

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Mateus Vaz e Greco

**O WHISTLEBLOWER:
Os contornos do instituto a partir da Lei nº 13.964/19**

Belo Horizonte

2021

Mateus Vaz e Greco

**O WHISTLEBLOWER:
Os contornos do instituto a partir da Lei nº 13.964/19**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Viana Pereira

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Greco, Mateus Vaz e
G791w O *Whistleblower*: os contornos do instituto a partir da Lei nº 13.964/19 /
Mateus Vaz e Greco. Belo Horizonte, 2021.
112 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. 2. Beck, Ulrich, 1944-2015. 3. Denúncia. 4. Risco (Economia). 5. Compliance. 6. Direito penal econômico. 7. Corrupção. 8. Lavagem de dinheiro. 9. Responsabilidade penal. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.5

Mateus Vaz e Greco

**O WHISTLEBLOWER:
Os contornos do instituto a partir da Lei nº 13.964/19**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Orientador)

Prof. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas

Prof. Luciano Santos Lopes - FMC

Profa. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues

Belo Horizonte, 22 de outubro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Concentro meus agradecimentos na figura de algumas pessoas, para cada uma delas, por uma razão diferente.

Ao meu irmão, Vinícius, a quem eu mais devo esta conquista, que foi quem me apresentou ao mundo do Direito, à minha profissão, e que forneceu o apoio essencial para que eu pudesse desenvolver minha pesquisa.

À minha mãe, Verônica, que me guiou, desde muito cedo, pelo caminho da leitura e dos estudos, e, me mostrou a importância que um professor exerce na vida de um aluno.

À professora, e que hoje posso chamar de amiga, Daniela Bonaccorsi, que, mais que meu primeiro contato com o Direito Penal, foi a primeira mão que me foi estendida no mundo acadêmico. Com a humildade necessária a todo educador, foi e continua sendo um grande exemplo profissional.

À professora, e amiga, Jamilla Sarkis, pois sem seus conselhos este caminho teria sido muito mais tortuoso.

Agradeço também aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial o Professor Doutor Henrique Viana Pereira, pelas aulas, pela orientação e pelo apoio neste caminho.

Aos colegas do programa, principalmente aos que hoje posso chamar de amigos, e aos demais que colaboraram, de alguma forma, para o desenvolvimento desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do instituto do *Whistleblower*, a partir dos contornos delineados na Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019, pelo legislador brasileiro. O *Whistleblower*, em uma tradução literal, significaria “aquele quem assopra o apito”, mas, inserido no contexto jurídico, no qual se concentra esta pesquisa, diz respeito ao denunciante de determinada prática ilícita, criminosa, ou ainda irregular, que tenha ocorrido no interior de uma instituição, seja ela pública ou privada. Para as críticas que se pretendeu realizar nesta pesquisa, partiu-se da construção dos devidos panos de fundo, passando, fundamentalmente, pela teoria de Ulrich Beck, a Sociedade do Risco, como forma de apresentar o conceito de risco, conceito este muito utilizado durante esta pesquisa. Também, procurou-se, mediante ampla revisão bibliográfica, nacional e internacional, tecer análises e considerações a respeito do *Compliance*, campo a qual o *Whistleblower* se insere, e os pilares que o compõem, trazendo, através da obra de Walker Jr., um histórico evolutivo do instituto e temáticas que o circundam. Após, e já adentrando a análise do tema da pesquisa, tomando Ragués i Vallés como marco teórico desta pesquisa, buscou-se analisar o *Whistleblower*, mediante revisão bibliográfica a respeito do assunto, sendo analisadas não só suas próprias características, mas temáticas que o orbitam, como sua interação com outras figuras jurídicas, e analisando-se a interação do denunciante nos casos em que ocorre a intervenção penal. Sustentado o pano de fundo, e expostas as configurações do instituto analisado, partiu-se para o enfrentamento central desta pesquisa, qual seja, a análise do *Whistleblower* a partir do que foi posto pelo legislador na Lei nº 13.964/19. Neste ponto, foram apontadas diversas críticas quanto a forma como a norma foi posta pelo legislador brasileiro, mas, procurou-se centralizar, como maior problemática a ser enfrentada, a indefinição da figura do *Whistleblower* no Brasil, e os riscos inerentes a não determinação do seu escopo de legitimidade.

Palavras-chave: Whistleblower, Whistleblowing, Compliance, Direito Penal, Denúncia.

ABSTRACT

The objective of this research is to study the Whistleblower institute, through what has been treated, in Act.13.964/19, by the Brazilian legislator on December 24 of 2019. The meaning of Whistleblower, in a literal translation, would be, “the one who blows”, but in this research context, would refer to those who report illicit, irregular or criminal behaviors that have occurred inside a determined institution, private or public. In this analysis, the critics were made based on Ulrich Beck. The author, with his piece *A Sociedade do Risco*, offers the necessary background for this research. Through his work, the risk concept was presented, and this was a concept that was used several times in this dissertation. Also, this work has searched, through bibliographic review, national and international, to expose the concepts and considerations about Compliance, the field that Whistleblowers are into. Making use of Walker Jr. constructions, this research has sought to build an historic and evolutionary analysis of Compliance subject, and other subjects that surround the Compliance theme. After that, and getting into the research them, taking Ragués i Vallés as theoretical framework, intended to analyse the Whistleblower institute, through bibliographic review, observing not just the institute, but other subjects that surround her, as the Whistleblower interaction with the penal intervention, and comparing the Whistleblower institute with other characters, like the pretrial informer. After the backdrop has already been built, the central theme of this research was faced: the Whistleblower analysis through what has been treated, in Act.13.964/19, by the Brazilian legislator. In this point, a bunch of critic notes were pointed out, but, was tried to centralize, as a problem to be faced by the research, the indefiniteness of the Whistleblower figure in Brazil, and the risks that your indetermination, and your lack of scope, may bring to our juridical context,

Keywords: Whistleblower, Whistleblowing, Compliance, Criminal Law, Complaint.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AML	Anti Money Laundering
DOJ	Department of Justice
KYC	Know Your Customer
PLD	Prevenção à Lavagem de Dinheiro
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
SEC	Security Exchange Commission

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	A SOCIEDADE DO RISCO – A TEORIA DE ULRICH BECK	21
2.1	Direito Penal e a Sociedade do Risco	25
2.2	Direito Penal Econômico e a Cultura do <i>Compliance</i>	28
3	COMPLIANCE: CONCEITOS	33
3.1	<i>Compliance</i> : Contextualização Histórica	35
3.2	Os Pilares de um programa de <i>Compliance</i>	38
3.3	Autorregulação Regulada – <i>Enforced Self Regulation</i>	40
3.4	<i>Compliance</i> no Setor Público.....	42
3.5	<i>Criminal Compliance</i>	44
3.6	Prevenção a Lavagem de Dinheiro e Combate à Corrupção.....	47
3.7	Sistemas de Denúncia e o <i>Whistleblower</i>	52
4	WHISTLEBLOWER: CONCEITO E BREVE EXPOSIÇÃO	55
4.1	<i>Whistleblowing</i> interno e externo.....	57
4.2	Quem “assopra o apito”? A Definição da Figura Jurídica.	61
4.3	Dever de Denúncia.....	62
4.4	A omissão no Ordenamento Espanhol e Brasileiro	63
4.5	A figura do <i>Whistleblower</i> : O Estado da Arte	64
4.6	O Direito Penal Premial: O Delator e o <i>Whistleblower</i>	69
4.7	<i>Whistleblowing</i> como ferramenta de importância à Persecução Penal Empresarial.....	74
4.8	O fator Recompensa.....	77
4.9	Medidas de Proteção a Retaliação.....	80
4.10	Análise dos contornos de Responsabilização Penal do <i>Whistleblower</i>	85
5	ANÁLISE DO INSTITUTO A PARTIR DA LEI Nº 13.964/19	91
5.1	Art. 4º-A: A incerteza quanto a (in)definição do conceito de <i>Whistleblower</i>	91
5.2	Art.4º-B: A contrariedade quanto à preservação da identidade do <i>Whistleblower</i>	94
5.3	Art. 4º-C: Da Proteção e da Recompensa	95
5.4	Crítica Conclusiva.....	97
6	CONCLUSÃO	101

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pretexto o estudo do instituto do *Whistleblower*, que, em tradução literal para o português brasileiro, encontraria significado próximo de “aquele que assopra o apito”. A tradução literal passa a fazer algum sentido quando se interpreta o “assoprar o apito” como denunciar, alertar ou avisar a prática de determinada atividade tida como ilícita, irregular ou até mesmo criminosa.

Analisar o *Whistleblower*, bem como as temáticas que o orbitam, mostra-se como um exercício necessário na atualidade, tendo em vista que a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida por Pacote Anticrime, legislação que teve como objetivo o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, é recente no cenário jurídico-legislativo, sendo que muitos dos seus reflexos e efeitos ainda sequer foram percebidos.

O trabalho se propõe, principalmente, a analisar o instituto e suas temáticas correlatas, trazendo referências doutrinárias consolidadas sob o assunto, em sua maioria internacionais, para, após, estabelecer reflexões críticas à forma pela qual o legislador, por meio da Lei nº 13.964/19, trouxe o *Whistleblower* ao ordenamento brasileiro.

Salienta-se que as críticas tecidas nesta dissertação se dão sob o contexto de um Direito Penal comprometido com as garantias constitucionais e direitos fundamentais, edificado em um panorama de Estado Democrático de Direito, em consonância com a linha programática à qual pertence. O estudo não pretende o esgotamento da temática, o que sequer seria possível, mas em última instância, um convite à reflexão a respeito de um instituto jurídico recente e, portanto, ainda pouco estudado.

Para tal, faz-se necessária a composição de um pano de fundo, demonstrando em que contexto o *Whistleblower* se insere, para que, após, sejam tecidas as análises e críticas.

O crescente desenvolvimento econômico e tecnológico percebido desde a modernidade vem contribuindo para o surgimento de instituições, sejam elas públicas ou privadas, com complexidades cada vez mais destacadas e específicas. Uma instituição, para atingir seus objetivos necessita organizar uma governança corporativa, compor sua cultura interna, criar processos para suas atividades, contratar pessoal, interagir com o Estado, interagir com parceiros, além de diversos outros manejos que demonstram que, interagir no cenário socioeconômico atual já não significa o mesmo que há algumas décadas.

Toda esta rápida evolução tecnológica vivenciada nas últimas décadas contribuiu para aumentar a complexidade das instituições, afinal, teve como reflexo o surgimento de novos riscos, sejam eles sociais, econômicos, ambientais, ou ainda outros aqui não especificados.

Toda atividade humana vem acompanhada de um risco, e para tal, as instituições assumiram mais um dever: o de mitigar o risco.

O risco é inerente à atividade humana, como dito, e isso se torna claro quando partimos de um exemplo trivial como atravessar a rua, afinal existe a probabilidade de que nesta travessia o pedestre sofra um acidente. Ao estressar a problemática até o outro nível, pode-se chegar a outro exemplo, referente ao risco ao qual uma multinacional se expõe ao operar em uma determinada região marcada por trabalho escravo. O risco irá existir.

A atividade empresarial trouxe, por óbvio, consequências benéficas, mas em contrapartida inaugurou uma série de riscos até então desconhecidos, apresentando à população um sentimento de insegurança social antes não percebido, o que será amplamente explorado quando da análise da obra de Ulrich Beck (2011).

Dentre este catálogo de riscos, um dos riscos inseridos é o da prática de ilícitos, sejam eles criminosos ou não, ser desenvolvida dentro de instituições, públicas ou privadas. É neste contexto que a existência de programas de *Compliance* se justifica, e, mais especificamente ainda, a necessidade de institutos como o do *Whistleblower*.

Como forma de mitigação e prevenção do risco de exposição ao ilícito, o fomento a uma cultura de denúncia, seja pelo oferecimento de proteção ou recompensa, fez com o *whistleblowing* se tornasse uma ferramenta interessante ao Estado.

O presente trabalho encontra-se inserido neste contexto.

No primeiro capítulo deste estudo pretendeu-se abordar a globalização, como fenômeno econômico-mundial, sob a teoria de Beck, por meio de sua obra *Sociedade do Risco*. Procurou-se expor, neste capítulo inicial, os efeitos de causa e consequência existentes entre o progresso tecnológico e científico e o surgimento de novos riscos, além de, como se percebe, um avanço mais intenso desta exposição ao risco na sociedade pós-industrial.

Passando a análise para o ambiente corporativo – e então se deparando com o contexto de organizações mundiais, instituições supranacionais, zonas de livre comércio, blocos comerciais, dentre outros arranjos possíveis – percebe-se, mais claramente ainda, que a produção social de riqueza veio acompanhada, sistematicamente, da produção de riscos.

Através da teoria de Beck, pretendeu-se analisar exemplos práticos para melhor compreensão do fenômeno de criação de riscos, de como o progresso, por vezes, atua como uma faca de dois gumes, e a medida que a riqueza é gerada, pelo desenvolvimento, percebem-se outros efeitos colaterais, e assim continuamente, quase que em atividade cíclica.

Após a exposição do conceito amplo de risco, partiu-se para uma análise focada na interação existente entre a teoria da Sociedade do Risco e o Direito Penal, em como a velocidade dos processos interagiu no contexto da criminalidade, sobretudo da criminalidade econômica.

Procurou-se expor no presente estudo, com auxílio de Bonaccorsi (2011) para interpretação da teoria de Beck, que, a partir do momento em que o Direito Penal passou a ser tido como uma possível solução para problemáticas bem maiores que seu próprio escopo de atuação, deu-se lugar a fenômenos como da inflação penal. Fenômenos estes que correm na contramão dos objetivos basilares do Estado Democrático de Direito.

Da expansão penal, muitas das vezes indevida e descabida, avança-se, já no segundo capítulo, para uma análise da Cultura do *Compliance*, da necessidade de controle de riscos e criação de mecanismos que antecedam transtornos que possam vir a ser gerados, a instituição, pela complexidade de sua atividade.

Assim, partindo da noção de atividade preventiva, no Segundo Capítulo são tecidas considerações a respeito de *Compliance*, trazendo conceitos do assunto expostos por autores como Saad Diniz e Silveira (2015), Planas (2018), Pereira (2020), e, principalmente, Walker (2020), que proporcionam a contextualização histórica do tema.

A partir da perspectiva histórica foram analisados os pilares principais de um programa de *Compliance*, foram expostas noções sobre Autorregulação Regulada, a interação do *Compliance* no setor público, para, ao fim, adentrar, com maior detalhamento, na temática afeta ao *Criminal Compliance* e suas repercussões.

Neste ponto do estudo, houve dedicação a assuntos próprios de Direito Penal, como a responsabilização criminal daqueles inseridos dentro de uma organização, passando, por óbvio pela figura do *Compliance Officer*, mas também analisando-se atividades relativas à prevenção à Lavagem de Dinheiro (PLD ou AML – *Anti Money Laundering*), mecanismo de importância no mundo corporativo atual. Já apresentada a temática do *Compliance*, com foco em *Criminal Compliance*, procurou-se apresentar, inserto no contexto dos Sistemas de Denúncia, um dos pilares de um programa de *Compliance*, a figura do *Whistleblower*.

Como exposto, e ao longo do trabalho será pormenorizado, *Whistleblower* é um denunciante, porém não um denunciante qualquer, e sim um informante privilegiado, um *insider*, e que, por deter informação qualificada, é por ela recompensado. Esta é a lógica básica da ferramenta do *whistleblowing*, entretanto, no detalhe, trata-se de um instituto com muitas particularidades e problemáticas que o rodeiam.

Assim, no terceiro capítulo, partiu-se para o enfrentamento principal do presente estudo, a análise do instituto.

Foram trazidos conceitos por diversos autores, mas, foi eleito como marco teórico para a condução dos estudos Ragués i Vallés (2013), pela completude, e ineditismo, da sua obra, dedicada exclusivamente ao tema.

Nesta terceira parte foram introduzidos conceitos próprios ao instituto, como de internalidade e externalidade, procurou-se definir a figura jurídica, distinguindo-a dos demais sujeitos denunciadores, como, por exemplo, a do Delator, no contexto da Delação Premiada.

Também, propôs-se o trabalho à análise de determinada parcela de sujeitos que, possuindo dever de denúncia, estariam impedidos de atuarem como *Whistleblowers*, bem como foram analisados os conceitos de omissão destas denúncias, tanto no ordenamento espanhol quanto no brasileiro.

Foram destrinchadas as temáticas da recompensa e da proteção que são oferecidas ao *Whistleblower*, e questões a ela correlatas, bem como críticas expostas por doutrinadores, em sua grande parte internacionais. Dedicou-se também um tópico em específico para análise do instituto como instrumento de importância a persecução penal, assunto já antecipado nos capítulos anteriores.

No final do terceiro capítulo foram analisados os contornos da responsabilização penal do próprio *Whistleblower*, atentando-se para as situações de conflito existentes no caso em que o próprio denunciante atue de maneira dolosa, reportando fato criminoso sabidamente falso, e que, nessas hipóteses, sua conduta venha a se inserir em delitos como os tipificados nos arts. 339 e 340 do Código Penal.

Assim, delineados os contornos do instituto, parte-se para o quarto e último capítulo, dedicado à análise do *Whistleblower*, sob o que foi delineado pelo legislador brasileiro na Lei nº 13.964/19.

Nesta parte final procurou-se, a partir dos conceitos estabelecidos pela ampla base bibliográfica, nacional e internacional, apresentada, tecer observações e críticas à forma como o instituto foi desenhado pelo legislador brasileiro, apresentando as fraquezas identificadas.

Com as críticas propostas, procurou-se cumprir o proposto pelo presente trabalho, a análise do instituto e sua perspectiva a partir da legislação brasileira, sem qualquer compromisso com o esgotamento do tema, mas sim com um convite às novas críticas, ponderações e maiores aprofundamentos, para que o instituto do *Whistleblower* não caia em desuso ou seja desoxigenado, que, em vez disso, cumpra os objetivos propostos, sob a matriz de um Direito Penal Garantidor e em respeito aos pilares fundantes do Estado Democrático de Direito.

2 A SOCIEDADE DO RISCO – A TEORIA DE ULRICH BECK

A globalização, fenômeno mundial do modelo econômico capitalista, trouxe efeitos não só geográficos, percebidos pela facilitação nos transportes e comunicação, tampouco exclusivamente culturais, no que tange à migração e miscigenação de povos, mas também econômicos, políticos e sociais.

A evolução tecnológica e o processo de globalização criaram condições de atividades humanas impensáveis quando do início do século XX. Os conceitos de localização e de delimitação territorial foram ressignificados, bem como, semanticamente, Estado, povo e território sofreram transformações definitivas, como salienta Bonaccorsi: “Ao invés de um Estado Nacional, passa a se falar de organizações internacionais, como o Banco Mundial, Fundo Monetário Nacional e grandes grupos econômicos.” (BONACCORSI, D., 2013, p. 8).

Com o progresso tecnológico percebido na sociedade pós-industrial, as economias nacionais, antes pensadas em um contexto de Estado Soberano, passaram a interagir entre si por meio de um fluxo muito mais intenso. Criou-se um ambiente de negócios internacionais, um mercado globalizado, passou-se a pensar em fluxo de câmbio, organizações de controle supranacionais, acordos de livre comércio, zonas de fluxo livre, entre outros institutos que marcam este avanço do mundo globalizado.¹

Entretanto, por mais que se percebam avanços, em termos tecnológicos e até mesmo de velocidade de processos, estes trouxeram consigo consequências adversas, dentre elas: a incapacidade dos Estados, antes idealizados isoladamente, em administrar, pelas fórmulas tradicionais, os efeitos do próprio fenômeno globalizatório. (GARCIA, 2005, p. 77).

É neste cenário que se é apresentada a teoria do sociólogo alemão Ulrich Beck. No que chamou de modernidade tardia, ou pós-modernidade,² a produção social de riqueza era acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. À medida que as forças produtivas humanas avançam, a reboque, são desencadeados riscos e potenciais de auto ameaça. (BECK, 2011, p. 23).

¹ Houve a criação de inúmeros organismos, como a OMC (World Trade Organization) e a UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), além de organizações como o G-8 (Group of Seven and Russia), G-20 e a ONU. (BONACCORSI, 2013, p. 16).

² O tema deste livro é o discreto prefixo “pós”. Ele é a palavra-chave de nossa época. Tudo é “pós”. O “pós-industrialismo” já nos acostumamos há algum tempo. Ainda lhe associamos alguns conteúdos. Com a “pós-modernidade”, tudo já começa a ficar mais nebuloso. Na penumbra conceitual do pós-esclarecimento, todos os gatos são pardos. “Pós” é a senha para desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido. Passado mais “pós” – essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos. (BECK, 2011, p. 11).

Beck (2011) percebe uma mudança lógica entre distribuição de riqueza na sociedade da escassez, para distribuição de riscos na modernidade tardia, relacionando esta passagem a duas condições: a redução da autêntica carência material e o crescimento de riscos em uma velocidade exponencialmente desconhecida. Neste sentido: “Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também é sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico.” (BECK, 2011, p. 24).

A pós-modernidade assim deixa de enfrentar, ao menos parcialmente, os problemas considerados materiais, e passa a enfrentar os transtornos causados pelo seu próprio processo de desenvolvimento: risco.

Braga conceitua “risco” como: “poder-se-ia defini-lo como perigo mais ou menos previsível. Ou seja, perigo, um conceito sempre associado a risco.” (BRAGA, 2005, p. 156).

Portanto, é possível a associação de risco a perigo, ou seja, a uma probabilidade de concretização de uma conjuntura prejudicial. Fala-se assim em risco em amplo espectro, BECK (2011) salienta que os riscos, apesar de percebidos amplamente numa sociedade pós-moderna, não são uma invenção moderna, exemplificando que Colombo, quando saiu em expedição marítima, assumiu diversos riscos. Entretanto, o sociólogo ressalta:

Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da Terra. (BECK, 2011, p. 25).

Na atualidade, é natural a associação direta a risco de mercado, como a probabilidade de desvalorização de um determinado ativo ou que se faça referência a um investimento de “alto risco”. Todavia, quando Beck (2011) expõe sua teoria, o sociológico o apresenta como um conceito elástico, risco *sui generis*, prova disso são os exemplos dados logo no início de sua obra.

O sociólogo expõe que nos Estados de Bem-Estar, com o desenvolvimento da indústria alimentar, os altos níveis alcançados em uma escala de produção e a evolução dos defensivos agrícolas, a fome, em parcela significativa do Ocidente, deixou de ser um problema. Todavia, a luta “pelo pão de cada dia” deu lugar a novos problemas, como o excesso de peso e a obesidade. O combate à miséria gritante trouxe seus efeitos colaterais. (BECK, 2011, p. 25).

O risco, portanto, não se resume somente ao campo econômico-financeiro, expande-se. Beck (2011) fala em riscos ambientais, quando ressalta o acidente de Chernobyl e, mais

recentemente, questões relacionadas ao aquecimento global, bem como em riscos sociais quando percebem-se os altos índices de violência, mesmo em países considerados desenvolvidos, sendo que muito deles são sequer são perceptíveis:

Aquilo que prejudica a saúde e destrói a natureza é frequentemente indiscernível à sensibilidade e aos olhos de cada um e, mesmo quando pareça evidente a olhos nus, exigirá, segundo a configuração social, o juízo comprovado de um especialista para sua asserção “objetiva”. Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteiramente à capacidade perceptiva humana imediata. (BECK, 2011, p. 32).

Exemplo interessante sobre a criação de riscos num contexto globalizado é exposto pelo sociólogo logo no início de sua obra: “Diante da universalidade e da supracionalidade do fluxo de poluentes, a vida da folha de grama na floresta bávara passa a depender da assinatura e implementação de acordos internacionais.” (BECK, 2011, p. 27).

Percebe-se que, num contexto de mundialização, por mais simples que seja a situação fática posta em análise, esta se relaciona – como o exemplo dado, a vida de uma planta em um país europeu – a um contexto de pós-modernidade, a fatores diversos, imperceptíveis à capacidade humana imediata, como aos interesses econômicos e políticos firmados em um acordo global.

A ausência de fronteiras, sejam elas temporárias ou espaciais, marca, sob o signo do risco, um entrelaçamento de situações até então impensáveis ou improváveis, tornando impossível calcular todas as prováveis consequências da ação humana. (GARCIA, 2005, p. 78).

Identifica-se assim, na teoria de BECK (2011) um eixo central, de que fontes de riqueza podem estar contaminadas por ameaças colaterais³, ou seja, que o superdesenvolvimento em determinado segmento pode vir acompanhado do que chamou de efeito bumerangue, um rebote.

³ “Com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaça. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classes sociais, fazendo valer, entretanto, uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um efeito bumerangue, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isso não apenas sob a forma de ameaças de saúde, mas também como ameaças à legitimidade à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização. Ao mesmo tempo, os riscos produzem novos desníveis internacionais, de um lado entre o Terceiro Mundo e os países industriais, de outro lado entre os próprios países industriais. Eles esquivam-se à estrutura de competências do Estado Nacional. Diante da universalidade e da supracionalidade do fluxo de poluentes, a vida da folha de grama na floresta bávara passa a depender da assinatura e implementação de acordos internacionais.” (BECK, 2011, p. 27).

O progresso tecnológico e científico, por mais que, por vezes, apresentados como invariavelmente positivos sob uma ótica neoliberal, ao ser interpretado criticamente, revela uma série de riscos, estes muitas das vezes imprevisíveis.⁴

Esta geração de riscos constantes causa uma sensação de insegurança no meio social, por mais remotos e distantes que se deem os acontecimentos, por meio dos meios de comunicação em massa, estes acontecimentos são veiculados, reprisados e potencializados em uma escala global.⁵

Não se teme somente aquilo que ocorre na esquina da sua casa ou no seu bairro, mas também as consequências causadas pela erupção de um vulcão no país vizinho, ou uma nova variante de vírus identificada no continente Africano,⁶ aquilo que Beck (2011) denominou: “amplificador do risco”.⁷

Ao atualizarmos este discurso para um contexto de pandemia por Coronavírus, seu entendimento se torna muito mais palpável. Teme-se a própria patologia, temem-se seus efeitos, diretos e colaterais, e teme-se a própria conjuntura de angústias e incertezas criadas pelas tentativas de combate e controle da doença.

Esta amplificação de riscos, trouxe consequências diversas, para além do campo da saúde ou ambiental, dentre elas, mudanças de grande impacto também no âmbito criminal.⁸

⁴ “Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”. Risco tem, portanto, fundamentalmente a ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.”(BECK, 2011, p. 39).

⁵ “Mas o desmatamento contemporâneo acontece globalmente – e na verdade como consequência implícita da industrialização – como consequências sociais e políticas inteiramente diversas. São afetados, por exemplo, também e especialmente países com ampla cobertura florestal (como Noruega e Suécia), que sequer dispõem de muitas indústrias poluentes, mas que têm de pagar pelas emissões de poluentes de outros países altamente industrializados com a extinção de florestas, plantas e animais.” (BECK, 2011, p. 26).

⁶ “Cria-se, assim, uma falsa sensação de realidade, pois a comunicação de massa é capaz de manipular os fatos de tal forma que se perde, em absoluto, o contexto em que estes ocorreram. Percebemos, com isso, a ausência de delimitação, pelos meios de comunicação, entre o “real” e o “imaginário”, pois a mídia em geral, ao aproximar cada vez mais fatos ocorridos nos cantos mais distantes do mundo, passa aos indivíduos a impressão, nem sempre verdadeira, de que qualquer ação, em qualquer lugar do mundo, pode trazer consequências nefastas ao seu cotidiano. Somos efetivamente levados a crer na aproximação daquilo que se encontra a milhas de distância do nosso cotidiano.” (GARCIA, 2005, p. 85).

⁷ “Buscamos, assim, demonstrar que os avanços realizados a partir da revolução tecnológica verificada no século XX (especialmente a disseminação da tecnologia informática) trazem em seu conteúdo uma vasta gama de consequências desconhecidas e incalculáveis. Como resultado direto, acabam por gerar no meio social uma profunda sensação de insegurança, advinda dos mais remotos acontecimentos, mas que fazem parte de nosso cotidiano em decorrência da influência dos meios de comunicação de massa.”(GARCIA, 2005, p. 78).

