

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RHASMYE EL RAFIH

Whistleblowing e delinquência econômica: desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil

Ribeirão Preto

2020

RHASMYE EL RAFIH

Whistleblowing e delinquência econômica: desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil

Versão Original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do Título Mestre em Direito.
Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito
Orientador: Prof. Associado Thiago Marrara.

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

RR138 w	Rafih, Rhasmye El Whistleblowing e delinquência econômica: desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil / Rhasmye El Rafih; orientador Thiago Marrara. – Ribeirão Preto, 2020. 313 p. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020. 1. WHISTLEBLOWING. 2. DELINQUÊNCIA ECONÔMICA. 3. ESTATUTO DE PROTEÇÃO. 4. SISTEMA DE RECOMPENSAS. I. Marrara, Thiago, orient. II. Título
------------	---

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAFIH, Rhasmye El.

Whistleblowing e delinquência econômica: desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovada em: __/__/____

Banca examinadora

Prof^a. Dr.^a _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho a minha estimada avó Helenita, por ser essa locomotiva incansável que desafiou (e ainda desafia) paradigmas de seu tempo e que edifica legados de integridade, obstinação e afabilidade.

AGRADECIMENTOS

Diz a música que “o trem que chega é o mesmo da partida” e que “a hora do encontro é também despedida”. Nesses últimos anos, vivi essa intensa contradição da impermanência e contra ela me rebelei algumas vezes. Mas agora posso dizer que aprendi que, de fato, a arte de perder não é tão difícil de dominar e que nem todo mundo que chega quer ou pode ficar. E isso não é, necessariamente, algo ruim.

Entendi que o que torna único o nosso momento com as pessoas é justamente o fato de que elas podem eventualmente partir e essa é uma lição que mais cedo ou mais tarde nos é atribuída. Por isso, gostaria de agradecer hoje àqueles que chegaram e já partiram e àqueles que ainda estão, ainda que não nomeados. Aprendi com todos valiosos ensinamentos que extrapolam os muros dos lugares em que estive e que vão bem além daqueles de nossa compreensão física.

Gostaria de agradecer, antes de tudo, ao criador e a minha espiritualidade-guia, que sempre me inspiraram a escolher caminhos que me edificaram. Ao meu pai, que, mesmo tendo partido da matéria, continua sendo um dos grandes amores da minha vida, sempre e para além do espaço-tempo. A minha mãe, pelo sacrifício diário no altar sagrado do amor incondicional. A minha avó, por ser a pessoa mais forte e determinada que já conheci. A minha irmã Nathully, por ter me dado a mão e “rugido” comigo sempre que a vida nos acuou. A minha irmãzinha Hannah, por ser um dos maiores tesouros que tenho nessa vida. A minha tia Irene, por seguir lutando para se libertar dos grilhões da mente e da alma. A minha bisavó, matriarca da família, pelas orações diárias e pelo amor dedicado.

A minha amiga Carolina, por ser minha eterna e leal companheira de luta e alegria, uma alma gêmea que o Universo guiou até mim. A minha namorada Anna, por ter me reencontrado nessa vida e ter aceitado construir comigo um sólido legado de amor e respeito, bem como por apoiar todos os meus sonhos. Ao meu belíssimo Raphael, por ser esse amigo maravilhoso, fico contente de nossos caminhos terem se cruzado novamente. A Junia, José Vinicius, Raquel, Agatha, Carlinhos, Pedro e Lilian, por essa década de amizade cheia de aprendizados. A Flávia e Isabela, por desde a infância caminharem ao meu lado. A minha eterna amiga Ana Maria, por ser essa fonte de inspiração, pelos precisos conselhos e pela ternura singular. Ao Nikolas, por ser uma das minhas grandes referências e pela preciosa amizade. A Janna, Ana Tereza e Maria Luiza, por terem me mostrado que existe muito amor em SP. As minhas grandes amigas Pamela,

Júlia e Mariana e demais amigos do mestrado da FDRP, por terem compartilhado comigo os dilemas universitários, profissionais e pessoais.

Aos amigos do CM Advogados, pelo suporte em minha formação como advogada e pessoa. Ao caro amigo e mentor Filipe Batich, pela paciência, pelos ensinamentos e apoio. A Fernanda Martino, por trazer leveza e alegria aos meus dias e pela caríssima amizade. Aos queridos André e Clara por toda ajuda, parceria e amizade. A Fernanda Calmon, pelos momentos hilários compartilhados. A Natali, por ser essa canceriana com o coração imenso, por ter me acolhido, aconselhado e se tornado uma grande amiga.

Por fim, e não menos importante, ao Thiago Marrara, por ser esse acadêmico brilhante e ser-humano singular. Não poderia ter tido melhor orientador e fico muito satisfeita pela oportunidade de aprender com você, foi realmente uma honra.

Um das consequências mais fundamentais da nova liberdade global de movimento é que está cada vez mais difícil, talvez até mesmo impossível, reunir questões sociais numa efetiva ação coletiva.¹

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. 3. ed. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 77.

RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing e delinquência econômica: desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil*. 2020. 313 f. Dissertação – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

RESUMO

A sociedade econômica pós-clássica, no contexto de revolução global da digitalização, tem inspirado a criação de inéditos espaços de risco dignos de tutela jurídica, a partir da tentativa de impor uma simetria de informações ao mercado e impactar a prevenção de crises econômicas. É nesse cenário que se constata um processo de sofisticação da arquitetura infracional que, conseqüentemente, passa a demandar soluções cada vez mais elaboradas em matéria de persecução de delitos econômicos, nas esferas administrativa e criminal. Ao lado dos programas de *compliance* e da consensualização no espaço sancionador, o *whistleblowing* aparece como instrumento de colaboração entre os setores público e privado na prevenção e no enfrentamento da delinquência econômica. A presente investigação tem por objeto o fenômeno do *whistleblowing*, tendo se optado por um recorte destinado à identificação e à análise dos desafios para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil, voltado à detecção e ao enfrentamento de delitos econômicos. Para tanto, empregou-se o método teórico de cariz hipotético-dedutivo, a partir de uma abordagem essencialmente descritiva e qualitativa. Como método auxiliar, adotou-se o comparado, com enfoque na legislação estadunidense de *whistleblowing*, dada a considerável experiência desse Ordenamento Jurídico em relação ao tema. Ambos os métodos foram aplicados a partir da utilização da revisão bibliográfica e documental como técnica investigativa. Para a formulação de um programa de reportantes no Brasil, partiu-se da hipótese de que há três desafios a serem transpostos, quais sejam: i) a formulação de uma definição de *whistleblowing*; ii) a elaboração de um estatuto de proteção; iii) a avaliação crítica da política premial. O objetivo geral da pesquisa foi realizar o levantamento e elaborar um diagnóstico desses desafios. Especificamente, procurou-se: i) contextualizar e situar o fenômeno do *whistleblowing* no espaço jurídico; ii) formular uma definição de *whistleblowing*, delimitando um núcleo essencial e o distinguindo de outros institutos; iii) identificar e examinar defasagens na proteção de reportantes no Brasil, propondo um estatuto de proteção; e iv) analisar, sob uma perspectiva crítica, o sistema de recompensa financeira a reportantes.

Palavras-chave: *Whistleblowing*. Delinquência econômica. Estatuto de proteção. Sistema de recompensas.

RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing and economic delinquency: challenges for the entrenchment of a reporting program in Brazil*. 2020. 313 p. Master's Thesis – Law School of Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

ABSTRACT

The post-classical economic society, in the context of a global digital revolution, has been inspiring the appearance of risk spaces worthy of legal protection, based on an attempt to enforce a market symmetry of information and impact on the prevention of economic crises. In this scenario arises a process of infraction improvement, which, consequently, starts to demand increasingly better solutions in matters of economic offenses prosecution, in the administrative and criminal spheres. Along with the compliance programs and consensus in the sanctioning space, whistleblowing appears as an instrument of collaboration between the public and private sectors in preventing and fighting economic delinquency. This investigation has as its object identifying and analyzing the challenges for establishing a whistleblowing policy in Brazil, regarding economic offenses. The method applied to do so is the hypothetical-deductive, based on a descriptive and qualitative approach. The auxiliary method used is the comparative (*law in books*), through the analysis of the American whistleblowing legislation, given the experience of this legal system in relation to the subject. The investigative technique adopted was the bibliographic and documentary review. The hypothesis aroused to define a whistleblowing policy in Brazil is that there are three challenges to overcome: i) a whistleblowing definition; ii) the draft of a protection statute; iii) a critical assessment of the reward policy. The overall objective of the research was to elaborate a diagnosis of these challenges. The specific purpose were to: i) contextualize the whistleblowing phenomenon in the legal space; ii) formulate a whistleblowing definition, marking off an essential nucleus and distinguishing it from other institutes; iii) identify the gaps in the whistleblower's protection in Brazil, proposing a protection statute; iv) analyze, from a critical perspective, the financial whistleblowing reward system.

Keywords: Whistleblowing. Economic offenses. Protection status. Reward framework.

LISTA DE GRÁFICOS E QUADROS

Quadro 1: Zonas de intersecção e dispersão do AL e do TCC	60
Quadro 2: Comparativo entre AL, TCC-cartel e TCC.....	63
Quadro 3: Características essenciais do <i>whistleblowing</i>	137
Gráfico 1: Fatores que diminuem ou impedem reportes	167
Gráfico 2: Fatores determinantes para o reporte	171
Quadro 4: Indicadores de efetividade de políticas e programas de reportes.....	231
Quadro 5: Recompensas ofertadas pelo IRS entre 2017 a 2019	263
Gráfico 3: Reportes à SEC entre 2012 a 2019.....	264
Quadro 6: Relação da recompensa e a propensão de reportar	265

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACRC Acr	<i>Anti-Corruption and Civil Rights Commission – South Korea</i> (Comissão Anticorrupção e de Direitos Cíveis da Coreia do Sul)
AL	Acordo de leniência
ANPC	Acordo de Não Persecução Cível
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
BACEN	Banco Central
CAA	<i>Clean Air Act</i> (Lei do Ar Limpo)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CERCLA	<i>Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act</i> (Lei de Responsabilização e Indenização Ambiental - EUA)
CGU	Controladoria-Geral da União
CMVSA	<i>Commercial Motor Vehicle Safety Act</i> (Lei de Segurança de Veículos Automotores Comerciais - EUA)
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CSRA	<i>Civil Service Reform Act</i> (Lei de Reforma do Serviço Público – EUA)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DOJ	<i>Department of Justice</i> (Departamento de Justiça - EUA)

EBEP	<i>Estatuto Básico del Empleado Público – España</i> (Estatuto Básico do Servidor Público - Espanha)
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
ERA	<i>Energy Reorganization Act</i> (Lei de Reorganização Energética - EUA)
EUA	Estados Unidos da América
FCA	<i>False Claims Act</i> (Lei Contra Fraudes Governamentais - EUA)
FCA-UK	<i>Financial Conduct Authority</i> (Autoridade de Supervisão Financeira - Reino Unido)
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (Lei de Práticas de Corrupção no Exterior - EUA)
FDA	<i>Food Safety Modernization Act</i> (Lei de Modernização da Segurança Alimentar - EUA)
FDD	Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
FLSA	<i>Fair Labor Standards Act</i> (Lei de Parâmetros do Trabalho Justo - EUA)
FMSHA	<i>Federal Mine Safety and Health Act</i> (Lei Federal de Segurança de Minas e Saúde - EUA)
FWPCA	<i>Water Pollution Control Act</i> (Lei de Controle de Poluição da Água Potável - EUA)
GPDR	<i>General Data Protection Regulation</i> (Resolução de Proteção Geral de Dados – União Europeia)
IBA	<i>International Bar Association</i> (Ordem Internacional dos Advogados)
INDECOPI	<i>Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual</i> (Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e Proteção da Propriedade Intelectual - Peru)
IP	<i>Internet Protocol</i> (Protocolo de Internet)
IRC	<i>Internal Revenue Code</i> (Código Tributário - EUA)

IRS	<i>Internal Revenue Service</i> (Receita Federal - EUA)
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LHWCA	<i>Longshore and Harbor Workers' Compensation Act</i> (Lei Indenizatória de Trabalhadores Portuários e Estivadores - EUA)
LINDB	Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro
MSAWPA	<i>Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act</i> (Lei de Proteção do Trabalhador Agrícola Migrante e Sazonal - EUA)
MSPB	<i>Merit System Protection Board</i> (Conselho de Proteção do Sistema de Mérito - EUA)
NSA	<i>National Security Agency</i> (Agência de Segurança Nacional - EUA)
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização Dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	<i>Office of Special Council</i> (Escritório de Assessoria Especial - EUA)
OSH	<i>Occupational Safety and Health Act</i> (Lei de Segurança e Saúde Ocupacional- EUA)
PDA	<i>Public Disclosure Act – South Africa</i> (Lei de Revelação Pública - África do Sul)
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PL	Projeto de Lei
PRA	<i>Bank of England Prudential Regulatory Authority</i> (Autoridade Reguladora do Banco da Inglaterra)
PSDPA	<i>Public Servants Disclosure Protection Act – Canada</i> (Lei de Proteção à Revelação de Servidores Públicos - Canadá)
RWB	<i>Reverse Whistleblower</i> (<i>Whistleblower</i> Rerveso)

SDWA	<i>Safe Drinking Water Act</i> (Lei de Água Potável Segura - EUA)
SEC	<i>Securities & Exchange Commission</i> (Comissão de Valores Mobiliários - EUA)
SMCRA	<i>Surface Mining Control and Reclamation Act</i> (Lei de Controle e Recuperação de Superfície de Mineração - EUA)
SOX	<i>Sarbanes-Oxley Act</i> (Lei Sarbanes-Oxley - EUA)
SWDA	<i>Solid Waste Disposal Act</i> (Lei de Descarte de Resíduos Sólidos - EUA)
TAC	Termos de ajuste de conduta
TCC	Termo de compromisso de cessação de prática
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União
TSCA	<i>Toxic Substances Control Act</i> (Lei de Controle de Substâncias Tóxicas - EUA)
UK-PIDA	<i>Public Interest Disclosure Act</i> (Lei de Revelações de Interesse Público – Reino Unido)
UK	<i>United Kingdom</i> (Reino Unido)
UNCAC	Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas
WPA	<i>Whistleblower Protection Act</i> (Lei de Proteção do <i>Whistleblower</i> - EUA)
WPA-J	Lei de Proteção de Denunciantes - Japão
WPEA	<i>Whistleblower Protection Enhancement Act</i> (Lei de Aprimoramento da Proteção do <i>Whistleblower</i> - EUA)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
A- Delimitação do objeto e contributo da pesquisa	19
B – Objetivos e metodologia	26
CAPÍTULO PRIMEIRO – BASTIDORES DA INSTITUIÇÃO DO <i>WHISTLEBLOWING</i> COMO UM COMPLEMENTO AO ENFRENTAMENTO DA DELINQUÊNCIA ECONÔMICA	28
1.1 METAMORFOSES DA GEOMETRIA INFRACIONAL NA ERA DIGITAL E A PRIVATIZAÇÃO DAS PERSECUÇÕES ESTATAIS	28
1.1.1 A regulação de infrações à ordem econômica pelo setor privado: (des)crenças em relação aos programas de <i>compliance</i>	37
1.1.2 O fenômeno da consensualização no desmantelamento de crimes e infrações à ordem econômica	48
1.1.2.1 Ponderações sobre os acordos antitruste na consensualização administrativa do processo sancionador: peculiaridades no enfrentamento de cartéis	56
1.1.2.2 O TCC-cartel e o ANPP: um contrapeso	66
1.1.2.3 Justiça negocial: críticas à expansão dos espaços de consensualização na esfera criminal	69
CAPÍTULO SEGUNDO – QUEM “SOPRA O APITO”: A PROPOSITURA DE UMA DEFINIÇÃO DE <i>WHISTLEBLOWING</i>.....	76
2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DO INSTITUTO	76
2.2 MOTIVAÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA DEFINIÇÃO DO <i>WHISTLEBLOWING</i> NO BRASIL	80
2.3 DEFINIÇÕES E ABRANGÊNCIA TERMINOLÓGICA: DELIMITANDO UM NÚCLEO ESSENCIAL.....	86
2.3.1 Ação	88
2.3.1.1 Revelação	88
2.3.1.2 Motivação, boa-fé e crenças/motivos razoáveis.....	89
2.3.1.3 Ato consciente e intencional, voluntariedade e o dever geral de reporte.....	95
2.3.1.4 Observância do sigilo profissional	97
2.3.1.5 Revelação original.....	98
2.3.1.6 Dever funcional de reportar (deveres específicos de reporte)	100
2.3.1.7 Inelegibilidade para o <i>whistleblowing</i>	104
2.3.1.7.1 <i>Alto escalão da entidade</i>	106
2.3.1.7.2 <i>Pessoal de Compliance</i>	107

2.3.1.7.3 Contadores que obtiveram informações no exercício da profissão	109
2.3.1.7.4 Advogados que obtiveram informações no exercício da representação	109
2.3.1.7.5 Indivíduos que obtenham provas por meios ilícitos e/ou delas derivadas ..	111
2.3.1.7.6 Indivíduos que tenham a obrigação legal de tomar medidas investigativas ou repressivas no setor público	112
2.3.2 Sujeito: distinções preliminares	112
2.3.2.1 Whistleblower X Informante	113
2.3.2.1.1 Whistleblower X Testemunha	115
2.3.2.1.2 Whistleblower X Colaborador (sujeito ativo da transgressão)	116
2.3.2.2 A pessoa jurídica como whistleblower?.....	118
2.3.2.3 A pessoa física como whistleblower	121
2.3.3 Conteúdo da revelação	123
2.3.3.1 Transgressão não trivial	125
2.3.3.2 Transgressão sobre o controle da entidade	127
2.3.3.3 Transgressão existente ou iminente	128
2.3.4 Alvo da revelação: a entidade.....	128
2.3.5 Destinatário da revelação	129
2.3.6 Resultado	135
2.3.7 Definição formulada.....	137
2.4 A LEI Nº 13.608/2018 E A SUA EXTENSÃO AOS <i>BELL-RINGERS</i> E <i>LEAKERS</i> . 138	

CAPÍTULO TERCEIRO – WHISTLEBLOWING E O SEU DESAFIO NUCLEAR: A ELABORAÇÃO DE UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO

143

3.1 PANORAMA DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO <i>WHISTLEBLOWER</i>	143
3.2 DIPLOMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DE REPORTANTES NO BRASIL.....	148
3.3 A LEI Nº 13.608/2018 E A TUTELA DO “INFORMANTE”	151
3.3.1 O sigilo de dados	151
3.3.1.1 Responsabilidade de agentes públicos por violação do sigilo	154
3.3.1.2 A Lei Geral de Proteção de Dados	155
3.3.1.3 Revelação da identidade.....	157
3.3.1.4 Compartilhamento da identidade do reportante	160
3.3.2 Outras medidas de proteção	164
3.3.2.1 Medidas da Lei de Proteção às Testemunhas.....	164
3.3.2.2 Previsão de falta disciplinar grave e demissão pela retaliação	165
3.3.2.3 Isenção de responsabilização civil e criminal do reportante	165
3.3.2.4 Ressarcimento por danos materiais e morais	166
3.4 UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO DE REPORTANTES	167
3.4.1 Cobertura da proteção	172
3.4.1.1 Limitações pelo tipo de transgressão e o <i>corporate whistleblowing</i>	179
3.4.1.2 Aplicação das medidas de proteção a <i>whistleblowers</i> estrangeiros	181
3.4.2 Órgãos independentes	184
3.4.3 Proteção da identidade.....	187
3.4.4 Medidas antirretaliação	194
3.4.4.1 Inversão do ônus da prova quanto à retaliação	201
3.4.4.2 Cláusulas de confidencialidade (<i>gag clauses</i>)	205
3.4.5 Sanções legais para retaliadores	206

3.4.6 Proteção financeira: indenizações e suporte financeiro.....	209
3.4.7 Dever de reportar e disponibilização de assistência jurídica gratuita.....	213
3.4.8 Isenção de responsabilização (<i>waiver of liability</i>)	216
3.4.9 Transparência sobre as apurações e possibilidade de revisão de decisões.....	218
3.4.10 Medidas liminares de amparo	220
3.4.11 Boas práticas e princípios para uma legislação de <i>whistleblower</i>	222
3.4.12 Indicadores de efetividade de políticas e programas de reporte.....	227

**CAPÍTULO QUARTO – QUANDO O CRIME RECOMPENSA: OS DILEMAS DA
POLÍTICA PREMIAL 236**

4.1 O SISTEMA DE RECOMPENSAS ECONÔMICAS COMO UMA POLÍTICA DE INCENTIVOS AO <i>WHISTLEBLOWING</i>	236
4.2 A RECOMPENSA FINANCEIRA DO REPORTANTE NO BRASIL.....	247
4.3 AS RECOMPENSAS ECONÔMICAS A SERVIDORES PÚBLICOS.....	249
4.4 A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE NA PREMIAÇÃO DO <i>WHISTLEBLOWER</i>	250
4.4.1 <i>False Claims Act</i>	251
4.4.2 <i>Securities Exchange Act</i> emendado pelo <i>Dodd Frank Act</i> de 2010.....	254
4.4.3 <i>Internal Revenue Code</i>	259
4.5 “ <i>NO MONEY, NO HONEY</i> ”: O QUE SE SABE ATÉ O MOMENTO SOBRE OS RESULTADOS DA POLÍTICA PREMIAL.....	260

CONCLUSÃO..... 267

REFERÊNCIAS 291

INTRODUÇÃO

A- Delimitação do objeto e contributo da pesquisa

O objeto de investigação desta dissertação é o fenômeno do *whistleblowing*, tendo se optado por um recorte encaminhado para a identificação e análise dos desafios para a consolidação de um programa de reportantes² no Brasil, voltado à detecção e ao enfrentamento dos delitos econômicos.

