matéria diante dos estritos limites do princípio da legalidade que regem a limitação do poder persecutório e punitivo estatal.

Dessa forma, referida legislação vem em boa hora e é mais que bem-vinda no esforço atual de criar um ambiente adequado e seguro para proteção de informantes pelo Ministério Público, em contraponto com a ineficiência da legislação em vigor. Assim, a aprovação dos mencionados Projetos de Lei merecem maior atenção pelo Ministério Público nacional, ENCCLA, e Organizações Sociais e outras entidades envolvidas no Combate à Corrupção como prioritário dentre projetos em trâmite no Congresso Nacional.

Ainda, voltando ao PL nº 362/2015, entendemos que é mais adequado e consentâneo com o já mencionado dever de proteção do informante pelo Ministério Público e demais órgãos de persecução. Além disso, pela pertinência dos dois Projetos de Lei, é recomendável que tramitem conjuntamente, por serem complementares e pretenderem regulamentar aspectos da proteção de informantes relacionados à Lei Anticorrupção.

Vale apenas uma ressalva, de que o mencionado PL circunscreve sua aplicação apenas aos “trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho”. Aqui, entendemos que deve ser ajustada a sua abrangência, para abarcar todo e qualquer delito e proteger inclusive terceiros que não possuem vínculo de trabalho. Não obstante tal legislação haja sido pensada num contexto geral de inovações legislativas que preveem um Sistema de Integridade Empresarial e eficiência na aplicação da Lei Anticorrupção, parece-nos inadequado que circunscreva apenas trabalhadores, excluindo outros, terceiros desinteressados, e que possam contribuir para investigações, ou, mesmo, que tal proteção não esteja presente para delitos também de considerável gravidade e que envolvam organizações criminosas alheias às práticas empresariais ou administrativas.

De qualquer forma, referidos Projetos de Lei apresentam avanços significativos ao contexto atual, em que ainda se dá espaço para entendimentos jurídicos que fragilizem a proteção, inclusive diante do dever de informação de todos os elementos investigatórios na fase judicial, sobretudo aqueles que tenham alguma relevância para defesa. Em qualquer caso, deve-se ressaltar que, prevalecendo o dever de proteção do informante, inevitavelmente haverá implicações para as informações por ele fornecidas num contexto probatório, considerando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

CONCLUSÃO

De acordo com as posições das Ouvidorias dos Ministérios Públicos e dos Conselhos do Ministério Público e de Justiça, expostas inicialmente, demonstrou-se que o recebimento de notícias apócrifas não é matéria pacífica, encontrando-se procedimentos distintos: quer não informando qualquer via ou informação para esse tipo de manifestação; quer para inadmitir de plano esse tipo denúncia em seus regulamentos internos; quer outros, para admiti-las por determinados meios, inclusive por formulário eletrônico, e até presencialmente.

A discussão apresentada aponta para necessidade de uma posição institucional no MPF sobre os limites do recebimento de tais informes anônimos, que uniformize e regule o procedimento, pelo Conselho Superior do MPF, ou mesmo, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com maior abrangência, para que se possa definir, com segurança, os parâmetros de atuação dos membros do MPF e os limites da proteção da identidade de *whistleblowers* e informantes, que poderão variar conforme seja adotada uma ou outra das posições abordadas.

Independentemente da posição que seja adotada, é importante que esteja bastante claro aos cidadãos os riscos de sua exposição e os limites de proteção de sua identidade pelo Ministério Público, como dever inerente de lealdade e boa-fé da instituição com seus colaboradores eventuais, sob pena de quebra da confiança depositada e de responsabilização do Estado pela existência de atos contraditórios, consubstanciados na vedação do *venire contra factum proprium*.

Ainda, do quanto se expôs no presente trabalho, é possível se verificar a gradação da proteção compreendida nas figuras do sigilo, isto é, quando conhecida a identidade do manifestante, e na do anonimato. Numa gradação, das figuras de maior proteção da identidade do manifestante para as de menor, poderíamos escalonar: anonimato (máxima proteção, embora questionável sob certos aspectos, conforme sustentado no presente trabalho); sigilo segundo o critério da opção ou voluntariedade do informante (risco de vazamento); sigilo a critério do Ministério Público (10 Medidas, PL 4.850/2016 – contingência de análise por terceiro, Estado-Juiz e Ministério Público); sigilo da fonte constitucional (art. 5º, XIV, da CR/88 – ausência de um dever de proteção da identidade e submissão do informante a contingências políticas ou pessoais de terceiro detentor da prerrogativa); e sigilo simples ou comum (atualmente

previsto na legislação processual, em que se prevê a possibilidade de manutenção do sigilo na fase investigatória a bem das investigações, Súmula Vinculante 14 do STF, contudo com o dever de informação de todos os elementos na fase judicial e a ineficiência dos atuais programas de proteção a vítimas e testemunhas).