⁸ “Desde as décadas finais do século XX, proliferaram-se diversos institutos e teorias jurídico-penais para além do criminal *compliance*, isto é, responsabilização da pessoa jurídica, *willfull blindness* (teoria da cegueira deliberada), programas de *compliance*, *insider trading*, teoria do domínio do fato, dentre outras. Todos esses novos desdobramentos revelam, uma nítida influência das criações legais advindas dos Estados Unidos, a despeito da crise de seu sistema de justiça criminal, e, sobretudo, a ligação com a expansão do direito penal e com os riscos decorrentes da sociedade pós-industrial.” (MACEDO, 2018, p. 9).

Riscos, até então desconhecidos, passaram a causar, sob influência midiática, uma inquietação social, que acaba por gerar uma demanda popular por controle desses perigos, ou seja, por proteção. Esta conjuntura surte reflexos diretos no Estado Regulador e Sancionador, sobretudo no que tange a repressão punitiva estatal.⁹

2.1 Direito Penal e a Sociedade do Risco

Acompanhando os avanços percebidos em diversas áreas, com o progresso tecnológico, percebeu-se também um movimento expansionista na esfera criminal, tanto no que se refere a condutas que passam a ser objeto de análise penal, que antes não o eram, quanto em fenômeno de inflação legislativa.

Com o crescimento exponencial dos riscos e da disseminação constante no seio social de sentimento de insegurança, o Direito Penal passou a tomar conta de uma fatia maior de condutas, evitando que surjam lacunas “desprotegidas”.¹⁰

Com o progresso tecnológico percebido durante este processo de mundialização, o capital se desprende de conceitos estáticos ou de lastros físicos, percebe-se que a movimentação de valores se dá quase que de maneira instantânea por todo o globo.

De um *smartphone* passa a ser possível, por meio de uma simples ordem, ordenar uma transferência financeira para uma conta localizada em um paraíso fiscal, como Bahamas ou Ilhas Cayman. Neste sentido:

A globalização financeira facilita a movimentação de valores clandestinos, transações via internet, fraudes nos sistemas fiscais, e esses países estáveis e desenvolvidos passam a ser suporte ao desenvolvimento do capital, muitas vezes funcionando como paraísos fiscais. [...] A prática de crimes passa a ser primordialmente voltada ao lucro, como os relacionados às drogas, armas, organizações criminosas, mas que com a globalização passam a trazer características de transnacionalidade. (BONACCORSI, D., 2013, p. 8).

⁹ Os riscos conhecidos e assumidos a cada perigo desvendado acabam por refletir na sociedade a percepção de insegurança frente aos inúmeros riscos assumidos. Ao compreender a complexidade em que estão inseridos, os cidadãos se veem desamparados pela proteção estatal. (FORES, 2017, p. 90).

¹⁰ “[...] a necessidade de apresentar respostas a demandas trazidas pela globalização, dentre elas a delinquência, se concebe, em geral, em termos punitivistas, buscando-se evitar possíveis lacunas hipotéticas, buscando um contrataque jurídico penal a modelos de delinquência que criar uma sensação de forte insegurança, tanto aos indivíduos, também, e de um modo muito importante, aos próprios Estados.” (SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 67, tradução nossa). Versão original: “[...] la exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en terminos punitivistas, esto es, de evitacion de hipoteticas lagunas, así como de rearme juridico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensacion de inseguridad no sólo a los individuos, sino también – y de modo muy especial – a los propios Estados.”

Este cenário coloca novos e difíceis problemas ao Direito Penal considerado clássico.

Ao lado do avanço tecnológico e a velocidade dos processos percebida no mundo pós-moderno, o crime organizado se tornou mais complexo, sobretudo a criminalidade econômica. Infiltra-se no Estado por meio da delinquência no setor público, percebem-se os processos de lavagem de dinheiro, a corrupção ativa e passiva dos agentes públicos e diversos outros delitos considerados de colarinho branco.¹¹ (BRAGA, 2005, p. 164).

Esta conjuntura cai no colo de um Estado despreparado, ainda incapaz de atender a tais demandas satisfatoriamente, sobretudo no que diz respeito a Direito Penal, como explicita:

[...] o Estado mostrou-se incapaz de regular satisfatoriamente as condições para a vida em sociedade, os meios de controles formais atualmente empregados na tentativa de evitar a proliferação da criminalidade mostram-se longe de exercer regulação suficiente às necessidades da vida moderna. (GARCIA, 2005, p. 78).

Percebe-se então, paralelamente à integração econômica mundial, o surgimento de uma macrocriminalidade financeira. Com esta diversificação, ou aumento, de condutas potencialmente danosas ao Estado e, portanto, afetas a bens jurídicos diversos e indefinidos, passou-se a defender uma incriminação de um número cada vez maior de condutas, aumento de penas, medidas fundamentadas em urgência que, em conjunto, dão corpo ao que se denominou movimento de emergencialismo penal. (BONACCORSI, D., 2013, p. 11).

O Direito Penal, em sua origem, está ligado à concepção de proteção, como mecanismo *ultima ratio*, a determinados valores ético-sociais, que são necessários para a manutenção de um convívio ordeiro. O Direito Penal tem por função precípua a proteção de interesses individuais (vida, liberdade, patrimônio, dignidade sexual, honra, etc.), como também interesses difusos (ordem tributária e meio ambiente), e, mesmo quando tutela direitos individuais, este o faz em razão de uma convivência social harmônica. (PEREIRA, 2020, p. 16).

Essa coesão social se determina pela observância a valores ético-sociais, bens jurídicos. Estes são traduzidos por Cláudio Brandão como conteúdo material do crime, ou seja, aquilo que será tutelado pelo Direito, que será objeto de proteção e, por conseguinte, tratado pelo Legislador quando da tipificação de condutas penalmente relevantes. (BRANDÃO, 2019, p. 49).

¹¹ A criminalização de condutas econômicas, e, conseqüentemente, a visualização destas práticas como tal, torna-se cada vez mais presente, nas mais diversas áreas (sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crimes ambientais, crimes contra as relações de consumo, etc.) e nos mais variados lugares, haja vista o caráter multinacional, e por vezes, global, das instituições empresariais. (GARCIA, 2005, p. 78).

Entretanto, percebeu-se, em meados do século XX, alterações no conceito de bem jurídico penalmente relevante, ampliando seu espectro.

Passamos a observar tipos penais amplos, que buscam amparar bens jurídicos despersonalizados, transindividuais ou até mesmo supraindividuais, uma série de crimes sem vítima definida, ou pelo menos sem vítima imediata, como: ordem econômica, meio ambiente, relações de consumo, economia popular etc. (GARCIA, 2005, p. 87).

Até mesmo passou-se a conceber, mais comumente, entidades coletivas como vítimas de crime, como ressalta Hassemer: “A criminalidade econômica é difusa – eu volto a especificar isso – mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas.” (HASSEMER, 1994, p. 44).

A criminalidade moderna passa então a transcender direitos individuais, desafiando conceitos característicos de um Direito Penal dito clássico, para abarcar conceitos vagos e genéricos, tipos penais em branco, bens jurídicos pouco concretos. (HASSEMER, 1994, p. 45).

Como pontua (GARCIA, 2005, p. 12), o Direito Punitivo contemporâneo passa a ser identificado como a única solução ao aumento da macrocriminalidade, a criminalidade econômica ou *white collar crimes*.¹²

Percebe-se que, num contexto de Sociedade de Risco como exposto por Ulrich Beck (2011), a ameaça de punição estatal passa a recair sobre uma diversidade enorme de condutas. Ao se temer mais, se requer maior proteção, como ressalta:

E é essa falta de controle que dá espaço para a sensação de insegurança, em que o medo toma espaço cada vez maior e, por isso, a propaganda de legislações urgentes recebe cada vez mais apoio da sociedade, já que o risco pode se materializar. (BONACCORSI, D., 2013, p. 25).

Neste mesmo sentido Henrique Pereira:

Na esfera legislativa, percebe-se uma política de inflação penal, de modo que novas leis incriminadoras constantemente são criadas e as penas já existentes são frequentemente agravadas, como se a ampliação do ramo jurídico penal fosse remédio contra a criminalidade. (PEREIRA, 2020, p. 28).

¹² O conceito de crime de Colarinho Branco – *White Collar Crime* – foi proposto Edwin Sutherland, em sua obra que leva o mesmo nome, *White Collar Crime*. Sutherland expõe que os delitos de colarinho branco se definiriam pelo seu agente, ou seja, é aquele crime praticado por alguém de relevância no contexto socioeconômico em que se insere, muitas das vezes ocupa alto cargo em empresas de grande porte ou funcionário público de alto escalão, frequente em colunas sociais, com reputação respeitável dentre seus pares que conjugam de bom *status* social.

Este medo disseminado no corpo social, o anseio pela concretização de riscos, enseja proteção, proteção esta que o Estado procura oferecer por meio da tipificação de condutas e recrudescimento penal.

Entretanto, esta expansão penal, vai na contramão de um Direito Penal efetivamente garantidor,¹³ ou seja, que limite a interferência estatal.¹⁴

A aplicação do Direito Penal deve, ou pelo menos deveria, restringir-se a determinadas situações em que, por meio de outros mecanismos, fosse impossível manter a harmonia social.

Em um contexto de Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve andar alinhado mais à contenção do poder punitivo¹⁵, do que pautado em limites irracionais de contenção de insegurança social. (PEREIRA, 2020, p. 28).

Ampliaram-se os setores de interesse ao Direito Penal, a lupa da punibilidade se expande sob o título de Direito Penal Econômico, tendência que se relaciona diretamente com a teoria de BECK (2011).

2.2 Direito Penal Econômico e a Cultura do *Compliance*

A cultura de *Compliance* tem berço neste cenário de desenvolvimento e proliferação de riscos penais. Concomitantemente, o Estado se vê defasado no que diz respeito ao desempenho de suas próprias finalidades, regulação, fiscalização e punição, e o conceito de mitigação de risco, aqui em sentido amplo, alastra-se ao ambiente corporativo.

¹³ Nesse enfoque, deve-se, de forma particularmente significativa, avaliar a (crescente) criminalização de comportamentos relacionados a infrações ilícito-tributárias sob a ótica da racionalidade (bem como da proporcionalidade e da mínima intervenção do sistema penal), considerando, ainda, os motivos pelos quais a interferência do Estado, no cenário econômico, se acentuou nas últimas décadas, e indicar propostas concretas de redução do poder punitivo estatal, sem se descuidar da necessidade real de o Estado funcionar como regulador das relações socioeconômicas, notadamente de uma sociedade globalizada, na qual grassam e se corporificam diferentes graus (tanto no plano interno como no externo) de respeito às garantias constitucionais dos cidadãos. (FAYET JÚNIOR, 2008, p. 141).

¹⁴ Assim, quando se fala de sociedade moderna, fala-se de uma sociedade pós-industrial na qual se discute o risco, algo que não ocorre, mas que pode surgir. E é essa falta de controle que dá espaço para a sensação de insegurança, em que o medo toma espaço cada vez maior e, por isso, a propaganda de legislações urgentes recebe cada vez mais apoio da sociedade, já que o risco pode se materializar. Assim, a sociedade pós-industrial do risco tem relação direta com o atual direito penal, na qual se presencia a tipificação de condutas que trazem a incriminação de riscos pontuais, porque a capitulação delas, ao descrever esses novos medos, traz uma aparente sensação de segurança social, como se o Estado demonstrasse que está agindo e controlando riscos incontroláveis. (BONACCORSI, 2013, p. 25).

¹⁵ A proteção lançada modernamente a alguns bens jurídicos que antes não eram abarcados pelo direito penal, demonstra, a sua vez, um afastamento das diretrizes constitucionais. A título de debate, esse processo é amplamente verificável na seara do direito penal econômico, pois, sob a justificativa de que as relações econômicas sejam um bem jurídico fundamental, desenvolve-se uma larga inserção de novos delitos no ordenamento jurídico, descuidando de preceitos basilares do direito penal, tais como os princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade e das garantias constitucionais. (MACEDO, 2018, p. 11).

O progresso científico-tecnológico do mundo pós-industrializado, acompanhado dos efeitos do fenômeno da Globalização, fez surgir a necessidade de criar mecanismos de controle, sobretudo de controle de risco.¹⁶

É justamente nesta interface (de controle de riscos, sobretudo relativos às práticas criminosas) que *Compliance* estabelece um estreito e forte diálogo com o Direito Penal. (WALKER JR., 2020, p. 62). O Estado, incapaz de lidar com toda a complexidade do ambiente corporativo-empresarial,¹⁷ busca criar mecanismos próprios para sua legitimação e efetividade, ou, em outras palavras, busca se fazer presente de alguma(s) forma(s) nestes ambientes, tornando-se uma guarita autossuficiente de fiscalização estatal dentro do particular.¹⁸

Neste sentido:

No atual contexto, em que há um aumento de normas reguladoras da atividade econômica, principalmente no âmbito penal, surgem os programas de cumprimento, ou programas de *compliance*, que fomentam a adequação da atividade empresarial às normas éticas e jurídicas e são essenciais para que se tenham algum controle sobre a complexa atividade corporativa. (MAYRINK, 2020, p. 32).

Converge-se assim o Direito Penal Econômico, caracterizado como o ramo do direito que visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercado livre, com missão de proteção de bens jurídicos coletivos (PEREIRA, 2020, p. 31), com a instrumentalização de programas de *Compliance*.

Há também como se pensar o Direito Penal Econômico como uma resposta a transformações sociais, a resposta a novos perigos, um avanço das barreiras do Direito Penal

¹⁶ A própria definição do Compliance, entendida como um conjunto de medidas pelas quais as empresas buscam garantir o cumprimento das regras vigentes, relacionadas com a sua atividade, bem como observar princípios de ética e integridade corporativa, corrobora esse entendimento inicial. Trata-se, em outras palavras, de procedimentos internos receptivos de prescrições legais que objetivam evitar práticas ilícitas por parte de uma estrutura organizada empresarial. De forma singela, pode-se deduzir pelo ingente material bibliográfico e, especificamente, em um viés político-criminal, que o Compliance surge da necessidade de mitigar os riscos gerados pela atividade corporativa. (RIOS, 2015, p. 343).

¹⁷ Como o atual cenário em que a empresa se desenvolve é altamente complexo, e a corporação por vezes dificulta a identificação dos responsáveis por delitos, definir o ambiente das atividades de regulação e a análise dos riscos empresariais configuram a base para um sistema eficaz de compliance. Trata-se, por certo, de importante consequência de uma reformulação do Direito Penal Empresarial. (PEREIRA, 2020, p. 40).

¹⁸ Por isso, justamente, em meio a essa expansão econômica é que se acompanhou o surgimento de inúmeras legislações extravagantes dessa natureza, como os delitos contra a ordem econômica (arts. 4º e 5º da Lei 8.137/1990 e arts. 1º e 2º da Lei 8.176/1991); delitos contra o Sistema Financeiro (arts.2º ao 23º da Lei 7.492/1986 e art.10 da Lei Complementar 105/2001 e arts 359-A a art. 359-H do Código Penal (sistema financeiro público); delitos de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98); delitos contra o Mercado de Capitais: (arts.27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/76); delitos contra a Ordem Tributária: (arts.1º ao 3º da Lei 8.137/1990 e art. 334 do Código Penal) delitos societários (art.177 do Código Penal); delitos contra a Economia Popular (arts.2º a 4º da Lei 1.521/1951); delitos contra o Enriquecimento Ilícito (art.9º da Lei 8.429/92); delitos contra as Relações de Consumo (arts. 63 ao 76 da Lei 8.078/1990). (BONACCORSI, 2017, p. 201-202).

dito Clássico, sob a feição de um direito penal da prevenção. (FELDENS, 2011, p. 35). É neste viés de prevenção que a interface Direito Penal Econômico e *Compliance* se aflora.

Esta interface, que será abordada de maneira mais profunda mais a frente, mostra-se claramente visível quando observado o instituto da Autorregulação Regulada, ou seja, no momento em que o Estado, reconhecendo a sua insuficiência como regulador frente à complexidade do desenvolvimento econômico e social, passa a exigir do particular sua autofiscalização, passando a ocupar assim o pólo passivo da relação Estado-Indivíduo.

Com pano de fundo no contexto de Sociedade do Risco, o Estado deixa de seguir o fluxo: fiscalização, e quando constatada irregularidade, punição, passando a delegar a autofiscalização ao particular.

Por conseguinte, sanciona aquilo de desviante que lhe é remetido e estabelece sanções positivas para comportamentos que pretende incentivar, neste sentido:

A ameaça penal é utilizada como moeda de troca no afã do dismantelamento das megafraudes, estimulando a criação de sistemas de controle por vigilância que parecem se olvidar do passado denunciata típico da tradição inquisitória. É nesse cenário que surgem novas figuras, mecanismos e espaços de interesse, notadamente no âmbito do Direito Penal Econômico. Nesse sentido, temos testemunhado a falência do sistema regulatório estatal, que tem fomentado uma tendência de quase privatização da persecução penal, fenômeno esse de grande relevância quando analisamos mais detidamente os programas de *compliance* e a figura do *Whistleblower*, ambos dando pistas de uma reformulação dogmática e político-criminal que vista se adequar às recorrentes transformações da sociedade de risco. (RAFIH, 2018, p. 7).

De acordo com Rodrigo Sanchez Rios esta perspectiva de Autorregulação Regulada parece ser um caminho médio entre dois pontos opostos: o liberalismo e o estatismo. Ou seja, um meio termo entre a forte interferência estatal, em que o Estado cumpre seus deveres fiscalizadores, supervisionando as atividades empresariais e sancionando todo e qualquer descumprimento, e um modelo absolutamente liberal, em que a empresa, em função de suas próprias atividades, incorpora normas de prevenção para minimização de riscos, o que seria somente a Autorregulação. (RIOS, 2015, p. 346).

Políticas econômicas neoliberais, escândalos financeiros e dificuldade de individualização de responsabilidades fundamentam as propostas de Autorregulação Regulada, *corporate governance* e *criminal compliance*. (PEREIRA, 2020, p. 37).

A ideia central de *Compliance*, sobretudo *Criminal Compliance*, parte justamente desse ponto: atividade preventiva.¹⁹ Com intuito de organização do ambiente corporativo, prevenir eventuais práticas de corrupção, responsabilizações criminais indevidas, denúncias contra seus membros e dirigentes, e também mídias adversas negativas à reputação da empresa.

A demanda atual por transparência, por controle, por *surveillance*, pelo *to comply* faz com que Direito Penal Econômico, em especial, claro, em sua faceta preventiva, ande casado ao ideário dos programas de *Compliance*; e que institutos como o do *Whistleblower*, tema deste estudo, sejam pensados criticamente e institucionalizados como práticas de controle e mitigação de riscos.

A análise crítica do instituto é aqui proposta para compreensão dos possíveis impactos gerados pela utilização de *whistleblowing* para mitigação de riscos, impactos estes positivos e negativos, tomando como perspectiva os contornos jurídicos desenhados na Lei nº 13.964/19.

¹⁹ Tais programas intraempresariais preveem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado. (SHECAIRA, 2011, p. 2).

3 COMPLIANCE: CONCEITOS

Fato é que a temática do *Compliance* se integrou ao campo do Direito, em especial o jurídico penal. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 11), entretanto, os contornos do *Compliance* não se restringem à principiologia penal. O instituto envolve disciplinas como Economia, Administração, Gestão, bem como outras áreas do Direito, como Constitucional, Trabalho e Internacional. (WALKER JR., 2020, p. 18).

O tema é sem dúvida nenhuma atual e, em maior ou menor grau, carente de estudo e discussão em diferentes vertentes, como destacado: “A evolução do *compliance* legal e regulatório como uma força crescente da vida organizacional resulta de um aglomerado de diversas esferas: jurídica, legislativa, econômica, social e tecnológica”. (GLOECKNER, 2014, p. 148). Discussões estas que envolvem tanto acadêmicos quanto personagens do mundo corporativo: empresários, acionistas, diretores, gerentes, fornecedores e até mesmo os próprios agentes públicos (OLIVEIRA, 2017, p. 23).

Esta multidisciplinaridade diz respeito justamente ao interesse de diferentes setores para com o instituto, e com a complexidade da temática, que traz a exigência de uma análise multifocal. Apesar da interdisciplinaridade atinente ao tema, ao analisar o conceito dado pelos autores ao instituto, percebem-se conceituações similares. De acordo com Lima:

Os mecanismos e procedimentos internos de integridade, ou simplesmente *Compliance*, são programas de gestão corporativa, que surgiram como uma ferramenta de gestão adotada no âmbito interno das próprias empresas, visando embutir na organização uma cultura institucional de conformidade à lei e à ética. (LIMA, 2018, p. 06).

Pela análise de PLANAS seria *Compliance* definido como: “[...] atividade de observar e seguir regras jurídicas no seio da empresa, que inclui o conglomerado de deveres para controle de perigos que se geram nos processos empresariais e a sujeição a todos os preceitos e medidas encaminhadas a assegurar o respeito de tais deveres.” (PLANAS, 2018, p. 246).

No mesmo sentido, Saad Diniz e Silveira apresentam: “[...] poder-se-ia dizer que *Compliance* diz respeito a uma prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos.” (SAAD DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 65).

Destacando a perspectiva de observância Custódia traz:

O *Compliance* [...] está diretamente vinculado ao cumprimento de normas, regimentos internos e externos, códigos de condutas éticas, convenções internacionais, além de

leis que dispõem sobre determinados atos ilícitos, com intuito de coibir condutas futuras inadequadas. (CUSTÓDIO, 2020, p. 109).

Percebe-se que os autores acima referenciados apresentam conceitos similares para definição do instituto como: ferramentas de mitigação de riscos, controle de condutas inadequadas, adequação normativa, conformidade, criação de cultura e respeito a deveres.

Neste mesmo sentido Pereira (2020, p. 37) destaca que a partir das políticas econômicas neoliberais e de desregulação, surgiram escândalos financeiros que a supervisão das organizações não conseguiu evitar, de modo que as propostas de autorregulação regulada surgem com orientações de *Corporate Governance* e *Compliance*.

Nesta esteira, e destacando os mesmos termos, tem-se: “Com o desenvolvimento econômico pós-industrialização e expansão das fronteiras comerciais, proveio a necessidade da criação de mecanismos de controle, vigilância e regulamentação da atividade econômica.” (MAYRINK, 2020, p. 29).

Também fazendo relação entre *Compliance* e Governança Corporativa, CARDOSO (2013, p. 38) postula que conceitos como equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados e obediências às leis também compõem o cenário de *Compliance*.

Neste mesmo sentido, AGAPITO, MIRANDA e OLIVEIRA (2017, p. 367): “*Compliance* é instituto integrado aos quatro pilares da Governança Corporativa (ao lado de *fairness*, *accountability* e *disclosure*) e importante ferramenta para a regulamentação interna das empresas”.

Leuterio em paridade traz: “Em linhas gerais, programas de *Compliance* têm por escopo o fomento de agir de acordo com diretrizes, regras e regulamentos inerentes aos processos da empresa.” (2014, p. 1).

Assim sendo, partindo das similaridades para conceituação acima destacadas, é interessante trazer, conclusivamente, o conceito explanado por Walker Jr. (2020) a respeito do instituto do *Compliance*, adotando a definição do autor para conceituação geral do tema. Sua definição abraça diversas perspectivas e conceitua a disciplina perspicaz, porém sucintamente:

Sob a nossa ótica, podemos conceituar o *Compliance* como: um instituto multidisciplinar, através do qual se deve observar e dar cumprimento às normas vigentes, mediante a implantação de protocolos específicos, potencializando-se os mecanismos de integridade dos entes coletivos, em especial, aqueles de controle interno e auditoria, para prevenir, detectar e remediar as não-conformidades, mitigando-se, desta forma, os riscos de ilícitos e outros desvios praticados por agentes, gestores, administradores ou terceiros que, de alguma forma, atuem em nome da pessoa coletiva, seja na esfera pública ou privada, protegendo-se a pessoa jurídica em seu patrimônio e reputação. (WALKER JR., 2020, p. 31).

Desta forma, por mais multifacetário que se demonstre ser o instituto, a prevenção e mitigação de riscos e desvios inerentes à atividade da organização, por meio de adoção de medidas internas, políticas organizacionais e fomento de cultura de conformidade, parece definir suficientemente o conceito de *Compliance*.

3.1 *Compliance*: Contextualização Histórica

Partindo da perspectiva histórica construída por Walker Jr. (2020, p. 25), entende-se como um marco para início da discussão a respeito de *Compliance* no Brasil a Ação Penal 470 (Mensalão), e, em seguida, por óbvio, a Operação Lava Jato.²⁰

Trata-se, portanto, de discussão recente no país, ainda incipiente em determinados pontos, mas não muito nova quando se observa o contexto internacional, sobretudo nos Estados Unidos da América.

Partindo da detalhada evolução histórica traçada por Walker Jr. (2020), desde o final dos anos 20 do século passado, destacando o *crack* da Bolsa de Nova York, em 24 de outubro de 1929, e em sequência a Grande Depressão, os Estados Unidos da América passou a demonstrar maior preocupação com assuntos regulatórios, criação de marcos normativos e ações preventivas, buscando evitar a fragilização e contaminação do mercado financeiro. (WALKER JR., 2020, p. 26).

Neste mesmo sentido é relevante considerar que:

Historicamente é de se observar que os Estados Unidos da América do Norte conheceram várias tentativas de regulação dos mercados. Fundamentalmente, é de se ter que, após a crise de 1929, deram-se momentos nos quais se consagrou uma certa imposição de obediência a um certo padrão de comportamento. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 116).

Prova desta preocupação com a obediência se constata pela criação da SEC (Securities Exchange Commission) em 1934, com objetivo de trazer maior regulação ao mercado de ações nos Estados Unidos, controlando os registros contábeis da empresa, prezando por um ambiente

²⁰ A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobrás, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em 07/01/2021.

mercantil transparente e probó. Walker Jr. (2020) aponta o surgimento da SEC como a gênese histórica dos programas de *Compliance*.

Tal concepção é corroborada por Daniela Bonaccorsi (2013), que considera a criação da SEC como uma das origens do instituto, sendo que por meio deste órgão passou-se a exigir maior transparência na relação do privado com o público.

Nessa mesma toada, não há como não se perceberem os efeitos da globalização e da mundialização do mercado, no que diz respeito à necessidade de questões regulatórias. Não se fala mais em um Estado nacional uno e isolado, mas sim em organizações internacionais, grandes grupos econômicos, ampliação de mercados e novas formas de transações comerciais. A globalização, ao facilitar estas movimentações financeiras, acaba abrindo margem para fraudes, transações clandestinas e sonegação. (BONACCORSI, D., 2013, p. 8).

Combinando-se então os efeitos da evolução tecnológica e da mundialização, com o exponencial crescimento econômico percebido pelos Estados Unidos no período pós 2ª Guerra Mundial, multiplicaram-se as possibilidades de práticas corruptivas. Nesse sentido:

Foi então que, durante a década de 1970, com a sua economia pujante, o mercado altamente aquecido, e a sociedade em pleno consumo, que os Estados Unidos da América assistiram à multiplicação dos casos de corrupção empresarial, disparando os *red flags* do sistema de justiça para uma nova e possível contaminação do ambiente corporativo, provocando-se profunda apreensão em relação aos efeitos já conhecidos e suportados na crise anterior. (WALKER JR., 2020, p. 28).

Dentre estes escândalos, destaca-se o Watergate,²¹ escândalo de repercussão global que envolveu o Presidente Nixon²² e um esquema de pagamentos a funcionários públicos estrangeiros.