A sofisticação e a reticularização dessas infrações ensejam, igualmente, o aprimoramento de técnicas e métodos de persecução para além dos tradicionais instrumentos de investigação disponíveis. Para o Estado operacionalizar o enfrentamento dessa modalidade de delito, tem se buscado a interação com o setor privado por meio de uma “quase-privatização”³ da persecução de delitos e da consensualização cada vez mais acentuada, tal como já se realizou no contexto dos programas de integridade e no cenário da Justiça Negocial.

A título de exemplo, a utilização do *whistleblowing* para a identificação de ilícitos plurissubjetivos como os cartéis, sancionados nas esferas administrativa (Lei 12.529/2011) e criminal (Lei nº 8.837/90), pode ser considerada um adicional para identificar os agentes econômicos envolvidos e dismantelar as condutas ainda em seu estágio embrionário. Alguns autores entendem que o *whistleblowing* pode funcionar como um método de detecção de cartéis, complementando os programas de leniência que, na maior parte das vezes, identificam cartéis em fases mais adiantadas.⁴

O *whistleblowing* inaugura um método alternativo de colaboração preventiva e repressiva entre os setores público e privado, inserido em um contexto de forte exposição de esquemas fraudulentos e escândalos de corrupção, que tem inspirado (re)formulações em diversas áreas jurídicas, notadamente no Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal Econômico.

²A expressão reportante será adotada para abranger toda a pessoa que reporta (relata) algum tipo de informação internamente (v.g. dentro da entidade) e/ou externamente (v.g. perante autoridades públicas e mídia). O *whistleblower* é um reportante, mas nem todo reportante é um *whistleblower*. Ao longo do trabalho, a terminologia “reportante” poderá ser utilizada como sinônimo de *whistleblower* ou poderá ser empregada como uma forma mais ampla, abrangendo outras categorias que serão apresentadas no decorrer do segundo capítulo.

³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos Modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et. al* (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 91-98, 2016, p 94.

⁴ BIGONE, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloé; SPAGNOLO, Giancarlo. Fines, Leniency and Rewards in Antitrust. *The Rand Journal of Economics*, v. 43, nº 2, p. 368-390, 2012. Disponível em: <<http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp738.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 370.

A ampla implementação de instrumentos de *hard law* de caráter universal revela uma tendência mundial para a positivação do *whistleblowing*, que é produto da influência das principais Convenções Internacionais contra a corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (1996); a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) (1997), bem como a Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (2003).

A justificativa para essa pauta reside no fato de que *whistleblowers*⁵ operam como fontes de informações e provas de infrações de grande impacto social, as quais dificilmente seriam obtidas apenas com as tradicionais técnicas investigativas.

A título de exemplo, em 2001, Sherron Watkins, ex-presidente de Desenvolvimento Corporativo de uma companhia de energia estadunidense, a Enron, revelou a existência de fraudes contábeis e fiscais que culminaram na prisão de diversos executivos. Na China, em 2003, o Dr. Jiang Yanyong, embora proibido pelas autoridades locais, revelou a extensão da propagação do vírus da SARS, o que contribuiu para a preservação de milhões de vidas.⁶

No episódio conhecido como *SwissLeaks*, Hervé Falciani, então engenheiro de sistema de informática do HSBC *Private Bank de Genebra*, levou ao conhecimento das autoridades francesas, em 2009, o que foi considerado a “fraude fiscal do século”, revelando uma lista com 130.000 (cento e trinta mil) pessoas envolvidas em crimes de evasão de divisas conhecidos da instituição financeira.⁷

Outro exemplo de *whistleblowing* mais recente e de repercussão internacional foi o de Edward Snowden, que, em 2013, divulgou a existência de um sistema de vigilância global

⁵ Optou-se por adotar a expressão *whistleblower* neste trabalho, uma vez que, conforme adverte a doutrina: “a expressão não possui, tampouco, uma tradução fácil para outros idiomas, como o alemão e, por isso, nos trabalhos publicados nesse idioma normalmente se emprega a expressão em inglês.” LUTTERBACH. *Die strafrechtliche Würdigung*, p. 3 e ss. apud. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.

⁶ “In China, Dr. Jiang Yanyong revealed the extent of the spread of the SARS virus and potentially saved millions of lives by alerting the public, after being ordered by the authorities not to reveal the information [...] Sherron Watkins of Enron internally raised the alarm over problems with the financial situation in the company that eventually led to the arrest and conviction of its CEO and other top officials.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 6.

⁷ MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores*. 2018. 125f. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio do Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8037>>. Acesso em: 10 mar. 2020. p. 86.

implementado pela Agência de Segurança Nacional estadunidense, a NSA (*National Security Agency*).

Em 2011, referente ao caso do “Cartel de Trens de São Paulo”, um colaborador da empresa Siemens encaminhou um reporte sobre o esquema criminoso ao *ombudsman* da empresa na Alemanha, que optou por firmar acordos de leniência e colaboração premiada no Brasil. Segundo se apurou, empresas concorrentes teriam dividido trechos a serem licitados, mediante pagamento de propina a agentes públicos, desviando bilhões de reais.⁸

Em 2018, na “Operação Pedra no Caminho”, desdobramento da “Operação Lava Jato”, a investigação do superfaturamento nas obras do Rodoanel de São Paulo, na ordem de R\$ 1 bilhão, foi deflagrada a partir do reporte de um ex-funcionário da empresa responsável pela obra.⁹

Em um estudo sobre corrupção em contratos públicos da União Europeia, realizado pela PWC, ECORYS e Utrecht University, descobriu-se que 40% de todas as atividades fraudulentas foram detectadas por reportes feitos por *whistleblowers*.¹⁰

Pesquisas empíricas, segundo Gottschalk, indicam que *whistleblowers* são relevantes para a descoberta de delitos econômicos. Na Noruega, por exemplo, reportes feitos por *whistleblowers* foram responsáveis por grande parte de investigações que culminaram em sentenças condenatórias por essas infrações entre 2009 e 2015.¹¹

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos reconheceu que *whistleblowers* têm um relevante papel na identificação de delitos econômicos, especialmente relacionados ao sistema financeiro, minimizando danos a investidores e favorecendo a integridade nesses mercados.¹²

⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. *Empresa alemã delata cartel em licitações no metrô de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1310864-empresa-alema-siemens-delata-cartel-em-licitacoes-do-metro-de-sp.shtml>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

⁹ PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 140.

¹⁰ “Approximately 40% of fraudulent activities are detected by a whistle-blower alert.” WENSINK, Wim; VET, Jan Marten de. *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*. PWC. ECORYS and Utrecht University. 2013. Disponível em: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020, p. 111.

¹¹ “Empirical convenience studies indicate that whistleblowers are indeed very important in disclosure of white-collar crime. Whistleblowers stand behind a large proportion of 405 white-collar criminals who went sentenced to prison from 2009 to 2015 in Norway.” GOTTSCHALK, Petter. *Whistleblowing: white-collar fraud signal detection*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 70.

¹² “[...] their [whistleblowers] knowledge of the circumstances and individuals involved, whistleblowers can help SEC and DOJ identify potential violations much earlier than might otherwise have been possible, thus allowing SEC and DOJ to minimize the harm to investors, better preserve the integrity of the U.S. capital markets, and more swiftly hold accountable those responsible for unlawful conduct.” UNITED STATES OF AMERICA (USA). DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). *FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 82.

Além da potencialidade de revelar ilícitos, o *whistleblowing* tem sido apontado como relevante fator para recuperação de valores aos cofres públicos. Em 2019, nos Estados Unidos, dos US\$ 3 bilhões em acordos e julgamentos realizados no contexto do *False Claims Act*, mais de US\$ 2,1 bilhões decorreram de ações judiciais movidas por *whistleblowers*.¹³

No Brasil, quanto ao reporte de infrações administrativas à ordem econômica, a utilização do “Cliques Denúncia”, plataforma do Conselho Administrativo de Defesa (CADE), tem sido cada vez mais utilizada. Dados oficiais do CADE revelam que em: i) 2017, foram feitas 831¹⁴ (oitocentos e trinta e uma); ii) 2018, foram 862¹⁵ (oitocentos e sessenta e duas); e iii) 2019, foram 955 (novecentos e cinquenta e cinco).¹⁶

A presente pesquisa parte da premissa de que é necessário o desenvolvimento de instrumentos mais eficazes para coibir delitos econômicos, dado o contexto de revoluções tecnológicas que aceleram a globalização e a perspectiva neoliberal da economia que, consequentemente, tornam mais complexo o enfrentamento desses ilícitos. Foi entre as décadas de 1980 e 1990, com o desenvolvimento e democratização das telecomunicações no cenário da globalização, que se facilitou o acesso aos mercados de produtos e capitais, favorecendo uma circulação monetária internacional, que atraiu interesse da criminalidade organizada.

Considerando os dados apresentados, que demonstram a contribuição do *whistleblowing* em matéria de enfrentamento de delitos econômicos, presume-se que a consolidação de um programa de reportantes no Brasil indica uma nova política de persecução de infrações penais e administrativas na esfera econômica, considerando a ineficácia do Estado, com suas tradicionais técnicas, para coibi-las.

13 “Of the \$3 billion in settlements and judgments reported by the government in fiscal year 2019, over \$2.1 billion arose from lawsuits filed under the qui tam provisions of the False Claims Act.” Id.. *Justice Department Recovers Over \$2.8 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2018*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-28-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2018>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

14 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cade em números*. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

15 Id.. *Anuário do CADE em 2018*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 24.

16 Id.. *Anuário do CADE em 2019*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-cade-2019.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 24.

A promulgação das Leis nº 13.608/2018¹⁷ e 13.964/2019¹⁸ (“Lei Anticrime”) revela a adoção de uma política pública para estimular reportes no Brasil, cuja finalidade parece ser: i) sofisticar a persecução de crimes e infrações administrativas e outras condutas lesivas ao interesse público, como as econômicas; e ii) complementar o papel de mecanismos de consensualização, notadamente a colaboração premiada e os acordos de leniência.

Sustenta-se que existem aspectos sensíveis que desafiam a consolidação de um programa de reportantes no Brasil, quais sejam: i) a formulação de uma definição de *whistleblowing*, que o diferencie de outras figuras já sedimentadas no Ordenamento Jurídico; ii) a efetivação de um estatuto de proteção a reportantes; e iii) o exame crítico do sistema de recompensas financeiras.

No que se refere ao primeiro desafio, remanesce uma obscuridade em relação a qual ator seria o *whistleblower* e a sua relação com a conduta delitativa, o que impacta diretamente a delimitação dos direitos e deveres decorrentes de sua colaboração. A Lei nº 13.608/2018 denomina “informante” qualquer pessoa que relate informações de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou ações ou omissões lesivas ao interesse público. Mas seria o *whistleblower* de fato um informante? Assume-se que a sua distinção em relação a testemunhas ou a colaboradores - que praticaram a conduta delitativa (*cooperating offenders*) e que podem se socorrer de acordos de leniência, compromissos de cessação de prática e/ou da colaboração premiada – mostra-se relevante para determinar o seu *status* no Ordenamento Jurídico e, por conseguinte, como será e quais os limites de sua proteção.

Sobre o segundo desafio, apenas com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei nº 13.608/2018, é que o legislador se ocupou de detalhar as medidas de proteção de reportantes, que antes se limitavam a previsões em torno do sigilo dos dados. Acrescentou-se que o “informante” terá direito à preservação de sigilo de sua identidade, que será apenas revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos. Além disso, assegurou-se também a isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se tiver, de modo consciente, apresentado informações ou provas falsas.

Por outro lado, a legislação estadunidense possui maior experiência com a proteção de reportantes. O *Securities Exchange Commission (SEC) Act* de 1934, emendado pelo *Dodd-*

¹⁷ BRASIL. Lei nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

¹⁸ Id.. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010, prevê que o *whistleblower* deverá, além de requerer o sigilo de sua identidade, ser representado por advogado. Em 2012, a Corte Legislativa daquele país efetivou uma considerável reforma na legislação federal de proteção do *whistleblower*, que resultou no *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), cujo escopo era dar maior eficácia ao programa de tutela de servidores públicos federais que reportassem desperdícios de verbas públicas, fraude e abuso.

Além da compreensão do *whistleblowing* e da política de proteção de reportantes, outro desafio diz respeito à elaboração e à implementação de um sistema premial, especificamente o de recompensas financeiras, sob uma perspectiva crítica, tendo por referência o que se sabe sobre os seus resultados enquanto política de incentivos a reportes.

Com o advento da Lei nº 13.608/2018, disciplinou-se, no artigo 4º, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa, inclusive pagamento de valores em espécie, pelo oferecimento de informações úteis para a prevenção e a repressão de crimes ou ilícitos administrativos.

Com as alterações inseridas pela Lei nº 13.964/2019, acrescentou-se a possibilidade de o “informante” receber uma recompensa de até 5% (cinco) por cento do valor recuperado resultante de produto de crime contra a administração pública. Entretanto, não se definiram as especiais circunstâncias desse sistema de recompensa. Qual será a autoridade responsável por delimitar a recompensa? Essa será aplicada a outras modalidades de delitos que não apenas os crimes contra a administração pública? Existe algum parâmetro para aferir a relevância da informação do reportante?

Na legislação estadunidense, além do *Dodd Frank Act* (2010), outros diplomas previram políticas de recompensa financeira, dentre eles: o *False Claims Act* e o Código Tributário. A título de exemplo, o *Dodd Frank Act* de 2010 prevê incentivos entre 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento) da quantia recuperada em razão do reporte de violações a leis federais de valores mobiliários. Entretanto, a informação deve ser original e desconhecida das Autoridades, além de possibilitar ações administrativas e/ou judiciais que resultem em sanções monetárias superiores a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares).

Para os fins desta pesquisa, o exame do tema sob uma perspectiva comparada poderá revelar eventuais debilidades na regulamentação da política de reportes no Brasil e possibilitar a verificação da medida em que as hipóteses suscitadas nessa investigação são, de fato, um desafio para a implementação desse modelo no país.

Para contribuir com a elaboração de respostas aos três desafios centrais, essa pesquisa se divide em quatro capítulos. O primeiro é dedicado à contextualização dos bastidores do tema, especificamente ao exame crítico do cenário que conduziu o *whistleblowing* ao papel de instrumento de reforço e complemento ao enfrentamento da delinquência econômica, sem ainda adentrar a análise desse fenômeno. Para tanto, a investigação perpassa pelas constatações a respeito da falência do sistema regulatório e da insuficiência dos modelos de ingerência mútua entre as esferas pública e privada, notadamente dos programas de *compliance* e da consensualização no direito administrativo sancionador e criminal.

No segundo capítulo, objetiva-se atualizar a definição de *whistleblowing*, delimitando os seus elementos essenciais, tendo em vista a sua utilização indiscriminada e confusões com outros institutos. Parte-se do pressuposto de que uma formulação técnica da definição do instituto contribui para a sua localização no espaço normativo e, conseqüentemente, para a formatação de um programa de reportes mais coerente, com vistas a reconhecer direitos e estabelecer deveres compatíveis com as particularidades do *whistleblower*. Há uma proposta de diferenciação do *whistleblower* de outras modalidades de reportantes, tais como os colaboradores premiados, signatários de leniência e de termos de compromisso de cessação de prática, informantes policiais, testemunhas, *bell-ringers* e *leakers*.

O terceiro capítulo é destinado à propositura de um estatuto de proteção de *whistleblowers* e demais reportantes que não praticaram ou participaram da conduta delitiva, uma vez que a proteção é tomada como um dos pressupostos da consolidação de um consistente programa de reportes. Realiza-se um exame crítico da legislação brasileira de proteção a reportantes, em especial da Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019. Adicionalmente, analisam-se as recomendações de órgãos internacionais sobre legislação de proteção a *whistleblowers*, bem como a experiência estadunidense nessa matéria, de modo a favorecer a formulação de indicadores de qualidade de um programa de reportantes.

O quarto e último capítulo aborda os dilemas da disponibilização de recompensa financeira a reportantes, identificando as críticas feitas a esse tipo de modelo de política premial. Nele também se examina a experiência estadunidense em matéria de recompensas financeiras no âmbito do *False Claims Act*, do *Dodd-Frank Act* de 2010 e da Receita Federal (IRS). Ainda, apresentam-se e analisam-se alguns relatórios e estudos empíricos com a finalidade de se verificar se e em que medida o sistema de recompensas financeiras representa de fato um estímulo expressivo para a adesão à política de reportes.

B – Objetivos e metodologia

O objetivo central dessa investigação é realizar um levantamento e elaborar um diagnóstico dos principais desafios para a implementação de um programa de reportantes, destinado ao enfrentamento dos delitos econômicos no Brasil. Pretende-se apresentar os aspectos sensíveis que circundam o instituto, sem qualquer pretensão de esgotá-los.

Para tanto, será necessário:

1 – Contextualizar e situar o fenômeno do *whistleblowing*, com atenção a sua localização no espaço jurídico e diante das demais técnicas de enfrentamento dos delitos econômicos, como os programas de *compliance* e a consensualização do processo sancionador nas esferas administração e criminal.

2 – Formular uma definição do *whistleblowing* com vistas a delimitar as suas características essenciais e a distingui-lo de outros institutos;

3 – Identificar e examinar possíveis carências na tutela do *whistleblower* no Brasil, de modo a realizar proposituras e/ou recomendações de um estatuto de proteção;

4 – Analisar, sob uma perspectiva crítica, a proposta de utilização do modelo premial, identificando em que medida ele se apresenta como um incentivo para reportes de transgressões em canais internos e oficiais (públicos) de denúncia.

A consecução desses objetivos se dá pela utilização do método teórico de cariz hipotético-dedutivo, a partir de uma abordagem essencialmente descritiva e qualitativa, pela qual proposições hipotéticas são confrontadas teoricamente para a verificação crítica de sua consistência. Isso, porque o debate em torno do instituto do *whistleblowing* é muito recente no Brasil, demandando ainda maior aprofundamento teórico diante da importação desse modelo.

Essa pesquisa tem como enfoque a descrição e a análise crítica das características e propriedades do *whistleblowing*, por meio do levantamento de *lege lata* (leis, decretos e portarias federais), iniciativas de *lege ferenda* (projetos de lei federais), doutrina e jurisprudência. A pesquisa qualitativa serve, portanto, à narrativa da complexidade do objeto¹⁹, considerando a sua interação com o contexto de expansionismo sancionatório e comercial na esfera dos delitos econômicos.

Suscita-se a hipótese de que a implementação de um programa de reportantes no Brasil terá que superar desafios basilares, que estão, *a priori*: 1 - na ordem da definição do

¹⁹ BORTOLOTTI, Karen. *Metodologia da pesquisa*. Rio de Janeiro: SESES, 2015, p. 76-77.

whistleblowing; 2 - no plano da proteção de reportantes; 3 - na análise crítica da adoção de uma política de recompensas.

Como método auxiliar, é utilizado o comparativo²⁰, especificamente a microcomparação²¹ horizontal²², pela qual se observa o atual tratamento normativo específico do fenômeno do *whistleblowing* pelo Ordenamento Jurídico estadunidense (em que se encontram as mais avançadas legislações sobre o tema), inclusive com análise interpretativa dos dispositivos legais, com a finalidade de identificar elementos para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil. Isso, sem prejuízo à utilização da legislação comparada em relação a outros Ordenamentos e do mapeamento de tratados, convenções e recomendações internacionais sobre o tema.

Como técnica investigativa, emprega-se a revisão bibliográfica e documental, que demanda a análise de material já elaborado²³, constituído, principalmente, por artigos científicos, guias de melhores práticas e dados estatísticos colhidos em relatórios técnicos (IRS, SEC, CADE, UK- FCA etc). Ao final, as conclusões serão utilizadas como substratos propositivos para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil.

²⁰ Adverte Salo de Carvalho que um estudo de direito comparado não se confunde com a mera descrição da legislação comparada, havendo uma distinção entre dois termos da *common Law*, quais sejam: *law in books* e *law in action*. A primeira é marcada por um viés interpretativo e pela análise do impacto dos dispositivos legais. A última, por sua vez, é limitada pela “redução de todo fenômeno jurídico aos dispositivos legais.” CARVALHO, Salo de. *Como não se faz um trabalho de conclusão*: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

²¹ “[...] na microcomparação, o objeto resta materialmente muito delimitado. A comparação se restringe a um instituto jurídico específico ou a uma de suas regras.” MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Jurídica Unigram*, Dourados, v. 1, n. 32, p. 25-37, jul./dez.2014, p. 32. Disponível em: <https://www.academia.edu/14081368/M%C3%A9todo_comparativo_e_direito_administrativo>. Acesso em: 17 ago. 2020.

²² “De modo diverso, na comparatística horizontal – método mais utilizado atualmente –, os objetos comparados são contemporâneos, mas pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos. O aspecto temporal permanece estático, mas o territorial é dinâmico.” *Ibid.*, p. 32.

²³ ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. Revista CEJ, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, abril de 1999, p. 4-5.

CAPÍTULO PRIMEIRO - BASTIDORES²⁴ DA INSTITUIÇÃO DO WHISTLEBLOWING COMO UM COMPLEMENTO AO ENFRENTAMENTO DA DELINQUÊNCIA ECONÔMICA

1.1 METAMORFOSES DA GEOMETRIA INFRACIONAL NA ERA DIGITAL E A PRIVATIZAÇÃO DAS PERSECUÇÕES ESTATAIS

A revolução tecnológica, caracterizada pela digitalização da comunicação e da informação, a partir do transporte instantâneo de dados e da difusão de redes e relações eletrônicas, promoveu a aceleração da globalização e da perspectiva neoliberal da economia, sob a perspectiva da financeirização²⁵.