Como visto, o recebimento das denúncias anônimas, não apenas as formas de recebimento, como também a extensão do conceito de anonimato e os limites da validade e eficácia das informações anônimas para fins investigatórios e processuais penais está a merecer maiores discussões e tratamento mais detido por parte do legislador, do Congresso Nacional e dos órgãos administrativos com poder normativo nos Ministérios Públicos, da doutrina e da jurisprudência.

Ainda, foi apontado que a posição da Ouvidoria do MPF apresenta repercussões relevantes, principalmente sob o aspecto da proteção do *whistleblower*, que não nos parece alinhar-se às estratégias de proteção dos informantes em geral, objetivada na Ação nº 4 das Ações de 2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA⁶⁴, de elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo aos denunciadores e *whistleblowers*.

Não se pode negar que restringir o âmbito de proteção apenas ao sigilo simples apresenta implicações delicadas no resguardo dos delatores, que, caso optassem pela proteção sob o manto de profissionais que detêm a prerrogativa constitucional do sigilo da fonte, como parlamentares e jornalistas, estariam sujeitos a contingências de interesses políticos, midiático, pessoais e outros, mais ou menos escusos, em jogo. Além disso, o sigilo simples assegurado pelo Ministério Público, como ressaltado, poderá ou deverá ser revelado na fase judicial, inclusive eventualmente para fins de inquirição do noticiante como testemunha, com inegável implicação para proteção de sua identidade. Ademais, é sabida a deficiência dos chamados PROVITA, por fatores que não cabem no presente trabalho, embora se reconheça seu esforço e trabalho contínuo na proteção adequada a testemunhas e vítimas incluídas em seus programas.

É certo que, nesse aspecto, o Anteprojeto de Iniciativa Popular das 10 Medidas

⁶⁴Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, 13. Eixo Detecção e Punição: ação nº 4 das ações de 2016. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

contra a Corrupção, no item 4 - Sigilo da Fonte, traz louvável avanço, inclusive com especial atenção na preservação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo o Ministério Público resguardar a todo custo a identidade do informante confidencial, ainda que para tanto tenha que desistir de suas declarações como prova na fase judicial. Ainda, vale destacar que, na redação do Anteprojeto, hoje PL 4.850/2016, dá-se a entender que tal avaliação estará a cargo do Ministério Público e não do próprio delator.

Assim, mesmo com avanços, persistirá alguma fragilidade ou exposição da identidade do delator, diferentemente da situação do anonimato, que assegura a máxima proteção possível à identidade do delator, isso sabido que boa parte dos cidadãos não contribuiriam para as investigações senão quando permanecessem anônimos.

Por essas razões, mesmo que com as evoluções da mencionada proposta legislativa e maior liberdade de proteção pelo Ministério Público, pode se concluir que o percurso do anonimato provavelmente continuará a ser trilhado, devendo receber as atenções compatíveis com a sua importância no cenário de atuação dos órgãos de persecução.

Ainda, acena como alternativa a definição de conceito jurídico mais dilargado do instituto do anonimato, com as reservas e discordância apresentada no presente trabalho, para abranger também situações de simples opção pelo delator, segundo um critério da voluntariedade, mesmo quando conhecida, ou deliberadamente ignorada, sua identidade pelo órgão do Ministério Público. Isso em razão do valor da proteção dos delatores de boa-fé, da ausência de um dever expresso de registro de sua identidade – como informa o costume da prática dos órgãos de persecução –, das restrições investigatórias e probatórias próprias de notícia inqualificada, em eventual fase judicial, assim como o procedimento definido pelo STF para tais hipóteses, em regra sigiloso e sob cautelas redobradas, o que fundamentaria a própria admissibilidade das informações anônimas, sem que se pudesse sustentar prejuízos não toleráveis para o alvo das delações, confrontados com o interesse público na eficiência da persecução estatal.