É nesse cenário que se dá a criação da FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), em 1977, normativa norte-americana voltada para disposições anticorrupção com objetivo de redução e mitigação dos casos de pagamentos de propina para funcionários estrangeiros e também

²¹ Trata-se de um dos maiores escândalos políticos da história dos Estados Unidos. O nome dado ao episódio deve-se ao fato da sede do Partido Democrata ser no complexo de prédios Watergate em Washington. Em 1972, houve a invasão desse complexo por cinco sujeitos e, a partir dessa evidência, foi descoberta a conspiração de que o republicano, Richard Nixon, presidente à época, estava espionando o Comitê Nacional Democrata. Os fatos foram ligados a ele graças às informações alcançadas a dois jornalistas por William Mark Felt, agente do FBI quem denunciou o esquema, cujo apelido era “garganta profunda” (a identidade do denunciante conhecido como Deep Throat foi revelada apenas em 2005). As revelações dele instauraram uma crise sem precedentes na política norte-americana. Em 1974, sob ameaça de impeachment, o desfecho da crise foi o pedido de renúncia do presidente Nixon. Desde então, o sufixo “gate” tornou-se sinônimo de escândalos políticos. (MACEDO, 2018, p. 37).

²² Por meio da quebra de sigilo das conversas particulares de Nixon, a Comissão de Justiça concluiu que o Presidente sabia do plano das escutas eletrônicas e que havia tentado usar sua influência para barrar as investigações sobre Watergate. Com isso as autoridades acusaram Richard Nixon de tentativa de obstrução à justiça, abuso de poder e desacato de ordens judiciais. (BONACCORSI, 2017, p. 214).

restauração da confiança do mercado norte-americano. A preocupação com a proteção do mercado interno de ações também era considerada quando da criação da legislação, sendo o DOJ (Department of Justice) e a SEC (Security Exchange Commission) os órgãos responsáveis pela aplicação da norma.

Após tais marcos diversas outras normativas e legislações estadunidenses vieram a tratar do tema, que hoje compõe uma das principais pautas de ação do governo: a preocupação com a higidez reputacional corporativa, transparência e credibilidade. (WALKER JR., 2020, p. 28).

No Brasil em relação a normas de *Compliance*, tem-se como destaque a promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira, Lei nº 12.846/13, que visa combater a prática de atos ilícitos e dispõe sobre a obrigatoriedade de *reports* por vários setores da economia. Esta lei vem acompanhada de diversas outras normas que são aplicáveis em relação ao tema, a Lei nº 8.137/1990 (Lei dos Crimes Econômicos e contra a ordem tributária), Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 8.666/13 (Lei de Licitações), Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), dentre diversos outros atos normativos, decretos e portarias que também abarcam tal conteúdo.

Este “inflacionismo” legal nada mais é do que uma reação do legislador ao contexto evolutivo acima destacado. Como exposto por Bonaccorsi (2013), as várias revoluções políticas e industriais, acompanhadas da evolução tecnológica, compuseram um processo de globalização que trouxe riscos diversos, dentre eles a sofisticação e variabilidade das possibilidades de condutas ilícitas. Muda-se inclusive a imagem do criminoso, segundo a autora: “Não se fala de um criminoso que possui uma vida dedicada ao crime, nesse âmbito econômico, mas daquele possui uma atividade laboral lícita, uma respeitabilidade social, uma estabilidade econômica”. (BONACCORSI, D., 2013, p. 3).

É neste sentido que se justifica o instituto do *Compliance*. Com tais evoluções e sofisticações, a capacidade do Estado de se organizar e intervir dentro de estruturas corporativas e organizacionais, sobretudo as privadas, é limitada. A intervenção estatal estaria sempre um passo atrás da prática ilícita, atuando de maneira posterior, muito mais na punição do que na necessária prevenção.

Na esteira de prevenção e mitigação dos riscos que o *Compliance* se mostra um interesse do Estado para com o particular, de maneira que o próprio particular se autorregule, reporte eventuais ilícitos e irregularidades praticados no seio da organização ou dos quais tenha conhecimento em sua relação com outro particular. É no senso de *surveillance* que o *Compliance* interessa ao Estado.

3.2 Os Pilares de um programa de *Compliance*

Como bem destaca Walker Jr. (2020, p. 34), existem divergências sobre quais e quantos seriam os pilares de necessários para a efetividade de um programa de *Compliance*, entretanto o autor aponta os seguintes: (i) comprometimento da alta direção; (ii) elaboração de código de ética e conduta; (iii) estruturação da função do *Compliance*; (iv) comunicação e treinamento; (v) avaliação de riscos; (vi) canal de denúncias; (vii) *due diligence*; (viii) controle e monitoramento; e (ix) revisão e aprimoramento.

Esgotar os presentes temas seria inviável no presente estudo, entretanto, pretende-se passar por esses pilares, fazendo um diagnóstico superficial sobre seus significados e sua importância para a efetividade do programa de *Compliance*.

O primeiro ponto destacado por WALKER JR., *o comprometimento da alta direção*, é sem dúvida um pilar importante em um programa de *Compliance*, também chamado de *tone from the top*, significa o suporte da alta direção para com o programa. A alta direção – a liderança corporativa, a diretoria, a gerência – deve se comprometer com o programa, ou seja, de fato colocar em prática as normas exigidas nas políticas estabelecidas. Como ressaltam ALCÂNTARA, CRESPO *et al.*: “O *tone at the top* se traduz como sendo o papel desempenhado pelos líderes na construção e na difusão de uma cultura corporativa de integridade e ética; é o que dá o tom e guia todas as demais atividades relacionadas.” (2020, p. 34).

O próximo, e segundo, pilar apontado, *a elaboração de um código de ética e conduta*, é sem sombra de dúvidas essencial ao programa, tendo em vista que é necessário estabelecer expressa e formalmente todos os processos a serem desempenhados na organização, definir comportamentos adequados e os indesejáveis, regimes de sanção, dentre outras políticas (WALKER JR., 2020, p. 35).

Como terceiro pilar, Walker Jr. (2020, p. 36) aponta *a função do Compliance*, destacando a necessidade e importância da existência de um profissional de *Compliance*, que deve ter autonomia em relação a alta direção, para poder gerir o programa, bem como *expertise* na gestão e criação das regras a serem aplicadas. Cattán, Fernandes e Wagatsuma (2020, p. 7) destacam a necessidade de uma estrutura própria ao *Compliance Officer*: independência, voz dentro da organização e relacionamento com todas as áreas da empresa.

Em sequência, *a comunicação e o treinamento*, que é destacada por WALKER JR. (2020, p. 37) como pilar, tendo em vista que comunicar e treinar os integrantes da organização é essencial para o funcionamento das regras que se pretende estabelecer. “Todas as políticas da

organização devem ser efetivamente comunicadas aos seus receptores, sem medo e sem rodeios.” (AJEJE, COLLINO *et al.*, 2020, p. 51).

Seguindo, o quinto ponto destacado por Walker Jr. (2020, p. 37) é a *avaliação de riscos*. Também conhecido por *risk assessment*, sugere justamente a criação de ferramentas de gerenciamento de riscos, procurando preveni-los ou mitigá-los. A identificação de *red flags*, relacionamento com terceiros suspeitos de práticas ilícitas e identificação de pontos de vulnerabilidade interna compõem tal pilar. Alcântara, Lima *et al.* (2020, p. 120) destacam: “O objetivo da avaliação de riscos é desenvolver uma visão clara e consistente dos riscos emergentes, identificar controles existentes e atividades de mitigação de riscos por meio de controles de *compliance*.”.

O sexto ponto destacado por Walker Jr. (2020, p. 38) consubstancia-se na existência de um *canal de denúncias*. Trata-se de um ponto extremamente relevante em um programa de *Compliance*, motivo pelo qual inclusive este estudo se dedica a tal tema, observando que a atuação do *Whistleblower* se dá, essencialmente, por meio destes canais, ouvidorias ou *hotlines*. Trata-se de um eficaz instrumento de informação a respeito da eficácia de um programa de conformidade, tendo em vista que mapeia, trata e mitiga atividades ilícitas ou até mesmo delitos cometidos no seio, ou através, da organização. É por meio desses canais que colaboradores, ou até mesmo terceiros, conseguem levar ao conhecimento dos gestores as desconformidades ocorridas.

Como pontuam Abbatepaolo, Gabineski *et al.* (2020, p. 216): “As empresas precisam ter claramente a compreensão da importância que o canal de denúncias possui, pois, a criação de um canal nada mais é do que a disponibilização de um meio facilitador, catalisador, para o recebimento de incidentes negativos.”

Os sistemas de denúncias, por assumirem relevante importância no presente estudo, serão tratados com maior detalhamento posteriormente.

Seguindo na análise dos pilares que vêm sendo elencados, tem-se como sétimo pilar a *due diligence*, ou diligência prévia, em uma tentativa de tradução. Como destacam SALLES, SANTOS *et al.* (2020, p. 175): “Não há uma nomenclatura uniforme para essa verificação, que pode ser conhecida com *due diligence*, verificação de integridade ou procedimento de *background check*”. Trata-se de um instrumento que muito se conecta à análise de riscos, vez que tem como intuito justamente a redução dos riscos da instituição, quando se relaciona com terceiros. Desta forma, analisar o fornecedor, o cliente, o parceiro e até mesmo o colaborador faz parte da pauta empresarial que verdadeiramente se preocupe com um programa de *Compliance*.

Verificando o histórico, reputação, e perfil das relações, diligenciando-se em relação ao terceiro, a pessoa jurídica se resguarda de indesejáveis responsabilizações, tendo em vista que a Lei nº 12.846/13, trabalha com responsabilização objetiva aos entes coletivos em relação aos atos cometidos por terceiros em seu nome (WALKER JR., 2020, p. 40).

Em seguida, aponta-se o oitavo pilar de um programa, *controle investigação e monitoramento*, consubstanciando-se como uma função da área dedicada ao programa, ou ao próprio *Compliance Officer*, em que se verificam o programa, o respeito às regras e aos processos estabelecidos nas políticas e controles internos (WALKER JR., 2020, p. 40).

Por fim, apresenta-se o último pilar apresentado: *a revisão e o aprimoramento*. De certo que se trata de um pilar muito próximo ao pilar anterior, entretanto, ao se dizer em revisão trata-se de um processo dinâmico e permanente (WALKER JR., 2020, p. 41).

Um programa de conformidade não é estabelecido uma única e própria vez, deve-se constantemente analisá-lo, entender seus pontos falhos e suas fortalezas, para que, através de aprimoramentos, cada vez mais seja um programa efetivo.

3.3 Autorregulação Regulada – *Enforced Self Regulation*

Não há como um estudo propor a análise sobre programas de *Compliance*, sem que seja abordado o conceito da Autorregulação Regulada.

O Estado como ente regulador das atividades sociais, econômicas e políticas, a partir do século XXI, com a revolução tecnológica e o exponencial crescimento dos meios digitais e tecnológicos, acaba por rever suas próprias estratégias de regulação. Um papel estatal regulador em que o Estado anteriormente ocupava posição de sujeito ativo, por meio de suas agências, passa a ocupar posição passiva, transferindo para a sociedade a responsabilidade de autogestão (BECKER, 2018).

De fato, esta estratégia de troca de polos, do ativo para o passivo, envolve a incapacidade do Estado frente ao desenvolvimento tecnológico e os altos níveis de complexidade atingidos pelas relações de mercado. Com a evolução desta mundialização econômica, as empresas privadas passam a, cada vez mais, ocupar a posição antes ocupada pelo Estado, a posição de ator principal regulador (KEMPFER, 2018).

Neste mesmo sentido destaca Daniela Bonaccorsi (2017, p. 202): “O Estado não consegue acompanhar movimentações financeiras, ocultações e dissimulações de valores, nem tampouco possui conhecimento suficiente para regulá-las adequadamente.”

Esta substituição tem como pano de fundo principal o delito de Lavagem de Dinheiro. Cada vez mais, exige-se do particular obrigações de controle e fiscalização dos atos ilícitos, principalmente o ato de lavagem de capitais, pelo fato de que este delito, para além de complexo, envolve diretamente a atividade do particular, sendo que os valores ilícitos perpassam, de uma forma ou de outra, pelo sistema financeiro.

Esta dificuldade do Estado, ao exercer sua intervenção repressivo penal, justifica-se pelo fato de que a Lavagem de Dinheiro, muitas das vezes, se dá em um contexto transnacional, em que se percebe a utilização de mecanismos de informática dinâmicos no sistema financeiro, envolve organizações criminosas empresariais e, na maioria das vezes, o delito de Lavagem de Dinheiro também se correlaciona com outras condutas delituosas como: tráfico de entorpecentes, corrupção, sonegação fiscal e evasão de divisas (AGAPITO, MIRANDA e OLIVEIRA, 2017).

Desta forma é correto relacionar a estratégia da Autorregulação Regulada com o combate à Lavagem de Dinheiro. Esta aparente incapacidade estatal frente ao aparato e desenvolvimento tecnológico desenvolvido nos meios financeiros faz com que seja exigida a participação do particular nesta prevenção de riscos. Daí estar “em *Compliance*”, daí exigir que o particular se mantenha em conformidade com leis e padrões éticos e atue de maneira preventiva, buscando antever eventuais práticas ilícitas e mitigá-las (AGAPITO, MIRANDA e OLIVEIRA, 2017).

A cooperação do particular com o Estado, por meio da adoção do modelo de autorregulação possibilita o acesso do Estado, ou seja, a intervenção pública, diretamente nos problemas específicos do setor que será regulado. Como bem destaca BECKER (2018), não se trata a Autorregulação Regulada de um afastamento completo e definitivo do Estado, ou tampouco uma admissão de fracasso, mas uma estratégia diferenciada de controle.

Este dever de cooperação do particular do Estado é percebido nos artigos 10 e 11²³ da Lei nº 9.613/98, que estabelece uma série de deveres em relação a pessoas sujeitas ao mecanismo de controle dispostos no artigo 9º da mesma lei. A respeito:

²³ *In verbis*: “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) § 1º Na

Para o dever de informar determinadas operações classificadas como suspeitas, no mesmo intuito de cooperação, a lei caracteriza como *gatekeepers* ou torres de vigia determinadas entidades ou pessoas que operam em campos sensíveis à lavagem de dinheiro, que exerçam atividades em setores comumente usados pelos agentes que mascaram bens de origem ilícita como bancos, corretoras de valores, de imóveis, contadores, etc., impondo-lhes determinados deveres. Essa posição privilegiada faz com que estes personagens não só tenham a obrigação de (a) não colaborar com a prática de atos ilícitos, mas também a de (b) contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público, informando-o de quaisquer atos praticados sob seu escopo de atuação que tenham aparência de lavagem de dinheiro. (AGAPITO, MIRANDA e OLIVEIRA, 2017, 368).

Interessante a perspectiva apresentada pelos autores de como determinadas instituições ou pessoas que exerçam atividade regulamentada, sobretudo que envolvam a possibilidade de ocorrência de lavagem de dinheiro, caracterizam-se como *gatekeepers* ou seja, uma espécie de agentes de vigilância, um braço do Estado estendido no seio do particular, o que sintetiza bem a ideia fundante da Autorregulação Regulada.

Pensa-se agora em uma vigilância cooperativa, não se tratando de deixar a tarefa unicamente na mão do ente privado, mas estimulá-lo ao fornecimento de informações necessárias ao Estado, ficando as agências reguladoras responsáveis pelo tratamento, controle e supervisão.

3.4 *Compliance* no Setor Público

hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente. Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 2003). Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do **caput** aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”. (BRASIL, 1998; 2003; 2012).

Planos de *Compliance* não são estruturados unicamente ao setor privado. De certo que, em alguns pontos, sobretudo os pilares mais focados em métricas de mercado e reputação relacionada ao mercado de valores, encontra-se maior simetria com a lógica do ambiente particular.

Entretanto, *Compliance* é voltado para instituições, sejam elas públicas ou privadas, de maneira que a Administração Pública deve e vem se preocupando cada vez mais com o tema. O que se percebe pela Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 7.753/2017, que passa a exigir do particular que pretenda contratar com a Administração Pública, como fornecedores de bens, serviços ou obras etc., a implementação de programas de *Compliance*.

Posteriormente, o Distrito Federal legislou com o mesmo objetivo, por meio da Lei nº 6.112/18, a existência de projetos de lei neste sentido em outros estados, como o Projeto de Lei nº 5.227/18 em Minas Gerais. Denota-se assim a importância que vem sendo conferida ao assunto, tanto pelo particular quando se relaciona com o Estado, como inversamente.

Várias mudanças são percebidas após a visibilidade que foi conferida à Operação Lava Jato, sobretudo em termos de ética, integridade e transparência. Cada vez mais organizações vêm se preocupando com o tema, prezando para que tais valores passem a compor a cultura e a rotina desta instituição (ELEK, 2020).

Considerando inclusive a própria Operação Lava Jato, percebe-se que os desafios a serem enfrentados pelo Poder Público, em termos de *Compliance*, são tão importantes, ou até mais, do que o do particular. Elek traz uma série de questionamentos importantes a respeito:

Qual o estado, município ou suas empresas controladas que podem em caso de questionamento sobre seus atos, exibir gestores que tiveram seu *background check* de integridade devidamente verificados, que foram treinados regularmente sobre valores éticos, que com transparência prestam contas, que lidaram com empresas que só puderam participar de licitações após serem verificadas em *due diligences* de integridade, que foram avaliadas se suas associações na forma de consórcios eram realmente necessárias e que agem corretamente até por ter ciência de que, se não o fizerem, poderão ser denunciados anonimamente em canais próprios de denúncia? (ELEK, 2020, p. 432).

A partir destes questionamentos percebe-se que o Poder Público, de uma maneira geral e em todas suas esferas, tem muito a se autoaprimorar. Louváveis são as iniciativas legislativas citadas, vez que, com essa preocupação, os gestores públicos passam a estabelecer relações com terceiros cada vez mais confiáveis e transparentes.

Ademais, deve ser destaca a posição de exemplo que a Administração Pública deve assumir ao se relacionar com terceiros, como destaca Coelho: “[...] o Poder Público não só

deve se submeter à legislação em comento, como deve dar o exemplo de boa-fé, legalidade e boa governança.” (COELHO, 2017, p. 76).

O resultado alcançado – o desenvolvimento de melhores e mais eficazes políticas públicas – é construído por meio de regras, políticas, regimentos, sanções, fiscalizações e condutas adequadas, o que é reflexo de um programa eficaz de *Compliance*. Pensar o *Compliance* no Poder Público é pensar em uma gestão pública cada vez mais eficiente.

3.5 *Criminal Compliance*

Das faces de um programa de *Compliance*, aquela que lida com a prevenção e a mitigação dos riscos criminais, aos quais a instituição venha a se expor, é o denominado *Criminal Compliance*.

Partindo da definição apresentada por Walker Jr. (2020, p. 42) pode-se conceituar o instituto como “[...] um conjunto de normas, medidas e processos, tendentes a reduzir, pela prevenção, o risco da atividade delitiva (crimes), nascida dos atos de não-conformidade corporativa, praticado nas relações público-privadas [...]”. Definindo as principais características do *Criminal Compliance*, James Walker estabelece:

(i) seu efeito preventivo às práticas delituosas, capaz de inaugurar uma cultura de integridade corporativa; (ii) a sua funcionalidade como instrumento de detecção de não-conformidades; (iii) o escopo mitigador dos efeitos deletérios das ilicitudes já praticadas, com a sinalização de iniciativas de correção e responsabilização administrativa dos envolvidos. (WALKER JR., 2020, p. 43).

É interessante destacar que nem todas as não-conformidades significam crimes, existe uma infinidade de riscos aos quais a organização está exposta e que não se consubstanciam em delitos. Entretanto, ao se falar em *Criminal Compliance*, abordam-se, especificamente, os riscos penais, ou seja, a interface entre os ilícitos penais e os métodos de prevenção.

Quando se está diante da prática ou da possibilidade de atividades ilícitas no ambiente empresarial, ou ainda atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de determinado agente, pode se tratar de *Criminal Compliance* (GLOECKNER, 2014, p. 149).

A complexidade do ambiente empresarial, por vezes, dificulta a identificação dos responsáveis por condutas ilícitas praticadas no seio de uma organização. A atuação de um programa de *Criminal Compliance* se dá justamente na prevenção de condutas ilícitas e na prévia identificação dos responsáveis se tais condutas forem constatadas (PEREIRA, 2020, p.

27). O autor ainda, acrescenta: “Trata-se, por certo, de importante consequência de uma reformulação do Direito Penal Empresarial.” (PEREIRA, 2020, p. 27).

Quando constatada a ocorrência de um ilícito penal no seio de uma organização, percebe-se a dificuldade de verificação correta de autoria, acompanhada de uma importante dificuldade de descobrimento do próprio fato criminoso, sendo este o pano de fundo dado ao *Compliance* sob um viés criminal. A complexidade de uma estrutura organizacional corporativa, por uma divisão funcional de trabalho tanto horizontal quanto vertical, tende a desequilibrar a balança: de um lado podendo se perceber uma impunidade geral, pela impossibilidade de identificação do agente; de outro, a responsabilização objetiva e coletiva, impossível em um ambiente democrático e constitucional (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 116).

A responsabilidade penal, mesmo na esfera empresarial, continua a ser subjetiva, sendo qualquer movimento de responsabilização objetiva consistente em desvirtuação do sistema (PEREIRA, 2020, p. 46). É diante desta tendência à responsabilização objetiva das empresas por atos corruptos que tamanha importância foi dada ao *Criminal Compliance*, em especial em empresas de capital aberto e nas instituições financeiras. (LIMA, 2018, p. 30).

Destacando esta relação *Compliance* e Direito Penal Empresarial, e ainda a relação público-privada, salienta Renata Pereira Mayrink:

Os programas de *criminal compliance* se constroem como uma forma cooperação entre o ente privado e poder público, e estão intrinsecamente ligados ao Direito Penal Econômico, pois são um mecanismo que se esforça justamente para evitar a proliferação dos delitos econômicos, recorrendo ao aprimoramento dos controles internos da organização, além de também atuarem na facilitação da persecução desses crimes. (MAYRINK, 2020, p. 35).

Esta relação *Compliance* e Direito Penal, sobretudo o Direito Penal Empresarial, passa a exigir do operador do Direito um raciocínio diferente do usual. Como destaca Bonaccorsi:

As preocupações com a criminalidade econômica superam as fronteiras da dogmática penal, passam pela administrativização e caíram na tal prevenção. As empresas passam a adotar medidas voltadas para a neutralização dos riscos decorrentes da incidência da nova norma e suas sanções. (BONACCORSI, D., 2017, p. 224).

Ou seja, a lógica clássica da intervenção penal estatal posterior à ocorrência de uma conduta delituosa não foi quebrada, tampouco revolucionada, pelo surgimento de programas de *Compliance*. Pune-se após a identificação de um fato típico, culpável e antijurídico. Entretanto, o *Criminal Compliance* propõe uma alteração de ótica temporal para, desta maneira, fazer com que o ilícito penal seja enxergado e tratado em momento anterior, e não *a posteriori*. Como

ressaltado a seguir: “[...] cria-se, dessa forma, uma postura *ex ante*, capaz de prevenir responsabilizações penais para as pessoas singulares (físicas) e coletivas (jurídicas).” (WALKER JR., 2020, p. 43).

O gestor do programa de *Compliance*, o *Compliance Officer*, ocupa lugar central no momento de estruturação e funcionamento do programa. Trata-se de um profissional que de fato aplicará as técnicas de gestão e conhecimento da lógica penal, para mitigação de riscos corporativos de práticas delitivas.

Dentre as obrigações incumbidas a este profissional observa-se: desenhar um plano de conformidade e apresentá-lo à direção da empresa, devendo este satisfazer critérios mínimos de identificação, controle, informação e evitação dos riscos empresariais; implementar o programa, ou seja, garantir sua materialização; e, por fim, o controle e monitoramento das normas implementadas, identificando riscos e informando à Direção o que for necessário (PLANAS, 2018, p. 247). Em uma abordagem mais sucinta: gestão de riscos de persecução penal através de procedimentos padronizados (GLOECKNER, 2014).

Muito se diz a respeito da responsabilização criminal do próprio *Officer*, ou seja, as hipóteses em que o próprio *Compliance Officer* responderá pelos delitos praticados pelo ente coletivo. Não se pretende aqui analisar a fundo tal problemática, por não se tratar da análise central do presente trabalho, serão expostas apenas as perspectivas apresentadas quanto à forma desta responsabilização. A respeito disso destaca WALKER JR.:

O Gestor de *Compliance* não deve ser responsabilizado sem que se comprove uma daquelas duas situações: (a) que ele aderiu à conduta criminosa, empreendendo atos e praticando o crime, mesmo que em coautoria; e (b) que se verifique a omissão penalmente relevante, deixando ele de agir, quando deveria, hipótese de crime omissivo por omissão. A criminalização da conduta do *Compliance Officer*, fora destas hipóteses, pode caracterizar a responsabilização penal objetiva, vedada pelos sistemas de justiça criminal do Brasil, Portugal e da quase totalidade dos países ocidentais. (WALKER JR., 2020, p. 47).

Ainda sobre a responsabilização do *Compliance Officer*:

Por tudo o que aqui se expôs, conclui-se que o *compliance officer* não pode ser visto como um “bode expiatório” que responderá por todo e qualquer desvio que ocorra no âmbito da atividade empresarial. Apesar de assumirem a função de contenção dos riscos nas corporações, ou seja, ainda que sejam garantidores no âmbito empresarial, a responsabilidade penal desses agentes por omissão imprópria exige a verificação no caso concreto, e não em abstrato, dos elementos da teoria do crime, aqui representados por meio da análise da tipicidade. (MAYRINK, 2020, p. 108).

Como exposto, a regra para responsabilização criminal do *Compliance Officer* não se difere da regra geral da responsabilização criminal de todo e qualquer indivíduo, devendo passar pela régua dos elementos da teoria do crime e ser verificada subjetivamente.

Conclui-se que o objetivo do *Criminal Compliance* é, primordialmente, o de evitar os defeitos penais da organização e não de tratar estes defeitos (PEREIRA, 2020, p. 42).

Assim também destaca Gloeckner: “Pode se estimar que a *criminal compliance* tenha por pretensão a garantia de que as atividades ilícitas a que visa combater serão erradicadas inclusive antes de sua prática”. (GLOECKNER, 2014, p. 148).

Assim, o velho brocardo de “é melhor prevenir do que remediar”, por mais coloquial que possa parecer, vai ao encontro dos objetivos de um programa de *Criminal Compliance*.

3.6 Prevenção a Lavagem de Dinheiro e Combate à Corrupção

Como já exposto anteriormente, todo o ideário de *Compliance* apresenta como pano de fundo o delito de lavagem de dinheiro, tipificado no art.1º da Lei nº 9.613/98.²⁴

Operacionalizar o *Compliance*²⁵ em uma instituição perpassa necessariamente pela prevenção de riscos, dentre eles o risco de que um cliente, seja ele um investidor, fornecedor ou parceiro, eventualmente, movimente quantia financeira “suja”, de origem ilícita, no seio da instituição, aqueles que através de atos possam mascarar a fonte criminoso do dinheiro. (WALKER JR., 2020).

Ademais, como destaca Daniela Bonaccorsi (2017), o crime de lavagem de dinheiro carrega, historicamente, uma origem interligada ao tráfico de entorpecentes. A proposta de ocultação de valores ilícitos tem como *background* os valores advindos do crime de tráfico de drogas, motivo pelo qual a Convenção de Viena, em 1988, teve como finalidade primordial a promoção de uma cooperação internacional no sentido de criminalização do delito de lavagem de dinheiro, tendo como objetivo descapitalizar o criminoso e desencorajar a prática de crimes.

Atualmente já se tem uma percepção deslocada da anterior, entendendo-se que não só valores advindos do tráfico de entorpecentes são ocultados por meio da lavagem de dinheiro,

²⁴ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)” (BRASIL, 1998; 2012).