Essa inédita convulsão da digitalização inserida no contexto capitalista²⁶ fez emergir a 4ª Revolução Industrial ou “Indústria 4.0”, caracterizada pela automação de cadeias de suprimentos, com alto grau de interconectividade, unidades de produção inteligente e comunicabilidade entre pessoas, equipamentos, sistemas lógicos e componentes.²⁷

²⁴ O capítulo de abertura dessa pesquisa se ocupa de contextualizar o cenário que propiciou a instituição do *whistleblowing* como técnica de reforço e complemento ao enfrentamento de delitos econômicos. Identificar qual a formatação social que culminou na especialização das práticas delitivas e desafiou a adoção de novas políticas e mecanismos para lidar com esse fenômeno é fulcral para o desenvolvimento dos capítulos subsequentes e para a própria compreensão do instituto do *whistleblowing*, suas raízes e projeções. Uma análise do painel de falência dos sistemas regulatórios que conduziu a uma espécie de privatização das persecuções estatais, bem como do alargamento da consensualização no processo sancionador, fornecerão substratos para um exame crítico do objeto central dessa investigação. Nesse mesmo sentido, Rios sustenta que: “As discussões acerca dos efeitos que essa nova forma de configuração social, uma ‘sociedade de riscos’, exerce sobre a Ciência Penal não são novidade. O retorno a essas premissas, no entanto, revela-se indispensável para compreender de fato a raiz dos problemas de hoje debatidos.” RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allan Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômenos do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 137, p. 89-123, novembro de 2018, p. 91.

²⁵ Bernard Paulré define financeirização como “um fenômeno difuso que se traduz, no plano macroeconômico, na emergência de uma economia baseada nos ativos financeiros.” PAULRÉ, Bernard. Capitalismo cognitivo e financeirização dos sistemas econômicos. In: FUMAGGALI, Andrea *et. al.* *A crise da economia global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 260.

²⁶ Zygmunt Bauman considera que a sociedade foi completamente interpenetrada pelo capitalismo. Para o sociólogo, isso se deu porque entre o Estado e o mercado capitalista há uma relação de cooperação construída no interesse e não contra o interesse dos mercados, garantindo a sua segurança e longevidade. Bauman sustenta que até mesmo o Estado assistencial foi fruto dos interesses dos industriais em manter um “exército industrial de reserva”: “A cultura de hoje é feita de ofertas, não de normas. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. E, como o resto do mundo visto e vivido pelos consumidores, a cultura também se transforma num armazém de produtos destinados ao consumo, cada qual concorrendo com os outros para conquistar a atenção inconstante/errante dos potenciais consumidores, na esperança de atraí-la e conservá-la por pouco mais de um breve segundo.” BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. 2. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 33-34.

²⁷ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019, p. 7.

Seu escopo é fundir tecnologias e integrar os domínios físico, digital e biológico, em uma cooperação global e flexível para revolucionar a organização das cadeias globais de valor e possibilitar a personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais.

A partir de sua consolidação, reinventou-se o sistema econômico para abrir espaço ao desenvolvimento de novos produtos e serviços, cada vez mais autônomos, integrados em rede e customizados, impactando as relações de produção e comercialização.

A miríade de tecnologias emergentes resultante da combinação da robótica, inteligência artificial, tecnologia da informação e comunicação (TIC), *big data*²⁸ e *internet of things (IoT)*²⁹, estimula a dinâmica competitiva dos mercados e revela a incompatibilidade das tradicionais ferramentas jurídicas para atender as especificidades dessa virtualização econômica, inclusive em termos persecutórios.

A velocidade da informação da sociedade globalizada³⁰ estimulou a aparição de novos riscos sociais e o aumento dos mecanismos de burla à lei, sobretudo em face da ordem econômica, em que se verifica a criação de condutas cada vez mais sofisticadas.

O progresso tecnológico contribuiu para o desenvolvimento de novas formas de criminalidade operantes em diversos níveis, caracterizando a sociedade econômica pós-clássica como uma sociedade de insegurança.

É o que Beck denominou *sociedade de risco (Risikogesellschaft)*, isto é, uma dinâmica política que autoameaça a civilização pela aparição de novos riscos sociais desencadeados pelo desenvolvimento tecnológico na era da globalização.³¹

Com a abertura dos mercados internacionais, na década de 1990, as incertezas da vida negocial colocaram em cheque a estabilidade e a confiança no setor, sobretudo no que se refere à integridade das informações e ao planejamento funcional das atividades.

²⁸ Para Vicente Bagnoli, consiste na capacidade de elaborar e orientar uma estratégia de negócios a partir da coleta, processamento e análise de grande volume variados. BAGNOLI, Vicente. The big data relevant Market. *Concorrenza e Mercato*, v. 23, nov. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064792>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 2.

²⁹ Paradigma de combinação de tecnologias por distintas abordagens. Rede dinâmica mundial formada por um *continuum* de “coisas” endereçáveis que se comunicam entre si e com o usuário. BORGIA, Eleonora. The Internet of Things vision: Key features, applications and open issues. *Computer Communications*, v. 54, pp. 1-31, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267454881_The_Internet_of_Things_vision_Key_features_application_s_and_open_issues>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 2

³⁰ Ulrich Beck esclarece que globalização também significa localização, fenômeno que denomina de *glocalização*. Para o sociólogo, a globalização não comporta apenas a abolição de fronteiras, mas a delimitação e a fortificação de novas fronteiras de cunho socioeconômico para fins de segurança das classes mais abastadas: “os super-ricos e os paupérrimos vivem inclusive em vizinhança direta, separados por corredores de segurança, mas lado a lado.” BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Edunesp, 2003, p. 183-184.

³¹ Id.. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 28.

Com a crise estadunidense de 2008, desencadeada pela bolha financeira do *subprime*, ganhou notoriedade a rediscussão do papel regulatório do Estado sobre o setor econômico-financeiro.

Franco sustenta que, à época, a financeirização era um mecanismo atrativo em termos de rentabilidade de capital justamente por não estar submetida a regramentos.³² A submissão do Estado às regras do mercado neoliberal revelou a dominação da política pelo mercado e eclodiu em um ciclo de fraudes sem precedentes.³³

As megafraudes decorrentes das condutas criminosas de agências de qualificação de risco e instituições financeiras revelaram a falência do sistema regulatório, tornando a transparência das informações uma das principais pautas das agendas de Estado.

Saad-Diniz defende que esse fato culminou, especificamente, na alteração da agenda de política criminal, cujo epicentro antes refletia o olhar punitivo para a criminalidade tradicional ou de rua (*callejera*), caracterizada pelo tráfico de drogas e delitos patrimoniais em geral.³⁴

Para o autor, há vazios de tutela penal no Brasil com relação à tutela da confiança, o que criou espaços de irresponsabilidade que, aliados ao rebuscamento dos delitos empresariais, também facilitou atividades empresariais no ambiente corporativo.³⁵

O fator crise, combinado com a pronunciada criminalidade econômico-financeira, resultou em uma expansão do Direito Sancionador, marcada pela criação de inéditos espaços de risco relevantes e, por consequência, de novos bens jurídicos dignos de tutela, notadamente no âmbito do Direito Penal, que passou a ser convocado a exercer um papel de regulador³⁶ de mercado.

³² FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 103, p. 132-155, julho-agosto de 2013, p. 140.

³³ “A globalização, nos primeiros anos do século XXI, não sofreu nenhum processo de retração; ao contrário, aumentou seu ritmo de velocidade e, dessa forma, derrubando todos os obstáculos que se lhe antepunham, assumiu dimensão planetária. O desaparecimento das barreiras impostas ao livre movimento de capitais em busca de mais lucro, em menor tempo, provocaram a fragilização do Estado-Nação, o qual foi perdendo sistematicamente seu poder de atuação e sua capacidade de controlar as atividades desenvolvidas pelos grandes grupos econômicos. Além disso, o capitalismo neoliberal – que era o motor impulsionador da globalização – invadiu as estruturas do próprio Estado-Nação, na medida em que submetia a atividade política estatal às leis de mercado.” *Ibid.*, p. 135.

³⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos Modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et. al.* *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 91-98, 2016, p. 91.

³⁵ “No ordenamento brasileiro, se de um lado a proteção contra o ardil e a confiança nos negócios encontrou vazios de tutela penal, criando espaços de irresponsabilidade especialmente no âmbito empresarial, por outro lado o *know how* criminoso e a capacidade de organização acabaram induzindo várias oportunidades de facilitação da atividade empresarial no ambiente corporativo.” *Ibid.*, p.92.

³⁶ BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Crise e crime: o Direito Penal como um potencial mecanismo de regulação da economia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 125-134, 2015, p. 133.

Bottino adverte que a lesão a esses novos bens jurídicos somente pode ser mensurada, avaliada e provada por critérios abstratos ou presunções. Nesse sentido, a avaliação da lesão de bens jurídicos se desloca para o direito administrativo, transformando o Direito Penal Econômico em um “instrumento de reforço das normas administrativas que orientam atividades econômicas.” Em outros termos, a tutela penal passa a ser utilizada para regular o funcionamento do mercado empresarial e, sobretudo, as regras administrativas que regulam as atividades econômicas.³⁷

Essa utilização simbólica do Direito Penal seria uma forma de incutir na opinião pública, conforme Silva Sánchez, uma “crença tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, com a finalidade de satisfazer os reclames sociais sob um ponto de vista psicológico.³⁸ Tal movimento do legislador, sob o ponto de vista de Souza, seria para propagar a falsa percepção de que é crescentemente efetiva a repressão dos delitos.³⁹

Silva Sánchez convencionou chamar esse fenômeno de “expansão do Direito Penal”, que, para alcançar essa realidade, passou a contar com proposituras de flexibilização de regras de imputação e com relativizações de princípios político-criminais.⁴⁰

Enquanto bens dignos de tutela jurídica, passaram a interessar os bens jurídicos-supraindividuais, tais como o meio ambiente, a ordem econômica e o sistema financeiro, o que revelou a inabilidade de o Estado em lidar com esse novo cenário, dada a tradição de solução de conflitos voltados a bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, honra etc).⁴¹

A intervenção punitiva estatal transcendeu a esfera individual para promover o controle de condutas na esfera patrimonial coletiva e da confiabilidade social das instituições.⁴²

Segundo Franco, o modelo globalizador produziu novos padrões de criminalidade, marcados pela supranacionalidade, caracterizada pela ausência de limitação fronteiriça e

³⁷ BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 101, p. 125-153, março-abril de 2013, p. 134-135.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 2002, p. 305-307.

³⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 157.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 2001, p. 20.

⁴¹ Nesse mesmo sentido: “Assim, dentro dessa realidade da sociedade contemporânea, o direito penal não ficou infenso à crise atravessada por outros ramos do direito, a qual consiste, primordialmente, na existência de uma tradição e de um arcabouço legislativo voltados para a solução de conflitos individuais, enquanto os grandes desafios da sociedade atual giram em torno de conflitos supraindividuais, o que ganha ainda mais relevo quando se pensa sobre política criminal aplicável à criminalidade econômica.” SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 180.

⁴² CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 158-159.

de organização. Esse modelo, nas lições do autor, consolidou-se sob o aspecto de estrutura hierárquica empresarial e criminosa, configurada por uma separação espaço-temporal entre a conduta e a sua respectiva danosidade social.⁴³

Esse complexo painel social, no qual as interações individuais atingem níveis difusos e, muitas vezes, imprevisíveis, traz relevância jurídica para os possíveis riscos advindos de decisões humanas em diversas esferas. Os níveis individuais de organização social deixam de ser autônomos, adquirindo importância pela potencialidade de impactar a liberdade de terceiros.

Silva Sánchez afirma que a relação paradoxal existente entre a elevação da interdependência social e o desenvolvimento de uma crescente “dessolidarização estrutural”⁴⁴, aumenta a sensação de insegurança social.⁴⁵ Essa, por sua vez, cria uma pretensão social que clama por uma resposta do Direito Penal, a despeito de eventuais reconfigurações de garantias clássicas do Estado de Direito.⁴⁶

Nesse contexto, Silva Sánchez anuncia uma nova geometria infracional, pautada na criação de infrações de deveres de cuidado e na ampliação de tipificação de delitos de perigo⁴⁷, eliminando-se espaços de riscos permitidos para se gerar uma hiperresponsabilização marcada por legislações simbólicas.⁴⁸

Tal (re)configuração, em sua acepção subjetiva (*ius puniendi*), segundo Silva Sánchez, torna-se uma “espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos (*powerful*)” e não mais apenas dos não poderosos (*powerless*). Afasta-se o Direito Penal de seu viés objetivo, caracterizado como instrumento de defesa dos cidadãos frente a intervenção estatal, para aproximá-lo de uma concepção de “Magna Carta da vítima”, que passa ter prioridade em relação ao delinquente.⁴⁹

Nesse espaço, a mitigação de princípios, garantias e regras de imputação gera um novo nicho de infrações, os delitos econômicos (por vezes alcunhados de “delitos de colarinho

⁴³ FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 103, p. 132-155, julho-agosto de 2013, p. 150.

⁴⁴ Também denominada de “individualismo de massas”, corresponde à acepção da sociedade enquanto um agregado de indivíduos atomizados e narcisistas orientados por seus próprios interesses e desejos. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 35.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 40-41.

⁴⁷ Nesse contexto se inserem os crimes de perigo abstrato, que, para Bottini, são técnicas legislativas para criminalizar condutas a despeito da produção de um resultado externo de efeitos concretos. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

⁴⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María. *op. cit.*, p. 52.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

branco” ou *white collar offenses*⁵⁰). Bottino assume que esses nada mais são que as infrações praticadas na atividade empresarial ou nas relações comerciais por indivíduos ocupantes de espaços de poder (diretores, sócios, administradores etc), geralmente de forma não violenta e por violação da relação de confiança.⁵¹

Scalcon define os delitos econômicos⁵² como atos atentatórios à política econômica de dado Estado, os quais se sancionam criminal e administrativamente.⁵³ Cervini, em sua análise “clínico-sintomatológico da macrodelinquência econômica”, faz o levantamento e o diagnóstico das principais características desse tipo de infração, são elas: i) transnacionalização; ii) abuso da posição dominante; iii) aparência de legalidade e *networks* ilícitos; iv) superdimensionamento do dano; v) mutabilidade dos desvios; e vi) caráter difuso da vítima.⁵⁴

A esse respeito, Fragoso assevera que a “objetividade jurídica do delito econômico reside na ordem econômica, ou seja, em um bem-interesse-supraindividual, que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riquezas.”⁵⁵

⁵⁰ O termo crimes de colarinho branco (*white collar crimes*) foi cunhado por Edwin. H. Sutherland, em 1939, em uma conferência da Sociedade Americana de Sociologia. Anos mais tarde, o sociólogo estadunidense publicou obra especificamente para tratar da categoria de ilícitos praticados pelo alto escalão de grandes corporações, assim definido como “[...] conduta antissocial, orientada ao enriquecimento, praticada por pessoas de destaque social no exercício de uma profissão, abusando da confiança pública e supondo, simultaneamente, a lealdade dos demais à lei.” SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 18. Essa denominação, então importada da criminologia, foi criticada por Klaus Tiedmann por não apresentar segurança jurídica, uma vez que partiria de uma identificação do autor sem que houvesse uma descrição legislativa a respeito. Nesse sentido: “Otra aproximación de carácter clásicamente criminológico acentúa las particularidades del autor, a quien Sutherland describió como una persona de alta reputación y de ‘cuello blanco’. Esta explicación basada específicamente en el autor del *white collar crime* fue ampliada por la criminología reciente hacia una perspectiva, ya indicada por Sutherland, de la realización de la conducta en el ejercicio de una profesión (*occupational crime*). Este tipo de aproximaciones criminológicas no parecen ser aptas para el derecho penal y, en general, para todo derecho debido a que, por razones constitucionales de seguridad jurídica, es imprescindible la descripción legislativa del hecho y no la definición del autor.” TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 57.

⁵¹ BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 101, p. 125-153, março-abril de 2013, p. 130.

⁵² O termo “delitos econômicos” é amplo e abrange, dentro outros, infrações à ordem tributária, econômica, ao sistema financeiro nacional, dentre outras. Para fins dessa pesquisa, reitera-se que será considerada a terminologia “delitos econômicos”, que abrange tanto os de cunho administrativo, quanto os de cunho criminal.

⁵³ SCALCON, Raquel Lima. Doutrina do “Direito e Desenvolvimento” e a expansão do Direito Penal Econômico no Brasil: reflexões a partir do crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 22, nº 110, p. 175-197, setembro-outubro de 2014, p. 183.

⁵⁴ CERVINI, Raúl. Tomographic approach: concepto y proyección garantista en el campo de la criminalidad económica. *Revista de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 100, p. 503-560, janeiro-fevereiro de 2013, p. 516-534.

⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*. 1982. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004126-direito_penal_negocios.pdf>. Acesso em: 04.dez.2019, p. 1-2.

Del Vale sustenta ser a definição de criminalidade econômica, em sua acepção empresarial, aquela que afeta a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, na medida em que adentra na atividade empresarial como célula essencial da atividade de caráter econômico, sem a necessidade de intervenção estatal. Para o autor, as críticas de que essa definição é demasiada ampla e meramente descritiva por carecer de uma determinação de bem jurídico tutelado ignoram a referência político-criminal a essa criminalidade, isto é, o esforço para a sua contenção e supressão no cenário da vida econômica.⁵⁶

Essa nova modalidade de infrações é fruto de um contexto de descrédito das instituições estatais que, por terem sido incapazes de evitar esses delitos, passaram a buscar a compensação de toda a sociedade com o castigo do autor do delito, como uma resposta à superação desse trauma de impacto difuso.

Para Cervini, essa crise global originada do descontrole dos manejos especulativos do mundo financeiro, originada pela atuação abusiva dos atores do mercado, rompeu o nexo que havia entre economia virtual e real, o que provocou o descontrole econômico e, por conseguinte, acarretou desconfiança da sociedade.⁵⁷

É a partir daí que se testemunhou uma obsessão punitiva do *wrongdoing*, conforme Silva Sánchez: “[...] não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido de introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes.”⁵⁸

⁵⁶ “La criminalidad económica como criminalidad de empresa afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes e servicios en cuanto entraña a la actividad de la empresa como célula esencial en la actividad de carácter económico, y ésta se puede presentar sin necesidad de la intervención del Estado. La crítica de que esta caracterización del derecho penal económico es excesivamente amplia y meramente descriptiva porque carece de la determinación de un bien jurídico protegido no tiene en cuenta la necesaria referencia político-criminal a la criminalidad económica: el esfuerzo para la contención o la supresión de la criminalidad en el ámbito de la vida económica.” DEL VALE, Carlos Perez. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 33.

⁵⁷ “Hoy día nos enfrentamos a una crisis de transcendência global originada en el descontrol sobre los manejos especulativos en el mundo financiero. Actores del mercado presionaron abusivamente el acelerador del ciberespacio financiero más allá de todo lo razonable y economicamente tolerable. La distancia entre la economía virtual y la real se hizo insostenible y el nexo que las unía se rompió, o al menos se encuentra lo suficientemente debilitado como para provocar la desconfianza en los ciudadanos y un apreciable descontrol de los mercados. Todo ello era ciertamente en los ciudadanos y un apreciable descontrol de los mercados. Todo ello era ciertamente previsible y fue efectivamente previsto por varios publicistas.” CERVINI, Raúl. Tomographic approach: concepto y proyección garantista en el campo de la criminalidad económica. *Revista de Ciências Criminales*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 100, p. 503-560, janeiro-fevereiro de 2013, p. 527-528.

⁵⁸ “[...] no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a agravación de los ya existentes.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 20.

Uma característica da nova forma de intervenção estatal, nas lições de Bottino, é a criminalização de condutas que afetam a conformidade dos “comportamentos individuais às regras que regulam a atividade econômica (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre iniciativa, transparência nas operações financeiras, fiscalização e *accountability* dos atores econômicos).”⁵⁹

Somando-se⁶⁰ à instabilidade da regulação pública à inefetividade dos tradicionais mecanismos de gerência e ao seu déficit de legitimidade⁶¹, a sociedade testemunhou a falência do tradicional modelo regulatório estatal, o que estimulou a aparição de uma nova forma de regulação: a “autorregulação regulada/forçada”.

A partir da autorregulação regulada, ao setor privado é delegado, em uma “quase-privatização”⁶², o dever de prevenção e repressão de condutas ilícitas, a partir de uma estrutura de incentivos ao cumprimento de deveres⁶³ organizacionais.

Em outras palavras, a autorregulação⁶⁴ regulada consiste na manutenção das estruturas de regulação da atividade empresarial em poder do Estado, com o adicional de uma autorregulação privada. Feijoo Sánchez sustenta que a autorregulação regulada revela-se como

⁵⁹ BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 101, p. 125-153, março-abril de 2013, p. 134.

⁶⁰ Adverte Andreas Scherer e Guigo Palazzo que não se pode atribuir, unicamente, a reformulação da regulação estatal ao argumento de instabilidade de regulação pública. Para os autores, igualmente, a nova regulação estatal não pode ser justificada isoladamente pelos argumentos neoliberais em desfavor do ativismo regulatório ou de suas contraposições, em sentido favorável à cabal desregulamentação. SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guigo; BAUMANN, Dorothé. apud. SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 83.

⁶¹ “Las divergencias ideológicas de quienes realizan unas y otras propuestas desformalizadoras o privatizadoras no obstan a que todas ellas tengan una raíz común: la desconfianza frente a lo público y lo formalizado y la consiguiente deslegitimación de ello.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 76.

⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos Modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et. al* (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 91-98, 2016, p. 94.

⁶³ Arroyo Jiménez afirma que não há uma forma homogênea de autorregulação, podendo-se mencionar sistemas de normatização industrial, códigos de autocontrole e de conduta, regulamentos internos, certificações etc. O que de fato caracteriza a autorregulação regulada para o autor é a interação das estruturas de autorregulação privada com condicionamentos do Estado. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 19.

⁶⁴ Ivó Coca Vila expõe a diferença entre as modalidades de autorregulação, são elas: i) autorregulação pura/voluntária; ii) metarregulação; iii) autorregulação regulada ou correção. A primeira diz respeito à capacidade de um sujeito regular-se a si mesmo a determinadas regras (ex: regulação interna sem interferências do setor público). Por seu turno, a segunda consiste em processos de incentivos estatais em promover a autorregulação de uma empresa. Por fim, a autorregulação regulada corresponde autorregulação empresarial subordinada a interesses estatais pré-estabelecidos. COCA VILA, Ivó. ¿programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona, 2013, p. 45-50.

um verdadeiro problema político-criminal⁶⁵ da contemporaneidade, tendo se convertido⁶⁶ em uma dinâmica característica da sociedade de risco.