Nesse sentido, o próprio procedimento investigatório dito informal e prévio afastaria alegações de violação à honra e à imagem, ou mesmo de fragilidades para ampla defesa e contraditório, tendo em vista a limitação da validade das informações

apócrifas, sobretudo na fase judicial.

Daí porque a análise compartimentada da fase do recebimento e a das investigações que a seguem, conforme assentado pela Ouvidoria do MPF, não permite seja o procedimento posterior considerado como justificador do procedimento de recebimento de delações anônimas, ainda que registradas presencialmente, ou seja, concedidas por mero pedido e deferência ao delator, isso diante de parâmetros de sopesamento e razoabilidade já definidos pelo STF, que também merecem ser considerados.

Espera-se que a discussão sobre a temática, bem como as conclusões aqui apresentadas, despertem maior atenção para sua importância nos foros adequados e contribuam para seu melhor enfrentamento, com ganhos para a eficiência da atividade persecutória do Estado, por meio da irreversível e republicana diretriz do controle social, representado, por uma de suas formas mais legítimas pela categoria do *whistleblower*, sem se descuidar da necessária proteção dos direitos fundamentais de todos os envolvidos, informantes, vítimas e eventuais investigados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADES, Alex Leon. **Iniciativa apócrifa**: denúncia anônima deve ser tratada com cautela. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/denuncia-anonima-tratada-extrema-cautela-policia>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Vilvana Damiani (Coord.). **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. 430 p.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 jul. 2016.

_____. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.276, de 2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 330, de 2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 362, de 2015**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/atividade/materiais/-/material/121791>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Conselho Superior. **Resolução nº 87, de 3 de agosto de 2006**. Disponível em: <csmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/.../resol_87_%20ago_2006.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010**. Disponível em: <csmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes>. Acesso em :25 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 20, de 18 de dezembro de 2013**. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20131219.pdf>>. Acesso em: 21/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95244, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, Dje-076 Divul. 29-04-2010 Public 30-04-2010. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 214-01 p. 441

_____. Inquérito 1957. Relator(a): Min. CARLOS Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2005. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 196-01 p. 101

_____. **Reclamação 21504 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, Processo Eletrônico DJ-e 249 Divulg 10-12-2015 Public 11-

12-2015.

_____. **Resolução nº 361, de 21 de maio de 2008.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUÇÃO361-2008.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 532-533.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 103, de 24 de fevereiro de 2010.** Disponível em: <http://cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_103.pdf>. Acesso em: 21/05/2016.

CONSELHO NACIONAL DE OUVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 1, de 26 de novembro de 2006.** Disponível em: <<http://www.cnomp.com.br/legislacao/1/resolucoes>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007.** Disponível em: <http://www.cnpm.gov.br/portal_legado/resolucoes/2814-resolucao-23>. Acesso em: 25 jul. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal:** tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008.

DICIONÁRIO Aurélio Online. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

FERNANDES, Ulisses Jacoby. STF cria Ouvidoria para cidadão e limita denúncia anônima. **O Pregoeiro**, p. 15-16, jan. 2012.

_____. Tomada de contas especial. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 51 *apud* MELLO FILHO, José Celso. O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: espaço de construção de uma jurisprudência das liberdades. In: **A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.** Edição Comemorativa. Brasília: STF, 2013. p. 50-54.

FERREIRA, Hélio Rios. O princípio constitucional que veda o anonimato e sua aplicação em sindicância e processos administrativos. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 8, n. 86, p. 83-90, fev. 2013.

GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioria penal e a ética da responsabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 62, p. 573, 2008.

INSTITUTO Federal de Acceso a la Información Pública. Taller: transparencia y acceso a la información de las organizaciones civiles. Disponível em: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/Folleto_Taller-Acceso_Org-Civiles21.pdf>. Acesso em: 2 set. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000. v. I/147, item n. 71.

OLIVEIRA, J. M. F. **A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão, 175). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 maio 2015.

OUVIDORIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). **Instrução normativa conjunta nº 1, de 24 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-crg-ogu-01-2014.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

REUNIÃO PLENÁRIA DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO, 13. Eixo Detecção e Punição: ação nº 4 das ações de 2016. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes>>. Acesso em: 21 mar. 2016.