²⁵ A proximidade do pensamento empresarial, econômico, tributário e financeiro da seara penal se mostra cada vez mais presente. A interação do sistema jurídico, antes pontualmente separado, hoje redundante em visão globalizante. Sob esse aspecto, mostra-se fundamental que uma área - a penal - atue junto da outra - a econômico-financeira, a ponto de evitar qualquer sorte de responsabilização em face dos órgãos diretivos das empresas, seus sócios ou mesmo sobre as próprias pessoas jurídicas. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 243-244)

mas das mais diversas origens, motivo principal da alteração da Lei nº 9.613/98 pela Lei nº 12.683/12.²⁶ Neste sentido:

Foi com sua alteração a partir da Lei 12.684/12 que se passou a prever um rol de pessoas obrigadas a informar ao COAF, ou ao órgão competente, toda atividade que gere grande movimentação de valores, ou que, principalmente, não possuam valores pré-fixados, podendo gerar superfaturamentos. (BONACCORSI, D., 2017, p. 208).

Como destaca Daniela Bonaccorsi, o Estado passa a voltar sua atenção a setores da economia que normalmente não possuam valores fixos, como joalherias, obras de arte, artigos de colecionadores, mercado de luxo, prestadores de serviços imateriais, como palestras ou até mesmo honorários advocatícios e, principalmente, o mercado de valores.

Na mesma direção, salienta outro autor: “[...] muito comum a compra e venda de bens de elevado valor (imóveis, automóveis, obras de arte etc.) como mecanismo de dissimular a origem ilícita de capitais, durante o processo de lavagem.” (WALKER JR., 2020, p. 122).

Determinadas pessoas, físicas e jurídicas – como destacado no item Autorregulação Regulada (*Enforced Self Regulation*) – passam a ter obrigação de atuar preventivamente, identificando seus clientes, realizando diligências de verificação, *due diligences*, mantendo cadastros atualizados, e, principalmente, comunicando às autoridades a movimentação de valores elevados. Através de sistemas de KYC (*Know your Customer*), a instituição realiza toda uma checagem preventiva ao relacionamento com determinado cliente/investidor.

A Lei nº 12.683/12 ampliou e modificou as pessoas portadoras dos deveres de *Compliance*, trazendo como grande alteração a extensão dos abrangidos à obrigação às pessoas físicas, não mais limitando tal regra a pessoas jurídicas. (GLOECKNER, 2014, p. 153). Trata-se do estabelecimento, pelo particular, de mecanismos de monitoramento do fluxo de capitais, observando de onde valores saem e para onde estão indo.

É nesse contexto, de prevenção à Lavagem de Dinheiro – comumente chamada no mundo corporativo de PLD ou AML (*Anti Money-Laundering*) – que se concretiza o conceito de Autorregulação Regulada, por meio da obrigatoriedade de informar ao Estado determinadas movimentações financeiras. Neste sentido:

A partir da verificação de que a Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira, em termos preventivos, [o Estado] estipulou obrigações e deveres de informação de atividades suspeitas, órgãos financeiros e congêneres passaram a ter responsabilidades de cooperação com o sistema criminal. Na leitura fechada da lei, a não correspondência com essas obrigações implicaria simples responsabilidade administrativa. Mas já se

²⁶ Motivo pelo qual não existe mais um rol taxativo de quais seriam os crimes antecedentes à conduta, como tipificado na Lei 9.613 em sua redação original.

pensa além, mencionando-se, por igual, sanções penais. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 244).

Não são poucos os mecanismos existentes de *Compliance* que auxiliam nestas verificações e atuações preventivas, sendo que o próprio *Whistleblower*, instituto analisado no presente estudo, é destacado como um destes instrumentos: “No âmbito privado, vem ganhando força a figura do *Whistleblower*, dito de outra forma, aquele que, conhecendo desconformidades que caracterizam crimes, realiza uma denúncia remunerada às autoridades [...]” (WALKER, JR., 2020, p. 123).

Desta forma expõe-se a inegável relação umbilical existente entre programas de *Compliance* e o delito de Lavagem de Dinheiro, sobretudo no que tange ao *Criminal Compliance*. Pautado no ideário da Autorregulação Regulada, a prevenção e a detecção de riscos de lavagem de capitais, por meio de medidas de *Compliance*, formam-se, então, como principais instrumentos de informação às autoridades de persecução penal (WALKER, JR. 2020, p. 125). Nesta toada, a obrigatoriedade, a transparência e a delimitação das operações financeiras partiram criminalmente da lei de Lavagem de Dinheiro, que determinou os deveres de informação às pessoas obrigadas (BONACCORSI, 2017, p. 2013).

Ao lado deste cuidado com a prevenção à lavagem de dinheiro, outra temática que encontra relação direta para com a temática de *Criminal Compliance* consubstancia-se no combate à corrupção.

Para além de um tema que se tornou pauta política uníssona em campanhas eleitorais e preocupação diuturna do cidadão brasileiro, sobretudo considerando-se o período pós-Mensalão e os efeitos culturais da Operação Lava Jato,²⁷ a prevenção a condutas lesivas à Administração Pública é pauta, quase primordial, de programas de *Compliance*.

Para além de estabelecer medidas de prevenção à Lavagem de Dinheiro, os programas de *Compliance* também se investiram na tarefa de combate à corrupção, ou seja, afastar atos lesivos à Administração Pública, principalmente em atendimento ao disposto na Lei nº 12.846/13,²⁸ que elencou em um rol estas condutas que passariam a trazer punições,

²⁷ Antipetismo e antipolítica A manifestação de dia 26 de março convocada na Avenida Paulista tinha um conteúdo altamente heterogêneo construído ao redor de vários grupos e diversas pautas. Vem para a Rua, Movimento Brasil Livre, Partido Novo, Movimento de Restauração da Monarquia no Brasil, assim como diversos grupos militaristas. As pautas ocupavam também um amplo espectro: aquelas relativas à luta contra a corrupção (apoio à Operação Lava Jato e fim do foro privilegiado) as referidas a reforma política (contra a lista eleitoral fechada, contra a ampliação do fundo partidário público) até a volta da monarquia, a retomada do poder pelos militares ou o fim do estatuto do desarmamento e pautas de corte liberal (apoio a reforma da previdência e trabalhista e privatizações). (GALLEGO; ORTELLADO; MORETTO, 2017, p. 43).

²⁸ No Brasil, em clima de agitação popular e já se aproximando o momento de eleições presidenciais, entrou em vigor a mencionada Lei n.12.846/2013 – de pronto alcunhada como Lei Anticorrupção. A nova legislação não descuidou desses novos padrões de mercado, nem mesmo se propõe a desalinhar-se frente às fontes normativas

objetivamente aplicáveis,²⁹ àqueles que praticassem tais atos.³⁰ (BONACCORSI, D., 2017, p. 218).

A partir do século XXI, percebe-se um juízo aguçado referente ao fenômeno da corrupção, falando-se até mesmo na corrupção como um fator agressivo à consolidação de Direitos Humanos (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 303). Os mesmos autores ainda acrescentam:

Escândalos de corrupção, fraudes econômicas e a instabilidade financeira da Economia global impulsionaram medidas de integração supranacional de mercados, orientadas, estas, pela ideia de precaução na movimentação dos investimentos e pela adoção de boas práticas de governança corporativa. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 306).

Percebe-se a preocupação com corrupção como uma das principais funções no escopo de um programa de *Compliance*, quando avaliados os artigos 41 e 42³¹ do Decreto nº 8.420/15,

internacionais. Muito embora não se trate propriamente de lei formalmente penal, representa um conteúdo material penal, seus efeitos e formas sancionatórias têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 308).

²⁹ Criando mecanismos de aproximação de sua gestão aos interesses de regulação pública, a nova Lei Anticorrupção determina maior ingerência no funcionamento da atividade empresarial pela responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos da administração pública, nacional ou estrangeira, alcançando inclusive a pessoa de seus dirigentes. (SAAD-DINIZ e SILVEIRA, 2015, p. 309)

³⁰ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 14 de Janeiro de 2021.

³¹ Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 14 de Janeiro de 2021. Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

norma regulamentadora da Lei Anticorrupção Brasileira, que traz uma série de previsões acerca de programas de *Compliance*, apresentando uma espécie de *checklist* de avaliação de um programa de *Compliance*. (WALKER, JR. 2020, p. 159).

A corrupção deve ser tratada e prevenida ao máximo quando se trata de um ambiente institucional, seja ele público ou privado, tendo em vista que, para além dos prejuízos financeiros óbvios e imediatos, acarretam-se danos ao ambiente de trabalho, à reputação das organizações, à credibilidade no mercado e, como consequência, gera mais corrupção, alimentando-se condutas nocivas ao desenvolvimento econômico-social.

Interessante mencionar a metodologia citada por Gartner e Machado, conhecida por triângulo de fraudes ou triângulo de Cressey, em que, de acordo com o autor, as fraudes ocorreriam quando presentes três condições conjuntas: pressão, oportunidade e racionalização. Nas palavras dos próprios autores:

A pressão corresponde a problemas financeiros não compartilhados pelo indivíduo, como: medo de perder a ocupação atual, o alcance ou manutenção de um dado padrão de vida e problemas pessoais. A oportunidade à existência de conhecimento necessário e a posse de informações sobre os pontos falhos de governança corporativa e a oportunidade de resolver o problema não compartilhado. E a racionalização é o processo de racionalizar o ato como justificável e/ou aceitável e “correto”. (GARTNER; MACHADO, 2017, p. 111/112).

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Percebe-se que – partindo destes três pontos elencados: pressão, oportunidade e racionalização – normas de conformidade buscam agir, criando controles internos e mitigantes às práticas corruptivas, monitorando quais departamentos, e até mesmo quais indivíduos estariam expondo a instituição a riscos, seja por pressão pessoal ou por oportunidades de fraudes que lhes sejam conferidas.

De certo que nenhum programa de *Compliance*, por mais bem estruturado e rígido que fosse, conseguiria tornar indivíduos em sujeitos integralmente éticos tampouco erradicar as práticas corruptivas das instituições, afinal grande parte dos riscos são inerentes à própria atividade.

Entretanto, o mapeamento destes riscos, por meio da identificação dos pontos de interação com o Poder Público, com a mensuração da exposição de determinadas pessoas da instituição a contextos políticos, acompanhado de processos e controles internos bem estruturados, tem muito a colaborar para a construção de um ambiente institucional, seja público ou privado, menos corruptível.

3.7 Sistemas de Denúncia e o *Whistleblower*

Apresentados os principais pontos de um programa de *Compliance*, considerados pilares pelos autores expostos, bem como a interface entre os programas de conformidade e a mitigação de práticas ilícitas (criminosas ou não), adentra-se, finalmente, no escopo do presente estudo: o *Whistleblower*.³²

Em uma primeira análise, trata-se de um denunciante de determinada prática ilícita, seja ela um delito ou não, praticada no seio de uma instituição pública ou privada. Pode este denunciante recorrer a um sistema de denúncias interno à própria instituição, quando será considerado um *Whistleblower* interno, ou diretamente às autoridades, configurando-se como um denunciante externo.

Como exposto por Walker Jr. (2020, p. 38), o *Whistleblower*, aquele que denuncia determinada irregularidade, ocupa posição de relevância em um programa de *Compliance*, considerando que é pelo intermédio de canais de denúncia que grande parte de condutas ilícitas,

³² Importante, para compreensão das análises aqui feitas, que, nesse tema, a palavra denúncia não é utilizada no sentido técnico processual, como de inicial ofertada pela parte autora para início da ação penal, mas sim como sinônimo de “noticiar”/“reportar” determinada atividade ilícita, irregular, ou criminosa.

praticadas no interior de uma instituição, são levadas à tona, ao conhecimento dos demais integrantes daquela organização.³³

A implantação de um canal de denúncias tem como objetivo central a melhoria contínua da governança daquela instituição. Mais do que trabalhar a prevenção, tendo em vista que se há denúncia muito provavelmente já existe uma conduta delituosa, é através de um canal de denúncias que uma instituição revisitará seus controles internos, revisará sua organização e mitigará riscos reputacionais.

Esta figura jurídica, no Brasil, teve seus moldes desenhados a partir da Lei nº 13.964/19, conhecida por Lei Anticrime, e, desde então, pouco foi produzido de análise científica a respeito no Brasil. De certo que, por se tratar de uma legislação muito recente, a precariedade de estudos se justifica.

Procurar-se-á expor, no próximo capítulo, os desenhos desta figura em uma análise jurídica e legal, tomando a definição do autor espanhol Ragués i Vallés (2013) como vetor principal, mas não deixando de trazer pontuações diversas trazidas por outros autores, em visita à doutrina estrangeira e, ainda recente, à nacional.

Muito ainda há que se discutir a respeito da aplicabilidade deste instituto no Brasil, sobretudo ao considerar a ótica normativa que, a partir da Lei nº 13.964/19, mostra-se falha e lacunosa, como melhor será trabalhado no próximo capítulo.

³³ A partir de uma pesquisa feita pela KPMG “Perfil Global do Fraudador”, 44% dos fraudadores são detectados em função de uma denúncia feita através de um *Hotline*. A implantação de um canal de denúncias tem como objetivo central a melhoria contínua da governança daquela instituição. Mais do que trabalhar a prevenção, tendo em vista que se há denúncia, muito provavelmente já existe uma conduta delituosa, é através de um canal de denúncias que uma instituição revisitará seus controles internos, revisará sua organização e mitigará riscos reputacionais. (KPMG, [2021]).

4 WHISTLEBLOWER: CONCEITO E BREVE EXPOSIÇÃO

O termo *Whistleblower* não comporta tradução literal à língua portuguesa, sendo que, ao se importar o termo, seria encontrada como definição aquele que sopra o apito, tomando a tradução de *whistle*, apito, e *blower*, aquele que assopra.

Apesar da utilização do termo para em uma grande variedade de situações,³⁴ a palavra busca fazer referência aquele sujeito que denuncia determinado ato ilícito, por analogia aos policiais ingleses que assoavam um apito ao advertir os demais da presença de um possível delinquente. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 19).

Origem histórica distinta desta é destacada por Brandão:

A figura do *whistleblowing* remonta a *False Claims Act* [1], uma lei aprovada no ano 1863, no período da Guerra Civil norte-americana, como forma de reagir às fraudes sofridas pelo Governo Federal dos EUA na contratação de meios para o esforço de guerra [2]. Nesse contexto, foi instituído um procedimento para que os particulares pudessem atuar em prol dos interesses patrimoniais das entidades públicas defraudadas, intentando ações, mesmo em seu próprio nome, no interesse da instituição lesada – as denominadas ações *qui tam*. (BRANDÃO, 2020, p. 100).

Porém, mesmo partindo de interpretações históricas distintas, é possível conceber a figura do *Whistleblower* como a de um denunciante, informador, delator,³⁵ ou ainda “denunciante do bem”, de determinada prática ilícita cometida em uma organização, pública ou privada do qual faça ou tenha feito parte, em desfavor à Administração Pública, a uma ouvidoria interna ou diretamente a um órgão público de investigação ou persecução penal.

Quanto à organização é interessante destacar, desde já, o requisito essencial para existência desta figura: a necessidade de relação entre o *Whistleblower* com a organização. O *Whistleblowing* requer um contexto, qual seja a prática de determinado ilícito no interior de determinado sistema organizacional, o que difere o *whistleblowing* de um ato de denúncia qualquer sobre algum ocorrido, por exemplo, aquelas feitas por um disque-denúncia. (JUBB, 1998, p. 86).

³⁴ “O termo *whistleblowing* vem sendo utilizado reiteradamente, e toma um tom especial quando utilizado por jornalistas, em manchetes é utilizado em uma grande variedade de contextos nos quais a prática de delitos é exposta.” (JUBB, 1999, p. 78, tradução nossa). No original: “The term ‘whistleblowing’ is becoming commonplace. It has a sensational quality favoured by journalists, is often prominent in headlines and is used by them in a variety of contexts in which alleged misdeeds are exposed.”

³⁵ Posteriormente será feita a distinção entre a figura do Whistleblower e do Delator no âmbito da Delação Premiada prevista nas Leis 12.850/13 e 13.964/19. Aqui se refere ao Whistleblower como um Delator, no sentido de alguém que denuncia.

Além disso, estas informações apresentadas pelo *Whistleblower*, caso venham a resultar em recuperação de produto do crime ou mitiguem determinado prejuízo que fosse ser causado à Administração Pública, podem culminar, conforme fixado no ordenamento legal brasileiro e também de outros países, no estabelecimento de recompensa em favor do denunciante.³⁶

De acordo com Jubb:

Whistleblowing é um ato discricionário, portanto não obrigatório, praticado por um indivíduo que tenha, ou já tenha tido acesso, a informações internas à determinada organização, a respeito de determinada prática ilegal, ilícita ou irregular, ou suspeita de uma prática neste sentido, e que procura levar isto ao conhecimento de uma entidade externa, com potencial de correção ao mal feito. (JUBB, 1999, p. 77, tradução nossa).³⁷

Também a respeito da definição do *Whistleblower*, FERREIRA (2018) aponta quatro pontos determinantes ao instituto: sua atuação por intermédio de canais de comunicação, a necessidade de essas denúncias serem apuradas e tratadas, a existência de mecanismos de proteção destinados a esses denunciadores e as ofertas financeiras dadas em contrapartida aos *reports* relevantes (FERREIRA, 2018, p. 13).

Estes e demais pontos relacionados às particularidades de uma denúncia por *Whistleblower* serão apreciados ao longo deste capítulo, mas torna-se interessante trazê-los logo no início, para que o instituto, desde já, tome corpo ao leitor.

A figura do *Whistleblower* inseriu-se jurídico-legalmente no ordenamento brasileiro pela Lei nº 13.964/19 (conhecida popularmente por *Pacote Anticrime*), através de uma modificação à Lei nº 13.608/18, legislação que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensas por informações que auxiliem nas investigações policiais.

A Lei nº 13.608/18 passou a contar então com três dispositivos, 4º-A, 4º-B e 4 -C, voltando-se especificamente ao escopo de atuação do *Whistleblower* e versando sobre as prerrogativas premiaias que envolvem o instituto.

³⁶ O que verdadeiramente o catapultou na esfera internacional foi antes a Lei Sarbanes–Oxley (SOX)[9], de 2002. Nela foi estabelecido um regime de proteção dos trabalhadores de sociedades cotadas em bolsa que actuem como *Whistleblowers*[10], designadamente, proibindo retaliações sobre trabalhadores que denunciem ou prestem colaboração em investigações, internas ou externas, relativas a determinadas infracções cometidas no quadro da empresa a que estão ligados[11], e impondo a obrigação de introdução de canais internos de denúncia que possibilitem aos trabalhadores alertar o órgão de auditoria para suspeitas de práticas contabilísticas e de auditoria questionáveis. (BRANDÃO, 2020, p. 101).

³⁷ No original: “Whistleblowing is a deliberate non-obligatory act of disclosure, which gets onto public record and is made by a person who has or had privileged access to data or information of an organisation, about non-trivial illegality or other wrongdoing whether actual, suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organisation, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing.”

No Brasil o legislador determinou que a recompensa a ser estipulada em favor do denunciante pode chegar a até 5% (cinco por cento) do valor recuperado, entretanto em legislações internacionais este valor alcança maiores patamares, o que será tratado em tópico posterior.

Por ora não se pretende uma delimitação conceitual com profundidade, pretendeu-se, no momento, a apresentação do *Whistleblower* e seu principal escopo de atuação, qual seja: prestação de informação a respeito de determinado ato ilícito praticado no interior de uma instituição, seja ela pública ou privada, contra Administração Pública, uma ouvidoria interna ou diretamente aos órgãos estatais, envolvendo, em contrapartida, aspectos premiais.

4.1 *Whistleblowing* interno e externo

O termo *whistleblowing* é utilizado para se referir à conduta do *Whistleblower*, ou seja, o ato de denunciar (levar ao conhecimento de determinado órgão a prática de um ato ilícito). A respeito disso, faz-se a seguinte diferenciação: o *whistleblowing* interno do *whistleblowing* externo, sendo o primeiro aquele que faz uso de sistemas de denúncia de dentro da organização ou empresa, e o último refere-se às que denúncias são destinadas a autoridades ou instituições alheias à empresa, inclusive aos meios de comunicação (MACEDO, 2018, p. 77).

Definindo a atuação interna, destaca Brandão:

O *whistleblowing* poderá ter lugar no interior do ente coletivo em que o *whistleblower* se integra, mediante reporte de suspeitas de ilegalidades ou irregularidades à pessoa ou ao órgão internamente incumbidos de receber participações dessa natureza (denúncia interna). (BRANDÃO, 2020, p. 102).

Por sua vez, quanto à faceta externa, destaca o autor:

Pode suceder que, em vez de (ou após, sem sucesso) sinalizar internamente as suas suspeitas, o *whistleblower* as comunique antes a entidades externas, judiciárias ou administrativas, com competência para a investigação dos factos participados (denúncia externa). (BRANDÃO, 2020, p. 103).

Sobre conceitos e razões de uma denúncia externa traz Ragués i Vallés:

Por denúncia externa se entende todo ato de comunicação relativo a atividades ilícitas, ou pouco éticas, cometidas no contexto de uma organização pública ou privada, levada

a cabo por um empregado ou antigo empregado, cujo destinatário componha uma instituição alheia àquela. (RAGUÉS, I VALLÈS, 2013, p. 149, tradução nossa).³⁸

Desta forma, em consonância com Macedo e Brandão, o autor RAGUÉS I VALLÈS estabelece que o *whistleblowing* interno é aquele que se percebe no interior de uma organização, enquanto o externo envolve um sujeito, destinatário da informação, inserido em uma estrutura alheia.

É válido também expor a diferenciação apresentada por Rafih:

[...] cumpre distinguirmos o fenômeno do *whistleblowing* externo e do *whistleblowing* interno. Será interno todo o reporte de condutas irregulares que for feito no âmbito interno de uma organização pública ou privada por integrantes ou ex-integrantes. (3) De relevância aqui os canais internos de denúncia dos programas de *compliance*. Por seu turno, será externo quando o reporte for direcionado a autoridades ou terceiros (v.g. veículos midiáticos). (RAFIH, 2018, p. 07).

Assim, é possível já estabelecer, de pronto, que tanto aquele que se dirige a um órgão interno quanto aquele que se encaminha diretamente às autoridades públicas se caracterizariam como *Whistleblowers*. A respeito desta diferenciação, o autor segue e expõe a seguinte crítica:

Em todo caso, o que deve ser melhor avaliado, é o fato de que se apostem em denúncias internas, preferencialmente às externas, tendo em vista que as primeiras deixam na mão do próprio empresário a tomada de reação imediata frente ao conhecimento do delito, e, por consequência, a possibilidade de, eventualmente, ocultá-lo, destruir matérias probatórias, adotar medidas de represália contra o denunciante e etc. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 101, tradução nossa).³⁹

O autor toca em um ponto de importância quando estabelece esta crítica, tratando em específico de crimes praticados no âmbito empresarial.

Nos casos em que o *whistleblowing* é feito de maneira interna, quando o denunciante procura uma estrutura interna à própria empresa, como uma ouvidoria ou *hotline*,⁴⁰ surge a possibilidade de que alguém que ocupe uma posição superiormente hierárquica à do denunciante venha a ocultar o ato ilícito, destruir determinado material probatório ou, simplesmente, não dê seguimento à denúncia.

³⁸ Versão original: “Por denuncia externa cabe entender todo acto de comunicaci3n relativo a actividades ilcitas o poco 3ticas cometidas en el marco de la actividad de una organizaci3n p3blica o privada llevado a cabo por un empleado o antiguo empleado de dicha organizaci3n y cuyo destinatario es una persona o instituci3n ajena a aqu3lla.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 149).

³⁹ Vers3o original: “En todo caso lo que habr3a que cuestionar, m3s bien, es el hecho de que se apueste por las denuncias internas antes que por las externas, teniendo en cuenta que las primeras dejan en manos del propio empresario la reacci3n inmediata ante el conocimiento del hecho ilcito y la posibilidad de tratar de ocultarlo, destruir pruebas, adoptar represalias contra el sujeto denunciante, etc.”

⁴⁰ Linha de emerg3ncia, Linha de atendimento r3pido.

Mostra-se de suma importância a estruturação de sistemas de denúncia independentes, autônomos e, como tratado anteriormente, estruturados conforme programas sólidos de *Compliance*.

Outro ponto que deve ser destacado, no que tange a tratamentos de denúncias internas, diz respeito à responsabilização criminal daquele que toma conhecimento de determinada prática ilícita e, por vontade própria, opta por não a tratar ou não a encaminhar aos responsáveis ou aos órgãos públicos, assim destaca Ragués i Vallés:

[...] desde o momento em que os responsáveis máximos pela empresa – e todos aqueles outros que tenham dever funcional de evitação de determinada conduta ilícita – têm conhecimento de determinada prática ilícita, e se não atuam, deverão ser considerados coautores ou partícipes de determinado comportamento. (RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 106, tradução nossa).⁴¹

Portanto, como expõe o autor, ao se tratar de denúncias internas à própria instituição, é imprescindível que a elas seja conferido o devido tratamento e, caso constatada a prática de determinado ato delituoso, que aqueles que teriam dever de agir – no caso do ordenamento brasileiro circunscritos ao disposto no artigo 13, §2º do Código Penal – sejam devidamente responsabilizados.

Não existe qualquer prejuízo na internalização do *whistleblowing*, ou seja, na estruturação de sistemas de denúncia internos, pelo contrário, tanto legislações estrangeiras – FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) – como internas – Lei nº 12.846/13 e Decreto 8.420/15 (em específico o artigo 42, inciso X) – preveem benefícios atenuantes àquelas instituições que possuam programas de *Compliance* efetivos e, dentro deles, sistemas de denúncia.

Tampouco se pode tratar as denúncias externas como mais fidedignas ou legítimas, em relação às internas. A estruturação de um canal de denúncias compõe-se como um dos pilares de um programa de *Compliance*, justamente por se tratar de uma atuação criminal preventiva. A respeito disso:

O canal de denúncias é uma ferramenta de extrema relevância, tendo em vista a sustentabilidade que ele garante ao programa como um todo. A conduta da empresa ao recepcionar e processar as denúncias será fundamental para determinar a maturidade do programa de *Compliance*, bem como a forma que ela atua no mercado. As empresas precisam ter claramente a compreensão da importância que o canal de denúncias possui, pois a criação de um canal nada mais é do que a disponibilização de um meio facilitador, catalisador, para o recebimento dos incidentes negativos envolvendo as regras empresariais. Logo, o canal de denúncias é uma ferramenta

⁴¹ Versão original: “[...] desde el momento en que los máximos responsables de la empresa - y todos aquellos que tengan el deber de evitar la conducta ilícita – tienen conocimiento del hecho del empleado, y, si no actúan, deberán ser considerados autores accesorios o cooperadores necesarios en dicho comportamiento.”

importante de comunicação nas empresas, que permite o conhecimento de irregularidade se desvios que não seriam trazidos à tona por outra forma. (ABBATEPAOLO *et al.*, 2020, p. 216).

Nesta diferenciação entre a via interna ou externa de denúncia, Ragués i Vallés destaca que a maior repercussão de um *whistleblowing* acaba por se concentrar de fato na atuação externa, que transcende a estrutura institucional, enquanto o *whistleblowing* interno acaba por ser tratado no seio da própria organização (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 147).

Entretanto, ao abordar a maior repercussão conferida aos *whistleblowings* externos, Ragués i Vallés aborda os casos em que o denunciante se dirige às autoridades públicas, e não à mídia.

Nada impede que o *Whistleblower* se direcione diretamente aos canais de comunicação, jornais ou emissoras de televisão, reportando aquilo que pretende denunciar, entretanto, quanto ao direcionamento à mídia ou as autoridades, o autor se posiciona:

A denúncia às autoridades, judiciais ou administrativas, sempre deve ser preferida em relação a denúncia aos meios de comunicação ou ao público em geral, tendo em vista que as autoridades têm melhores condições de evitar o delito e/ou proceder com a investigação, e como regra geral, dever de confidencialidade que pode evitar que se faça pública a informação recebida ou minimizar o efeito de sua revelação. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 214, tradução nossa).⁴²

Assim, percebe-se que tratando de *whistleblowings* externos, Ragués i Vallés pontua os malefícios existentes quando o direcionamento é feito a veículos de mídia.