Saad-Diniz argumenta que a responsabilidade no âmbito do Sistema de Justiça Criminal agora se baseia na estruturação de deveres de organização, transformando os modelos tradicionais de aplicação da regulação negocial (*business regulation enforcement*).⁶⁷ O autor, porém, questiona se de fato a autorregulação regulada, com o seu modelo de controle privado menos formal e criminal, representa ou não o fim da regulação pública.⁶⁸

Nesse contexto fica claro que ao Direito Sancionador, sobretudo na esfera criminal, foi delegada a temerária competência de prevenir futuras crises econômicas, estimulando novos formatos de imputação e colaboração preventiva entre os setores público e privado.

Bottini pontua que a dificuldade dos demais meios de controle social em lidar com os novos riscos acabou por delegar, ao Direito penal, o papel de geri-los, o que nem sempre se mostra adequado, útil e racional.⁶⁹

Esse papel, marcado por uma nova geometria infracional e, via de consequência, por reformulações na forma de persecução dos delitos econômicos, torna os programas de prevenção infracional produtos de política de mercado⁷⁰, como se fossem capazes de servir como instrumentos eficazes de pedagogia político-social.

⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 202-205.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 203.

⁶⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 83.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 208.

⁷⁰ Em raciocínio similar: “Contra isso, a lamentável hiperatividade volúvel do legislador moderno no campo do Direito Penal Econômico não decorre das conclusões do Movimento de Reforma. Por um lado, eles se rendem à orientação do *marketing* político sobre o tratamento midiático de verdadeiros escândalos imaginários, aos que o legislador reage, na maioria das vezes, com os meios aparentemente mais baratos de uma pura legislação penal simbólica.” ACHENBACH, Hans. O movimento de reforma do Direito Penal Econômico – uma retrospectiva. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 35-44, 2013, p. 44. E “Soma-se a isso a inegável tendência de utilização do Direito Penal como instrumento para ‘resolver’ todos os problemas, punir todos os erros (em vez de fazer uso adequado de sanções civis ou administrativas), e conformar comportamento coletivo para satisfação de objetivos sociais, ao invés de reservar a lei penal situações de *ultima ratio*. Diante desses fatores, e dessa tendência de *overcriminalization* ainda continua em aberto o questionamento sobre os tradicionais conceitos dogmáticos de ação, culpabilidade e pena, e a busca de um modelo teórico mais realista e factível, mais estreitamente afinado com as modernas demandas sociais.” OLIVEIRA, William Terra. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 493-507, 2013, p. 496.

1.1.1 A regulação de infrações à ordem econômica pelo setor privado: (des)crenças em relação aos programas de *compliance*

A dita “nova economia”⁷¹ retrata a transição de uma economia baseada em produtos tangíveis para uma economia pautada em serviços e produtos digitais, o que estimula novos padrões de concorrência, que se fixam na concentração de dados e na utilização da informação.

Posner destaca que a tecnologia se apresenta como principal produto dessas novas indústrias que, apesar de possuírem um alto custo inicial de produção, apresentam baixos custos marginais de reprodução, além de não apresentarem problemas logísticos típicos das economias tradicionais.⁷²

A diversidade de setores empresariais submetidos a diferentes legislações combinada com a sofisticação tecnológica na nova economia, propicia a sofisticação dos meios de fraude.

Nesse cenário altamente tecnológico, a utilização de dados e informações de modo assimétrico no ambiente de mercados, sobretudo financeiro, frustrou as expectativas por transparência e demandou, das esferas do Direito Sancionador, notadamente no âmbito criminal, a imposição de certa estabilidade a essas atividades.

Isso se deve ao fato, como analisado na subseção anterior, de que a especialização da economia a torna complexa e massificada, atribuindo instantaneidade, anonimato e impessoalidade às relações, criando um meio favorável para a formatação de novas modalidades de criminalidade.

Oliveira sustenta que a potencialidade lesiva desses delitos é superior à da delinquência tradicional, por revelar novas formas comportamentais “caracterizadas pelo racionalismo, astúcia, tecnicismo, anonimato e diluição de seus efeitos.”⁷³

Para o autor, o elemento característico do crime econômico se refere à quebra de fidelidade no exercício da profissão, expondo a fragilização do atributo da confiança que costumeiramente rege as relações econômicas.⁷⁴

⁷¹Richard A. Posner expõe que a “nova economia” abrange as indústrias de desenvolvimento de *softwares*, as de plataformas digitais e a de serviços de comunicação e suporte, as quais se diferenciam daquelas tradicionais relacionadas a bens corpóreos, marcadas por mercados relativamente estáveis, por fortes investimentos de capital e por baixas taxas de inovação. POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*. John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper n. 106, 2000, p. 2.

⁷² *Ibid.*, p. 2.

⁷³ OLIVEIRA, Willian Terra. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 493-507, 2013, p. 496.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 497.

Não é por acaso que as mudanças legislativas foram seguintes a crises econômicas e a escândalos empresariais generalizados mundialmente.⁷⁵ A título de exemplificação, nos Estados Unidos, o *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002, surgiu logo após os escândalos de fraudes financeiras e contábeis nas empresas WorldCom e Enron, tendo disciplinado deveres gerais e especiais da organização de empresas. Na Alemanha, após o caso de corrupção Siemens, em 2007, igualmente houve novas regulações da atividade empresarial.⁷⁶

No Brasil, as normativas de controle do âmbito corporativo foram sendo implementadas principalmente por razões de conformidade com a normativa internacional. A principal inspiração foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros e Transações Comerciais Internacionais, a Convenção da OCDE, de 1997, muito embora esta só tenha sido promulgada no Brasil em novembro do ano 2000, pelo Decreto nº 3.678⁷⁷.

No setor financeiro, foram promulgadas as resoluções do Conselho Monetário Nacional nº 2.554/98 e 2.804/2000, que determinavam a criação de um sistema de controle interno de risco de liquidez. Mais adiante, para se adequar às recomendações do Comitê na Basileia, a Resolução nº 3.380/2006 do Banco Central também assinalou a preocupação com a formulação de um código de ética e normas de conduta internas, com a finalidade de se adequar às recomendações do Comitê na Basileia.

Com a promulgação da Lei nº 12.683/2012⁷⁸, que alterou a Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), foi acrescentado no inciso III, do artigo 10, a determinação para a “adoção de políticas, procedimentos e controles internos para prevenir e fiscalizar a prática de do ilícito criminal”.

⁷⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 115.

⁷⁶ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 291-318, 2013, p. 292.

⁷⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁷⁸ Id. *Lei nº 12.683, de 09 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

Foi com a regulamentação, pelo Decreto nº 8.420/2015⁷⁹, da Lei nº 12.846/2013⁸⁰ (“Lei Anticorrupção”), que os programas de *compliance*⁸¹, tratados como “programas de integridade”, tiveram seus parâmetros estabelecidos normativamente. Além de sua definição legal⁸², foram disciplinados critérios de avaliação do programa, tais como: confecção de controles internos, determinação de análises periódicas de risco, monitoramento contínuo e transparência, criação de canais de denúncia de irregularidades, aplicação de procedimentos específicos para a prevenção de fraudes, previsão de medidas disciplinares etc.

O estabelecimento de parâmetros evidencia a política estatal de “quase-privatização” da responsabilidade pela fiscalização da ilicitude para o meio corporativo. Nas lições de Saad-Diniz, antes mesmo de proteger a sociedade, procura-se criar uma identidade de mercado focada na “restrição⁸³ da liberdade de ação empresarial para a ampliação da segurança negocial em nível internacional”.⁸⁴ Para o autor, o mercado “reivindica efetividade nos *standards* por meio do recrudescimento da intervenção punitiva”.⁸⁵

⁷⁹ BRASIL. *Decreto nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁸⁰ Id. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

⁸¹ A expressão *compliance* é originária do verbo *to comply* (cumprir). Consiste em um programa empresarial de cumprimento de normas reguladoras internas (v.g. estatutos sociais, regimentos internos, códigos de conduta e integridade etc) e externas (marcos regulatórios nacionais e internacionais). Sua finalidade é, em tese, prevenir ilícitos administrativos e penais (*complying with law*), bem como ilícitos internos (corporativos). Além disso, tem por objetivo evitar danos reputacionais, ainda que decorrentes de condutas lícitas, refletindo uma cultura de integridade e estimulando uma organização orientada a deveres (*duty-based*).

⁸² Decreto nº 8.420/2015 – “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.”

⁸³ Ulrich Sieber, por outro lado, entende que as regras de *compliance* não apenas podem limitar espaços de liberdade como também estendê-los, não apenas de forma objetiva, como também pela consideração de seus respectivos erros. SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2011, p. 306.

⁸⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *A criminalidade empresarial e a cultura de compliance*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, v. 2, p. 291-318, 2014, p. 04.

⁸⁵ “Justamente porque as práticas negociais frustram as expectativas por transparência nas informações, a mais relevante das preocupações consiste no fato de que o mercado reivindica efetividade nos *standards* por meio do recrudescimento da intervenção punitiva. Esta reivindicação alcança as demandas por simetria nas informações na economia que acaba por legitimar a proteção da assimetria de informações nas sanções criminais.” Id.. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 81.

Nesse contexto, verifica-se uma contraposição entre Direito Penal Clássico e o Direito Penal da sociedade econômica Pós-Clássica. Enquanto naquele impera a assimetria de informações entre os particulares, nesse há uma tendência de restringir a liberdade de ação empresarial, compelindo a simetria de informações entre os agentes econômicos (*players*).

No Direito Penal Clássico, aposta-se no *jus puniendi* estatal por via das garantias fundamentais, enquanto no Direito Penal Pós-Clássico, os novos contornos da sociedade de risco estimulam a expansão do Direito Penal com flexibilização dessas garantias e a utilização do Direito Penal como domínio estratégico de mercado, conforme adverte Saad-Diniz.⁸⁶

O condicionamento da atividade empresarial tem se adaptado a esse novo cenário, sobretudo levando em conta o controle de informações, cuja utilização estratégica é passível de interferir no ambiente da delinquência econômica.

A formatação de um sistema institucional que promovesse a regulação interna e externa de empresas originou, nesse contexto, a Governança Corporativa (*Corporate Governance*), que apresenta como pilares fundamentais: a) *fairness* (justiça e equidade no tratamento dos acionistas); b) *disclosure* (transparência das informações e relações corporativas); c) *accountability* (veracidade na prestação de contas); e d) *compliance*.⁸⁷

É nesse cenário que surgem novos conceitos de interesse no espaço empresarial, tais como: códigos de integridade (*integrity codes*), códigos de conduta (*codes of conduct*), responsabilidade social corporativa (*corporate social responsibility*), ética negocial (*business ethics*) e gerenciamento de riscos (*risk management*).

A identificação dos riscos da atividade dos agentes, a adequação de políticas às normas e melhores práticas, inclusive no relacionamento com terceiros (concorrentes, clientes, fornecedores, tanto na esfera pública, quanto privada), são pontos de controle sensíveis.

A capacidade de inovação global e endógena aliada aos reclames de confiabilidade corporativa desafiam os formuladores de políticas públicas (*policy makers*) a desenharem essas novas formas de regulação, que se alinhem a estratégias preventivas da delinquência econômica. Como consequência, desafia-se uma reestruturação dos tradicionais conceitos dogmáticos e das estratégias de políticas públicas.

⁸⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 82.

⁸⁷ ANDRADE, Adriana; ROSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 140-141.

Silveira e Saad-Diniz explicam que os *compliance programs* surgiram nos Estados Unidos com o propósito de prevenir delitos econômicos empresariais por meio de uma correção estatal e privada⁸⁸, também conhecida, nos ensinamentos de Sieber, por “sistemas autorreferenciais⁸⁹ de autorregulação regulada (*regulated self-regulation*)”⁹⁰.

Sieber defende que, no universo dos programas de *compliance*, a autorregulação regulada seja vista pela perspectiva da teoria dos sistemas: “como a coordenação de sistemas de regulação privada e estatais”⁹¹, o que caracterizaria tais programas como “novas formas de estruturas do ordenamento autorreferenciadas”⁹².

Nesse sentido, marcaria um complementar incremento da eficiência do controle dos delitos empresariais, posto que a regulação estatal influencia sistemas não estatais e os condiciona a colaborar com o sistema sancionatório, vinculando juridicamente os resultados de seus códigos.⁹³

⁸⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 114.

⁸⁹ Terminologia oriunda da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. O conceito fundamental no pensamento de Luhmann é o da complexidade. Para o sociólogo, qualquer sistema é um recorte de mundo, com número limitado de possibilidades, que interage com o ambiente complexo. A teoria dos sistemas, portanto, acompanha a complexidade da própria sociedade, constituindo-se de um “sistema autopoietico autorreferencial”. Como autopoietico tem-se a capacidade de se autodesenvolver, terminologia cunhada pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios, por serem um sistema fechado de processos de interação molecular. Maturana, Humberto; Varela, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. passim. Por autorreferencial entende-se a possibilidade de autodescrição da sociedade: “[...] a sociedade é claramente um objeto que se autodescreve. Teorias da sociedade são teorias na sociedade sobre a sociedade. [...] Dito de outro modo: o conceito de sociedade precisaria ser constituído autologicamente. Ele precisaria conter a si mesmo.” Segundo Luhmann, sistema e ambiente conjugam-se em uma *relação ortogonal*, que desemboca em uma definição de sistema pautada na operacionalidade interna (dimensões semânticas que revelam estruturas, expectativas e preferências de cada sistema) e na capacidade de vínculo com o ambiente (implica a percepção cognitiva do sistema enquanto contraposição de identidade do ambiente). LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. In: NEVES, C.E.B.; SAMIOS, E.M.B. (Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997, p. 77. Conforme a teoria, na área não abrangida pelo sistema só haverá possibilidade de controle caso haja articulação interna que estabeleça condições de processamento dos problemas e controle de demandas (*inputs*) e resposta a elas (*outputs*). GIRALDI, Dácio. *Direito, legitimação e disciplina: intersecção Foucault e Luhmann*. 1993. 122 f. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 34.

⁹⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 291-318, 2013, p. 314.

⁹¹ *Ibid.*, p. 314.

⁹² *Ibid.*, p. 317.

⁹³ “[...] incremento da eficiência complementar dos controles da criminalidade empresarial: o sistema de regulação estatal pode prescrever e influenciar os sistemas não estatais ou seus elementos privados, pode obrigar o sistema privado à colaboração com o sistema sistema sancionatório estatal e pode vincular juridicamente os resultados do códigos (*Codes*) privados.” *Ibid.*, p. 312.

Na autorregulação regulada, portanto, existe uma regulação estatal mais branda⁹⁴, uma vez que não há uma criação ou aplicação regulatória hierárquica do direito. Nas sociedades globais e complexas, conforme Sieber, as vantagens do *compliance* e de outras ferramentas de governança (*governance tools*) seriam evidentes, pois as regras das empresas, por atenderem peculiaridades técnicas e econômicas típicas da economia especializada, podem melhor controlar o cumprimento de regras do que normas gerais do direito administrativo e penal.⁹⁵

Para o autor, essa espécie de regulação, representada pelos programas de integridade, relaciona-se a uma nova teoria político-criminal e principiológica do controle da delinquência empresarial, que impacta substancialmente o direito penal empresarial e a própria prevenção da criminalidade econômica.⁹⁶

Sieber sustenta que as pesquisas criminológicas de criminalidade econômica evidenciam que a criminalidade empresarial é consideravelmente determinada pela influência da empresa no comportamento dos empregados.⁹⁷

Para escorar o seu argumento e, via de consequência, referendar a vantagem⁹⁸ dos programas de *compliance*, apresenta a investigação empírica realizada pela empresa *PricewaterhouseCoopers*, em 2017, em que se constatou que 38% (trinta e oito por cento) das empresas alemãs com regras éticas e programas de *compliance* foram vítimas de criminalidade, enquanto 54% (cinquenta e quatro por cento) das que não possuíam programas de integridade foram.⁹⁹

⁹⁴ Uma confirmação disso é que a Lei nº 12.846/2013 não tornou obrigatória a existência de um programa de integridade. Nesse sentido: “[...] a Lei nº 12.846 não previu claramente a obrigatoriedade da existência de um programa de integridade empresarial. Por consequência, o detalhamento dos mecanismos e procedimentos internos que deveriam ser estruturados por cada pessoa jurídica levando em conta seu porte e os riscos de sua atividade, previstos no artigo 42 do Decreto nº 8.420, não poderiam ser utilizados como uma obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, capazes de enquadramento na figura penal do agente garantidor, uma vez que ausente expressa determinação de um programa de *compliance* por uma lei ordinária e a correspondente vedação constitucional resultante do princípio da legalidade.” SÁ, Ana Luíza. *Compliance criminal: reflexos de sua adoção pelo particular*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et. al. (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 223-229, 2016, p. 226.

⁹⁵ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra et al (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 291-318, 2013, p. 311.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 317.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 310.

⁹⁸ Muito embora não sejam objeto deste trabalho, digno de nota é que Sieber não ignora que há questionamentos intrínsecos na esfera do direito penal empresarial, relacionados à cooperação funcional entre os sistemas de regulação privada e estatal. Esses se referem ao significado que as diretrizes de *compliance* adquirem tendo em conta os elementos normativos dos tipos penais indeterminados, deveres de cuidado, padrões de culpa e determinação da pena. *Ibid.*, p. 301.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 310.

O autor defende que os programas de *compliance* têm por finalidade a comunicação confiável dos valores da empresa, adquirindo relevância na medida em que estimulam a criação de uma cultura organizacional orientada por valores éticos.¹⁰⁰

É exigido do ambiente corporativo uma organização que contemple objetivos de estado e que, em uma acepção sancionatória, lide com o desvio de conduta dos que não observarem os seus regulamentos internos. Além disso, a aposta nas estruturas de *compliance* também tem se dado pelo reforço e incentivo de condutas desejadas.

Sarcedo entende que os programas de integridade se aproximam do direito administrativo e renovam o papel do direito penal na sociedade pós-moderna para lidar com bens jurídicos supraindividuais.¹⁰¹ Afirma que o Brasil não pode se alhear aos padrões internacionais de governança, uma vez que o modelo de globalização, que favorece a transnacionalização corporativa, pressiona uma harmonização entre os diversos Ordenamentos Jurídicos.¹⁰²

Em sua visão, a adoção das boas práticas de governança e programas de *compliance* têm de fato trazido mudanças ao ambiente empresarial, indo além de uma mera estratégia de *marketing* social e empresarial. Sarcedo sustenta que a implementação de estruturas de integridade tem a potencialidade de afastar eventuais sanções (penais e/ou administrativas) por promover um planejamento orientado à prevenção de riscos.¹⁰³

Autores divergem quanto às (des)crenças em relação aos programas de integridade. Além de Sieber e Sarcedo, Bottini também acredita na possibilidade de um *compliance* efetivo. O autor entende que um programa estruturado de fato contribui para a proteção da empresa e seus dirigentes face à adesão e prática de crimes, por reduzir o risco de responsabilização e o dano reputacional (desvalor da conduta pela opinião pública).¹⁰⁴

Em uma posição mais moderada, García Caveró critica os posicionamentos de que há uma real potencialidade de se afastar imputações. Para ele, aos programas de *compliance* deve ser atribuída a capacidade de minimizar riscos da infração penal:

No se trata como podría malinterpretarse, de un mecanismo que apunta a preservar a los miembros directivos de la empresa de una imputación penal por

¹⁰⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 291-318, 2013, p. 310.

¹⁰¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 13.

¹⁰² *Ibid.*, p. 14.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 15 dez. 2019.

los delitos acaecidos en el marco de la actividad empresarial. Esta perspectiva llevaría simplemente a un traslado de la imputación penal de los directivos a otros trabajadores de la empresa, con costos empresariales igualmente desastrosos como multas, indemnizaciones, daño reputacional o pérdida de capacidad competitiva. Lo que el *criminal compliance* persigue es, por el contrario, la efectiva disminución de los riesgos de infracción penal a través de la adopción de diversas medidas preventivas.¹⁰⁵

Em corrente contrária, Laufer atribui à cultura de *compliance* (*compliance culture*) a pecha de compor o que convencionou denominar de “conto da governança corporativa”. Em seu entendimento, consiste em uma verdadeira ilusão que não considera a disputa do *lobby* corporativo em relação às restrições de mercado: “enquanto a economia política do crime empresarial é geralmente ignorada, os interesses dos lobistas e legisladores estão normalmente alinhados e tudo de modo bastante aparente.”¹⁰⁶

Saad-Diniz adverte que a autorregulação regulada é superdimensionada por um ativismo regulatório que reclama o alargamento da incidência da responsabilidade corporativa.¹⁰⁷ Argumenta, porém, que há uma evidente fachada regulatória inspirada na ilusão de controle social que pode lesionar direitos fundamentais.¹⁰⁸

Neira Pena questiona o real beneficiário da estrutura de *compliance*. Sustenta que a privatização investigativa pode comprometer a neutralidade das apurações, notadamente por estar subordinada ao alto escalão da própria entidade que, na maioria das vezes, pode ter interesses conflitantes com os seus colaboradores. Acredita ser possível, inclusive, que haja manipulação das informações caso seja favorecido algum tipo de acordo.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Tradução livre: “Não se trata, como se poderia mal interpretar, de um mecanismo que visa preservar os membros executivos da empresa de uma acusação criminal por crimes cometidos no âmbito empresarial. Esta perspectiva simplesmente levaria a uma transferência da imputação criminal dos executivos para outros trabalhadores da empresa, com custos comerciais igualmente desastrosos, como multas, indenização, danos à reputação ou perda de capacidade competitiva. O que o *criminal compliance* persegue é, ao contrário, a redução efetiva dos riscos de infração criminal por meio da adoção de diversas medidas preventivas.” GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 57-58.

¹⁰⁶ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et. al.* (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 14.

¹⁰⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 86.

¹⁰⁸ “A fachada regulatória em que a *compliance culture* está envolvida, fortemente influenciada pela ilusão do controle social formal, pode levar a severos danos não apenas à sociedade, mas especialmente em relação aos direitos fundamentais.” *Ibid.*, p. 86.

¹⁰⁹ “[...] la neutralidade del investigador se ve comprometida en tanto que la empresa que conduce la investigación evidentemente tiene intereses particulares en ella. Por outro lado, podría existir un potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus agentes dado que, normalmente, las empresas buscarán la forma de demostrar que el delito fue cometido por un empleado ‘pícaro’ y estarán interesadas en aportar pruebas contra los presuntos responsables individuales para conseguir así un acuerdo ventajoso evitando resultar formalmente acusadas. NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de

Laufer argumenta que não há evidência empírica que comprove a influência da autorregulação regulada na observância legislativa ou na contenção de desvios. Adverte, ainda, que esse modelo se utiliza da ameaça penal como pano de fundo regulatório, o que seria um ponto crítico.¹¹⁰

Nieto Martín assinala que “o Direito Penal foi o último convidado para a festa corporativa da autorregulação.”¹¹¹ Apresenta, também, alguns problemas da autorregulação regulada nesse contexto: i) limites da utilização, pelo Direito Penal, das normas de comportamento decorrentes do sistema privado para fins de complementação da norma penal; ii) delimitação do teor e aferição da efetividade das sanções corporativas; e iii) papel do Direito Penal na melhoria da autorregulação regulada.¹¹²

Silveira e Saad-Diniz enfatizam que esses contrapontos não deslegitimam o *criminal compliance* como modelo de aprimoramento comportamental. Por sua vez, tais questionamentos seriam hábeis a instigar novos formatos investigativos para a atribuição de responsabilidade e, conseqüentemente, estimular a prevenção de delitos corporativos.¹¹³

Nieto Martín assinala que de fato o Direito Penal se utiliza de disposições não penais para atender a determinadas inquietações, porém recomenda que o Direito Penal filtre os modelos autorregulatórios.¹¹⁴

A esse respeito, Dölling sustenta que a persecução penal é missão nuclear do Estado e, em virtude do Estado de Direito, sua obrigação constitucional. Como filtro, toda tentativa de privatização da persecução penal deve ser considerada dentro dos limites constitucionais. Nesse

privatización del processo penal. El peligro para los derechos de los trabajadores? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 147-163, 2015, p. 154-155.

¹¹⁰ “O ponto crítico aqui é que as teorias que reconhecem o poder da autorregulação para garantir a obediência às leis dependem da viabilidade de uma crível e legitimadora ameaça da lei criminal no plano de fundo regulatório. Seria justo perguntar se esta ameaça estava desaparecida ou só parcialmente sentida em firmas que conheceram ou excederam gastos com *compliance* prescritos por esta parceria. A complicar a questão está a troca por dólares de *compliance* a serem gastos com gestão de riscos corporativos, como uma barreira contra a responsabilidade ou como um seguro, protegendo a entidade das restrições da lei criminal. Evidência empírica de que o movimento da boa cidadania corporativa reduziu desvios é difícil de achar.” LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et al. (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 13-27, 2016, p. 15.

¹¹¹ “El punto de partida es que el derecho penal ha sido el último invitado a esta festa corporativa de la autorregulación.” NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar et al. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf>. Acesso em: 01. mar. 2020, p. 26.

¹¹² Id.. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, p. 81-105, 2008, p. 83.

¹¹³ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 265.

¹¹⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, p. 81-105, 2008, p. 83.

sentido, devem-se afastar quaisquer pretensões econômicas quando essas não observam as exigências qualitativas típicas das ciências criminais.¹¹⁵

Na mesma linha, Silveira e Saad-Diniz entendem ser necessário o reconhecimento dos limites da normatividade penal, tendo em consideração o Estado de Direito, para fins de delimitação do comportamento decisório em matéria de *compliance*:

O problema consiste, justamente, em verificar a racionalidade e a previsibilidade desta administração de riscos pelas vias penais, sem que, dessa conciliação entre diferentes modalidades de intervenção punitiva – administrativa, penal ou mesmo a autocomposição do conflito no âmbito interno da empresa –, na busca de superação dos déficits de eficiência da persecução penal, veja-se negligenciado o modelo básico do Estado de Direito.¹¹⁶

Essa preocupação mostra-se legítima considerando que há uma atração da responsabilidade penal objetiva na medida em que as regras de *compliance* criam novos deveres de agir e possuem um rol de parâmetros de conteúdo indeterminado, previstos no artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.

Sá afirma que descumprimento dos parâmetros de governança implicam forte presunção de gestão corporativa irregular, inadequada e omissa das atividades. Critica, também, a legitimidade dos parâmetros de integridade, por resultarem de instrumentos normativos distintos de lei, bem como a sua própria segurança jurídica, tendo em conta a vagueza de seus conteúdos.¹¹⁷

Silveira e Saad-Diniz destacam que a tendência internacional moderna é a de que o Direito Penal reconheça as sanções corporativas, até mesmo para estimular o comportamento do “bom cidadão corporativo”.¹¹⁸

Para esses autores, o papel do Direito Penal no estímulo à autorregulação regulada pode partir de uma acepção mais tradicional de sancionar as corporações que não disponham de uma autorregulação, compelindo-as a adotar um modelo de controle.¹¹⁹ É possível, ainda, que se

¹¹⁵ DÖLLING, Dieter. Direito Penal, Estado e Sociedade: sobre a privatização das missões da persecução penal. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 29-34, 2013, p. 31-32.

¹¹⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 259.

¹¹⁷ SÁ, Ana Luíza. *Compliance criminal: reflexos de sua adoção pelo particular*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et al*. (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, p. 223-229, 2016, p 226-227.

¹¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁹ *Ibid.*, p.77.

adote uma política de mitigação da pena criminal em caso de existência de programas de integridade, como é feito na Lei Anticorrupção¹²⁰, como forma de estimular a sua adoção.

Entre crentes e descrentes da efetividade dos programas de *compliance*, sustenta-se que a autorregulação regulada não prescinde de sólidos mecanismos de heterorregulação, entendida como políticas de regulação geridas pelo próprio Poder Público. É preciso que essas modalidades de regulação sejam combinadas para um enfrentamento efetivo dos delitos econômicos.¹²¹

Sob o ponto de vista de benefícios corporativos, é bem verdade que os padrões de globalização de fato demandam das empresas uma adequação de padrões de governança, sob pena de um custo reputacional e financeiro (*v.g.* afastamento de *stakeholders*).

Nessa linha, Saad-Diniz afirma que pelo fato de os programas de integridade se restringirem a um seleto grupo capaz de sustentar esse modelo, pode resultar em uma vantagem competitiva por atrair investimentos.¹²²

Além disso, como afirma Neira Pena, a privatização da primeira fase da persecução penal beneficia as empresas por lhes conceder vantagem informativa, que previne eventuais diligências estatais invasivas, como interceptações telefônicas, buscas etc.¹²³

Muito embora existam consideráveis custos para a implementação de estruturas de integridade, existe a possibilidade de mitigação das responsabilidades nas hipóteses de

¹²⁰ Lei nº 12.846/2013: “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

¹²¹ “[...] se pueden incrementar los recursos públicos empleados en controlar los riesgos y la expansión de este tipo de criminalidad y, por otra parte, como alternativa, cabe plantear la vía de incentivar la colaboración privada y las investigaciones internas. La primera opción planteada podría denominarse “heterorregulación” o regulación a través de la ley, mientras que la segunda opción iría más bien en la línea de la autorregulación. [...] considero que la respuesta apropiada al delito corporativo requeriría una combinación precisa de ambas aproximaciones.” Tradução livre: “[...] os recursos públicos utilizados para controlar os riscos e a expansão desse tipo de criminalidade podem ser aumentados e, por outro lado, como alternativa, cabe incentivar a colaboração privada e as investigações internas. A primeira opção poderia ser chamada de ‘heterorregulação’ ou regulação através da lei, enquanto a segunda opção se adequaria mais à linha da autorregulação [...] Considero que a resposta apropriada ao crime corporativo exigiria uma combinação precisa de ambas as abordagens.” NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal. El peligro para los derechos de los trabajadores? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 147-163, 2015, p. 161.

¹²² SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 79-88, 2015, p. 87.

¹²³ “Además, tales investigaciones internas presentan ciertas ventajas para la propia entidad investigadora que consigue una ventaja informativa y evita, de este modo, diligencias de investigación más invasivas e interruptivas de su actividad, tales como las entradas y registros, la incautación de sus archivos y documentos o la interceptación de sus comunicaciones.” NEIRA PENA, Ana María. op. cit., p. 154.

descumprimento das normas, o que pode ser vantajoso, caso se considerem as rigorosas sanções¹²⁴ da Lei Anticorrupção.

A par das considerações favoráveis e desfavoráveis ao modelo de autorregulação regulada corporativo, é evidente que não se pode usurpar as competências estatais, atribuindo à esfera privada uma alternativa às investigações estatais.¹²⁵

Devem conviver os modelos de regulação ou mesmo se formularem novos modelos¹²⁶, para se evitar a integral privatização da persecução penal e sancionadora, o que ameaçaria o próprio modelo de Estado de Direito.

1.1.2 O fenômeno da consensualização no desmantelamento de crimes e infrações à ordem econômica¹²⁷

Na década de 1990, a consensualização¹²⁸ passou a ser mais utilizada pela Administração Pública no Brasil, conferindo ao gestor a possibilidade de também firmar

¹²⁴ As principais sanções da Lei Anticorrupção (artigo 6º e 19 da Lei nº 12.846/2013) são: multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto, no último exercício anterior à instauração, em valor não inferior à vantagem; dissolução da PJ; suspensão/interdição parcial das atividades; perdimento de proveitos da infração; dentre outras.

¹²⁵ “É de se considerar de igual maneira que a participação privada na administração da persecução penal não pode significar a perda de qualidade da situação jurídica do acusado e a desestabilização do controle da proteção de sua liberdade.” DÖLLING, Dieter. Direito Penal, Estado e Sociedade: sobre a privatização das missões da persecução penal. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 29-34, 2013, p. 33.

¹²⁶ John Braithwait propõe a *responsive regulation* que corresponde à regulação pública que estimula a participação privada em processos decisórios relevantes, criando regras vinculantes (*bindings rules*) de forma mais informal, sem hostilizar a conduta desviante (*deviant conduct*) e, por outro lado, mobilizando soluções positivas (*doing the right thing instead of the wrong doing*). “Instrumentally, we aspire to participatory rules that transmit information, aggregate preferences, and shape preferences in aid of controlling abuses inherent in regimes of delegated regulation and/or concentrated power.” Tradução livre: “Instrumentalmente, aspiramos a participações que transmitam informação, agreguem preferência e moldem preferências para auxiliar a controlar abusos inerentes a regimes de regulamentação delegada ou poder concentrado.” BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University, 1992, p. 162.

¹²⁷ As subseções 1.1.2 e 1.2.2.1 decorrem de ideias anteriormente desenvolvidas, com algumas adaptações, no artigo: RAFIH, Rhasmye El; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Consensualização administrativa no antitruste: reflexões sobre os acordos envolvendo cartéis. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena. et. al. (Coords.). *Formas consensuais de solução e conflitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 7-25, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/150a22r2/923nh90e/5pYHUw1y86rPbEx1.pdf?fbclid=IwAR3VOOd02NxeP3z6eTmPU1Iku6lyIQwW-mnYuqLiHxTHSTRPrYb92IywuHnc>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹²⁸ Convém fazer distinções em relação aos termos “consentimento”, “consenso”, “consensualidade” e “consensualização”, dada a aproximação terminológica. Consentimento pode ser definido como aceitação, enquanto consenso consiste na aceitação recíproca. Por sua vez, a consensualidade é o meio para aferição do grau de consenso na gestão pública. A consensualização, objeto de investigação dessa subseção, representa o movimento de promoção da consensualidade por técnicas inéditas. Conforme Marrara, a consensualidade é o resultado da consensualização, que objetiva estimular e intensificar a utilização de mecanismos de gestão que levam em consideração o consentimento privado na tomada de decisões administrativas. MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 40.

acordos, desafiando o clássico modelo de ação administrativa, com enfoque no ato administrativo para o exercício de suas competências.

Esse fenômeno se insere em um contexto em que o Estado tem se munido de mecanismos inéditos para buscar tornar suas políticas efetivas e legítimas, trazendo a participação dos administrados para a atividade regulatória.

A consensualização nada mais é que um conjunto de ferramentas que, em um contexto em que o desenvolvimento tecnológico e a velocidade da informação da sociedade globalizada fomentou a aparição de novos riscos sociais e o aumento dos mecanismos de resistência à ingerência estatal, procura adequar as tarefas administrativas a padrões de eficiência e efetividade, pela tentativa de construção de consensos.

Com isso, a decisão administrativa tenderia, em tese, a se tornar mais econômica do ponto de vista temporal e de custo, acarretando uma decisão negociada que se compatibilizaria com as novas conformações da realidade social.

A tradicional decisão administrativa, própria do paradigma da imperatividade, caracterizava-se como ato de autoridade, cuja unilateralidade nem sempre se mostrava suficiente para satisfazer as finalidades públicas.

A existência de um processo administrativo sancionador torna usual as tensões entre regulador e regulado, tendo esse sido o cenário propício para o surgimento do modelo de consensualização.

Palma sustenta que esse modelo tem provocado uma releitura dos institutos fundantes do direito administrativo, como o ato administrativo e o princípio da supremacia do interesse público.¹²⁹

Sustenta Marrara que, no âmbito regulatório, a geração de consensos se destacou como fator de acréscimo de eficiência, de legitimidade e estabilização das decisões administrativas, bem como das próprias políticas públicas estatais.¹³⁰

Ainda que não tenha rompido, em definitivo, com a administração unilateral clássica, a consensualização consiste em uma engrenagem da gestão pública, cuja finalidade é diminuir a verticalização que marca a relação tradicional entre Estado e sociedade e imprimir celeridade à atividade da administração pública.

¹²⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 145.

¹³⁰ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 21 nov. 2019, p. 246.

A restrição da atividade empresarial pelo Estado atrai a resistência de agentes econômicos, o que torna a esfera das infrações administrativas à ordem econômica convidativa à consensualização.

Nesse contexto, ocorre um maior questionamento da ordem administrativa, o que compromete a sua efetividade, em contraposição às ferramentas que estimulam a participação privada no conteúdo da elaboração da decisão administrativa.

Esse é o caso dos mecanismos contratuais, inseridos no grupo dos instrumentos pró-consensuais¹³¹, que se alicerçam em formas bilaterais, tal como os acordos em processo de licenciamento ou autorizações administrativas e os acordos antitruste sancionadores, como o acordo de leniência – AL – e termo de compromisso de cessação de prática – TCC.

Para se localizar esses acordos no espaço da consensualização, é relevante distinguir suas diversas acepções. Na tipologia de consensualidades proposta por Palma, a atuação administrativa consensual pode ser tomada nas acepções: i) amplíssima; ii) ampla; iii) estrita; e iv) restritíssima.

A consensualidade em *sentido amplíssimo* consiste em qualquer tipo de ingerência privada na Administração Pública. Mesmo que o ato deliberativo se concretize de modo imperativo e unilateral, corresponde ao diálogo entre Administração e administrado, como nas audiências públicas e nas consultas públicas.¹³²

Em *sentido amplo*, caracteriza-se como qualquer acordo de vontades que envolva a Administração Pública, a saber: transações judiciais, acordos governamentais, contratos administrativos em geral etc.¹³³

Por sua vez, em *sentido estrito* a consensualização apresenta uma limitação em relação ao âmbito do acordo de vontades envolvendo a Administração, que deve ser o administrativo, tais como contratos de fomento, de concessão administrativa, de parceria público-privada, termos de parceria etc.¹³⁴

¹³¹ A doutrina menciona também os mecanismos procedimentais, que são inseridos em determinada fase dos processos administrativos como forma de diálogo entre administração e administrado (audiências e consultas públicas, que auxiliam a elaboração dos atos decisórios); e os mecanismos orgânicos, que correspondem aos canais de diálogo permanente na esfera dos órgãos colegiados (participação de agentes econômicos e especialistas em órgãos regulatórios e conselhos de políticas públicas). MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 21 nov. 2019, p. 246.

¹³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 148.

¹³³ *Ibid.*, p. 149.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 149.

Em *sentido restritíssimo*, a consensualização corresponde à concertação administrativa, como nas hipóteses em que a Administração Pública acorda, no curso de um processo administrativo, a imposição unilateral de suas decisões.¹³⁵

Palma, referindo-se à classificação da Lei Italiana de Processo Administrativo de 1991, subdivide essa subespécie de consensualização em dois instrumentos consensuais: os acordos integrativos e os acordos substitutivos. No integrativo, também conhecido como endoprocedimental/preliminar, o acordo compõe a decisão administrativa e não afasta a prerrogativa imperativa do exercício de negociação pelo gestor público.¹³⁶

Argumenta a autora que, nesses casos, a negociação da prerrogativa imperativa da Administração implica: i) condicionar o ato decisório de acordo com a obrigação consensual; ii) trazer ao ato administrativo uma complementação consensual; iii) substituir um ato específico do processo para adequar o provimento final.¹³⁷

Como exemplo de acordo que se compatibiliza com a continuidade do processo administrativo (integrado), cita-se o acordo de leniência. São igualmente integrativos os acordos em processos liberatórios, como os de autorização e licença de atividades econômicas. Em muitos desses acordos, inclusive, as condicionantes podem abranger a adoção de mecanismos de integridade.

Nos acordos substitutivos, por outro lado, há uma terminação consensual do processo vinculada ao cumprimento de obrigações negociadas. Consiste em uma verdadeira alternativa ao modelo clássico de atos administrativos imperativos e unilaterais, que se aloca no contexto dos processos administrativos sancionadores, com o escopo de: i) substituir o provimento final (seja sancionatório, seja absolutório); e ii) impedir ou suspender o processo administrativo enquanto não cumpridas as obrigações ajustadas. Exemplos de acordos substitutivos são o TCC no CADE, o TAC e outros compromissos de cessação ou alteração de prática.

Esses acordos podem ser propostos pelo particular ou pelo ente administrativo e, caso a negociação seja frutífera, culminarão na celebração do ajuste. Caso contrário, ensejarão o prosseguimento do processo administrativo sancionador.

Exemplo clássico de acordo substitutivo é o TCC. Para fins de celebração, é necessário que se estabeleçam obrigações de fazer ou não fazer que, se cumpridas, desencadearão o arquivamento do processo administrativo com ou sem assunção de culpa.

¹³⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 149.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 148.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 148.

Segundo Palma, dentre as principais motivações para a celebração de acordos na esfera sancionadora, encontram-se: i) possibilidade, por vezes, de extinção do processo administrativo independentemente de reconhecimento da ilicitude da conduta e da confissão da matéria de fato; ii) afastamento da reincidência; iii) redução do comprometimento do custo reputacional¹³⁸; iv) relativização do dever de publicidade, em alguns casos (artigo 85, §5º, Lei nº 12.529/2011).

139

Muito embora a consensualização pretenda ser uma requintada técnica de gestão administrativa que aposta na participação de entes privados como forma de racionalizar, democratizar e legitimar suas decisões, alguns pontos devem ser considerados.

Sob a ótica administrativa, são necessárias ponderações a respeito da compatibilidade dos mecanismos de consensualização com o princípio da supremacia do interesse público. Palma apresenta algumas considerações nesse sentido, a saber: i) deve-se harmonizar a pluralidade de interesses, não podendo ignorar que toda a sociedade é destinatária do ato administrativo; ii) a participação na formação do provimento administrativo afasta a ideia de que o interesse público se limita à vontade estatal; iii) é preciso fazer uma releitura desse princípio para considerar o ato consensual como lhe sendo inerente. Isso não quer dizer que o interesse privado deva se sobrepor ao público, mas significa sustentar que aquele não deve ser de todo desconsiderado.¹⁴⁰

Outra ponderação digna de nota em relação à Administração consensual, considerando seu aspecto restritíssimo, diz respeito à disponibilidade da competência sancionadora do Estado.

Há uma limitação da discricionariedade sobre a via punitiva, pois é vedada a renúncia sobre o poder e a competência estatal, salvo autorização em lei, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/99.

Grande controvérsia havia, por exemplo, quanto à necessidade de previsão legal dos termos de compromisso. Na esfera do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) há expressa previsão legal do TCC no bojo do artigo 85, da Lei nº 12.529/2011.

¹³⁸ Em contraposição à Palma, acredita-se que a assunção do acordo não afasta, necessariamente, o dano reputacional. Em verdade, o modo de propagação midiática pode, inclusive, culminar em uma interpretação de assunção de culpa, acarretando na estigmatização do signatário do acordo. Em acréscimo, destaca Rodríguez que, culturalmente para os latinos, poucos atos são piores que a traição. Assim, acordos que recompensem infratores podem instigar essa repulsa a eles. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 19-20.

¹³⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 160.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 160.

Porém, no campo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP), essa previsão se dava unicamente por ato normativo regulamentar. Além disso, não havia qualquer previsão legal sobre esse acordo no campo da Agência Nacional de Cinema (ANCINE) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Na Lei nº 7.347/1985¹⁴¹ (Lei da Ação Civil Pública), dispõe-se que os órgãos públicos legitimados (Ministério Público, Defensoria Pública, a Administração Pública direta e indireta, além de algumas associações – artigo 5º, incisos I a V) podem tomar compromisso, na modalidade de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 5º, §6º).¹⁴²

Em 2015, com a promulgação da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), foi amplamente previsto, aos entes federativos, outro acordo substitutivo: o termo de ajuste de conduta (TAC). Assim, dispôs-se sobre a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” (artigo 32, inciso III). Ocorre que a expressão “quando couber” ainda não abria margem para a celebração de ajustes de conduta quando não houvesse disposição nesse sentido.

Com a promulgação da Lei nº 13.655, em 2018, foi incluído o artigo 26 na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/42), prevendo uma cláusula genérica para a celebração de compromisso pela Autoridade Administrativa.¹⁴³¹⁴⁴

No referido diploma, o legislador conferiu discricionariedade ao poder sancionador da Administração Pública ao tornar facultativa a celebração do compromisso, após análise do órgão jurídico e presente o interesse geral.

¹⁴¹ BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 10. mar. 2020.