Ocorre que entre as categorias de *whistleblowings* internos e externos, apesar de seguirem procedimentos diferentes, não existe uma ordem a ser seguida, ou qualquer distinção legal entre o *whistleblowing* interno e externo, podendo o informante optar pelo caminho que bem entender. Não há assim hierarquia ou fluxo estabelecido. Pode o denunciante procurar a ouvidoria interna de sua empresa, bem como se direcionar, diretamente, a instituições de controle externas, como Ministério Público.

Porém, como exposto, em se tratando do recebimento de uma denúncia interna, posterior à prática de determinada conduta delituosa, cumpre à instituição destinar o melhor tratamento

⁴² Versão original: “Ello significa, por ejemplo, que la denuncia ante las autoridades (judiciales o administrativas) siempre debe preferirse a la denuncia antes los medios de comunicación o el publico en general, por la sencilla razón de que las primeras son, por lo general, quienes están en mejores condiciones de evitar el delito, y/o proceder a su investigación y sobre quienes pesan, como regla general, deberes de confidencialidad que pueden evitar que se haga publica la información recibida o en cualquier caso minimizar los efectos de su revelación.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 214).

à informação e, se necessário, observando-se o disposto no artigo 13, §2º do Código Penal, encaminhá-la aos órgãos estatais de fiscalização e investigação.

4.2 Quem “assopra o apito”? A Definição da Figura Jurídica.

Tendo como referência a tradução literal de *whistleblowing* como o ato de assoprar o apito, portanto a conduta de denunciar, é necessário pontuar a respeito dos contornos jurídicos deste instituto e de seus limites e possibilidades.

Sobretudo por se tratar de um tema novo no cenário jurídico-legislativo brasileiro, fazem-se necessárias análises sobre o tema, procurando, para definição dos seus contornos, resposta para a questão: Quem “assopra o apito”?

Tomando o ordenamento brasileiro como análise primeira, observa-se que no artigo 4º-A da Lei nº 13.608/13,⁴³ o legislador estendeu “a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a Administração Pública.”

Desta forma, atualmente, tem-se como regra vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de que qualquer pessoa atue como um *Whistleblower*. Qualquer cidadão pode levar ao conhecimento das autoridades públicas (*whistleblowing* externo) ou a determinada ouvidoria de uma instituição pública ou privada (*whistleblowing* interno) a prática de determinado ato ilícito tomado contra a Administração Pública.

Nota-se então, pela redação do mencionado dispositivo, bem como pelo parágrafo único que o segue,⁴⁴ que o legislador não estabeleceu exceções à regra ou vedações, deixando em aberto a possibilidade de *whistleblowing* a todo e qualquer um que se disponha a denunciar.

Entretanto, existem dois pontos que devem ser mencionados a respeito deste tema, tendo em vista que devem existir limites e possibilidades para atuação de um *Whistleblower*, tendo pecado o legislador ao deixar de conferir devida clareza ao dispositivo legal.

Buscando delinear os contornos deste instituto, dois pontos serão apontados: (i) aqueles que possuem dever de denúncia e que não podem atuar como *Whistleblowers*, tecendo-se uma breve análise comparativa entre ordenamento espanhol e o brasileiro e (ii) a exposição de

⁴³ Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. (BRASIL, 2013).

⁴⁴ Art. 4º-A. Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. (BRASIL, 2013).

conceitos de diversos autores a respeito do instituto, sendo adotada a posição de Ragués i Vallés (2013) como marco delimitante ao instituto do *Whistleblower*.

4.3 Dever de Denúncia

Determinados sujeitos possuem o dever de levar ao conhecimento das autoridades a prática, ou possível prática, de determinado ato ilícito cometido contra a Administração Pública, assim sendo o legislador brasileiro, ao editar a Lei 13.964/109, foi omissivo ao não pontuar determinada exceção.

É requisito essencial ao instituto do *Whistleblower* a ação por voluntariedade, trata-se de um ato que não pode ser imposto ou tomado a partir de coerção. As informações devem ser repassadas através de ato de livre vontade pelo sujeito denunciante. Assim sendo, a obrigação de denunciar imposta a determinados sujeitos vai de encontro à voluntariedade exigida em um *whistleblowing*.

Esta incompatibilidade é patente quando tomados como exemplos o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia. Ambos têm como dever funcional a apuração de condutas ilícitas, dentre estas condutas, uma infinidade de atos que podem ter sido praticados contra a Administração Pública. Não é possível que sujeitos ocupantes destes cargos públicos exerçam o papel de *Whistleblowers*, tendo em vista que sua obrigatoriedade de atuação é determinada constitucionalmente, no caso dos membros do Ministério Público pelo artigo 129 da Constituição Federal, e dos Delegados de Polícia ou outras autoridades policiais no art.144 da mesma Carta Constitucional.

Também, outro exemplo de sujeitos obrigados legalmente a denunciar, encontra-se na Lei de Acesso à Informação, promulgada em 2011. O legislador, no artigo 43 da Lei nº 12.527/11, alterou a redação do art.116 da Lei nº 8.112 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), fazendo constar, em seu sexto inciso, a obrigatoriedade de denúncia ao funcionário público federal.

Desta forma, o funcionalismo público da União tem como dever funcional levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou autoridade competente, o que se mostra incompatível com o exercício de *whistleblowing* (MACEDO, 2018, p. 63).

Situação párea é percebida no artigo 218 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais, que dispõe: “A autoridade que tiver ciência ou notícia da ocorrência

de irregularidades no serviço público é obrigado a promover-lhe a apuração imediata por meio de sumários, inquérito ou processo administrativo.”

Neste sentido acrescenta Prado:

[...] aqueles que possuem a obrigação legal de reportar, investigar e/ou processar os ilícitos penais, administrativos e criminais – como policiais, corregedores, ouvidores, promotores, *chief compliance officers* e outros – não deveriam ser elegíveis como *whistleblowers* nos casos em que receberam a informação e/ou as provas em razão de seu cargo. (PRADO, 2019, p. 14).

Igualmente Rafih afirma: “No setor público, em sendo o reportante funcionário público, haverá uma manifesta contradição entre o dever funcional de reportar ilegalidades e o correspondente direito à contrapartida financeira. (2018, p. 07).”

Por óbvio que não se pretende, no presente trabalho, demonstrar todas as particularidades legais relativas a deveres funcionais que impedem o exercício do *whistleblowing*, mas, em um pequeno recorte, algumas situações foram elencadas em um exercício exemplificativo, para demonstrar a omissão legislativa quando da redação do 4º-A da Lei nº 13.608/13. Ao menos uma ressalva, quando da redação do dispositivo, traria mais segurança jurídica ao exercício de denúncia, e contornos mais bem delimitados ao instituto jurídico do *Whistleblower*. Pontuando-se aqueles impossibilitados de exercerem o papel de *Whistleblower*, delimitaria-se melhor o instituto, verificando que não seria qualquer pessoa que poderia “soprar o apito”.

4.4 A omissão no Ordenamento Espanhol e Brasileiro

Como destacado no tópico anterior, no ordenamento brasileiro determinados indivíduos possuem dever específico de denúncia, ou seja, em razão da posição, função ou cargo que ocupam, estes devem informar ao Estado quando cientes da existência de determinada prática ilícita. Entretanto, a omissão de denúncia não é tipificada no ordenamento brasileiro, ou seja, inexistente um tipo penal autônomo para a conduta de omissão de denúncia.

A omissão penalmente relevante é tratada no Código Penal Brasileiro quando, no artigo 13 e dispositivos seguintes, é exposta a relação de causalidade como elemento do crime. Contudo, no ordenamento brasileiro, trata-se de omissão penalmente relevante nas hipóteses em que a omissão tenha dado causa ao resultado danoso, o que é diferente de simples omissão de denúncia. Quando um sujeito deixa de denunciar – de levar a informação às autoridades competentes da ocorrência de um delito – sua omissão não deu causa ao resultado delitivo, na

verdade, o fato delitivo já ocorreu e sua omissão encontra-se no ato de não denunciar. Esta omissão de denúncia, no entanto, não é especificamente tipificada no Direito Brasileiro.

Isso quer dizer que os indivíduos que possuem dever de denúncia, por ocupações funcionais, podem, a partir de sua omissão, vir a enfrentar um processo administrativo ou um procedimento de apuração relativo a tal conduta ou, até mesmo, serem denunciados por alguma prática ilícita a título de culpa, entretanto não serão enquadrados em um tipo penal específico para tal.

O mesmo não ocorre no Direito Espanhol. Ragués i Vallés (2013), para tratar de deveres de denúncia em sua obra, destaca que existe no ordenamento espanhol o que chamou de “*deber reforzado de denuncia*”, consubstanciado no artigo 408 do Código Penal Espanhol, que dispõe:

Artigo 408: A autoridade, ou funcionário que, desrespeitando sua obrigação funcional, deixar, intencionalmente, de promover a persecução dos delitos que tenha notícia, ou de seus responsáveis, incorrerá em pena de inabilitação especial para assumir cargo público, por tempo de seis meses a dois anos. (ESPAÑA, 1995).⁴⁵

Nota-se então que, ao contrário do Direito Brasileiro, existe prévia tipificação penal àquele que deixa intencionalmente de promover a persecução penal dos delitos de que se tenha notícia ou de repassar informações relativas a estes, com sanção prevista de inabilitação ao exercício de cargo público.

4.5 A figura do *Whistleblower*: O Estado da Arte

Como exposto, o legislador brasileiro estendeu a prerrogativa de atuar como um *Whistleblower* a qualquer pessoa. Essa definição parece ser acompanhada por Ferreira (2018), quando postula: “Com efeito, sem prejuízo das diversas definições possíveis para os termos apresentados, a solução para um modelo eficiente parece ser o tratamento mais expansivo possível à figura do *Whistleblower* e ao ato de denúncia.” (FERREIRA, 2018, p. 17).

Entretanto, a posição ocupada por Ragués i Vallés (2013), bem como por diversos outros autores que passarão a ser tratados, é distinta. Ragués i Vallés (2013) estabelece que, para se falar em *whistleblowing*, o denunciante deveria fazer parte, ou já ter feito parte, da instituição em cujo âmbito organizativo tenha ocorrido a conduta ilícita. Eis as palavras do próprio autor:

⁴⁵ Versão original: “Artículo 408: La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.”

Contudo, no caso de clientes ou de fornecedores é mais duvidoso que se possa falar em *Whistleblowers*, de acordo com a definição conceitual [...] que exige que este sujeito tenha feito parte da organização em que tenha ocorrido determinada conduta ilícita. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 91, tradução nossa).⁴⁶

Desta forma Ragués i Vallés (2013) diferencia uma denúncia que tenha partido de um membro ou ex-membro da instituição em questão, privada ou pública, de outra denúncia que tenha partido de qualquer cidadão, um *outsider*.

A diferenciação feita pelo autor, tomando o conceito de *Whistleblower* como quem compõe ou já tenha composto a instituição em questão, passa a fazer sentido sob a seguinte ótica: em se tratando do *Whistleblower* de um *insider*,⁴⁷ ou seja, alguém que componha ou já tenha composto o quadro da instituição, sua denúncia será mais bem fundamentada, com maior riqueza de detalhes, e, eventualmente, com maior facilidade de comprovação da denúncia.

Nesse sentido também corrobora Rocha (2015): “De fato, muitas vezes apenas os *insiders*, pessoas próximas aos fatos, podem esclarecer circunstâncias do porquê, do como, do quando e de que forma referentes a atos ilícitos praticados por corporações”. (ROCHA, 2015, p. 09).

A compreensão de Macedo (2018) também parece ir ao encontro da de Ragués i Vallés (2013) quando define o *Whistleblower* como “aquele membro ou antigo membro de uma determinada organização pública ou privada que denuncia às autoridades competentes condutas ilícitas que estavam ocorrendo (ou iriam ocorrer) no seio de tal organização justamente por deter tais informações.” (MACEDO, 2018, p. 26).

Ocupando esta mesma posição estão (MICELI; NEAR, 1985), que classificam *whistleblowing* como “ato de revelação, por parte de membros ou ex-membro de determinada organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, direcionadas à pessoas ou organizações capazes de realizar ações contra fatos reportados.” (MICELI; NEAR, 1985, 2).

⁴⁶ Versão original: “Con todo, en el caso de clientes o proveedores es más dudoso que pueda hablarse de *whistleblowers* de acuerdo con la definición de este concepto [...] que exige que el sujeto forme parte de la organización en cuyo ámbito organizativo ha tenido lugar la conducta ilícita.”

⁴⁷ Essa conexão com o ambiente de trabalho ressalta uma das principais razões do porquê o *Whistleblower* se constitui em agente tão importante para a defesa do interesse público. Tendo a empresa corrompido um funcionário público, ou praticado ela mesma uma importante violação de regra setorial, tais ações possivelmente podem chamar a atenção tanto na repartição pública na qual o funcionário público corrupto trabalha, quanto de um colega do setor privado que trabalha na empresa que promoveu ou aquiesceu com a corrupção. Ambos tomam ou podem tomar conhecimento dos mesmos fatos, haja vista a posição de observadores privilegiados do cenário ilícito. Ambos, portanto, seriam candidatos a tornarem-se *Whistleblower*. Tendo tomando conhecimento de fatos havidos no ambiente de trabalho, torna-se o *Whistleblower* detentor de conhecimentos que em geral estão circunscritos a um pequeno círculo de pessoas, e que por pressão do próprio ambiente corporativo dificilmente seriam trazidos ao conhecimento público. Trata-se de informação passada pelo que então se chama de *insider*. (ROCHA, 2020).

Alvim e Carvalho (2018) também entendem pela limitação desta figura, quando destacam: “Qualquer pessoa, dentro de uma instituição, pode e deve assoprar o apito.” (ALVIM; CARVALHO, 2018, p. 125).

Jubb (1999) também traz: “*Whistleblowing* precisa ser um ato diferenciado de uma informação generalista, ela deve possuir uma particularidade que lhe confira significância.” (JUBB, 1999, p. 79).

De igual forma, Brandão (2020) se posiciona restringindo a figura do *Whistleblower* a um sujeito que mantenha, ou tenha mantido, alguma relação com a instituição:

Whistleblowing é o termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a atividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo. (BRANDÃO, 2020, p. 99).

E complementa:

No plano subjetivo, deterão o estatuto de *whistleblowers*, desde logo e inequivocamente, os trabalhadores e funcionários (atuais e passados) das entidades a que as suspeitas se reportam. Dada a sua integração na organização, são essas pessoas que se encontram mais bem colocadas para detectar as práticas indevidas que nela porventura se desenvolvam e identificar e recolher os elementos que as indiciem ou comprovem. (BRANDÃO, 2020, p. 103).

Sobre quem “assopra o apito”, Gottschalk (2018) traz:

[...] *Whistleblowing* consiste no ato de chamar atenção, sobre determinada irregularidade, daqueles que podem fazer algo a respeito. *Whistleblowing* ocorre quando um empregado, ou ex-empregado, informa a respeito de determinado ato ilegal, imoral, ou desprestigiado à pessoa ou às pessoas que sejam capazes de interferir e tomar providência, naquela situação.⁴⁸ (GOTTSCHALK, 2018, p. 72, tradução nossa).

Gottschalk (2018) adiciona um traço relevante ao contorno desta figura, acrescentando que:

[...] se um indivíduo foi vítima do ato ilícito reportado, e denuncia este ato que lhe ofendeu a quem possa interferir na situação noticiada, este indivíduo não será tido como um *Whistleblower*. Trata-se de *whistleblowing* a prática de denunciar

⁴⁸ Versão original: “*Whistleblowing* is to bring information concerning wrongdoing to the attention of people who can do something about it. *Whistleblowing* is when someone who is employed or has been employed informs about illegal, immoral or harmful practice to a person or persons who are capable of changing that practice.”

determinada prática ilegal, imoral ou ilegítima, sem ter sido, por ela, diretamente afetado.⁴⁹ (GOTTSCHALK, 2018, p. 73, tradução nossa).

Neste sentido, uma vítima, mesmo que denuncie determinada prática ilícita, não deverá ser tratada como um *Whistleblower*, justamente por se tratar da parte ofendida no fenômeno, ela não estaria reportando tal prática de maneira voluntária, tratar-se-ia de um envolvido.

Interessante também, ao se falar em voluntariedade, trazer o conceito desenhado por Rodolfo Prado (2019):

Entende-se o *whistleblowing* como um ato deliberado, não-obrigatório, de um indivíduo civilmente capaz que não possui obrigação legal de tomar qualquer medida investigativa e/ou repressiva, de informar a quem possua esta obrigação legal acerca da prática de atos ilícitos – sejam eles de cunho criminal, administrativo e/ou cível – perpetrados no âmbito da Administração Pública e/ou de entidades privadas, que afetem terceiros. (BESSA NETO, CARDOSO, PRADO, 2019, p. 116).

Assim, como destaca Rodolfo Prado (2019), a voluntariedade no ato de *whistleblowing* é fundamental, tendo em vista que *Whistleblowers* denunciam por pura liberalidade. Entretanto, é necessário adicionar-se à perspectiva exposta pelo autor a característica de *insider* do denunciante.

Na posição de Ragués i Vallés (2013), acompanhado por Brandão (2020), Jubb, (1999) Macedo (2018), Miceli e Near (1985) bem como diversos outros autores citados, ao se falar em uma denúncia de um *outsider*, alguém alheio à instituição em que tenha ocorrido determinada prática ilícita, torna-se dificultoso falar em *whistleblowing*. O *Whistleblower* carrega consigo uma característica particular: a posição privilegiada, de *insider*, de alguém que carrega consigo particularidade que lhe confira significância.

Outsiders, justamente por não ocuparem posição de destaque situacional, muito provavelmente não tenham, de fato, informações fidedignas a respeito de uma prática interna à instituição. Assim, compor ou ter composto os quadros da instituição marca-se como um traço forte e essencial à definição do *Whistleblower*.

Os desenhos corporativos são diversos e cada vez mais são mais estruturados, procedimentos são revistos, restabelecidos, cargos são criados e funcionários são alocados, de maneira que a Autorregulação Regulada, tema tratado anteriormente, justifica-se justamente pela dificuldade de o Estado estabelecer uma investigação no âmbito interno à instituição.

⁴⁹ Versão original: “If an individual is a victim of other people’s actions in the organization, and reports the practice to someone who can change the practice, then that individual is no whistleblower. A Whistleblowing someone who notices illegal, immoral or illegitimate practice without being affected by it herself or himself.”

Dessa forma, o raciocínio dos autores faz sentido ao refletir a respeito da possibilidade de que um *outsider* tenha, de fato, informações concretas a respeito de uma prática ilícita ali cometida.

Nada impede que denúncias feitas por membros que não façam parte do desenho da instituição sejam recebidas, desde que direcionadas diretamente aos órgãos fiscalizadores ou a um sistema de denúncias interno à empresa, mas que seja aberto ao público. Entretanto, Ragués i Vallés (2013) entende isso que não se trataria de hipótese de atuação conforme *Whistleblower*, mas sim de uma denúncia pública *suis generis*. (Incluem-se aqui também as situações das vítimas denunciantes).⁵⁰

Esta mesma posição é compartilhada por Brandão (2020):

Desta forma, numa demarcação subjetiva do *whistleblowing* pela negativa, pessoas desprovidas de um relacionamento profissional ou empresarial com o ente coletivo a que o alerta por si realizado diga respeito não deverão ser qualificadas e tratadas como *whistleblowers*. O mesmo é dizer que, em via de princípio, não deverão considerar-se beneficiárias das prerrogativas e salvaguardas legalmente previstas para os *whistleblowers*. Isto, sem prejuízo, naturalmente, da tutela que lhes deva ser garantida por força de outras normas, em especial as que digam respeito às liberdades fundamentais de expressão e de imprensa e as que vedem a infligção de represálias pelos visados a título de vindicta privada. (BRANDÃO, 2020, p. 105).

Dessa maneira, pretendeu-se elencar estes dois pontos para a análise da expressão “qualquer pessoa” presente no *caput* do artigo 4º-A da Lei nº 13.608/18.

No que se refere ao primeiro ponto, a respeito daqueles que possuem dever de denúncia, aparentemente, tal questão passou despercebida pelo legislador, que restou omissivo em relação às necessárias ressalvas que deveriam constar na redação do dispositivo.

Já quanto ao segundo ponto, que traz o conceito de Ragués i Vallés (2013), Macedo (2018), Miceli e Near (1985), e diversos outros autores a respeito do ato de *whistleblowing*, conclui-se que o legislador pretendeu manter os contornos do instituto em maior abrangência, ampliando o seu escopo de atuação.

Ocorre que, agindo dessa maneira, deturpa-se o instituto, trazendo dificuldades à sua proceduralização e – com uma abrangência indefinida, isto é, “qualquer pessoa” – alimenta-se um vigilantismo de *outsiders* muitas vezes inócuo, pois como trata Jubb (1999):

⁵⁰ “Cabe registrar que há diferença entre o que se tem como *whistleblower*, *leaker* (“vazador”) e o *informant*. O primeiro é justamente o agente que pratica o *whistleblowing*, aqui estudado. O *leaker* é alguém que utiliza algum dos meios de comunicação existentes para dar conhecimento ao público de algum ilícito, mas sem finalidade específica de se investigar o crime. O *informant*, por fim, é aquele que auxilia as forças policiais no seu dia-a-dia com “dicas”, mas sem que sejam utilizadas como testemunhas ou denunciante propriamente.” (BESSA NETO; CARDOSO; PRADO, p. 117, 2019).

“[...] whistleblowing precisa ser diferenciado de uma simples informação generalista para que se tenha um significado e importância particular.”⁵¹ (JUBB, 1999, p.79, tradução nossa).

4.6 O Direito Penal Premial: O Delator e o *Whistleblower*

Uma das principais características do instituto do *Whistleblower* consubstancia-se no fator recompensa. Aquele que atua como denunciante de determinada prática ilícita cometida em uma instituição da qual faz ou tenha feito parte a partir da promulgação da Lei nº 13.964/19 passa a ter direito a recompensa, que, no conforme estipulado pelo legislador, pode chegar até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.

Premiar aquele que colabora com as investigações não é algo inédito no ordenamento brasileiro, estando presente em outras legislações. Em uma sucinta análise, encontra-se o fator recompensa no art.8º, § único da Lei nº 8.072/90⁵² (Lei de Crimes Hediondos); (BRASIL, 1990) no art.16, §único da Lei nº 8.137/90⁵³ (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária); (BRASIL, 1990) no art.1º, § 5º da Lei nº 9.613/98⁵⁴ (Lei de Lavagem de Dinheiro) (BRASIL, 1998); no art.41 da Lei nº 11.343/06⁵⁵ (Lei do Tráfico de Drogas) (BRASIL, 2006), dentre outras.

Principalmente, e aqui merecendo destaque, o fator premial é encontrado no Direito Penal na Lei nº 12.850/13, recentemente alterada pela Lei nº 13.964/19, que dispõe em seção específica sobre a procedimentalização da Colaboração Premiada.

⁵¹ Versão original: “Whistleblowing needs to be differentiated from informing in general if the term is to have and convey particular significance.” (JUBB, 1999, p. 79).

⁵² “Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” (BRASIL, 1990).

⁵³ “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995).” (BRASIL, 1995).

⁵⁴ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).” (BRASIL, 2012).

⁵⁵ “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” (BRASIL, 2006).

A legislação prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial, redução da pena ou substituição por restritivas de direito⁵⁶, bem como abre um leque de possibilidades de negociação entre Ministério Público e colaborador.

A Delação Premiada é, sem qualquer sombra de dúvidas, o maior expoente no que tange a recompensa no cenário jurídico brasileiro. Grandes operações, a exemplo da Operação Lava Jato,⁵⁷ foram desenvolvidas tendo a Delação Premiada com um de seus pilares centrais. Nessa conjuntura, premiar aquele que colabora com as investigações ou já com a persecução penal passou a se tornar uma conduta corriqueira, e inclusive incentivada no cenário penal atual.

Ocorre que, por mais que ambas as figuras, a do Delator e do *Whistleblower*, situem-se em um cenário de Direito Penal Premial e que de fato carreguem características compartilhadas, ambas figuras se tratam de institutos com contornos jurídicos muito diferentes e escopos de atuação distintos.

Partindo da definição de Delação Premiada e sua relação com persecução penal, ambas postas por Alexandre Rosa, pretende-se contrapor estas figuras. Para compreensão do Delator e de sua relação com investigações em organizações criminosas, Rosa (2018) leciona:

A investigação de organizações criminosas alimenta-se de informação qualificada e consistente, capaz de ser obtida por meio de ações táticas bem concatenadas, e fundamentalmente, com o uso de “delatores”. A qualidade das informações prestadas por um *insider* (quem tem acesso a informações privilegiadas) é muitas vezes melhor do que a obtida por alguém que precisou juntar os fragmentos indiciários/probatórios [...] O testemunho direto, provido de detalhes, caminhos e rastros, proporciona o desate mais eficaz para o Estado. Eis o fundamento último da aliança eventual com delatores. A informação de dentro não precisa ser construída por narrativas fragmentadas de investigações sem delatores, já que pode ser contada por quem presenciou e vivenciou o dia a dia da organização criminosa. Daí o uso de mecanismos premiais e de informantes informais. (ROSA, 2018, p. 15).

Como exposto por Rosa (2018), demonstra-se que, em muito, de fato há similaridade entre a figura do delator com a do *Whistleblower*, afinal referem-se ambos a mecanismos premiais pautados na figura de informantes. Partindo da definição de Ragués i Vallés (2013), adotada neste trabalho como marco (tendo em vista que a legislação brasileira optou por escopo

⁵⁶ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

⁵⁷ A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 30 set. 2020.

de atuação mais abrangente),⁵⁸ referem-se ambos a *insiders*, ou seja, indivíduos que têm acesso a informações privilegiadas, às quais, em uma investigação, teriam acesso mais difícil por outros meios que não o da colaboração premiada.

Por meio do conteúdo repassado pelos denunciantes, seja o conteúdo recebido por uma delação ou por *whistleblowing*, a investigação estatal percorre um caminho mais rápido e por conseguinte efetivo. A atuação de *insiders*, delatores e *Whistleblowers* que se dispõem a compartilhar informações úteis a respeito de determinada prática delituosa, nos termos utilizados por ROSA, “[...] proporciona o desate mais eficaz para o Estado.” (ROSA, 2018, p. 15).

Em contrapartida, os mecanismos premiais são utilizados em um esquema de “troca”, os informantes compartilham informações úteis às autoridades e, em contrapartida, são por isso recompensados.

Um ponto que também deve ser estabelecido como comum entre as duas figuras é o fator voluntariedade. Ambos os sujeitos, para se caracterizarem como delatores e *Whistleblowers*, devem procurar as autoridades de maneira espontânea.

Exposto este cenário de similaridades entre as figuras, delatores e *Whistleblowers*, faz-necessário demarcar agora as diferenciações, demonstrando que se tratam de figuras jurídicas com contornos bem distintos, centralizando-se as distinções em cinco pontos principais: (i) a participação para a consumação do delito; (ii) a existência de uma organização criminosa; (iii) a natureza da recompensa; (iv) a relação da denúncia com o Estado; e (v) a anonimização.⁵⁹

Iniciam-se as distinções com o ponto principal, a colaboração do indivíduo para a consumação do crime. O indivíduo que se propõe a atuar como um delator deve, necessariamente, estar relacionado com o crime que anuncia às autoridades. Como prevê o art. 3º-A da Lei nº 12.850/13, trata-se de um negócio jurídico firmado entre um investigado (ou um corréu caso já tenha sido alvo de Denúncia pelo Ministério Público) e os órgãos estatais em que este colaborador contribui no desenvolvimento da persecução penal. Ao contrário do Delator,

⁵⁸ Como tratado anteriormente, a Lei 13.964/19 optou por permitir a “qualquer pessoa” a possibilidade de atuar como um *Whistleblower*.