¹⁴² Com a Resolução nº 179/2019, do Conselho Nacional do Ministério Público, esse dispositivo foi regulamentado no âmbito desse órgão, delimitando, dentre outras, as suas atribuições e as hipóteses de cabimento do ajuste.

¹⁴³ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.” [grifado].

¹⁴⁴ O Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB, também previu outro acordo substitutivo, o termo de ajustamento de gestão, a ser celebrado entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública para: i) corrigir falhas em ações de controle; ii) aprimorar procedimentos; iii) assegurar a continuidade da execução do objeto; e iv) garantir o atendimento do interesse geral. BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm >. Acesso em: 17 ago. 2020.

Essa disposição prevê que seja observada a legislação aplicável, que tratará o acordo com mais especificidade. Do que se depreende, caso não haja legislação específica, a propositura do compromisso já encontra respaldo legal, diferentemente do TAC constante na Lei da Mediação, que requer disposição nesse sentido.

Nos incisos do §1º, do aludido dispositivo, foram inseridas algumas limitações à celebração do compromisso, quais sejam: i) pretensão de uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; ii) impedimento de desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; iii) previsão clara das obrigações das partes, do prazo para seu cumprimento e das sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O dispositivo ainda parece consagrar a consensualização quando prevê a observância do “interesse geral” e não o “interesse público” propriamente dito. Essa esfera mais alargada de interesses acrescenta, expressamente, o interesse privado às finalidades estatais.

Essa constatação é evidenciada pela previsão de uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente compatível com os interesses gerais”, o que demonstra a alteração das possibilidades decisórias de modo a incluir o interesse geral, em uma reinterpretação do princípio da supremacia do interesse público.

A vedação à desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos respaldou a esfera de indisponibilidade do interesse público. Entretanto, há uma abertura semântica ao se interpretar o conteúdo e a abrangência do “dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral”.

Em síntese, depreende-se que o legislador se preocupou em delinear o “núcleo duro” dos termos de compromisso, inclusive quanto às obrigações, prazos e sanções, reforçando a participação privada na esfera administrativa.

Entretanto, o dispositivo é impreciso e vago ao não esclarecer quais seriam “as razões de relevante interesse geral”, o que pode redundar em um desafio hermenêutico para a sua compreensão. Além disso, o dispositivo condiciona a celebração do compromisso à consulta pública sem esclarecer em quais casos essa se faz necessária. Ambos os pontos podem impactar diretamente sua aplicação e redundar em sua aplicação discricionária.

Muito embora o CADE (artigo 85 da Lei nº 12.529/2011), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM – artigo 11, §5º da Lei nº 6.385/1976¹⁴⁵) e o Banco Central (BACEN – artigo 11 da Lei 13.506/2017) já tivessem a previsão legal do termo de compromisso antes da Lei nº

¹⁴⁵ Acrescentado pela Lei 13.506/2017.

13.655/2018, outros órgãos administrativos que impactam, ainda que indiretamente, a esfera dos delitos econômicos, podem agora fazer uso da faculdade legal. Nesse sentido, cabe mencionar o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU).

É certo que a complexidade das infrações que afrontam a ordem econômica na sociedade econômica pós-clássica exige a sofisticação das tradicionais técnicas investigativas e das próprias políticas públicas, além de demandar uma reformulação quase que recorrente de institutos e interpretações jurídicas.

O avanço dos mecanismos de consensualização nesse cenário não é mero acaso. A tentativa de imprimir legitimidade democrática, efetividade e celeridade tem estimulado, na esfera sancionadora, o aprimoramento de acordos colaborativos e de incentivos aos seus signatários.

O desmantelamento das refinadas estruturas infracionais exige do administrador o convite à participação popular para a obtenção de provas e informações. Entretanto, esse novo mecanismo não está imune a críticas, tanto em razão de suas finalidades, quanto em virtude do modo em que é operacionalizado.

Quanto às finalidades, não se pode afirmar que há uma celeridade e efetividade automática na consensualização. Nos termos de compromissos de cessação de práticas firmados junto ao CADE, por exemplo, a possibilidade de celebração, inclusive nas fases de preparação do julgamento (a limitação temporal foi vetada na Lei nº 12.529/2011), faz com que agentes econômicos tenham uma oportunidade de ter mais tempo para ponderar a utilidade do acordo. Quanto mais adiantada a instrução, melhor será a avaliação de risco (análise de custo-benefício) da assunção do compromisso, levando o potencial compromissário a aguardar fases mais adiantadas para a proposição, em detrimento da cessação da conduta/efeitos lesivos.¹⁴⁶ Quanto aos demais acordos no âmbito da consensualização, é fato que a mera celebração não assegura o cumprimento das obrigações.

No que se refere a sua operacionalização, autores como Vasconcellos sustentam que esse modelo de acordos estimula um retrocesso processual, com o retorno do tarifamento de provas, em virtude da primazia da confissão, o que obstaculiza o integral exercício de defesa.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Para tentar reverter esse quadro, o Regimento Interno do CADE prevê, em seu artigo 186, a redução da multa esperada de acordo com o momento de requerimento do TCC, sendo que quanto mais cedo o fizer, maior será o benefício do agente econômico.

¹⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 144.

Além disso, no ambiente dos acordos sancionadores há uma coercibilidade inerente (v.g. o dilema do prisioneiro¹⁴⁸), decorrente do contexto sancionatório, o que se afasta da própria natureza da consensualização. Por vezes, a postura das autoridades na celebração de acordos, notadamente na esfera dos delitos econômicos, apenas reforça a verticalização entre as partes, tornando a consensualização um faz-de-conta que se utiliza de expedientes coercitivos para provocar o acordo, colocando em xeque a sua própria legitimidade.

Com a finalidade de examinar a compatibilização dos acordos sancionadores antitruste com o movimento da consensualização, a seguir será realizada uma análise de seu conteúdo essencial e de suas zonas de intersecção e dispersão, para se fixarem as premissas da análise. Na sequência, serão analisados os espaços de consensualização na esfera criminal a partir da expansão da Justiça Negociada no Brasil.

1.1.2.1 Ponderações sobre acordos antitruste na consensualização administrativa do processo sancionador: peculiaridades no enfrentamento de cartéis

Na Lei nº 12.529/2011 há quatro tipos de acordo entre a Administração Pública e os agentes econômicos, são eles: acordos em controle de concentrações (artigos 9º, inciso V, 13, inciso X e 46, §2º), acordo de preservação da reversibilidade da operação (artigo 59, §1º), compromisso de cessação de prática (artigo 85) e acordo de leniência (artigo 86).

Para fins desta subseção, o interesse na consensualização do poder sancionatório direcionará a análise para o compromisso de cessação de prática e o acordo de leniência.

Como exposto na subseção anterior, as infrações à ordem econômica têm ficado cada vez mais complexas, reticularizadas e sofisticadas, dificultando as atividades instrutórias do Estado e aumentando os custos operacionais.

Nesse cenário, a Administração Pública se viu compelida a reformular a política de enfrentamento de infrações, desenvolvendo novas técnicas para atingir um grau satisfatório de dissuasão, marcadamente pela reinvenção dos meios persecutórios e fiscalizatórios tradicionais. Em virtude disso, uma opção utilitarista de negociação passou a compor a agenda de diversas agências reguladoras e autoridades.

¹⁴⁸ Faz referência a hipóteses comportamentais apresentadas em teoria dos jogos. É traduzido pelas possibilidades decorrentes da oportunidade que é dada a dois prisioneiros de se delatarem mutuamente, sem saberem da decisão um do outro, são elas: i) a confissão de um seguida do silêncio do outro poderá beneficiar o primeiro, que sairá livre, e prejudicar o segundo, que cumprirá uma pena alta; ii) o silêncio de ambos poderá implicar uma pena baixa para os dois; iii) se ambos delatarem, ambos cumprirão uma pena média. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.155.

O compromisso de cessação de prática e o acordo leniência caracterizam a consensualização administrativa no processo sancionador da esfera da defesa da concorrência. Esses institutos, aparentemente distintos, têm adquirido feições muito semelhantes, o que tem beneficiado a Administração Pública na formatação de novas estratégias para enfrentamento de infrações administrativas, por vezes em detrimento do administrado.

Os acordos de leniência concorrenciais são ajustes entre o Conselho Administrativo da Defesa da Concorrência (CADE) e agentes econômicos (pessoa física e/ou jurídica) confessos que, para garantirem um pacote de benefícios (extinção de punibilidade ou mitigações de sanções), colaboram com a Autoridade Administrativa para a obtenção de provas tendentes a desmantelar infrações à ordem econômica. A rigor, são acordos integrativos, pois precedem o ato final do processo administrativo e visam definir parte do conteúdo dessa decisão.

Marrara define os acordos de leniência como sendo: i) acordos administrativos distintos da colaboração premiada, regida pelo direito penal; ii) integrantes do processo administrativo punitivo que convivem com a via unilateral de decisão estatal, ao contrarário do acordos de cessação de prática ou ajustes de conduta, que possuem efeito substitutivo ao processo; iii) relacionados a comportamentos ilícitos, em curso ou cessados, sempre desenvolvidos em coautoria; iv) contextualizados na falta de condição da Administração Pública, por si só, desenvolver efetivamente atividades instrutórias na esfera do processo administrativo sancionador.¹⁴⁹

Conforme Canetti, tais acordos vão além de simples instrumentos para obtenção de prova, caracterizando-se como verdadeiras ferramentas de dissuasão da conduta delitiva, em três frentes: i) provocam desconfianças recíprocas que tornam insustentável a associação para o prática dos delitos; ii) incrementam a atividade sancionadora estatal; iii) previnem a reincidência, haja vista à traição inerente à celebração do ajuste.¹⁵⁰

No acordo de leniência, que deve ser proposto até a conclusão da instrução do processo administrativo, salvo em caso de reabertura dessa, a colaboração do infrator deve resultar na identificação dos demais envolvidos na prática (artigo 86, inciso I, Lei nº 12.529/2011). Por essa razão, somente é celebrado caso exista uma pluralidade de agentes (crimes plurissubjetivos).

¹⁴⁹ MARRARA, Thiago. Comentários ao artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Coord). *Lei anticorrupção Comentada*. Belo horizonte: Fórum, 2018, p. 189.

¹⁵⁰ CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

Marrara destaca que, em matéria temporal, o acordo de leniência concorrencial pode se proposto antes da abertura do inquérito ou processo administrativo (leniência prévia) ou simultaneamente a esses trâmites (leniência concomitante). Para o autor, essa distinção tem relevância jurídica considerando que indica o conhecimento da infração pelo CADE, o que pode impactar a definição de benefícios ao colaborador.¹⁵¹

No AL, há uma negociação de obrigações recíprocas¹⁵² entre o ente público e o particular, que deverá redundar na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração (artigo 86, inciso II, Lei nº 12.529/2011). Em contrapartida, o Leniente (Autoridade Administrativa com poder sancionador) deverá extinguir a punibilidade do particular ou reduzir a penalidade de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

A leniência concorrencial é marcada também por benefícios de cunho criminal¹⁵³, especificamente em relação aos: i) crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90); e ii) demais crimes praticados no contexto concorrencial, referentes à prática de cartel: ii.i) os tipificados na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93); e ii.ii) os de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal).

Nesses casos o acordo: i) suspende a prescrição; e ii) obsta o oferecimento da denúncia em desfavor do beneficiário da leniência. Caso cumpridas as obrigações, declara-se a extinção de punibilidade penal (artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011).

Em sendo o colaborador pessoa jurídica, os benefícios poderão ser estendidos às empresas do grupo, administradores, diretores e funcionários que tenham participação na infração, devendo esses celebrarem o ajuste em conjunto e respeitar as condições impostas (artigo 86, §6º, Lei nº 12.529/2011).

¹⁵¹ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 341 e 345.

¹⁵² “[...] o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada.” RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 253.

¹⁵³ No passado, houve questionamentos sobre a constitucionalidade do Acordo de Leniência do CADE, tendo em vista a possibilidade que lhe foi conferida para produzir efeitos em matéria criminal. Na prática, para dar operacionalidade ao acordo, o CADE passou a coordenar esforços com os Ministérios Públicos, inclusive formalizando entendimentos conjuntos. Em 2016, com Memorando de entendimento nº 1, ajustado entre o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República de São Paulo, foi reforçada a necessidade de coordenação entre as instituições, destacando-se a relevância de os acordos de leniência serem formalizados com a intervenção do Ministério Público, no interesse da persecução penal, uma vez que há um interesse comum da persecução administrativa e penal aos cartéis. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Memorando de entendimentos 01/2016*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Em síntese, os requisitos para a celebração do acordo de leniência antitruste são: i) inexistência, pela Superintendência-Geral, de provas suficientes para assegurar a condenação do infrator; ii) em sendo pessoa jurídica, obediência à regra do “*first come, first serve*”, que exige que essa seja a primeira a se qualificar para a negociação; iii) cessação da infração; iv) confissão da participação no ilícito; v) colaboração efetiva, plena e permanente com as investigações e o respectivo processo administrativo para fins de: v.i) identificação dos demais envolvidos na infração; v.ii) obtenção de informações e documentos que comprovem a infração; e v.iii) comparecimentos, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos atos processuais, até o seu encerramento.

Caso o particular não consiga celebrar o acordo, poderá negociá-lo em relação a outra infração, que não seja do conhecimento da Autoridade concorrencial (artigo 86, § 7º, da Lei nº 12.529/2011). Nessa hipótese, denominada leniência *plus*, haverá os seguintes benefícios: i) quanto ao primeiro processo, extinção da punibilidade penal e redução da multa administrativa; ii) no que se refere ao segundo, extinção da ação punitiva administrativa e penal.

No Compromisso de cessação de prática, ao contrário do sugerido pelo conceito, não basta a cessação da prática (pelas pessoas jurídicas e físicas), importando a cessação dos efeitos nocivos dela decorrentes. Em contrapartida, o Estado deverá suspender as apurações preliminares, investigações ou o processo administrativo sancionador, mediante o cumprimento de outras obrigações pelo agente econômico, que culminarão no arquivamento do procedimento de apuração ou processo administrativo caso observadas em sua integralidade.¹⁵⁴

O TCC é um acordo substitutivo, igualmente inserido na esfera da consensualidade em sentido restritíssimo, que, mediante o cumprimento das obrigações pactuadas, importa na terminação consensual do procedimento/processo administrativo.

Regra geral, o TCC não importa em confissão e, tampouco, em colaboração nas funções estatais repressivas; por outro lado, também não concede benefícios de ordem criminal. Além disso, é possível que mais de um acusado tome a iniciativa de negociação do acordo, não se aplicando a regra do “*first come, first serve*”.

Na antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94), havia previsão de que o momento para a apresentação de proposta da minuta se desse até a conclusão da instrução, tendo

¹⁵⁴ Nesse sentido: “Conjunto de obrigações que, de um lado, impõe a cessação de um comportamento em curso ou a alteração desse comportamento no intuito de fazer cessar seus efeitos negativos e, de outro, como contrapartida à cessação ou modificação da conduta, exigem do Estado a suspensão imediata de procedimento de apuração ou de processo administrativo sancionador e seu arquivamento definitivo assim que cumpridas as obrigações principais pelo administrado.” MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 21. nov. 2019, p. 279.

sido essa limitação temporal vetada na redação da Lei nº 11.529/2011. Por essa razão, entende-se possível que a sua propositura possa ser realizada até a fase de preparação de julgamento ou em fase de instrução complementar.

Outras particularidades do TCC são: i) a regra de propositura única (artigo 85, §4º); ii) a proibição expressa de suspensão do processo em fase de negociação (artigo 85, §6º); iii) o caráter público da avença (artigo 85, §7º); iv) a obrigatoriedade de indeferimento da proposta quando houver impasse (artigo 85, §13); e v) a possibilidade expressa de participação, na negociação, de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas pública, fundações e sociedades de economia mista (artigo 85, §15).

Para melhor demonstrar as zonas de intersecção e dispersão dos institutos, formulou-se a seguinte tabela:

Quadro 1: Zonas de intersecção e dispersão do AL e do TCC

AL	TCC
Consensualidade em sentido restritíssimo	Consensualidade em sentido restritíssimo
Acordo integrativo	Acordo substitutivo
Não suspende o procedimento/processo administrativo	Suspende e arquivava o procedimento/processo administrativo
Administração não renuncia por completo à pretensão punitiva (salvo leniência <i>plus</i>)	Administração renuncia à pretensão punitiva
Cessaçao da prática	Cessaçao da prática ou alteraçao da prática em vista da modificaçao dos efeitos potencialmente lesivos
Confissao	Regra geral, não é necessário confessar

Cooperação nas investigações/processo administrativo	Regra geral, não precisa cooperar nas investigações/processo administrativo
Infração plurissubjetiva	Infração unissubjetiva (um ou mais agentes)
<i>First come, first serve</i>	Mais de um acusado pode acordar
Proposta até a conclusão da instrução	Proposta até a fase de preparação do julgamento/instrução complementar
Extinção da punibilidade/diminuição das sanções	_____
Há benefícios penais	Não há benefícios penais

Fonte: Rafih e Domingues.¹⁵⁵

Especificamente na esfera do cartéis, a persecução pública no Brasil é marcada pela recorrente celebração de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação (TCC-cartel). Sem embargo, o TCC-cartel tem se aproximado do acordo de leniência, criando uma “zona cinzenta” entre esses dois ajustes.

Na hipótese de TCC-cartel, além das obrigações ajustadas entre as partes, incluindo a cessação dos efeitos lesivos, é também prevista uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), que é estabelecida durante o processo de negociação e não pode ser inferior ao mínimo previsto no artigo 37, da Lei 12.529/2011 (artigo 85, §1º, III, da Lei nº 12.529/85 c/c artigo 183 do Regimento Interno do CADE - RICADE).

¹⁵⁵ RAFIH, Rhasmye El; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Consensualização administrativa no antitruste: reflexões sobre os acordos envolvendo cartéis. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena. et. al. (Coords.). *Formas consensuais de solução e conflitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 7-25, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/150a22r2/923nh90e/5pYHUwly86rPbEx1.pdf?fbclid=IwAR3VOdO2NxeP3z6eTmPU1Iku6lyIQwW-mnYuqLiHxTHSTRPrYb92IywuHnc>>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 17-18.

Duas peculiaridades do TCC-cartel e que o aproximam do AL são: i) o reconhecimento de participação na conduta investigada (artigo 184, RICADE); e ii) a colaboração na instrução processual (artigo 185, RICADE).

Martins e Andrade propõem uma distribuição piramidal do que a doutrina e a prática nacional e internacional têm apontado como parâmetros do TCC-cartel, alocando, no corpo da estrutura, a colaboração e o reconhecimento da culpa.¹⁵⁶

Evidencia-se, portanto, que essas duas previsões do Regimento Interno do CADE imiscuem os dois acordos antitruste, criando uma espécie de instituto híbrido.

Uma vez que a regra do “*first come, first serve*” é aplicada às pessoas jurídicas para fins de celebração da leniência antitruste e não do TCC, a empresa que não se qualificar como primeira poderá celebrar esse último acordo que, em caso de cartéis, terá as mesmas obrigações do acordo leniência.

Em outras palavras, o compromissário terá os mesmo *deveres* do signatário da leniência e não os mesmos *direitos* e, não bastasse, ainda terá de recolher contribuição pecuniária ao FDD¹⁵⁷, obrigação essa típica do TCC-cartel.

Além disso, uma vez que terá de confessar a conduta sem que goze de benefícios na esfera criminal, quando não conseguir também firmar uma leniência *plus*, o compromissário ficará exposto tanto criminalmente, em sendo pessoa física, quanto civilmente, para fins de reparação de danos. Para tentar se resguardar na esfera criminal, o agente poderá celebrar alguns dos acordos penais previstos em lei¹⁵⁸, para garantir eventual redução de pena. Na esfera civil, poderá também celebrar, a depender do caso, o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), disposto na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 16, §1º da Lei nº 8.429/92).

Pereira adverte que, considerando a natureza conciliatória do TCC, não é lógico inserir o reconhecimento da culpa como requisito para a sua celebração. O autor sustenta que, nessa

¹⁵⁶ “[...] a determinação da cessação da prática delituosa, a cominação de multa em caso de inadimplemento e a previsão de recolhimento ao FDD, em percentual não inferior a 1% seriam parâmetros básicos do TCC – como a base de uma pirâmide. A colaboração com a autoridade antitruste, a adoção de um programa de *compliance* e o reconhecimento de culpa, por sua vez, formariam o corpo da pirâmide, podendo ser exigidos ou não, de acordo com as particularidades do caso concreto. Por fim, não tendo sido ainda exigida pelo CADE, e sendo, pois, prescindível à celebração do TCC, a redução da pena eventualmente cominada estaria no topo da pirâmide.” MARTINS, Amanda Athayde Linhares; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos e efetividade. In: Oliveira, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 207.

¹⁵⁷ O Fundo de Direitos Difusos é vinculado ao Ministério da Justiça e tem como finalidade atuar na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo.

¹⁵⁸ Em se tratando de organização criminosa que pratica cartéis (inclusive licitatórios), poderá celebrar acordo com base no artigo 3º-A e 4º, da Lei nº 12.850/2013. Na hipótese de haver unicamente o crime de cartel, previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/90, poderá acordar com fundamento no artigo 16 dessa lei. Ainda, com fundamento no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o agente poderá também procurar celebrar um Acordo de não Persecução Penal (ANPP).

hipótese, o custo para o agente é bem maior que o benefício auferido, notadamente por se expor a sanções na esfera cível e criminal.¹⁵⁹

Nessa mesma linha, entende-se que a vantagem do compromissário do TCC-cartel remanesce apenas na possibilidade de suspensão do processo administrativo. As vantagens para a Administração Pública, por outro lado, são inquestionáveis, pois poderá também contar com a colaboração dos demais investigados (pessoas jurídicas¹⁶⁰) na conduta concertada, o que não ocorreria caso tivesse apenas a colaboração do agente econômico que firmou a leniência.

Conclui-se que o TCC-cartel é de fato um instituto híbrido, por contar com contornos do TCC clássico e da leniência e por trazer duas das principais obrigações dessa (confissão e colaboração). Representa, portanto, uma flexibilização do “*first come, first serve*”, em uma espécie de leniência mitigada.

Conforme se ilustra na tabela a seguir:

Quadro 2: Comparativo entre AL, TCC-cartel e TCC

	OBRIGAÇÕES DO COMPROMISSÁRIO	
AL	TCC-cartel	TCC
Cessar a prática	Cessar o efeito lesivo	Cessar o efeito lesivo
Confessar	Confessar	—
Colaborar com as investigações	Colaborar com as investigações	—

¹⁵⁹ “Diante dessa natureza conciliatória do TCC, não faz sentido, a priori, estabelecer o reconhecimento da culpa como um requisito essencial a sua celebração. Do contrário esse instituto provavelmente seria subutilizado, pois o custo para o réu celebrar um TCC seria maior do que o benefício auferido, já que se por um lado ele economizaria recursos que seriam desembolsados com a sua defesa no processo até o julgamento e com o pagamento de uma multa em valor esperado maior do que o valor da contribuição pecuniária negociada com o CADE, por outro lado ele ficaria extremamente vulnerável não apenas a indenização de terceiros, mas também, e, sobretudo, a sanções criminais, sendo melhor então, continuar a litigar em sede administrativa e judicial e exercer de forma plena o seu direito ao contraditório”. PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática*. 2011. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 72.

¹⁶⁰ Como a regra do *first come, first serve* não se aplica à pessoa física, o CADE ainda pode contar com a colaboração das pessoas físicas que firmaram a leniência.

—	Contribuição Pecuniária ao FDD	Contribuição Pecuniária ao FDD
---	-----------------------------------	-----------------------------------

Fonte: Rafih e Domingues.¹⁶¹

Evidencia-se que tanto o acordo de leniência, quanto o TCC clássico, mostram-se mais vantajosos ao infrator que o TCC-cartel, o que fere o princípio da proporcionalidade, falseando consensos e se distanciando do escopo da consensualização.

O ex-Conselheiro do CADE, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, quando se pronunciou sobre o TCC celebrado com a União Brasileira de Avicultura, em 2009 – com fundamento na Lei 8884/1994 -, entendeu que a exigência da confissão sem eventual concessão por parte da Administração, viola a proporcionalidade.¹⁶²

As vantagens do TCC-cartel para a Administração Pública são evidentes, pois: i) a confissão, em tese, aumenta o efeito dissuasório da infração; ii) a responsabilização do infrator nas esferas cível e criminal fica possibilitada; iii) o desmantelamento da organização colusiva é oportunizado; iv) a colaboração nas investigações favorece condenações na esfera administrativa; e v) é recolhida a contribuição pecuniária ao FDD.

Entretanto, essa situação representa para o compromissário um alto: i) custo reputacional e financeiro, decorrente na responsabilização nas esferas criminal e cível; e ii) risco de retaliação.

¹⁶¹ RAFIH, Rhasmye El; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Consensualização administrativa no antitruste: reflexões sobre os acordos envolvendo cartéis. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena. et. al. (Coords.). *Formas consensuais de solução e conflitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 7-25, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/150a22r2/923nh90e/5pYHUw1y86rPbEx1.pdf?fbclid=IwAR3VOdO2NxeP3z6eTmPU1Iku6lyIQwW-mnYuqLiHxTHSTRPrYb92IywuHnc>>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 20.

¹⁶² Em suas palavras: “Não há que se olvidar que a exigência de confissão (reconhecimento de ilicitude), por parte da Administração Pública significa no mais das vezes concessões em outros aspectos do acordo, sob pena de transformação deste em um cenário mais prejudicial aos requerentes do que uma eventual condenação. De fato, o valor proposto a título de contribuição pecuniária, por se enquadrar nos cenários prováveis de condenação, confere a presente proposta características peculiares. A imposição de confissão de culpa representaria, neste caso, um cenário mais gravoso que a própria condenação, podendo representar violação ao princípio da proporcionalidade, sobretudo diante das demais obrigações constantes da proposta, tais como a obrigação voluntária de cessação da conduta e a divulgação de informações relacionadas ao desenvolvimento da política de defesa da concorrência do país (por meio da Cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações). Não há que se esquecer que, por conta do acordo, os proponentes abriram mão de discutir a legalidade tanto no âmbito administrativo, como no judiciário” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Requerimento nº 08700.002933/2009-01, referente ao Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53, p. 19.

Conforme adverte Pereira, não se pode ignorar o risco de retaliação do compromissário por parte do cartel.¹⁶³ Em que pese a possibilidade do caráter confidencial do TCC, a cessação/alteração da prática já é um alarde natural aos demais infratores.

Do ponto de vista da vantajosidade do acordo, os lucros obtidos com a conduta anticompetitiva também são avaliados pelo eventual compromissário em sua estratégia global e, considerando os riscos a que se sujeita, é possível que o agente econômico opte por não celebrar o acordo.¹⁶⁴

Portanto, sustenta-se que obrigatoriedade de reconhecer a participação na conduta e de colaborar com as investigações aproximam demasiadamente o TCC-cartel do AL e, somada à obrigação de recolher contribuição pecuniária ao FDD, torna o TCC-cartel pouco atrativo, por sustentar uma desproporcionalidade entre obrigações e benefícios. Basicamente, o compromissário tem a seu favor apenas a suspensão do processo administrativo.

É certo que é necessário um incremento no aparato estatal para dismantelar os cartéis, poupando custos operacionais. É preciso, porém, fazer uma opção coerente com as finalidades intrínsecas e características essenciais dos acordos, sob pena de criar uma política que se autodestrói.

Sustenta-se que essa onerosidade desproporcional imposta ao particular no TCC-cartel falseia consensos, uma vez que o coloca em uma posição não paritária e de fragilidade, e demonstra um caráter eminentemente sancionatório, furtando a horizontalidade das negociações, em tese típica dos movimentos de consensualização.

Para Marrara, o caráter eminentemente sancionatório das obrigações do TCC cartel, somada à vedação de nova propositura em caso de frustração da negociação (artigo 85, §4º, da Lei nº 12.529/2011), demonstra uma considerável verticalização no acordo, que decorre do desdém do Estado em relação ao caráter transacional do TCC.¹⁶⁵

¹⁶³ PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática*. 2011. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 73.

¹⁶⁴ Nessa mesma linha: “Portanto, admitir a exigência indiscriminada da confissão de culpa e consequente colaboração com as investigações como requisitos para a celebração de TCCs em caso de cartéis clássicos, como propõe a SDE, seria reduzir esse instrumento à utilização apenas como um segundo acordo de leniência, nos moldes do ‘*plea agreement*’ norte-americano. Isso geraria um prejuízo à política de combate a cartel brasileira, na medida em que em situações onde o acordo de leniência não seria celebrado independentemente da possibilidade de se firmar um TCC, a autoridade antitruste não iria poder se valer desse meio de solução alternativa para por fim ao processo e possibilitar a dissuasão do cartel de forma eficiente, com a economia de custos sociais.” *Ibid.*, p. 82.

¹⁶⁵ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 391.

Considerando que o TCC é acordo substitutivo, é incompatível com a sua natureza a colaboração nas investigações, uma vez que essa não implica na terminação consensual do processo administrativo.

Não há dúvidas que os TCC-cartel, como estão formatados, são benéficos à Administração, mas será que essa é uma abordagem que de fato estimula a adesão dos entes privados?

Defende-se que o TCC-cartel desvirtuou as finalidades intrínsecas da consensualização e as características essenciais de acordos substitutivos, o que pode desestimular a sua celebração e, em efeito contrário ao intentado pela Administração, comprometer a própria política de consensualização na esfera administrativa sancionadora para fins de enfretamento de infrações à ordem econômica.

1.1.2.2 O TCC-cartel e o ANPP: um contrapeso

Recentemente, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, uma série de alterações da legislação penal e processual penal foram realizadas. Dentre elas, disciplinou-se o Acordo de não Persecução Penal (ANPP), no artigo 28-A do Código de Processo Penal, acordo esse até então disposto na Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Esse acordo parece ser uma saída, alternativa à colaboração premiada (quando aplicável), para aqueles que firmarem o TCC-Cartel também buscarem uma “blindagem” na esfera criminal, servindo como contrapeso ao seu defasado pacote de benefícios.

Sua principal vantagem, em relação ao referido acordo da Lei 12.850/2013, é o fato de que pode efetivamente obstar o processamento criminal, ao contrário da colaboração premiada, que poderá trazer benefícios penais apenas ao final da instrução processual (perdão judicial, redução e/ou substituição da pena privativa de liberdade), e atrelados ao resultado da cooperação com as autoridades. Assim, o ANPP possibilita a extinção de punibilidade criminal sem a necessidade de instrução processual nessa esfera e pode culminar em penas mais brandas, de natureza restritiva de direitos.

Para a celebração do ANPP, a ser homologado em audiência por juiz, devem ser observados os seguintes pressupostos: i) não ser caso de arquivamento das investigações¹⁶⁶; ii)

¹⁶⁶ A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ªCCR) do Ministério Público Federal aprovou o Enunciado nº 98, que trata da possibilidade de oferecimento do ANPP em ações penais em curso, desde que preenchidos os

haver confissão formal da infração penal; iii) a infração penal não ter sido cometida com violência ou grave ameaça; iv) a infração penal ter cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis; v) não ser cabível a transação penal; vi) o investigado não ser reincidente ou haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes; vii) o investigado não ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores à infração, em outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo; viii) e não se tratar de crime praticado no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Considerando o critério objetivo de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, abre-se margem para a negociação não apenas no campo dos crimes de cartel (pena mínima de 2 anos), como também nos de corrupção (pena mínima de 2 anos), lavagem de capitais (pena mínima de 3 anos), evasão de divisas (pena mínima de 2 anos), sonegação fiscal (pena mínima de 2 anos), dentre outros tipos relacionados à criminalidade econômica, com a ressalva de que a conduta criminal não seja habitual, reiterada ou profissional e que eventual concurso ou causas de aumento não ultrapassem o teto de 4 (quatro) anos.

Para tanto, demanda-se que o investigado cumpra as seguintes condições cumulativa e alternativamente: i) reparar os danos ou restituir a coisa, salvo impossibilidade de fazê-lo; ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; iii) prestar serviços à comunidade ou entidades pública por período correspondente à pena mínima cominada ao delito reduzida de uma dois terços; iv) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social preferencialmente com a função de tutelar bens jurídicos semelhantes aos lesados pelo delito; v) cumprir, por prazo determinado, outra condição proporcional e compatível com a infração imputada.

Essa ampliação do espaço negocial na esfera criminal pode vir a complementar a política de colaboração no âmbito da defesa da concorrência, em especial no que se refere ao TCC-cartel, reequilibrando, em partes, a balança de contraprestações entre administração e administrado no contexto da consesualização do direito sancionador.

Uma questão a ser enfrentada, porém, é a de que o ANPP é cabível quando não for caso de arquivamento das investigações e, na prática, ocorre que a infração concorrencial se insere

requisitos legais. Assim, o acordo poderá ser oferecido, a qualquer tempo, antes do trânsito em julgado, impactando diretamente em processos criminais por delitos econômicos em andamento.

em estágios mais avançados de apuração na esfera administrativa sancionadora que na criminal, dado que a pessoa jurídica envolvida no delito costuma a tomar iniciativa de acordar com as autoridades, trazendo ao ajuste pessoas físicas relacionadas como consequência.

Assim, a avaliação desse pressuposto do ANPP não prescindirá de uma análise das provas produzidas na esfera antitruste, para a verificação da real viabilidade do ANPP em relação à pessoa física imputada, orientando-se pelo princípio da *ultima ratio*¹⁶⁷, sob pena de antecipar uma pena restritiva de direitos, em seu detrimento, sem verificação da materialidade e indícios de autoria suficientes para tanto. Inclusive, essa análise deverá considerar as peculiaridades do escrutínio probatório criminal, sendo que a celebração de um TCC-cartel não presumirá, necessariamente, a existência dos pressupostos do ANPP.

Outro aspecto relevante, é a cumulação da reparação de dano e/ou da prestação pecuniária do ANPP com a contribuição pecuniária ao FDD do TCC-cartel.

Para não resultar em *bis in idem*, deverá ser considerada na estratégia global dos acordos que a reparação de dano poderá ser requerida também na esfera cível. Além disso, importante não perder de vista que a prestação pecuniária penal, conforme Prado, “não passa de uma reparação civil travestida de sanção criminal”¹⁶⁸, o que justifica a própria redação do artigo 45, §1º, do Código Penal, que determina que aquela seja deduzida do montante da reparação civil.

Adicionalmente, a cumulação da reparação de dano e da prestação pecuniária com a contribuição ao FDD pode ser muito onerosa em matéria de acordos na esfera sancionadora, notadamente quando se considera que os signatários confessaram, expondo-se a responsabilizações em outras esferas, e colaboraram com as autoridades.

Buscando equilibrar as sanções concorrencial e cível, o artigo 12 da Resolução nº 21/2018 do CADE¹⁶⁹ dispôs que o ressarcimento extrajudicial ou judicial em Ação Por Danos Concorrenciais poderá ser considerado como circunstância atenuante no cálculo da contribuição pecuniária do TCC-cartel. O órgão administrativo, inclusive, nomeou a seção que alocou esse dispositivo como “do fomento à reparação por danos concorrenciais”, reconhecendo que a sobreposição de sanções pode ser um desincentivo aos acordos.

Nos TCC's celebrados pelo CADE no âmbito da Lava Jato com as empresas Carioca Engenharia, Odebrecht, OAS, Andrade Gutierrez e seus funcionários e ex-funcionários, foi

¹⁶⁷ Expressa que o Direito Penal deve ser o último recurso da política social. ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8.

¹⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 594, v. 1.

¹⁶⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Resolução nº 21/2018*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>>. Acesso em: 10. mar. 2020, p. 4.

prevista a possibilidade de redução em 15% do valor da contribuição pecuniária nas hipóteses de reparação judicial ou extrajudicial dos danos.¹⁷⁰

Nessa mesma linha, entende-se ser razoável considerar uma mitigação entre os valores pagos a título de reparação de dano e prestação pecuniária no ANPP e a contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos no TCC-cartel, como estratégia para não tornar esse acordo ainda mais oneroso e para se incentivar a reparação de danos.

Defende-se que a atuação coordenada das autoridades, ao levar em consideração as distintas modalidades de responsabilização corporativa e pessoal e as novas formas de racionalizar a aplicação de sanções, evitando a dupla punição, pode conferir maior segurança jurídica aos signatários, diminuindo a habitual verticalização dos acordos na esfera do direito administrativo sancionador.

Como se sustentará a seguir, a consensualização no direito sancionador, especialmente na esfera criminal, não é imune a críticas e se revela mais como um método de resolução de conflitos do que como um modelo de Justiça propriamente dito, uma vez que não é necessariamente compatível com os direitos e garantias fundamentais.

Ainda assim, considerando que é uma realidade cada vez mais comum no Ordenamento Jurídico brasileiro, deve ser o mais horizontalizada e proporcional possível, para minimamente prestar ao seu papel transacional de um modo mais equilibrado ao administrado.

1.1.2.3 Justiça negocial: críticas à expansão dos espaços de consensualização na esfera criminal

Justiça negociada em sentido amplo, conforme Tulkens, caracteriza-se pelas diferentes situações em que as partes interagem para alcançar um acordo.¹⁷¹ Insere-se no modelo de consensualização¹⁷² da Justiça por implicar o acordo entre o investigado/réu e a Autoridade

¹⁷⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cade celebra acordos em investigação da Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 13. mai. 2020.

¹⁷¹ TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 674.

¹⁷² “[...] a justiça consensual penal tem o objetivo de ser modelo alternativo, menos conflituoso e mais participativo. Os próprios sujeitos interessados são chamados a encontrar a solução.” LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 28. “[...] a ideia de consenso no processo penal diz respeito, fundamentalmente, à concordância do acusado à concretização antecipada do poder punitivo estatal, é ele quem renuncia à sua posição de resistência, ao seu direito de defesa, e aceita a sanção penal, e, por isso, a essência consensual/negocial aí se coloca.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 107.

com a finalidade de impor um encerramento antecipado ou abreviado da persecução, com a imposição de uma sanção, como contrapartida a uma colaboração.

No Brasil, os institutos precusores da Justiça Negocial no âmbito penal¹⁷³ são: a transação penal¹⁷⁴ e a suspensão condicional do processo¹⁷⁵. Na sequência, surgiu a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013¹⁷⁶ e, mais recentemente, o Acordo de Não Persecução Penal.

A colaboração premiada está intimamente relacionada à expansão dos espaços de consensualização na esfera penal, inserindo-se na modalidade de Direito Premial¹⁷⁷, no qual as Autoridades, para dismantelar organização criminosas, oferecem “prêmios”¹⁷⁸ aos autores das infrações que colaborem ativamente com a produção de provas.

¹⁷³ Na esfera não penal, com a reforma da Lei Antitruste em 2000 (Lei nº 10.149), disciplinou-se o acordo de leniência para infrações contra a ordem econômica, cujo pacote de benefícios compreendia o óbice ao oferecimento de denúncia criminal quanto aos crimes contra a ordem econômica. Em 2011, com o advento da Lei nº 12.529, essa vantagem foi ampliada para outros crimes cometidos no contexto concorrencial, tais como os crimes da Lei de Licitações e para associação criminosa. Mais adiante, a Lei Antitruste influenciou outras esferas do direito sancionador, tendo sido incorporados outros acordos, tais como o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e os acordos administrativos do BACEN e da CVM (Lei nº 13.506/2017).

¹⁷⁴ Disciplinada no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. obsta o oferecimento da denúncia, se cumpridas as condições. Seus requisitos são: i) ser caso de ação penal pública; ii) não couber arquivamento; iii) a pena máxima não for superior a dois anos, consideradas as causas de aumento e diminuição, ou for apenas culminada pena de multa; iv) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade dos agentes, bem como os motivos e as circunstâncias sejam favoráveis; v) o investigado não for reincidente; vi) o investigado não houver usufruído do benefício nos últimos 5 (cinco) anos. Como condições, são imposta penas alternativas à prisão especificadas na proposta, tais como multa, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

¹⁷⁵ Prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Nela, o processo penal é suspenso de dois a quatro anos e, após o cumprimento de todas as condições, é extinta a punibilidade do acusado. Para tanto, os requisitos são que: i) haja denúncia; ii) aplique-se a crimes em que a pena mínima seja inferior a um ano, consideradas as causas de aumento e diminuição; iii) o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; iv) o acusado não seja reincidente em crime doloso; v) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade dos agentes, bem como os motivos e as circunstâncias sejam favoráveis. Uma vez aceita a proposta, o acusado submete-se a um período de prova, devendo cumprir, sob pena de revogação da suspensão, as seguintes condições, além de outras que podem ser especificadas pelo juiz: i) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; ii) proibição de frequentar determinados lugares; iii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; iv) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

¹⁷⁶ Aplica-se, se houver circunstâncias judiciais favoráveis, a integrantes de organizações criminosas que, na presença do defensor, renunciem ao direito ao silêncio e, voluntariamente, digam a verdade. Como condições, o colaborador deve, principalmente: i) identificar os demais membros da organização; ii) revelar a sua governança; iii) auxiliar na recuperação de proveitos da infração; iv) auxiliar na localização da vítima, se houver, com a sua integridade física preservada; v) narrar todos os fatos para os quais concorreu e que tenham relação direta com a investigação. Como contrapartida, são previstos os seguintes benefícios, alternativamente: o não oferecimento de denúncia, o perdão judicial ou, mais frequentemente, as reduções de pena (em até 2/3) ou cumprimento diferenciado de pena. O não oferecimento da denúncia não está disponível ao líder da organização criminosa e ao colaborador que não for o primeiro a prestar a efetiva colaboração.

¹⁷⁷ LAMY, Anna Carolina C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 23.

¹⁷⁸ “A definição da dimensão do prêmio se dá por meio de critérios fundamentalmente determinados pela efetividade e pela extensão da colaboração prestada, devendo o juiz decidir motivadamente acerca do percentual da redução (da pena).” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCrim, 2015, p. 123.

O que difere a colaboração premiada dos demais acordos da Justiça Negociada, inserindo-a no contexto do Direito Premial, são as colaborações preventiva e repressiva. Para Silva, além da confissão dos próprios crimes, há um dever processual de auxiliar as autoridades para que sejam evitadas outras infrações (colaboração preventiva) e para a coleta de provas em relação aos demais coautores (colaboração repressiva).¹⁷⁹

Ocorre que os argumentos que legitimam o instituto premial, pautados em sedutores discursos eficientistas, fundamentam-se, segundo Pereira, em uma concordância com uma “suave inquisição” em um contexto de “emergência investigativa”¹⁸⁰.

A expansão do Direito Penal no espaço dos delitos econômicos também representa a expansão do espaço negocial¹⁸¹, o que fundamenta discursos que pretendem desvirtuar premissas de um processo penal democrático¹⁸², promovendo a inversão probatória e limitando direitos como os da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência, verdadeiras cláusulas pétreas constitucionais.

Para Silva, exige-se uma postura ativa do colaborador, que renuncia¹⁸³ ao direito ao silêncio¹⁸⁴ para celebrar o acordo, oportunidade em que assume o dever de colaborar de forma permanente com as Autoridades.¹⁸⁵

Ocorre que o direito à não autoincriminação, gênero do qual o direito ao silêncio é espécie, decorre da uma inatividade (autodefesa passiva) do indivíduo sobre quem recai ou

¹⁷⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

¹⁸⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013, p. 66-69.

¹⁸¹ Não é por acaso que no ANPP que se fixou como critério objetivo a pena mínima inferior a 4 (quatro). A partir disso, o espaço negocial pode abranger também delitos econômicos, tais como: corrupção (pena mínima de 2 anos), lavagem de capitais (pena mínima de 3 anos), evasão de divisas (pena mínima de 2 anos), sonegação fiscal (pena mínima de 2 anos), cartel (pena mínima de 2 anos).