⁵⁹ Rodolfo Prado, ao contrário, centraliza em três os pontos de distinção entre estes sujeitos, como se vê a seguir: O Primeiro diz respeito ao âmbito de aplicação. Enquanto a colaboração premiada diz respeito tão somente a crimes, o *whistleblowing* também se aplica aos ilícitos administrativos e fraudes civis. Outro aspecto relevante é quanto à participação do agente no ilícito. O colaborador (delator) obrigatoriamente participou de alguma forma do ilícito, em regra, no todo ou em parte, que está delatando. Já o *Whistleblower*, em regra, não participou do esquema criminoso, embora exista essa possibilidade em alguns ordenamentos. O último motivo concerne à recompensa. Esta, no que tange ao colaborador premiado, só pode significar diminuição de pena, regime de cumprimento diferenciado ou o perdão judicial. Ao *Whistleblower*, a recompensa é financeira. (BESSA NETO; CARDOSO; PRADO, p. 117, 2019).

o *Whistleblower* não participa na consumação do delito, ou seja, trata-se de um terceiro, afastado do fenômeno delituoso e que somente o noticia.

Como destaca o autor a seguir:

Trata-se, portanto, de incentivar (e eventualmente recompensar) a colaboração de cidadãos que não compactuaram com as posturas dos indivíduos infratores e não possuem nenhuma relação de envolvimento com o erro observado. Em sentido diferente, os acordos de delação premiada e de leniência sugerem ao Estado, para obter informações e aplicar a lei, a prática de barganhas com pessoas e corporações desonestas, que se beneficiaram ilícitamente e causaram danos a sociedade, mas poderão ter suas punições atenuadas ao colaborarem com o deslinde do caso e a persecução de terceiros. (FERREIRA, 2018, p. 18).

As informações que o Delator e o *Whistleblower* repassam às autoridades são privilegiadas, mas, por razões distintas, o Delator tem conhecimento dessas informações por se tratar de um agente ativo na consumação do delito, enquanto o *Whistleblower* é concebido como um informante privilegiado por compor, ou já ter composto, os quadros da instituição em que o ato ilícito se desenvolveu. Conclui-se, portanto, que, por mais que se trate, nos dois casos, de denunciante, eles ocupam posições distintas.

O segundo ponto que marca a diferença entre essas duas figuras é percebida na existência ou não de uma organização criminosa. A Delação Premiada encontra-se disposta na Lei nº 12.850 promulgada em 2013, a Lei de Organizações Criminosas, sendo que quem delata, esperando um prêmio, obrigatoriamente deve ter feito parte desta organização.

Assim, pressupõe-se para a possibilidade de firmamentos de acordo de delação premiada, nos moldes dispostos na Lei nº 12.850/13, a existência de uma organização criminosa, o que não pode ser dito do *whistleblowing*. O *Whistleblower* pode denunciar a prática de ato ilícito, seja esse ato um crime ou não, e tendo este ato sido praticado por um único indivíduo ou por numerosos agentes.

O terceiro ponto distintivo diz respeito à natureza da recompensa. O Delator pode ter como recompensa, na legislação brasileira, a redução da pena em até dois terços, a substituição da sua pena por penalidades restritivas de direito ou até mesmo o perdão judicial. Portanto, o fator recompensa no caso do Delator está diretamente relacionado ao aspecto penal. Sua atuação é premial no sentido de benefícios de natureza penal.

Já o *Whistleblower*, ao denunciar, não o faz em busca de benefícios de natureza penal, tendo em vista que não colaborou para o ato ilícito que vem a informar. A recompensa pelo *whistleblowing* possui natureza financeira, que, na legislação brasileira, pode alcançar até cinco por cento do valor recuperado pela Administração Pública em virtude de sua denúncia. Em

muitas das vezes é justamente em virtude desta vantagem de natureza pecuniária que o *Whistleblower* atua.

O quarto ponto que distingue as duas figuras diz respeito à relação do denunciante com o Estado. O Delator necessariamente deve buscar as autoridades públicas para dar notícia da prática de ato criminoso, seja autoridade policial ou diretamente o Ministério Público. Ou seja, em uma Delação Premiada, obrigatoriamente, uma das partes deste negócio jurídico é uma autoridade pública, um membro do Estado.

Já o *Whistleblower* pode procurar diretamente o Estado (atuando como um externo), os meios de comunicação, ou canal de denúncias interno à instituição pública ou privada com que mantenha relação. Assim, a relação do *Whistleblower* com o Estado, ao contrário do que ocorre na Delação Premiada, não é condição para sua existência como instituto.

O quinto, e último, ponto distintivo entre as duas figuras diz respeito à anonimização. A relação do *Whistleblower* com os fatores de anonimato e sigilo. O *whistleblowing* pode se desenvolver de maneira anônima inicialmente, podendo abandonar o anonimato e evoluir para uma tratativa sigilosa caso necessário, desde que observados os direitos à proteção do denunciante. Assim, o *Whistleblower* pode informar, interna ou externamente, aquilo de que tem conhecimento anonimamente, sem precisar sequer se identificar.

A partir da denúncia, durante devido tratamento que lhe tenha sido conferido (o que foi trabalhado em capítulo anterior), para averiguação do ato ilícito, provavelmente será necessário que o denunciante abandone o anonimato e passe a ocupar o patamar do sigilo, ou seja, mantenha sua identidade anônima para os demais mas identifique-se perante o órgão que tenha procurado, seja ele interno ou externo.

Sobretudo em se tratando do tratamento de denúncias anônimas em sede judicial, traz Ragués i Vallés (2013):

Assim, o desconhecimento da identidade do denunciante não impede, certamente, que seja iniciada uma investigação interna, mas, se não forem arrecadadas provas adicionais, a demonstração do fato denunciado perante os órgãos judiciais será essencialmente inviável com a mera denúncia anônima. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 123, tradução nossa).⁶⁰

Neste sentido, constatada eventual prática criminosa, não pode ser permitido que esse sigilo seja mantido, tendo em vista que no decorrer de um processo penal é necessária a

⁶⁰ Versão original: “Así, el desconocimiento de la identidad del denunciante no impide, ciertamente, la iniciación de una investigación interna; pero, si no se obtienen pruebas adicionales, la demostración del hecho denunciado ante los tribunales resultará sencillamente inviable con la mera denuncia anónima.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 123).

identificação da origem daquela informação. O próprio Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar, o faz no sentido da impossibilidade de que uma denúncia anônima sustente, por si só, a instauração de um inquérito policial.⁶¹

Já no caso do Delator, ao contrário do que ocorre em um *whistleblowing*, sua identidade nunca poderá ser anônima, devendo ser identificado, perante o Ministério Público desde as primeiras tratativas. O sigilo que orbita a Delação Premiada se refere não à identidade do colaborador em si, mas sim à existência daquelas tratativas, evitando que chegue ao conhecimento dos demais investigados ou corréus. Após firmado o Termo de Acordo, este é anexado aos autos do procedimento penal e lhe é dada publicidade.

Dessa forma se conclui que a figura do *Whistleblower* goza da prerrogativa de uma atuação inicialmente anônima, sendo posteriormente substituída por uma situação de sigilo ou, se necessário em um processo penal, que o Whistleblower tenha sua identidade revelada; ao passo que o Delator, em nenhum ato, pode deixar de se identificar perante o Estado, seu sigilo lhe é garantido somente perante os delatados até o firmamento do acordo.

4.7 *Whistleblowing* como ferramenta de importância à Persecução Penal Empresarial

Com o avanço da tecnologia, o desenvolvimento da globalização, a aceleração das transações financeiras e a sofisticação dos sistemas econômicos, a persecução penal no âmbito da criminalidade econômica se tornou mais dificultosa.

O crime vem se desenvolvendo por meios cada vez mais elaborados, e o criminoso do colarinho-branco, termo cunhado por Sutherland,⁶² em 1983, passou a se valer de um aparato – em termos de pessoal e material – cada vez mais diferenciado, o que afetou diretamente na eficiência dos meios investigativos estatais.

Nesta toada, o fenômeno do delito econômico se estrutura de maneira complexa, como destaca Bonaccorsi:

Grande marco é a mundialização da economia e conseqüente transformação econômica em diversos países. Com a abertura de mercados, negociações, fluxos de

⁶¹ “No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.” (STF – Primeira Turma – HC n. 98.345/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio / Rel. Min. p/ acórdão Dias Toffoli – j. em 16.06.2010 – DJe 173 de 16.09.2010).

⁶² Trabalho publicado por Edwin Sutherland em 1983 no Greenwood Press Publishers Westport, onde o termo White Collar Crime foi utilizado pela primeira vez.

taxas cambiais, ao mesmo tempo, surgem países estáveis, surgem outros com economias abaladas. Mudanças que trouxeram grande influência no âmbito criminal. A globalização financeira facilita a movimentação de valores clandestinos, transações via internet, fraudes nos sistemas fiscais, e esses países estáveis e desenvolvidos passam a ser suporte ao desenvolvimento do capital, muitas vezes funcionando como paraísos fiscais. (BONACCORSI, D., 2013, p. 8).

No mesmo sentido traz Pereira:

[...] o Direito Penal Empresarial trata do conjunto de delitos que podem ser praticados quando do exercício de atividade econômica organizada visando à obtenção de lucros, em uma economia de mercado. Configura uma “criminalidade sutil, difusa e de reflexos lentos, porém com dimensão extremamente acentuada”. (PEREIRA, 2014, p. 106).

Essa criminalidade sutil e difusa, muito bem desenvolvida no âmbito empresarial, acaba por dificultar o desenvolvimento da persecução penal estatal, que, em busca de acompanhar este desenvolvimento, passou a estabelecer meios colaborativos, como citado Direito Penal Premial, para a investigação e punição, como traz Rosa: “As limitações estatais são preenchidas pela colaboração interessada de *insiders*.” (ROSA, 2018, p. 15).

Neste cenário de um mundo corporativo cada vez mais desenvolvido, de desenhos institucionais complexos e progressivamente mais elaborados, o Direito Penal adentra em um processo de adequação à delinquência econômica.

Nota-se, então, um esforço das autoridades policiais, judiciais e fiscais no sentido de diminuição da distância entre a evolução do grau de sofisticação da criminalidade e da capacidade de persecução estatal (WALKER, JR., 2020, p. 87).

Assim, com aumento do campo de atuação deste Direito Penal, através de cooperação e reavaliação de políticas criminais, ele busca acompanhar o desenvolvimento e expandir sua tutela para novas áreas, como a economia (MAYRINK, 2020, p. 30).

A respeito disso expõe Rafih:

[...] temos testemunhado a falência do sistema regulatório estatal, que tem fomentado uma tendência de quase privatização da persecução penal, fenômeno esse de grande relevância quando analisamos mais detidamente os programas de *compliance* e a figura do *whistleblower*, ambos dando pistas de uma reformulação dogmática e político-criminal que visa se adequar às recorrentes transformações da sociedade de risco. (RAFIH, 2018, p. 04).

Ao lado da figura do Delator, sendo válido citar também o recém instituído Acordo de não Persecução Penal⁶³ pela mesma Lei nº 13.964/19, o *whistleblowing* se mostra como uma ferramenta importante à persecução penal na seara econômica.

Como exposto em tópicos anteriores, é justamente pelo fato de esses indivíduos serem informantes privilegiados, *insiders* à própria instituição em que o ato ilícito tenha ocorrido, que se percebe a facilitação no desenvolvimento da persecução. Nesse sentido:

Tanto as empresas quanto a Administração Pública representam âmbitos de penetração difícil para a atuação das polícias investigativas e outros órgãos fiscalizatórios. Consequentemente, uma porcentagem elevada de atos ilícitos que são praticados nesses ambientes jamais é descoberta e permanece impune. Diante dessa dificuldade, os poderes públicos de ordenamentos estrangeiros apostam nos últimos anos em incentivar que seus cidadãos, ao tomarem conhecimento de condutas irregulares, reportem tais fatos às autoridades e recebam como contrapartida o oferecimento de proteções e, eventualmente, recompensas. (FERREIRA, 2018, p. 13).

Nesse intercâmbio, uma parte fornecendo informações e a outras recompensas (seja de natureza penal ou financeira), estabelece-se um ciclo virtuoso, um sistema de “*ganha-ganha*”. No entanto, concluir acriticamente que o *Whistleblower*, ao lado das demais figuras que compõem o chamado Direito Premial, significa uma reviravolta no enredo do Direito Penal seria por demais inocente. Trata-se de institutos que são alvo de críticas por diversos juristas, com aplicabilidade ainda incerta em alguns casos e, principalmente, que podem em eventual atuação esbarrar em garantias constitucionais.

Neste exato sentido expõe Rafih: “A ameaça penal é utilizada como moeda de troca no afã do desmantelamento das megafraudes, estimulando a criação de sistemas de controle por vigilância que parecem se olvidar do passado denunciante típico da tradição inquisitória.” (RAFIH, 2018, p. 7). Porém, em sentido contrário, também não é possível negar que esta

⁶³ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).” (BRASIL, 2019).

atuação premial pode ser apresentada como uma possível nova ferramenta de mitigação à criminalidade econômica.

4.8 O fator Recompensa

Em sua obra Ragués i Vallès, ao analisar os prós e contras a respeito do incentivo econômico das denúncias postula o seguinte: “[...] o oferecimento de recompensas é o estímulo mais decisivo para conseguir que os indivíduos decidam denunciar prática ilícitas das quais tenham conhecimento [...]” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 57, tradução nossa).⁶⁴

O autor, em seguida, desenvolve raciocínio a respeito desse estímulo, entendendo que voluntariamente ninguém seria incentivado a denunciar, tendo em vista os riscos de retaliação existentes. Sendo assim, a remuneração financeira pelas informações oferecidas estaria justificada.

Inclusive, é feita pelo autor a referência a um estudo publicado na *Texas Law Review*, por Feldman e Lobel (2010), constatando que a situação em que os empregados de determinada instituição sentem-se mais dispostos a denunciar é quando possuem dever legal de fazê-lo, e também quando o ato da denúncia é acompanhado de uma recompensa elevada (o estudo trabalhou com o valor de um milhão de dólares como estímulo). Na outra ponta, a situação em que menos estariam dispostos ao *whistleblowing* seria quando a recompensa fosse baixa (o estudo estipulou o patamar de mil dólares) (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 73).

Não restam dúvidas quanto à recompensa ser tida como incentivo à denúncia. O Estado procura moldar o comportamento humano, induzindo os indivíduos a se comportarem de determinada maneira, à medida em que estipula sanções positivas e negativas. A respeito disso, traz Ferreira:

[...] as políticas ou ações de qualquer indivíduo podem ser afetadas pelas recompensas ou pelas punições. Em outras palavras, ambos os sistemas de incentivos (tanto os baseados em sanções negativas quanto positivas) seriam manipuladores, uma vez que nos dois casos as escolhas pessoais são mais ou menos estruturadas e direcionadas pela atuação do Estado. (FERREIRA, 2018, p. 60).

De certo que, como Ferreira (2018, p. 61) argumenta, não se pode partir do pressuposto de que o dinheiro “falaria mais alto” do que outros fatores, vez que essa perspectiva de análise do fator recompensa é perpassada por variáveis morais e éticas e outras questões de cunho

⁶⁴ Versão original: “[...] el ofrecimiento de recompensas el estímulo más decisivo para lograr que los sujetos se decidan a denunciar aquellas prácticas ilícitas de las que tienen conocimiento.”

individual mais sensíveis. Entretanto, contrapondo com o estudo apresentado por Ragués i Vallès (2013), percebe-se que se trata de uma variável de importância.

Outro ponto que destaca Ragués i Vallès (2013) diz respeito à perspectiva liberal da recompensa. A recompensa paga àqueles que informam acaba por significar uma vantagem de uma matriz estatal liberal, em que, em vez de se encarregar o cidadão com maiores deveres de denúncia, como o de colaboração investigativa, recompensa-se aqueles que o fazem (RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 57).

Neste sentido Ferreira (2018) arremata: “Por isso, as sanções positivas devem ser utilizadas quando buscam induzir ou recompensar contribuições além da noção comum de cidadania, especialmente quando essas ações acarretam custos ou riscos extraordinários para o agente envolvido.” (FERREIRA, 2018, p. 64).

A recompensa, então, justificar-se-ia nesse avançar da cidadania, nessa “cidadania extra”, um bônus àquele indivíduo que, segundo Ferreira, teria contribuído para com o Estado para além da noção comum de cidadania. Todos os indivíduos possuem deveres como cidadãos, que vão dos mais triviais, como não jogar dejetos em via pública, com sanção administrativa normalmente disposta pela municipalidade, até deveres mais complexos, como não atentar contra a integridade corporal de outro cidadão, dispostos em lei federal específica que dispõe sobre uma série de condutas criminalizadas, também com sanção predeterminada.

Assim, percebe-se que a recompensa ao *Whistleblower* existiria pelo fato de determinado indivíduo ter agido em “superconformidade”, termo cunhado por Grabosky (1995) para se referir às condutas que se não fossem realizadas não sujeitariam o indivíduo omissos ou inerte a qualquer sanção ou julgamento crítico.

Como dito, existe uma carga de julgamento moral significativa envolvida quando da análise do fator recompensa. Parte dos indivíduos pode entender que aqueles que denunciam determinada conduta ilícita praticada contra a Administração Pública o fariam, única e exclusivamente, movidos por interesses lucrativos, e que poderiam significar um atentado ao poder punitivo estatal ou a direitos fundamentais.

Tal argumento é rapidamente desconstruído por Ragués i Vallès (2013) quando traz que tais reservas morais “[...] não parecem suficientes para poder afirmar que um sistema que ofereça recompensas ao denunciante estaria infringindo algum dos clássicos princípios

limitadores do jus puniendi, as garantias básicas que regem o processo penal ou direitos fundamentais.” RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 59, tradução nossa).⁶⁵

Entender que o *whistleblowing* se desenvolve a partir da recompensa, ou seja, que o denunciante se move pelo fato de existir uma possível recompensa posterior, perpassa a seara moral e, por consequência, a individual. Alvim e Carvalho (2018) tratam do *whistleblowing* como: “um sopesamento de males, ou seja, entende-se que o mal de corromper a lealdade corporativa intrínseca às relações interpessoais é menor do que o mal que tal corporação está cometendo na sociedade com suas práticas irregulares.” (ALVIM; CARVALHO, 2018, p. 122).

Em se tratando de um julgamento moral individual, este não deve ser considerado em uma análise científica. Ragués i Vallès (2013) apresenta cirurgicamente a desconstrução a essa linha argumentativa, quando expõe que as análises acerca do instituto devem se concentrar nos seguintes fatores: exercício do poder estatal de punição, as garantias de um indivíduo no processo penal e seus direitos fundamentais. Considerar argumentos como esse esvazia a cientificidade de qualquer pesquisa que se pretenda científica, passando por pontos de matriz cultural.

Inexiste no Brasil uma cultura de denúncia bem aceita no caldo cultural; por outro lado, delações ainda são, em parte, tratadas como traições, e aquele que informa a ocorrência de um ato incorreto à fiscalização é tido como “alcaguete”, “dedo-duro” ou “x-9”⁶⁶.

Assim, como exposto, uma análise que adentre no referido campo de análise, não colheria resultados de ordem científica. Como destaca Macedo, de fato deve ser pensada a aplicabilidade do instituto, entretanto, quando a discussão se insere em campo moral e ético não se encontram respostas bem definidas:

Tem-se de pensar até que ponto o advento de um instrumento que recompense denunciante, num panorama de exercício de cidadania sob a égide da universalidade punível-punidora, não pode descarrilar para a configuração de uma sociedade em que cada indivíduo buscará, para benefício próprio, motivado pela promessa de recompensa, controlar e vigiar a outrem. A sanção normalizadora jogada para a conjuntura atual seria a sanção positiva por meio de uma recompensa financeira. Enfim, pairam diversas dúvidas e destacam-se poucas respostas às reflexões propostas. (MACEDO, 2018, p. 34).

⁶⁵ Versão original: “no parecen suficientes para poder afirmar que un sistema que ofrezca tales retribuciones esté infringiendo alguno de los clásicos principios limitadores del ius puniendi, las garantías básicas que rigen en el proceso penal o derechos fundamentales.”

⁶⁶ Judas, na tradição cristã, é visto como o traidor. Tal conotação negativa se manteve ao longo dos tempos, tanto que, ainda na atualidade, chamar alguém de Judas é causa de grave ofensa. Ao aproximar o conceito de *whistleblowing* com a figura de Judas, dá-se toda uma carga negativa ao ato de denunciar. Em razão disso, instaura-se uma discussão ética no mundo corporativo e em especial para o sujeito que quer denunciar. (ALVES, 2020, p. 10).

Também, ainda tratando do fator recompensa, outra objeção à atuação do *whistleblowing* surge: o custo econômico para o Estado dessas recompensas. Ocorre que tal crítica não se sustenta, ao se concluir que a recompensa é paga a partir dos valores recuperados pelo Estado, “[...] a recompensa oferecida se calcula sobre uma porcentagem do valor, ao fim, recuperado.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 58, tradução nossa).⁶⁷ Assim sendo, a recompensa não representa um custo à Administração Pública, mas sim um fomento à denúncia, na medida em que sem a denúncia os prejuízos causados aos cofres públicos, em muito, seriam maiores.

Ademais, a recompensa será oferecida nos casos em que de fato houver lesão à Administração Pública, e não no caso de qualquer irregularidade, como traz Ferreira (2018): “[...] que os sistemas de incentivos positivos para as denúncias sejam tratados como exceção e reservados aos casos mais relevantes, especialmente em setores nos quais os riscos tratados pela Administração Pública e agentes atuantes sejam tratados como sistêmicos.” (FERREIRA, 2018, p. 63).

A respeito destacam Alvim e Carvalho:

A previsão de oferecimento de recompensa na legislação pode (i) contribuir para o fortalecimento dos controles internos da instituição, com mais pessoas atentas às práticas que vêm sendo desenvolvidas no seio corporativo; (ii) estimular empregados em posições-chave da organização, que possuem maior acesso às informações restritas e que tenham condições de revelar transgressões corporativas reportadas e não sanadas internamente, a denunciarem os fatos delituosos às autoridades. (ALVIM; CARVALHO, 2018, p. 135).

A sanção positiva não é oferecida por informações relativas a práticas de irregularidades triviais, mas sim por aquelas que de fato se consubstanciam em ofensa à Administração Pública.

Entre possibilitar que o Estado adentre no interior de instituições corporativas, por meio da oferta de recompensas por denúncias, ou deixar de efetivar a persecução penal de maneira efetiva neste cenário, aparenta ser mais adequada a primeira opção.

4.9 Medidas de Proteção a Retaliação

Como postula Ragués i Vallès: “[...] um dos principais obstáculos para um sujeito denuncie as atividades ilícitas das quais tenha conhecimento, é o temo de que venha a sofrer,

⁶⁷ Versão original: “[...] la recompensa ofrecida se calcula sobre un porcentaje de lo finalmente recaudado.”

pessoalmente ou por meio de entes queridos, algum tipo de represália.” (2013, p. 59, tradução nossa).⁶⁸

Essa mesma preocupação é externada por Ferreira (2018, p. 11): “Quanto ao oferecimento de proteção aos reportantes, propomos a hipótese de que representam o pilar protagonista dos Programas *Whistleblowing* e que o medo de retaliação representa o principal fator inibidor do reporte.”

Brandão (2020) também destaca:

É esta dupla faceta da posição detida por estas pessoas que integram a organização – uma posição privilegiada para a tomada de conhecimento de factos ilegais ou irregulares, mas igualmente uma posição particularmente exposta a represálias – que justifica a proteção que lhes deverá ser juridicamente assegurada: antes de mais, para que sejam devidamente defendidas, não sofrendo penalizações injustas por terem procurado contribuir para a realização do interesse público; mas também, do mesmo passo, para promover o recurso ao *whistleblowing*, atenuando o efeito inibidor inerente ao temor de represálias. (BRANDÃO, 2020, p. 104).

Neste sentido, promover a proteção ao denunciante passa a se tratar de uma medida estrutural necessária à concretização das denúncias. O primeiro entrave à denúncia é de ordem interna do próprio indivíduo, e perpassa pela sensação de insegurança, do risco de se denunciar.⁶⁹

Sobre a definição de retaliação, nos traz Gottschalk (2018): “um conflito entre a organização e um funcionário desta, no qual membros desta organização tomam ações prejudiciais em relação ao bem-estar do denunciante, ou também, deixam de tomar ações que promoveriam seu bem-estar.” (GOTTSCHALK, 2018, p. 68).

Para além da recompensa, já anteriormente analisada, o *Whistleblower* – como indivíduo – deve se sentir confortável para denunciar, para mais que um conforto financeiro,

⁶⁸ Versão original: “[...] uno de los principales obstáculos para que un sujeto denuncie las actividades ilícitas de las que tiene conocimiento es el temor a sufrir en carne propia o de seres queridos algún tipo de represalia por parte de la persona denunciada.”

⁶⁹ Todo cidadão tem o direito de proteger o bem-estar e os direitos dos demais cidadãos e de toda a sociedade. No entanto, isso coloca um dilema para o denunciante que, embora não compactue com a ilegalidade, a corrupção e a fraude, e deseje expor os seus autores à responsabilização, tem o justo receio de ser ele próprio exposto e vitimado por retaliações. Portanto, faz-se necessário que o ordenamento jurídico confira proteção adequada ao denunciante, sob pena de inibir-se a apresentação de denúncias em prejuízo do combate à corrupção. De fato, em numerosos casos, somente quem está no interior de uma organização é que tem condições de revelar casos graves de corrupção e outras ilegalidades. (BENTO, 2015, p. 791).

aparentemente suprido pela existência de meios de recompensa, o *Whistleblower* deve ter assegurada sua integridade física e sua projeção de carreira.^{70 e 71}

A esse respeito acrescenta-se:

É comum, em uma Administração marcada pela cultura do sigilo, a tentativa de transformar o denunciante em réu. Quando um agente público ou empregado divulga informações internas da organização em que trabalha, a fim de expor condutas irregulares de colegas ou de seus superiores, a reação típica da organização consiste em direcionar sua própria atenção e a do público no sentido de questionar a conduta do denunciante, como ele obteve as informações, se ele estava autorizado a obtê-las e a divulgá-las, se a sua conduta foi irresponsável, leviana, ou desleal, etc., em vez de focar a atenção na ilegalidade que as informações divulgadas eventualmente revelam. (BENTO, 2015, p. 791).

Bento, ao tratar dessa cultura de denúncia, ressalta um traço importante: a maneira como um *Whistleblower* é percebido em seu meio, isto é, como os questionamentos são inicialmente direcionados à conduta do denunciante, e não à do denunciado, como abordado no capítulo anterior.

A capa de proteção que deve envolver o denunciante precisa incluir medidas protetivas específicas em relação ao próprio indivíduo, bem como medidas sancionatórias direcionadas ao possível repressor. Todo e qualquer ato de denúncia, com exceção daqueles de má-fé em que o denunciante viole a lei ou tenha o intento de prejudicar terceiros, deve estar imune de qualquer sanção administrativa, civil ou criminal (ALVES, 2020).

A possibilidade de oferecimento de denúncias anônimas já significa, por si só, um mecanismo de proteção ao denunciante, que, inicialmente, não se identifica para reportar determinada irregularidade. Assim, garantir a confidencialidade a respeito da identidade do informante é de fato um ponto inicial estrutural à efetiva proteção do *Whistleblower*.

⁷⁰ Os *Whistleblowers* também podem ser submetidos a redução de salário, isolamento para o exercício de tarefas burocráticas ou de menor importância, transferências para outras localidades, estagnação profissional, perda de oportunidade para promoção, aumento excessivo na cobrança por resultados e sanções sociais de afastamento praticadas por outros funcionários da empresa. (FERREIRA, 2018, p. 32).

⁷¹ “Whistleblowers desempenham um papel essencial na detecção de fraudes, irregularidades e corrupção. A ação destes denunciante ajuda a salvar vidas, protege direitos humanos e também o correto aplicar da lei. Para proteção do bem público, *Whistleblowers* frequentemente tomam riscos pessoais. Estes denunciante podem enfrentar a vitimização ou até mesmo a demissão de seus ambientes de trabalho, os empregadores podem processá-los judicialmente por, eventualmente, quebrarem determinado acordo de confidencialidade, ou ainda vir a serem interpelados criminalmente. Em casos extremos eles enfrentam até mesmo riscos a sua própria integridade física.” Versão original: “Whistleblowers can play an essential role in detecting fraud, mismanagement and corruption. Their actions help to save lives, protect human rights and safeguard the rule of law. To protect the public good, *Whistleblowers* frequently take on high personal risks. They may face victimisation or dismissal from the workplace, their employer may sue (or threaten to sue) them for breach of confidentiality or libel, and they may be subject to criminal sanctions. In extreme cases, they face physical danger.” (Recommended draft principles for whistleblowing legislation - Transparency International - nov.2009). Disponível em <http://www.transparency.org/>. Acesso em 13/10/2020.

A própria recompensa, já analisada, também pode ser elencada como uma medida de proteção ao *Whistleblower*, na medida em que a recompensa advinda por sua colaboração, também pode o proteger, financeiramente, de eventual retaliação de caráter profissional. Contudo, o contexto de retaliação profissional ao denunciante é complexo, não o concebendo-se de maneira tão clara, consubstanciando-se de diversas formas para além da demissão, podendo ocorrer até mesmo em um contexto de promoção, visando afastar o denunciante de determinada área de atuação na instituição.

A sanção direcionada aos denunciantes podem não ser de um revanchismo tão claro, como destaca Ferreira:

Nesse contexto, outro desafio para a proteção eficiente dos denunciantes reside no fato de que nem todas as sanções de revanche contra eles praticadas se consubstanciam em atos tão claros como demissões, transferências do local de trabalho ou reduções salariais. A distribuição de cargos e funções dentro do ambiente empresarial, por exemplo, podem ser tratadas internamente como escolhas meramente discricionárias por parte dos superiores hierárquicos. (FERREIRA, 2018, p. 32).

Quanto a esse ponto, é interessante que seja feito um exercício exemplificativo, especificamente em se tratando de denúncias ocorridas no seio do ambiente corporativo. Pense-se que um funcionário de uma empresa farmacêutica seja responsável pelo controle de qualidade das unidades fabris da empresa. Este funcionário, ao visitar uma das fábricas, denuncia o gestor daquela determinada unidade, relatando ao sistema de denúncias interno a respeito da baixa qualidade da água utilizada para a fabricação dos fármacos ali produzidos. O supervisor deste funcionário, quando toma conhecimento a respeito daquela irregularidade, promove aquele funcionário denunciante, alçando-o a um cargo superior, justamente pelo fato de aquela denúncia ter significado um ato de comprometimento para com a empresa, entendendo que a voluntariedade do denunciante em contribuir com a instituição deve ser valorizada. Ocorre que, com a sua promoção, passando a ter um outro escopo de trabalho, o denunciante foi afastado de visitas de fábricas, não mais supervisionando a qualidade de produção das unidades. Passado um determinado período de tempo, este mesmo funcionário toma conhecimento de que, mesmo com sua denúncia, nenhuma atitude foi tomada a respeito daquela irregularidade, sendo que aquela unidade continuou a produção farmacêutica com a utilização de água imprópria.

Ou seja, uma promoção profissional, o que à primeira vista não se interpreta como um ato de retaliação direta ao funcionário, levou ao afastamento do *Whistleblower* da irregularidade reportada. Nesta esteira, a sua promoção tornou inócua sua própria denúncia, impedindo que de

fato alguma providência saneadora fosse tomada ou que a Administração Pública tomasse conhecimento a respeito da irregularidade.

Percebe-se, então, uma necessidade de se refletir, de forma crítica, a respeito das medidas de proteção, observando que além de concretamente significarem segurança ao indivíduo denunciante, essas medidas também não podem significar um obstáculo à regularização do ato ilícito reportado.

Passando-se à análise do tema sob a ótica da legislação brasileira, observa-se um panorama de incerteza. O legislador ordinário fez constar, com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19, a obrigatoriedade legal de proteção ao denunciante, dispondo no Art. 4º-A, § único: “[...] ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.” (BRASIL, 2019).

Os casos em que, conscientemente, o denunciante tenha levado informações falsas ou que tenha agido com má-fé serão tratados em tópico específico, o objeto neste item é unicamente a análise da proteção oferecida ao *Whistleblower* e o tratamento dado pelo legislador brasileiro.

Percebe-se que o legislador, outra vez, valeu-se da utilização de termos vagos, caracterizando a proteção oferecida ao informante como *integral*, sem, contudo, pormenorizar os meios de proteção que, de fato, serão empregados. O legislador pecou em deixar de dispor, por exemplo, a respeito de um congelamento temporário do cargo do denunciante, também peca em deixar de referenciar medidas concretas que serão tomadas, e, inclusive, de fazer referências orçamentárias a tais gastos.

Nota-se que, na legislação, não fora feita referência a outras legislações, como poderia ter sido feita em relação à Lei nº 9.807/99⁷² que prevê normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas.

⁷² O Art.7º da referida legislação prevê uma série de medidas concretas de proteção: Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Previu-se proteção integral, sem que se tratasse desta integralidade. Desta forma, o ambiente construído para a denúncia no cenário brasileiro não foi o ideal, permanecendo-se em um patamar de incertezas e inseguranças. Para além da previsão ao fim, de uma recompensa, deve o *Whistleblower* estar amparado de mecanismos eficientes de proteção, o que a recente lei brasileira deixou de detalhar.

4.10 Análise dos contornos de Responsabilização Penal do *Whistleblower*

Delineados os contornos da figura do *Whistleblower* e analisados aspectos procedimentais do *whistleblowing*, faz-se necessário observar a possibilidade de responsabilização penal deste denunciante, ou seja, a extensão e efeitos de uma conduta de *whistleblowing* dolosa.

A responsabilização criminal do informante ocorre, em resumo, quando este age dolosamente, imputando falsamente a prática de um fato criminoso a alguém ou quando apenas comunica a prática de um ato criminoso às autoridades, que sabe não ser verdadeiro.

Nada impede que também sejam denunciados ilícitos não penais de maneira falsa, inserindo-se tal conduta no crime de difamação, previsto no artigo 139 do Código Penal. Porém, a presente análise concentra-se sobre a intervenção penal existente, naquelas hipóteses em que o agente, dolosamente, tenha comunicado a prática de conduta criminosa, que sabe ser falsa, seja internamente ou externamente.

Em se tratando de uma informação falsa sobre um ilícito de outra natureza, as esferas administrativas e cíveis podem ser as mais adequadas para a tratativa do caso, o que não será objeto da presente análise.

A respeito do fator subjetivo, partindo-se da definição disposta no art. 18 do Código Penal, verifica-se que age com dolo o sujeito que busca determinado resultado lesivo, ou assume o risco de produzi-lo, representando assim a forma mais grave de cometimento de delito (COLEN, 2015, p. 17).

Como trata Ragués i Vallès (2013), em sendo constatada a denúncia de uma informação sabidamente falsa pelo *Whistleblower*, deverão ser aplicadas, de maneira efetiva, as sanções previstas para os delitos atinentes, não havendo que se falar em responsabilização criminal naqueles casos em que o denunciante tenha reportado informação que acreditava ser verdadeira, ou seja, que tenha agido de boa-fé (RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 58).

Existe assim a possibilidade de que o *Whistleblower* aja de má fé, ou seja, que comunique, seja interna ou externamente, a prática de um crime que saiba que não tenha

ocorrido, ou ainda, mesmo que se trate de um ato que realmente tenha ocorrido ou venha a imputá-lo falsamente a alguém.

Ocorre que, uma mesma denúncia pode ter consequências e reverberações jurídicas distintas, devendo ser analisados: o âmbito e as circunstâncias em que foi feita e o responsável pelo tratamento desta denúncia.

Existem diferenças significativas entre um ato de denúncia interno de um externo no que tange às consequências penais advindas de uma conduta de denúncia criminosa. Tal diferenciação foi trabalhada em capítulo próprio, entretanto repisa-se: o *whistleblowing* interno consubstancia-se no *report* feito diretamente ao setor ou indivíduo responsável no interior da própria instituição, enquanto o *whistleblowing* externo consiste no repasse da informação diretamente aos órgãos públicos.

Pontuada esta dicotomia, parte-se para a análise de eventual responsabilização criminal do denunciante e a pluralidade de enquadramentos típicos possíveis.

De início, em se tratando de um *whistleblowing* interno, a informação será recebida internamente pela instituição, seja ela privada ou pública, e ali será tratada. Ao se constatar, por meio de uma investigação interna ou outro ato averiguatório menos complexo, a inveracidade daquela informação, ela será arquivada.

Mesmo que o *Whistleblower* interno aja de má fé, imputando falsamente a alguém a prática de determinado delito, sua conduta se amolda àquela prevista no artigo 138 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de Calúnia. Este delito, disposto no capítulo referente aos crimes contra a Honra do Código Penal Brasileiro, diz respeito, justamente, à conduta de imputar falsamente a alguém determinada conduta definida como um crime. Sobre o tema expõe:

Naqueles casos em que um sujeito denuncia determinado fato estabelecendo em afirmações falsas, realiza uma conduta abertamente ilícita em âmbito administrativo ou disciplinar, e, evidentemente, de impossível justificação no âmbito penal. Por isto, tal sujeito não goza de proteção jurídica própria aos *Whistleblowers*, estando exposto a toda classe de consequências negativas para sua pessoa, tanto do ponto de vista laboral, ou administrativo, quanto jurídico-penal. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 229, tradução nossa).⁷³

⁷³ Versão original: “En aquellos casos en los que, a sabiendas, un sujeto denuncia a su principal sobre la base de afirmaciones falsas realiza una conducta abiertamente ilícita en el ámbito laboral o disciplinario y, evidentemente, de imposible justificación el ámbito penal. Por ello, tal sujeto no sólo goza de la protección jurídica propia de los whistleblowers, sino que queda expuesto a toda clase de consecuencias negativas para su persona tanto desde un punto de vista laboral (o administrativo en el caso de los funcionarios) como jurídico-penal.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 229).

Para a responsabilização criminal do denunciante nestes casos, deverá ser observada a natureza privada da ação penal que trate deste delito, no caso de se tratar de uma Ação Penal Privada, “somente se procede mediante queixa, [...] o particular é titular de uma pretensão acusatória e exerce seu direito de ação, sem que exista delegação de poder”. (LOPES JR., 2019, p. 215).

Portanto, comunicada a imputação falsa de um crime em âmbito institucional interno, cabe ao ofendido, caluniado, exercer (ou não) sua pretensão acusatória, o que não excluiria outras sanções eventuais de caráter não penal que a instituição, internamente, queira impor ao denunciante, a exemplo de sua demissão, notificação ou uma advertência.

Ao se denunciar falsamente no interior da instituição o membro daquela organização, seja ela uma empresa ou uma instituição pública, age-se em completa desconformidade com os próprios objetivos de um sistema de denúncia, dentre eles regularidade, transparência e eficiência.

O sujeito, comunicando ato sabidamente falso, faz com que a instituição movimente em processos internos desnecessariamente e improdutivamente, assim, nada impede que medidas internas em relação a tal conduta sejam tomadas pelos responsáveis.

Entretanto, voltando a discussão à seara jurídico-penal, em se tratando de *whistleblowing* interno, observam-se consequências de caráter jurídico-penais mais restritas, tendo em vista que o denunciante não tenha dado causa a uma movimentação da máquina estatal para investigação do suposto fato, tampouco tenha vindo a provocar a autoridade pública de alguma maneira. Desta forma, não se percebem consequências no sentido de persecução penal em relação a sua conduta, salvo que o próprio ofendido demonstre interesse nesta persecução.

Ocorre que o mesmo não se pode dizer dos casos de *Whistleblowers* externos, ou seja, aqueles denunciante que reportem diretamente às Autoridades Públicas, tendo em vista que estes sujeitos, quando agindo dolosamente ao reportar fatos sabidamente falsos, estarão sujeitos a intervenção penal mais intensa, independente do consentimento das partes ofendidas, vez que, nesta hipótese, a própria Administração Pública compõe-se como sujeito passivo.

A interação de *Whistleblowers* externos com a repressão penal se observa, de maneira mais clara,⁷⁴ por meio dos delitos descritos nos artigos 339 e 340 do Código Penal, respectivamente, Denúnciação Caluniosa e Comunicação falsa de Crime ou Contravenção.

⁷⁴ Em se tratando de condutas inseridas em contextos mais complexos que envolvam mais de um indivíduo e que levem em consideração outros fatores, o ato de denunciar falsamente uma prática criminosa pode, variavelmente, ser enquadrado em demais condutas típicas.

Trata-se nos dois casos de crimes cometidos contra a Administração da Justiça, dispostos no Capítulo III do Código Penal Brasileiro, que trata da temática justamente porque, em um *whistleblowing* externo, as informações são levadas diretamente ao Estado, às autoridades investigativas.

Apesar de se tratar de delitos com sanções cominadas bem distintas, o crime previsto no artigo 339 – *Denúncia Caluniosa* – prevê pena de dois a oito anos de reclusão, acompanhado de multa, enquanto o crime previsto no artigo 340 – *Denúncia falsa de Crime* – tem como pena detenção, de um a seis meses, ou multa, em partes, a conduta tomada pelo agente é inicialmente similar.

Em ambos os casos o denunciante informa a prática de um crime que não ocorreu, exatamente como disposto no tipo penal do artigo 340 do Código Penal, entretanto, no crime descrito no artigo 339 do mesmo regramento, o agente, além de, dolosamente, informar às autoridades a prática de ilícito que sabe não ter ocorrido, imputa tal prática a determinado sujeito, ou seja, individualiza o sujeito ativo que tenha supostamente cometido tal crime. Na hipótese de que não haja a individualização do agente, a conduta do denunciante se amoldaria ao delito do art. 340 do Código Penal.

Concentra-se a diferenciação no fato de que a denúncia, no caso do delito descrito no artigo 339 do Código Penal é feita diretamente ao Estado, que, por meio do manejo de sua própria estrutura, dá início a investigação policial ou administrativa, instaura inquérito civil e ajuíza processo judicial ou ação de improbidade administrativa contra este sujeito. Justamente pelo fato de a máquina pública ter sido movimentada em função da denúncia falsa, a pena cominada a este delito é elevada em relação aos outros.

Percebe-se possível e necessária a intervenção penal nos casos em que se trate de conduta dolosa praticada por *Whistleblowers* quando do ato de denúncia, não havendo qualquer tipo de imunidade ou roupagem especial conferida a esta figura jurídica. As proteções a eventuais retaliações que são conferidas ao denunciante não se estendem indefinidamente, ou seja, constatada a irregularidade (ou até ilicitude) da denúncia realizada, haverá consequências ao *Whistleblower*, dentre elas, penais.

Assim destaca Brandão:

Invariavelmente, as normas que se referem ao *whistleblowing* fazem depender a proteção prevista para o *whistleblower* da sua boa-fé. Não é garantida proteção se a denúncia for “deliberada e manifestamente infundada” ou “se [as comunicações] forem falsas e tiverem sido apresentadas de má-fé”. (BRANDÃO, 2020, p. 111).

Trata-se aqui de um informante que, como exposto, pode ser recompensado se de fato colaborar com a Administração Pública apresentando informações relevantes, todavia, em se tratando informações prestadas criminosamente e constatando-se o dolo neste comportamento, sua incidência nos dispositivos penais destacados, bem como em outros (analisadas as particularidades de cada hipótese), será a usual.

A partir do momento em que o agente informa determinada falsa prática de crime, bens jurídicos são ofendidos, seja a própria Administração da Justiça, nos casos dos artigos 339 e 340 do Código Penal, ou a Honra, no caso do crime de Calúnia, disposto no artigo 138 do mesmo regramento.

Dessa forma, havendo ofensa a bens jurídicos, a intervenção penal se justifica, justamente porque “[...] tutelar os bens jurídicos é a missão do Direito Penal.” (BRANDÃO, 2019, p. 39).

5 ANÁLISE DO INSTITUTO A PARTIR DA LEI Nº 13.964/19

Como trabalhado neste estudo, o instituto do *Whistleblower* foi incorporado ao ordenamento legislativo brasileiro através da Lei nº 13.964/19, que, alterando a Lei nº 13.608/18,⁷⁵ trouxe os desenhos desta figura, insculpida nos dispositivos 4º-A, 4º-B e 4º-C desta segunda norma.

Até o momento, o presente trabalho procurou delimitar os contornos do instituto jurídico do *Whistleblower*, definindo seu conceito, o que foi feito com base na análise de ampla bibliografia nacional e internacional, bem como explorando temáticas que o orbitam.

Entretanto, por mais que já tenham sido adiantados comentários à legislação brasileira e à forma como o legislador deu corpo ao instituto no Brasil, destina-se este capítulo exclusivamente à análise do *Whistleblower* à luz da Lei nº 13.964/19, estabelecendo-se as críticas necessárias, ponto a ponto.

5.1 Art. 4º-A: A incerteza quanto a (in)definição do conceito de *Whistleblower*

O Art. 4º-A da Lei nº 13.608/18 traz a seguinte disposição:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. (BRASIL, 2018).

Percebe-se que o legislador optou por tornar a possibilidade de *whistleblowing* um tanto quanto elástica, possibilitando a todo e qualquer um atuar como um *Whistleblower*. Assim, assegurou o direito a qualquer indivíduo de relatar informações sobre ilícitos praticados contra a Administração Pública ou lesivos ao interesse público de forma genérica.

A crítica referente a esta extensão indefinida foi antecipada no tópico 3.3 – A figura do *Whistleblower*: O Estado da Arte – demonstrando-se que ao tornar a figura tão elástica, a ponto de qualquer um poder ser caracterizado como um *Whistleblower*, o legislador pode ter desoxigenado o instituto, tornando-o, eventualmente, inócuo.

⁷⁵ A Lei nº 13.608/18 dispõe sobre o sistema de recebimento de denúncias, serviço telefônico de contato para o cidadão que deseje delatar condutas irregulares e sobre recompensas por informações que auxiliem as investigações policiais.

Essa situação vai de encontro às melhores experiências nos países que já implementaram políticas de *whistleblowing*. Determinados indivíduos, que já possuem obrigação legal de reportar, investigar ou processar ilícitos penais, administrativos e criminais, não deveriam ser elegíveis a *Whistleblowers*. Bem como a elegibilidade tão elástica optada pelo legislador vai à contramão da essência do instituto. (PRADO, 2019).

A permissão indefinida de que quaisquer denúncias possam ser configuradas, posteriormente, como atos de *whistleblowing*, torna sua aplicabilidade incerta. Sem contornos bem delineados e processos bem definidos, corre-se o risco de cair em um limbo de indefinição e ineficiência, portanto, por mais que denúncias sejam recebidas, talvez não existam métodos estabelecidos para seu tratamento e falte procedimentalização interna nos órgãos públicos para tal.

Como demonstrado por diversos autores, destacando aqui Ragués i Vallès (2013), mas este acompanhado por Macedo (2018), Miceli e Near (1985), Alvim e Carvalho (2018), Jubb (1999), Brandão (2020) e Gottschalk (2018), bem como outros já citados, “aquele quem assopra o apito” deve manter, ou ter mantido, um vínculo para com a organização em que tenha ocorrido determinada prática ilícita.

É necessário que o *whistleblowing* se caracterize como um ato diferenciado dos demais *reports*, vez que o *Whistleblower* deve carregar consigo características especiais, como sua característica *insider*, de um informante privilegiado, no sentido de possuir uma característica que lhe dê significância perante os demais.

A abordagem conferida ao instituto do *Whistleblower* pelo legislador brasileiro, através da Lei nº 13.964/19, acabou, de uma maneira geral, por equipará-lo à figura a de um denunciante qualquer. Porém, para que a roupagem especial de um *Whistleblower* seja conferida a um indivíduo, deve-se exigir que este seja membro ou já tenha sido membro da determinada organização palco da ocorrência de um ilícito, ou ainda, que tenha mantido alguma outra relação com ela, como a de fornecedor, cliente ou parceiro.

As informações que o Estado deseja obter, em contrapartida ao oferecimento de sanção premial, são aquelas advindas de um *insider*, e não de um cidadão qualquer sem qualificação diferenciada dos demais.

Como dito, nada impede que um cidadão que não tenha qualquer relação com determinada organização denuncie ilicitudes ou irregularidades lesivas à Administração Pública que tenha tido notícia, sendo esta uma conduta possível, legal e reflexo do gozo de sua cidadania plena. Entretanto, não lhe podem ser conferidas as prerrogativas especiais de um *Whistleblower*,

como, por exemplo, proteção e recompensa, quando este não possui características necessárias para tal.

A proteção, como tratado no item 7 – Medidas de Proteção à Retaliação – tem sua existência justificada pelo fato de que, no interior da organização, em virtude da denúncia, o *Whistleblower* possa vir a sofrer algum tipo de represália ou repreendimento.

Enquanto a recompensa, como tratado em item 6.2 – A Recompensa na Legislação Brasileira –, justificar-se-ia pelo fato de que, conforme Ferreira (2018, p. 64), o indivíduo poderia vir a suportar riscos, inclusive financeiros, a partir do *whistleblowing*.

A sanção positiva existe como justificação de um ato de “cidadania extra” por parte do *Whistleblower*. Dessa forma, ao analisar a Lei nº 13.964/19, percebe-se que o legislador incorreu em erro ao tornar a prerrogativa de *Whistleblowing* extensível a todo e qualquer um.

Tratar-se-ia de política pública mais eficaz, a centralização dos esforços relativos a tratamento e curadoria de denúncias, estabelecimento de estratégias de proteção, bem como de análise de recompensas, às hipóteses em que as informações tenham como fonte indivíduos *insiders* (informantes privilegiados a respeito das irregularidades reportadas).

Assim, ao deixar de definir “quem assopra o apito”, o legislador caminha para um campo de indefinições que colocam em risco a eficácia do próprio instituto.

Ainda a respeito do Art. 4º-A da Lei nº 13.608/18, este dispositivo vem acompanhado do seguinte parágrafo único:

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. (BRASIL, 2018).

Percebe-se que o legislador trata de maneira genérica da proteção conferida ao *Whistleblower*, utilizando o termo “proteção integral contra retaliações”. Ocorre que, como tratado anteriormente no tópico 7, o legislador, ao se valer de termos genéricos, como “integral”, não especifica quais serão estas medidas de proteção, criando um campo de insegurança jurídica ao próprio denunciante, já que, por mais que receba “proteção integral”, não são identificados na norma quais serão esses atos protetivos.

Ao se omitir, o legislador, muito provavelmente, abre margem para que portarias e atos normativos sejam editados pelos próprios órgãos que, procurando se adaptar à legislação, venham a estruturar suas ouvidorias e canais de denúncia.

Também no Parágrafo Único do Art.4º-A da Lei nº 13.608/18, o legislador dispõe a respeito da não isenção de responsabilização ao informante que tenha, de modo consciente, reportado informações ou provas falsas, o que se justifica pela própria lógica de responsabilização subjetiva penal. Tal conteúdo foi amplamente explorado no tópico 8 – A análise dos contornos de Responsabilização Penal do *Whistleblower*.

5.2 Art.4º-B: A contrariedade quanto à preservação da identidade do *Whistleblower*

Quando da análise do Art. 4º-B da Lei nº 13.608/18, percebe-se o ponto mais problemático da legislação em análise. Traz o dispositivo: “O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.” (BRASIL, 2018; 2019).

Assim, pela leitura da norma, nota-se a preocupação com a preservação da identidade do *Whistleblower*, o que, inicialmente, é necessário para a procedimentalização de denúncias, tendo em vista que o sigilo quanto à identidade do informante é de fato essencial em um primeiro momento, observando-se as pretensões investigativas de apuração.

Ocorre que, em sequência, ao analisar o dispositivo, o legislador facultou ao próprio Estado, em casos de “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”, o direito de revelação da identidade do *Whistleblower*.

Nota-se assim que o legislador, concomitantemente, confere segurança ao denunciante, ofertando-lhe a preservação da sua identidade, porém ressalta que esta prerrogativa poderá ser violada, e de ofício ,pelo Estado, quando a ofensa à Administração Pública for considerada de interesse público ou quando para a apuração dos fatos for necessária a identificação do denunciante.

A este cenário de insegurança é acrescido o disposto no Parágrafo Único deste artigo: “A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.” (BRASIL, 2018; 2019).

Percebe-se assim uma redação confusa e conflitante da norma, que, inicialmente, confere a prerrogativa do sigilo ao denunciante, mas, em seguida, estabelece ressalvas a respeito, afirmando ser possível a revelação da sua identidade mediante “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”. Posteriormente, no parágrafo único do dispositivo, em um exercício de regresso, ressalta a necessidade de exigência de concordância formal do *Whistleblower* para revelação de sua identidade.

Tratando desse cenário confuso, Prado (2019) estabelece diversas indagações:

[...] urge a necessidade de deixar mais claro o efeito da não concordância do *whistleblower* com a revelação de sua identidade, assim como o § 1º, do mesmo artigo, possui. O relato perderá o valor probatório automaticamente? Não poderá haver, de forma alguma, a revelação da identidade sem concordância? Haverá necessidade de motivação da recusa? (PRADO, 2019, p. 14).

O denunciante, conforme a redação normativa, tem direito à preservação da sua imagem, garantia esta que, para além de uma prerrogativa prevista na Lei nº 13.964/19, encontra respaldo no texto constitucional, expressamente no Art.5º, inciso X, da Constituição da República. A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do indivíduo são preceitos constitucionalmente assegurados, inclusive, a violação a essas garantias pode gerar dever de indenização ao transgressor, no caso, o Estado.

Como pano de fundo para todos os preceitos constitucionalmente assegurados, vislumbra-se a própria dignidade da pessoa humana, esta que estaria sendo ofendida com a insegurança trazida pelo legislador.

Percebe-se que o *Whistleblower*, uma figura chamada comumente por “denunciante do bem”, ou seja, alguém que não tem envolvimento com o ilícito denunciado – como destacado no item “O Direito Penal Premial: O Delator e o *Whistleblower*” – pode, mesmo agindo voluntariamente e de boa-fé, sair prejudicado em quando da sua conduta de denúncia, seja por “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”.

As perguntas propostas por Prado (2019) expõem o cenário de insegurança conferido ao instituto pelo legislador brasileiro. O *whistleblowing*, por si só, já se consubstancia em um ato gerador de riscos, motivo pelo qual existem prerrogativas de recompensa e proteção.

Porém, o cenário legislativo brasileiro torna-se ainda mais incerto, quando o legislador não estabelece prerrogativas de maneira clara, pelo contrário, causa insegurança jurídica tornando-as mais confusas. O Parágrafo Único, por mais que vincule a revelação da identidade do *Whistleblower* a sua permissão, estabelecendo a necessidade de concordância do denunciante para com a divulgação da sua identidade, contrapõe-se ao *caput* do artigo e, mais do que não conferindo assim a necessária segurança ao denunciante, apresenta-se integralmente inconstitucional, em conflito direto com o disposto no Art.5º, inciso X, da Constituição da República.

5.3 Art. 4º-C: Da Proteção e da Recompensa

A Lei nº 13.964/19 definiu que a retribuição ao *Whistleblower* pode alcançar até 5% (cinco por cento) dos valores recuperados, entretanto legislações de outros países trabalham com valores muito mais altos. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, em que a Dodd Frank Act,⁷⁶ determina que o repasse ao informante seja feito no importe de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) das multas obtidas com a penalidade aplicada àquelas pessoas que tenham cometido atos ilegais.

Neste ponto são pertinentes algumas observações à redação da legislação brasileira. A Lei nº 13.964/19, ao alterar a redação da Lei nº 13.608/18, trouxe no art.4º-C, §3º: “Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.” (BRASIL, 2019).

Pela redação do dispositivo, percebe-se que o valor da recompensa pago a título de *whistleblowing* será calculado tomando por base o valor recuperado, ao passo que a legislação americana condiciona sua base de cálculo às multas impostas ao condenado.

Ao optar pela expressão “valor recuperado”, o Legislador cria um grande campo interpretativo, deixando em aberto exatamente a que base de cálculo se refere, se se considerará a multa imposta àquele que for condenado ou se será considerada, como baliza, o importe do dano que deixou de ser causado à Administração Pública.

Ainda, o legislador brasileiro condiciona o pagamento da recompensa à recuperação do valor, deixando pairar no ar diversas questões como as seguintes: Como procederá a Administração Pública no caso em que, após denúncia por *Whistleblower*, não seja recuperado qualquer valor? Tratar-se-ia então de uma denúncia desaproveitada? Estaria a recompensa pela denúncia atrelada à eficácia do Estado em desenvolver investigação/persecução? Quando será repassado parte do valor recuperado ao *Whistleblower*? Entretanto, a legislação não se preocupou em responder tais perguntas.

Em sendo reportada a prática de um ilícito penal pelo denunciante e tendo sido recuperado determinado montante em favor do Estado, de certo que as prerrogativas do réu acusado deverão ser observadas no curso do processo penal, somente sendo possível se quantificar, exatamente, o montante recuperado após o trânsito em julgado de sentença condenatória, já em sede executória.

Outro ponto alvo de crítica à legislação é percebido pelo fato de o legislador brasileiro não ter determinado a fonte pagadora do prêmio a ser pago ao denunciante. Ao contrário do que

⁷⁶ Disponível em: <https://www.sec.gov/answers/about-lawsshtml.html#df2010>. Acesso em 02/10/2020.

é feito nos Estados Unidos, em que essas recompensas são pagas aos denunciante pelo *Investors Protection Fund*, um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos que observa determinadas condições para tal pagamento (RAFIH, 2018, p. 07).

Percebem-se, assim, omissões legislativas que orbitam o instituto, sendo muito provável a edição de normas e portarias específicas referentes às questões aqui levantadas, com intuito de tratar da problemática em cada ente federativo que vier a se adequar à nova legislação.

A respeito dos mecanismos de proteção, como apontado no ponto 9.1 – Art. 4º-A: A incerteza quanto à (in)definição do conceito de *Whistleblower*. No art. 4º-A, parágrafo único, o legislador se valeu do termo “proteção integral”, deixando assim de especificar os mecanismos a serem empregados pelo Estado nesta proteção. Por outro lado, no art.4º-C da Lei nº 13.608-18, fez constar expressamente que as medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807/99 – legislação que institui mecanismos de proteção especial a vítimas, testemunhas ameaçadas, acusados ou condenados que colaborem com a investigação e persecução penal – seriam também asseguradas ao *Whistleblower*, acompanhadas de diversas outras relacionadas a aspectos laborais.

Nota-se, portanto, que, ao contrário do que fez constar na redação do parágrafo único do Art.4º-A, o legislador neste dispositivo determinou, expressamente, que o *Whistleblower*, como denunciante, deverá ser amparado integralmente por norma pré-existente, bem como por diversas outras tutelas relacionadas a aspectos trabalhistas.

Tal redação abre espaço para a compreensão, por meio uma leitura sistêmica dos dispositivos 4º-A, 4º-B e 4º-C, que, mesmo não havendo tal menção no primeiro destes artigos, o Estado irá conferir ao *Whistleblower* os mesmos mecanismos extensíveis a vítimas e testemunhas, nos moldes contidos em legislação pertinente ao tema.

5.4 Crítica Conclusiva

De maneira geral, pode-se estabelecer uma crítica bem similar à feita por Brandão (2020) ao analisar o cenário português. A legislação é escassa, fragmentária e lacunosa e o seu *enforcement* pelas autoridades administrativas e judiciais é débil e limitado (BRANDÃO, 2020, p. 113).

Trata-se de uma legislação imprecisa, que, ao se valer de conceitos vagos, deixa de proceduralizar o ato de *whistleblowing*, o que tende a tornar a criar um campo de muita insegurança quanto à cultura de denúncia no Brasil.

O primeiro ponto, e talvez mais problemático deles, diz respeito aos contornos conferidos ao instituto pelo legislador brasileiro, que optou por estender a prerrogativa de *whistleblowing* a “qualquer pessoa”, conferindo a prerrogativa de relatar informações sobre ilícitos praticados contra a Administração Pública a qualquer pessoa. Como destacado, essa escolha do legislador, ao que tudo indica, foi feita na contramão do que a variada gama de doutrinadores pensa a respeito do instituto. Assim, a elasticidade indefinida conferida à figura do *Whistleblower* poderá vir a inviabilizá-lo, tendo em vista que, como exposto, a característica central do instituto se baseia na posição privilegiada ocupada pelo indivíduo, ou seja de um *insider*. A prerrogativa comum a todo e qualquer cidadão, por mais democrática que possa parecer em uma primeira análise, desoxigena por completo o instituto que se pretendeu incorporar.

Outra crítica destacada neste capítulo diz respeito à contrariedade existente no dispositivo art.4º-B da Lei nº 13.608/18, entre o *caput* do e seu parágrafo único. O referido artigo, concomitantemente, resguarda ao denunciante seu direito ao sigilo no que tange à revelação da sua identidade, protegendo garantias fundamentais – Art. 5º, inciso X, da Constituição da República – entretanto, em seguida, relativiza esta mesma garantia, sob o seguinte pretexto: caso a denúncia seja de interesse concreto para apuração dos fatos ou interesse público.

O sigilo da denúncia, o direito à preservação de imagem do *Whistleblower* e as hipóteses em que tal prerrogativa possa vir a ser relativizada não são claros na norma, pelo contrário, o legislador acabou por criar um dispositivo para além de contraditório, inconstitucional. Ao se valer de termos como interesse concreto para apuração dos fatos ou interesse público, este cenário se torna ainda mais abstrato.

Igualmente, e seguindo às críticas feitas à Lei nº 13.964/19, observa-se que, conforme art.4º-A da Lei nº 13.608/18, instituiu-se a obrigatoriedade de instituições do Poder Público criarem setores responsáveis pelo recebimento de denúncias, a Lei nº 13.608/18 sequer menciona a Lei nº 13.303/16.

Tal menção à norma seria relevante, tendo em vista que essa norma dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Em seu art. 9º, §1º, incisos III e IV, já se dispunha expressamente a respeito da criação de canais de denúncia e mecanismos de proteção em relação a estas instituições.

Também tratando a respeito da institucionalização desses sistemas de denúncia, logo no início do que dispõe o *caput* do art. 4º-A da Lei nº 13.608/18, percebe-se que o legislador traz a obrigação, ao próprio Poder Público de instituir ouvidorias em suas instituições (obrigação

esta já disposta em norma anterior – Lei nº 13.303/16). Todavia, como se percebe, mais uma vez o legislador pecou ao deixar de trazer como esta implantação de sistemas de denúncia ocorrerá, se haverá uma padronização a ser seguida pelas instituições, como serão tratadas estas informações, se poderá ser um serviço prestado por particular (mediante contratação pública), dentre outros diversos pontos que permanecem em aberto.

Ponto também importante, que é abordado no presente trabalho, diz respeito a recompensa. O legislador não especifica a forma do pagamento, tampouco o momento (sendo esta temática exposta em tópico “6.2 A Recompensa na Legislação Brasileira”), deixando de se preocupar o legislador com questões de cunho orçamentário, das fontes pagadoras e competências para tal.

Finalmente, e não menos importante, percebe-se que o legislador deixou de apreciar uma importante questão, qual seja a existência ou não de programas de *Compliance* nas instituições em que ocorrerá o *whistleblowing*, sendo sequer tratado o tema pelo legislador. Ao se constatar o fato de que o legislador optou por uma amplitude completa: assegurando a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre ilícitos e crimes praticados contra a Administração Pública, percebe-se que se deixou de lado a preocupação com estruturas internas da própria instituição. Torna-se difícil perceber a atuação de um *Whistleblower* fora dos contornos de um programa de *Compliance*, tendo em vista que o tratamento de denúncias para apuração de irregularidades se apresenta como um dos pilares de *Compliance*. Assim, talvez devesse o legislador ter, ao menos, tratado a respeito do tema.

Dessa forma, embora não se tenha pretendido aqui esgotar a análise sobre a figura jurídica do *Whistleblower*, percebe-se que a Lei nº 13.964/19, que introduziu o instituto ao ordenamento brasileiro, apresentou-se omissa em diversas questões de importância, incompleta em relação a procedimentalização e outras questões técnicas, bem como afastada de questões que deveria ter abarcado, principalmente aquelas afetas a programas de *Compliance*.

Não se identifica hoje um cenário seguro ao *Whistleblower* no Brasil, como denunciante e sujeito de direitos, e percebe-se que novas normas deverão vir a tratar do tema, talvez, inclusive, já alterando a legislação por mais recente que esta seja.

A respeito dessas críticas:

A necessidade de reparo é, sob nosso ponto de vista, absolutamente imprescindível à efetividade do *whistleblowing* no Brasil. Sem melhorias no sistema de recompensa (principalmente), melhor definição de quem é elegível para ser um *whistleblower*, retirada de expressões demasiadamente subjetivas, ampliação do espectro possível de ser delatado, maior clareza nos efeitos da revelação da identidade do denunciante e a consagração de que ninguém será condenado apenas com base no relato do

whistleblower, o *whistleblowing* pode ser tornar inócuo; ou, pior, servir a interesses que não de sua essência. (PRADO, 2019, p. 15).

Não se pretendeu uma análise completa do instituto, nem mesmo uma crítica já solidificada à legislação atual, a Lei nº 13.608/18 após a edição da Lei nº 13.964/19, mas sim propor uma discussão a respeito da figura do *Whistleblower*, sua aplicabilidade no contexto brasileiro, bem como delinear contornos do instituto e suas intersecções com outros elementos jurídico-penais

Justamente por se tratar de uma nova figura que compõe a pouquíssimo tempo o cenário jurídico brasileiro, muitos estudos ainda surgirão, diversificando posições e sobrepondo-se a este em termos de qualidade técnica. Talvez com maior afastamento, e após um período de implementação e utilização desta técnica de denúncia, novas e melhores críticas poderão ser tecidas.

Apresentou-se aqui uma breve iniciativa, um simples pontapé para uma discussão que com certeza irá se discorrer nos próximos anos.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho não se pretende ao esgotamento do tema, uma vez que sequer este objetivo se mostra possível. Entretanto, toma-se todo o exposto neste estudo como um convite. Convite este a novas reflexões e propostas a respeito do instituto do *Whistleblower*, principalmente, no tocante a sua procedimentalização.

Várias questões ainda não enfrentadas neste presente estudo devem ser trabalhadas, como a verificação do consentimento do denunciante para sua participação em um processo penal; a interação do *Whistleblower* em um processo judicial e como se dará a relação entre anonimato, sigilo e as garantias processuais como Contraditório e Ampla Defesa; bem como questões de ordem orçamentária e procedimentais que são necessárias para a estruturação e eficácia do instituto. Outras questões devem ser revisitadas para que seja criado arcabouço teórico e, a partir deste, sejam elaboradas críticas para que melhorias sejam estabelecidas.

A necessidade de discussão do tema é latente quando se percebe que ainda há pouca literatura nacional a respeito do tema, sendo a produção científica a respeito, majoritariamente, internacional. É importante o desenvolvimento de pesquisas sobre o tema, partindo da realidade legislativa brasileira, enfrentando questões particularmente nacionais, para que, se necessário (o que se acredita que sim), sejam apresentados projetos de melhoria da norma.

Chega-se à conclusão na presente pesquisa, a partir de todo conteúdo apresentado, que a norma como estabelecida pelo legislador brasileiro, por meio da Lei nº 13.964/19, apresenta falhas muito graves, as quais, ao que se acredita, podem levar à própria ineficácia do instituto.

A utilização de termos genéricos como “proteção integral contra retaliações”, sem especificação de medidas ou referência a uma outra norma, cria um grande campo de insegurança jurídica ao Denunciante.

Outro ponto relevante que foi levantado nesta pesquisa diz respeito à preservação da identidade do *Whistleblower*, que se mostra, inicialmente, como uma preocupação do Legislador, como exposto no Art. 4º-B da Lei nº 13.608/18, mas que, em sequência, torna-se objeto de controvérsia, vez que sob relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos a identidade do *Whistleblower* possa vir a ser revelada.

Assim, percebe-se, novamente, notável insegurança jurídica quando as garantias que originalmente deveriam ser destinadas ao *Whistleblower*, segurança de sigilo e anonimato, são rebatidas pela própria norma que lhe confere tais prerrogativas. E ainda, com o seguinte agravamento, o Legislador, novamente, opta pela utilização de termos abstratos como “interesse

público” e “interesse concreto”, o que amplia as prerrogativas estatais e obstrui garantias do próprio denunciante.

A questão se torna ainda mais confusa no dispositivo 4º-B da Lei nº 13.608/18, quando, em seu parágrafo único, como exposto, o Legislador condiciona a revelação da identidade do denunciante mediante concordância formal. Dessa forma, o que se tem, em termos de norma, é um cenário um tanto quanto caótico, em que o Estado parece se valer da prerrogativa de ultrajar garantias do Denunciante, e, nesta esteira, o próprio Denunciante não se vê suficientemente amparado para o ato de denúncia.

Nesta dissertação também foram tecidas críticas a respeito da recompensa atrelada ao *Whistleblower* vez que o legislador não se preocupou em estabelecer uma correta base de cálculo para a recompensa, entendendo que o *Whistleblower* teria por direito até 5% do valor recuperado, mas sem especificar se o valor recuperado se refere a eventual multa imposta ao condenado ou ao importe do prejuízo que deixou de ser causado à Administração Pública.

Também existem lacunas no tocante à procedimentalização do pagamento dessa recompensa, se existirá um fundo específico para tal, qual a dotação orçamentária e ainda qual autoridade será a responsável pela ordem de pagamento.

Aqui se faz válido reprisar vários dos questionamentos feitos a respeito: Como procederá a Administração Pública no caso em que, após denúncia por *Whistleblower*, não seja recuperado qualquer valor? Tratar-se-ia, então, de uma denúncia desaproveitada? Estaria a recompensa pela denúncia atrelada à eficácia do Estado em desenvolver investigação/persecução? Quando será repassado parte do valor recuperado ao *Whistleblower*? Essas e outras questões permanecem em aberto e são colocadas aqui como críticas contundentes à legislação atual.

No entanto, das falhas expostas na norma, sem qualquer dúvida, a que se apresenta mais séria é a amplitude do escopo definido pelo legislador, ou, melhor dizendo, a completa falta de escopo. Ao possibilitar que qualquer pessoa goze do direito de relatar informações sobre crimes contra administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público, o legislador brasileiro desoxigenou por completo o instituto do *Whistleblower*.

Não deve existir qualquer óbice ao direito de denúncia do cidadão, sendo que denunciar determinada prática ilícita é reflexo do exercício de sua plena cidadania, mas, é necessário que se delimitem os contornos que distinguem uma denúncia qualquer do ato de *whistleblowing*. Da forma como a legislação foi posta, um sujeito que, por meio do disque-denúncia, reporte a

prática de um furto que esteja acontecendo em uma repartição pública pode ser tido como um *Whistleblower*, o que não é correto.

Como explicitado nesta dissertação, o *Whistleblower* é um sujeito que carrega consigo características especiais e distintivas dos demais sujeitos, razão pela qual se oferece a este tipo de denunciante recompensa e proteção.

O *Whistleblower*, ao contrário do que a legislação brasileira propõe, não pode ser “qualquer pessoa”, mas sim indivíduos que tenham relação especial com a instituição em que tenha ocorrido o ilícito, seja ele empregado, funcionário, parceiro, terceiro relacionado, tenha, ou já tenha tido, algum vínculo que lhe permita ser caracterizado como um *insider*, mas que, no fim do dia, em uma tradução literal, tenha “informações de dentro”.

Por mais que seja um exercício de demasiada simplificação, talvez seja interessante a propositura do seguinte raciocínio: pode “qualquer pessoa” prestar um acordo de Delação Premiada? Por óbvio que não, só deve ser oferecido prêmio àquele sujeito que, em um balcão de oportunidades, oferece produtos com valor de “mercado”. É necessário que o Estado “compre” informações das quais ele não tenha conhecimento e que lhe sejam relevantes. Ou seja, no âmbito da Delação Premiada, só serão firmados acordos premiais com o Ministério Público de sujeitos que, inseridos no seio de uma organização criminosa, oferecem informações de importância para o Estado.

Esse mesmo raciocínio deve ser transportado para o ato de denúncia de um *Whistleblower*. As informações oferecidas pelo denunciante devem ser relevantes, suficientemente interessantes para a Administração Pública, a ponto de que valha a pena o dispêndio de recursos estatais: o oferecimento de recompensa e proteção.

Assim sendo, para a eficácia do instituto aqui analisado, compreender que é necessário que exista definição de seu escopo é, sem dúvida nenhuma, a principal crítica apresentada neste trabalho.

O legislador, ao que tudo indica, não se atentou ao que doutrinadores e pesquisadores têm produzido a respeito do tema, tampouco às experiências internacionais. Vale dizer que, com a extensão da prerrogativa a todo e qualquer um, muito provavelmente, ele tenha enfraquecido, ou até mesmo invalidado, o instituto do *Whistleblower*.

Essa, apesar de central nesta pesquisa, não é a única crítica posta, vez que, como apresentado ao longo da dissertação, existem questões contraditórias a respeito da procedimentalização da recompensa a ser oferecida ao denunciante, problemáticas relacionadas às formas de proteção que podem ser oferecidas, bem como demais questões que orbitam o tema e que foram levantadas ao longo do estudo.

Pelo analisado, acredita-se que o *whistleblowing* se apresente como uma importante ferramenta disponível ao Estado, desde que manejada corretamente. Da mesma forma que delatores possibilitaram a compreensão de organizações criminosas a partir de informações privilegiadas, o *Whistleblower*, como *insider* da instituição em que tenha ocorrido o ilícito, tem muito a agregar em termos de investigação, persecução, apuração, mas, principalmente, prevenção.

Decerto que o Ministério Público, pautado em informações privilegiadas, consegue, além de estabelecer uma investigação mais inteligente, oferecer denúncias mais bem fundamentadas e, por consequência, interagir em um processo penal de maneira muito mais eficiente. Entretanto, para além da persecução penal, é relevante a compreensão de que o instituto do *Whistleblower* serve, principalmente, para a atividade preventiva. A instituição, seja ela pública ou privada, se toma conhecimento prévio da existência de, por exemplo, um conluio entre funcionários, de um e-mail não formalizado, de uma troca de mensagens suspeitas ou de uma relação suspeita com um funcionário público, pode se precaver em relação a maiores riscos. Tendo conhecimento prévio, existe maior espaço e tempo para ação preventiva, evitando-se assim não só a prática de determinada prática ilícita, e até mesmo criminosa, mas também a exposição midiática, que, em tempos atuais, pode ser fatal à operação de uma empresa ou à credibilidade de uma instituição

A exposição ao risco não se limita ao prejuízo causado pelo próprio risco, mas se expande em um leque infindável de situações à qual, com a atuação massiva da mídia, a instituição se expõe perante clientes, parceiros e, principalmente, investidores.

Assim, não restam dúvidas quanto à relevância do instituto do *Whistleblower* e de que, se incorporado e procedimentalizado de forma inteligente, tanto o público quanto o privado têm muito a ganhar com a atuação desses denunciadores. Contudo também não restam dúvidas quanto à ineficácia da legislação brasileira atual, que é marcada por omissões e contradições que, muito provavelmente, podem tornar sem efeito um instituto tão importante. Uma legislação escassa e lacunosa pode inviabilizar o manejo ideal do instituto e, por consequência, impedir que a Administração Pública goze de seus benefícios.

A complexidade das instituições e do mercado exigem um acompanhamento pelo Estado, ou seja, que exista um *enforcement* páreo a tais complexidades. Portanto, repete-se aqui o convite ao estudo do tema, ao oferecimento de críticas não só à legislação, mas também a este próprio trabalho, que se propôs à análise do instituto no cenário brasileiro, pesquisa à qual, sem dúvida nenhuma, muitas outras irão se sobrepor.

REFERÊNCIAS

ABBATEPAOLO, João Carlos; GABINESKI, Bernardo; MARRARA, Cristiane Peixoto de Oliveira; NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Canal de Denúncias - Melhores Práticas. *In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 215-226.

AJEJE, Bruna; COLLINO, Mayra; MARIANO, Vivian; MOLLICA, Priscila Novaes. Comunicação e Treinamento: melhores práticas. *In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 273-284.

AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar; OLIVEIRA, José Carlos. O modelo de "Autorregulação Regulada" e a Teoria da Captura: Obstáculos à Efetividade no combate à Lavagem de Dinheiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v.10, n. 01, p. 365-388, 2017.

ALCÂNTARA, Eunice; CRESPO, Liana Irani Affonso Cunha; PEREIRA, Clara Carneiro; PESCARMONA, Ana Carolina F. Iapichini. A Importância do Tone at the Top e os seus desafios na Prática. *In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33-49.

ALCÂNTARA, Eunice; LIMA, Fabio de; NASCIMENTO, Juliana Oliveira; RODRIGUES, André Luis Friaça. Gestão de Riscos (Risk Management) Desafios e melhor práticas. *In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 117-140.

ALVIM, Tiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Whistleblowing no ambiente corporativo - Standards internacionais para sua aplicação no Brasil. *In: DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre e DE PAULA, Marco Aurélio Borges (orgs.) Compliance, Gestão de Riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum: 2018. p. 121-147.

ALVES, Elton Nunes José. Mecanismos de fortalecimento e proteção ao denunciante no crime de corrupção dentro do ambiente corporativo (whistleblowing). *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n. 1018, ago. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38065>. Acesso em: 04 set. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Camila Mauss. *Compliance, Autorregulação Regulada e o Sistema de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Penal Brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

BENTO, Leonardo Valles. O Princípio da Proteção ao Denunciante: Parâmetros Internacionais e o Direito Brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 2, p. 785-809, mai./ago. 2015.

BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo. *Novos Instrumentos de Prevenção e Enfrentamento à Delinquência Econômica: Compliance, Perda Alargada e Whistleblowing*. Florianópolis: Habitus, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de junho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.701, de 9 de julho de 2003*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.701.htm#art3art10a. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018*. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm. Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). Habeas Corpus 98.345/RJ. Habeas Corpus. Relatoria: Min. Marco Aurélio, j. em 16.06.2010 – DJe 173 de 16.09.2010.

BONACCORSI, Daniela Villani. *A Atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: Análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BONACCORSI, Daniela Villani. Compliance e Prevenção Penal. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda (org.). *Compliance e Integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 199-232.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, Coleção: Ciência Criminal Contemporânea, Vol. 1, Coord. Cláudio Brandão, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 161, p. 99-113, mar. 2020.

BRAGA, Pedro. A Sociedade de Risco e o Direito Penal. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CATTAN, Karina Nigri, FERNANDES, Luciana Miliauskas e WAGATSUMA, Adriana Tocchet. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 3-15.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Compliance na Administração Pública. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 01, p. 75-95, ago. 2017.

COLEN, Guilherme Coelho. Dolo Eventual e Requisitos do Tipo. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 7, n. 12, p. 173-189, 2015.

CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. *Compliance Bancário: O processo de mitigação e prevenção de fraudes no Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ELEK, João. União não basta, queremos Estados e Municípios. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 423-434.

FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: desafios da contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais*. v. 8, n. 30, p. 137-155, 2008.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 41, p. 33-44, 2011.

FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protection for Reporting Illegality. *Texas Law Review*, Vol.88, N.6, 2010

FERREIRA, Adriano Valente Torraca. *Métodos de Incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas de whistleblowing perante agências e órgãos reguladores brasileiros*. 2018. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

FORES, Karina Sartori. A ilusão da sociedade de risco alimentada pelo direito penal simbólico. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. v. 12, n. 2, p. 85-105, 2017.

GALLEGO, Esther Solano; ORTELLADO, Pablo; MORETTO, Márcio. Guerras culturais e populismo antipetista nas manifestações por apoio à operação Lava Jato e contra a reforma de previdência. *Em Debate: Periódico de Opinião Pública e Conjuntura Política*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, p. 35-45, ago. 2017.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n.17, p. 77-104. 2005.

GARTNER, Ivan Ricardo; MACHADO, Michele Rílany Rodrigues. Triângulo de fraudes de Cressey (1953) e teoria da agência: estudo aplicado a instituições bancárias brasileiras. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, Florianópolis, v.14, n. 32, p. 108-140, maio/ago 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen.; DA SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do 'nemo tenetur se detegere'. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 147-172, jan. 2014.

GOTTSCHALK, Petter. Whistleblowing: *White-Collar Fraud Signal Detection*. Cambridge Scholars Publishing: Cambridge, 2018.

GRABOSKY, Peter. *Regulation by Rewards: On the Use of Incentives as Regulatory Instruments in Law & Policy*, v. 17, n. 3, p. 267, 1995.

HASSEMER, Windried. Perspectiva de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Publicação oficial do IBCCRIM, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez., 1994.

JUBB, Peter. *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation*. *Journal of Business Ethics*, Vol. 21, n.1, 1999, p. 77-94.

KEMPFER, Jéssica Cindy. Autorregulação Regulada e o Combate a Mercantilização dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 73-90, jul./dez. 2018.

KPMG. *Perfil global do fraudador: A tecnologia viabiliza e os controles deficientes estimulam a fraude*. 2016. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2016/09/br-perfil-do-fraudador-2016.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEUTERIO, Alex Pereira. *Criminal Compliance o pensamento penal de Silva-Sanchez. Conteúdo Jurídico*, Brasília: 17 de maio de 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39331/criminal-compliance-e-o-pensamento-penal-de-silva-sanchez>. Acesso em: 07 jan. 2021.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. *Compliance: Prevenção de Responsabilidades nos negócios e contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MACEDO, Cassio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate a crimes econômicos fundada em agentes denunciante*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MAYRINK, Renata Pereira. *Responsabilidade penal do compliance officer: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

MICELI, Marcia; NEAR, Janet. *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*. *Journal of Business Ethics*, v. 4, n. 1, p.1-16, 1985.

MINAS GERAIS. Lei n. 869, de 05 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, [2020]. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=869&comp=&ano=1952&texto=consolidado>>. Acesso em 30 jun. 2021.

PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Coleção Ciência Criminal Contemporânea*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v. 6.

PEREIRA, Henrique Viana. *A Função Social da empresa e as repercussões sobre a Responsabilidade Civil e Penal dos empresários*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana. *Teoria da Incapacidade Penal da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020. *E-book*.

PRADO, Rodolfo Macedo do. O whistleblowing no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos. *Boletim IBCCRIM*, v. 27, n. 324, p. 13-15, 2019.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda. A Integridade como princípio conformador da ética empresarial e da Governança Corporativa. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda (org). *Compliance e Integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 21-50.

RAFIH, Rhasmye El. Algumas consequências da premiação patrimonial do whistleblowing no âmbito criminal e em programas de compliance: impactos inaugurais da lei 13.608/2018. *Boletim do IBCCrim*, v. 26, n. 309, p. 7-8, 2018.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Criminal Compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 114, p. 341-376, 2015.

ROCHA, Marco Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA (2016)*. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programasdewhistleblower-no-brasil/>. Acesso em: 07 out. 2020.

ROCHA, Marco Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. *Revista da Doutrina do TRF4*, n. 65, 2015. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/aperfeicoamento-do-sistema-de-justica/whistleblower-participacao-da-sociedade-civil-na-luta-contra-a-corrupcao-e-a-fraude>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALLES, Luiz Eduardo; SANTOS, Sara Cristina Jampaulo; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Due Diligence e Integridade. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 175-191.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial B. de F., 2001.

SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 6, n. 24, p. 65-78, 1998.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro, Revan, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/legislative-history>. Acesso em: 02 fev., 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Dodd Frank Act*. Disponível em: <https://www.cftc.gov/LawRegulation/DoddFrankAct/index.htm>. Acesso em: 02 fev., 2021.

WALKER JR., James. *Compliance Criminal como prevenção da lavagem de dinheiro e do terrorismo transnacional*. Belo Horizonte, Minas Gerais: D'Plácido, 2020.