¹⁸² “Neste aspecto gostaria de chamar a atenção para o que se passa em nível internacional. Enquanto são inúmeras as vozes a clamar pela difusão ainda maior deste método – de delação premiada (cujo sentido será esclarecido adiante – instrumento supostamente bem-sucedido em outros Estados, penso que estamos nos aproximando de perigosa senda, que atravessa o Estado de Direito e recupera para o Direito Penal e para o Processo Penal a racionalidade autoritária pré-moderna, que se pensava haver sido expurgada com a consagração do processo em contraditório, sob a direção de um juiz imparcial.” PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo: n. 159, p. 10-12, fev. 2006, p. 10.

¹⁸³ Em tom de crítica a esse tipo de renúncia: “A irrenunciabilidade do direito fundamental, pelo particular, é o antecedente lógico da indisponibilidade e no campo jurídico invalida, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicação dos direitos fundamentais.” Id.. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 189.

¹⁸⁴ O direito ao silêncio é uma das dimensões do direito à não autoincriminação que, no domínio internacional, encontra previsão no artigo 14.3, g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, bem como no artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH - 1969). Há dois aspectos do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal: i) o direito de não se obrigado a depor contra si mesmo; e ii) o direito de não se declarar culpado.

¹⁸⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit., p. 57.

possa recair uma imputação, em especial a de natureza penal, sendo a sua matriz jurídico-constitucional o princípio da presunção da inocência.

Córdoba sustenta que o princípio da não autoincriminação constitui um dos limites à averiguação da verdade no domínio da administração da Justiça Penal e uma das maiores conquistas do processo penal reformado, tendo por referência o processo inquisitivo, em que a averiguação da verdade era tida como meta absoluta do procedimento.¹⁸⁶

Segundo Ubertis, a verdade unilateral quase mítica do processo inquisitorial passou, com o princípio da não autoincriminação, a ser criticada por não se submeter à dialética processual das partes. Tal princípio retira a importância irrefutável dada à confissão, que, no modelo acusatório, passa a ser confrontada na estrutura processual a partir de uma perspectiva de presunção da inocência.¹⁸⁷

A matriz finalística da colaboração premiada, que impõe ao colaborador o dever processual de colaborar, reforça a tradição inquisitória que delega ao investigado/acusado o *status* de objeto de prova e não sujeito de direitos.¹⁸⁸

Considerando todo o espaço da Justiça Negocial, Vasconcellos diagnosticou seis problemas do modelo consensual na esfera criminal, são eles: i) a mercantilização processual; ii) a distorção do papéis dos atores do sistema de Justiça Criminal; iii) a coercitibilidade da proposta; iv) o retrocesso processual autoritário; v) o desequilíbrio entre os atores processuais; e vi) o desaparecimento do processo e da defesa.¹⁸⁹

No que se refere à mercantilização processual¹⁹⁰, tem-se que a expansão do Direito Penal coloca o devido processo legal como um empecilho para a concretização antecipada do poder

¹⁸⁶ CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare. principio de pasividad?* In: BAIGÚN, David. et. al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, p. 279-301, 2005, p. 279-280.

¹⁸⁷ UBERTIS, Giulio. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria. In: *Verso um ‘giusto processo’ penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 66.

¹⁸⁸ Nesse mesmo sentido, Damaska entende que a parte que nunca domina o gerenciamento de seus interesses no processo, pode ser rapidamente transformada em mero objeto de julgamento, em uma fonte de informação. DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere*. Il Mulino, 1991, p. 279-280.

¹⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 144.

¹⁹⁰ Cabe a advertência que Rodríguez faz com relação à norma que introduz a colaboração premiada no Brasil. O autor sustenta que não se trata de uma lei processual, adjetiva, sobre a obtenção de prova, mas sim uma lei material, por ultrapassar o mero procedimento (decisão de processar ou não) e interferir na punibilidade. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 05. Portanto, o ideal seria sustentar uma mercantilização penal e processual penal.

punitivo. Por essa razão, há uma instrumentalização¹⁹¹ do processo penal decorrente da relativização de garantias fundamentais que ocorre com a promoção dos acordos.¹⁹²

Para Vasconcellos, a generalização do espaços de barganha também é uma das causas da expansão do Direito Penal, uma vez que se volta a responder as demandas sociais punitivistas.¹⁹³

Com relação à distorção dos papéis dos atores do sistema de Justiça Criminal, Vasconcellos aponta que esses atores, em prol de seus interesses particulares, incentivam e, muitas vezes, pressionam a realização de barganhas para a aplicação antecipada das sanções penais, à revelia do processo penal democrático.¹⁹⁴

Há, ainda, uma inerente coação estatal¹⁹⁵ para a consecução dos acordos nesse contexto, que é a ameaça da ação punitiva iminente. A recusa do acordo desvela na exacerbação¹⁹⁶ das sanções penais.

A voluntariedade do acordo, nesse cenário de generalização da barganha, é falacioso, pois se funda na ameaça penal e na exploração da desigualdade de condições entre as partes o que, inclusive, conduz a expedientes coercitivos¹⁹⁷, como a banalização da prisão cautelar. Adicionalmente, o próprio dilema do prisioneiro estimula incriminações ilegítimas¹⁹⁸, tendo em conta o receio de eventual represália decorrente da colaboração do comparsa.

¹⁹¹ REYNOLDS, Glenn Harlan. Ham sandwich nation: due process when everything is a crime. *Columbia Law Review*. v. 113, p. 102-108, 2013, p. 107.

¹⁹² “O resultado de uma tal mutação é a progressiva desjurisdicionalização (ou, se se quiser, a administrativização) e a informalização do processo penal, agora obcecadamente reduzido a instrumento de gestão eficiente de problemas, num sociedade em que a ideia do direito penal como a *ultima ratio* da política social há muito ganhou foros de mera proclamação vã, tudo enquadrado em um pano de fundo mais vasto de uma ‘cultura de controle’, onde o valor da segurança, em detrimento da igualdade, da verdade e da justiça, assume acentuada, quando não exaustiva, proeminência.” ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007, p. 110.

¹⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 154.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 163.

¹⁹⁵ Costa Andrade sustenta que pelo princípio da não autoincriminação o indivíduo não pode ser induzido ou coagido física, psicológica e fraudulentamente a contribuir para a sua condenação, inclusive para fornecer meios de prova contra a sua defesa, seja no que concerne a fatos relevantes na avaliação de sua culpabilidade, seja naqueles relacionados à medida da pena. ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121.

¹⁹⁶ STEIN, Jeffrey D.. How to make an innocent client plead guilty. *Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/why-innocent-people-plead-guilty/2018/01/12/e05d262c-b805-11e7-a908-a3470754bbb9_story.html>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁹⁷ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24.

¹⁹⁸ “A partir da teoria dos jogos [Dilema do Prisioneiro] podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento (simbólica e real, dadas as condições em que são executadas). A prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com tática de aniquilação, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura. Clausewitz deixou herdeiros no processo penal ao apontar que a pressão pela liberdade ou por finalizar o processo ajuda na estratégia, uma vez que atua no centro de gravidade: a liberdade. Além disso, a facilidade probatória (...) e a redução da condição do acusado a objeto (subjugação psicológica do acusado, defensor, familiares, etc.) podem ser úteis à acusação, como já apontava o Manual dos Inquisidores.” ROSA,

Fala-se também em sumarização de garantias fundamentais¹⁹⁹ pelo retrocesso ao processo penal autoritário, em que se privilegia a confissão²⁰⁰, tida como “rainha das provas” e, por conseguinte, promove-se o tarifamento de provas e a relativização de exclusão de provas ilícitas.

Também se cria óbice ao exercício da ampla defesa e contraditório em razão da prevalência da investigação preliminar, já que os termos de acordo e o convencimento do acusador se pautam nas inquirições pré-processuais.²⁰¹

A crítica em relação ao desequilíbrio²⁰² entre os atores processuais se funda tanto na inexistência de paridade (falacioso consenso²⁰³) entre investigado/acusado e as Autoridades, quanto na usurpação das funções decisórias do julgador, considerando que o poder punitivo se realiza a partir da decisão do acusador, que delimita os termos do acordo e as sanções.²⁰⁴

Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.157.

¹⁹⁹ “A barganha também acarreta tensionamentos a princípios fundamentais do processo penal: a) a presunção da inocência é dissipada e invertida em um cenário de generalizadas negociações e coerções para a realização de acordos com o reconhecimento da culpabilidade; b) o direito a não autoincriminação é violado, especialmente diante da coação inerente à proposta, em que há inevitável agravamento da punição em razão do exercício do direito ao julgamento; e c) o dever de motivação das decisões judiciais é completamente esvaziado, pois, embora exista a necessidade de homologação do acordo, sua realização é meramente formal e não representa efetiva fundamentação apta a romper a presunção da inocência do acusado.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 216.

²⁰⁰ “Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual da produção de verdade penal. [...] Essa dupla ambiguidade da confissão (elemento de prova e contrapartida da informação; efeito de coação e transação semivoluntária) explica os dois grandes meios que o direito criminal clássico utiliza para obtê-la: o juramento que se pede ao acusado antes do interrogatório (ameaça, por conseguinte de perjúrio, diante da justiça dos homens e diante da de Deus; e, ao mesmo tempo, ato ritual de compromisso); a tortura (violência física para arrancar a verdade que, de qualquer maneira, vale como prova, tem que ser em seguida repetida, diante dos juízes, a título de confissão ‘espontânea’).” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 40-41. Nesse mesmo sentido: O’REILLY, Gregory. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994, p. 412.

²⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. op. cit., p. 178.

²⁰² As alterações trazidas à colaboração premiada pela Lei nº 13.964/2019, procuram atender algumas das críticas feitas ao instituto. Agora o procedimento de negociação, antes regido por normas internas formuladas pelos órgãos de cúpula do Ministério Público, passa a ser disciplinado em lei, com a finalidade de dar mais segurança às partes. Além disso, os benefícios de redução e de cumprimento da pena passam a seguir os parâmetros do Código Penal. Também foi disciplinada uma vedação de adoção de medidas cautelares ou oferecimento de denúncia fundamentados exclusivamente nas declarações ou fatos trazidos pelo colaborador (antes, vedava-se apenas a condenação fundamentada exclusivamente em colaborações).

²⁰³ “Tal é, todavia, a força do discurso do consenso e o poder mágico de nossas terras terminam envolvidos, de um modo ou de outro, pela eficácia sedutora desse tipo de discurso libertário e, malgrado denunciem o emprego político do direito penal (e agora do processo penal desformalizado), admitem um estado de liberdade humana absoluto pelo qual o indivíduo, sujeito de direitos, teria o direito natural de privar-se de sua própria vida.” PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

²⁰⁴ “Ainda que devidamente limitado, o poder do representante ministerial extrapola qualquer espaço legítimo em um processo penal democrático, já que a decisão acerca da pertinência do processo, da culpabilidade do acusado e da sanção penal a ser imposta se determina fundamentalmente pela opinião do promotor.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. op. cit., p. 182.

Finalmente, quanto ao desaparecimento do processo e da defesa, Vasconcellos afirma que a justiça negocial divorcia-se da noção de processo, uma vez que não abrange uma jurisdição motivada²⁰⁵, havendo uma “renúncia ao processo como instrumento de aplicação do direito e contenção de arbitrariedades.”²⁰⁶

A barganha na esfera penal tem a finalidade de legitimar a ampliação do controle social por meio do poder punitivo a partir da flexibilização de direitos e garantias fundamentais, corrompendo a precípua função processual democrática de limitar o *jus puniendi* estatal.

Embora funcione como forma de resolução de conflitos, a barganha na esfera penal não se adéqua ao modelo de Justiça Criminal de um Estado Democrático de Direito, sobretudo pelo fato de que a dialética processual é abandonada pela busca da mítica “verdade real” típica de tradições inquisitórias.

É nesse contexto de “quase privatização” das persecuções estatais e de expansão dos espaços de consensualização nas esferas administrativa e criminal que se passou a apostar no *whistleblowing* para se complementar o enfrentamento de delitos econômicos.

²⁰⁵ Em verdade, há uma homologação correspondente a um controle judicial formal, decorrente da ausência de lastro probatório para uma decisão consciente e do interesse em reduzir os casos levados a julgamento ordinário. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, 90.

²⁰⁶ *Ibid.*, 194.

CAPÍTULO SEGUNDO – QUEM “SOPRA O APITO”: PROPOSITURA DE UMA DEFINIÇÃO DE *WHISTLEBLOWING*

2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DO INSTITUTO

O termo inglês “*whistleblower*” é literalmente traduzido como “aquele que assopra o apito”, sendo formado pela justaposição das palavras *whistle* (apito) e *blower* (“soprador”). O apito simboliza o alerta, considerando a sua utilização para chamar a atenção para alguma circunstância, como ocorre no meio esportivo e no trânsito. De acordo com o *Cambridge Academic Content Dictionary*, corresponde ao indivíduo que relata a uma autoridade algum fato ilegal ocorrido em alguma entidade.²⁰⁷

Vertendo ao português, expressão semanticamente similar seria “aquele que bota a boca no trambone”, ou seja, que expõe algo sobre alguém. Entretanto, conforme adverte Lutterbach, a expressão não possui uma tradução simples para outro idioma, razão pela qual costuma ser empregada em inglês.²⁰⁸

Em sua acepção *lata* compreende toda pessoa que reporta alguma transgressão²⁰⁹ em sentido genérico, abrangendo ilegalidades e irregularidades. A definição de *whistleblower* não encontra uma univocidade²¹⁰, o que pode impactar sua regulamentação legal e, conseqüentemente, o estabelecimento de seus direitos, incluindo a sua proteção, e a delimitação de suas eventuais obrigações.

A recapitulação histórica desse instituto também encontra variações na doutrina, sobretudo porque também diferem as concepções a respeito do que de fato é o *whistleblowing* (e de quem é o *whistleblower*). Comumente a sua origem é atribuída à tradição estadunidense.

²⁰⁷ “A person who works for a company or organization that tells an authority about something illegal happening within the company or organization.” CAMBRIDGE ACADEMIC CONTENT. *Dictionary*. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/whistle-blower?q=whistle-blowing>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁰⁸ LUTTERBACH. *Die strafrechtliche Würdigung*, p. 3 e ss. apud. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.

²⁰⁹ A terminologia “transgressão” será adotada como uma forma ampla para abranger todas as modalidades de violações a normas e regras, incluindo irregularidades, infrações administrativas, contravenções penais, crimes, regras internas das organizações, entre outras. Isso porque, a depender da jurisdição da legislação de reportantes são previstos reportes específicos sobre determinados tipo de violações (ex. no Brasil, na Lei nº 13.608/2018 são mencionados “crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público” – artigo 4º-A). Em inglês, a expressão que tem sido adotada pela literatura especializada é *wrondoing*, igualmente genérica. Essa terminologia será melhor explorada no segundo capítulo, subseção 2.3.3 e seguintes.

²¹⁰ “Whistleblowing has been defined often and in differing ways in the literature.” Tradução livre: “*Whistleblowing* tem sido frequentemente definido de diferentes formas na literatura.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. In: *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020. p. 77.

Entretanto, para alguns autores, provém da cultura romana, segundo afirma García-Moreno²¹¹, enquanto para outros, seria proveniente da tradição anglo-saxã, conforme sustentam Prado²¹² e Garrett²¹³.

García-Moreno atesta que na Roma Antiga essa figura estava institucionalizada e seu estatuto jurídico definido. Relata que existiam reportantes profissionais de irregularidades relacionadas ao pagamento de tributos, cuja atribuição era apresentar a notícia do crime (*notitia criminis*), provar a acusação sob pena de serem tidos como caluniadores e, por fim, receber a premiação (*praemia delatorum*).²¹⁴

Os defensores de que o instituto surgira na tradição anglo-saxã afirmam que, no século VII, no condado de Kent (sudeste da Inglaterra), o rei Wihtréd dispôs que “se alguém ‘livre’ trabalhar durante período proibidos [v.g. no Sabbath], perderia todo o lucro daquele dia e, como premiação, o reportante receberia metade da multa e dos lucros do trabalho.”²¹⁵

Nos séculos XIV, XV e XVI, conforme Doyle, as disposições de *qui tam*, isto é, mandados pelos quais indivíduos auxiliam na acusações de ilícitos contra o Estado e recebem parte ou a totalidade da quantia recuperada, tornaram-se muito comuns na Inglaterra, dando ascensão a uma classe de “caçadores de recompensa” (*bounty hunters*), que teriam subvertido o papel desse instituto.²¹⁶

Esse fato levou à reformulação da legislação inglesa para controlar a prática de “reportes vexatórios” de quem eles classificavam como “*turbidum hominum genus*” (homens não confiáveis).²¹⁷

No Estados Unidos, os estatutos de *qui tam* existiram desde os tempos coloniais²¹⁸, vigendo atualmente o principal deles, o *False Claims Act* (FCA), de 1863. García-Moreno afirma que durante a Guerra da Secessão havia uma tendência de privatização das funções de

²¹¹ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) et. al. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 257-284, 2019, p. 260.

²¹² PRADO, Rodolfo Macedo do. *O whistleblowing no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos*. *Boletim do IBCCrim*, ano 27, n. 324, p. 13-15, 2019, p. 13.

²¹³ GARRETT, Nathaniel. *Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act*. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, p. 765-795, mai. 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22 fev. 2020. p. 770.

²¹⁴ GARCÍA-MORENO, Beatriz. op. cit., p. 260.

²¹⁵ “The earliest cited example of a qui tam provision is the 695 declaration of King Wihtréd of Kent, which stated that ‘If a freeman works during the forbidden time [i.e., the Sabbath], he shall forfeit his healfang, and the man who informs against him shall have half the fine, and [the profits arising] from the labour.’” DOYLE, Charles. *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 2.

²¹⁶ Ibid., p. 2.

²¹⁷ Ibid., p. 2.

²¹⁸ Ibid., p. 3.

segurança e polícia que, até o século XX, fez com que a sociedade estadunidense girasse em torno do indivíduo e da comunidade, diversamente da tradição de Estado administrativo desenvolvida na Europa.²¹⁹

Por isso, os trabalhos da polícia foram assumidos pelos cidadãos (*posse comitatus, sheriffs*) e por empresas de segurança e investigadores privados, dando força ao desenvolvimento do *whistleblowing*.²²⁰

Na década de 1960, os movimentos de defesa dos direitos civis e o riscos da pós-modernidade inspiraram a valorização da ambivalente figura do *whistleblower*.²²¹ Nos anos de 1970, com a repercussão do caso *Watergate*²²², coroou-se ainda mais essa valorização, passando a ser aprovados textos legais para estimular o reporte de condutas ilícitas.

Em 1978, com o *Civil Service Act* (CSA), houve um avanço legislativo em matéria de *whistleblowing*, disciplinando-se a respeito da proteção de colaboradores que expusessem transgressões no âmbito da Administração Pública.

Em 1986, o *False Claims Act* foi alterado pelo *Dodd-Frank Act*, que aumentou a premiação dos *whistleblowers*, que já consideravam por sua base de cálculo as sanções aplicadas aos infratores.

Segundo Brandão, a expansão do *whistleblowing* ocorreu com a *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) de 2002²²³, que se ocupou de restaurar a confiança da sociedade nos mercados, aprimorar a integridade corporativa e estender a proteção a *whistleblower* do setor privado.²²⁴

²¹⁹ GARCÍA-MORENO, Beatriz García. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) et al. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 257-284, 2019, p. 261.

²²⁰ *Ibid.*, p. 260.

²²¹ GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, p. 269-289, agosto de 2017, p. 275.

²²² “O episódio é apontado como grande escândalo de corrupção da política norte-americana à época de Richard Nixon, no assalto ao Comitê Nacional Democrata (partido opositor), situado no edifício *Watergate*. Os fatos foram ligados ao então presidente, através do informante ‘*Deep Throat*’, cuja identidade foi conhecida em 2005, como William Mark Felt. Os fatos levaram à renúncia do presidente Nixon.” *Ibid.*, p. 275.

²²³ BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/89363/1/NB%20Whistleblowing%20RMP%20161%202020.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 101.

²²⁴ “Congress enacted the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (‘Sarbanes-Oxley’) to restore public trust in the markets. Among its ways of achieving this, Sarbanes-Oxley attempts to improve organizational ethics by defining a code of ethics as including the promotion of ‘honest and ethical conduct’, requiring disclosure on the codes that apply to senior financial officers, and including provisions to encourage whistleblowing.” Tradução livre: “O Congresso promulgou a Lei Sarbanes-Oxley de 2002 (‘Sarbanes-Oxley’) para restaurar a confiança pública nos mercados. Entre suas maneiras de conseguir isso, a Sarbanes-Oxley tenta melhorar a ética organizacional definindo um código de ética que inclui a promoção de ‘conduta ética e honesta’, exigindo a divulgação dos códigos que se aplicam aos executivos financeiros seniores e incluindo disposições para encorajar denúncia.” HESS, David. A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing Guidelines. *Michigan Law Review*, v. 105, p. 1781-1816, 2017. Disponível em:

Em 2010, após a crise do *subprime* em 2008, com o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, o *whistleblowing* passou a ganhar ainda mais notoriedade, tendo como foco o mercado financeiro.²²⁵

Ainda que não haja unanimidade quanto ao local de surgimento do instituto, como adverte Prado, a Inglaterra e as suas antigas colônias têm hoje os mais sofisticados instrumentos legislativos de regulamentação do *whistleblowing*, tais como: *The Public Interest Disclosure Act* (Inglaterra); *Whistleblowing Protection Act* (EUA); *Public Service Code of Conduct* (Austrália) e o *Public Servants Disclosure Protection Act* (Canadá).²²⁶

No Brasil, Prado afirma que, com as Ordenações Manuelinas (1446-1521) e Filipinas (1521-1603), o *whistleblowing* foi, de certo modo, disciplinado. À época, qualquer pessoa que reportasse eventuais “dádivas” ou presentes recebidos pelos oficiais do rei (espécie de juízes), para que proferissem determinadas decisões, receberia metade da multa destinada ao acusado, equivalente a 20 (vinte) vezes o valor da “dádiva”.²²⁷

Com a independência, essa disposição desapareceu. Entretanto, com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (artigo 3º, § 1º), de 1996²²⁸, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (artigos 8º, §4º, 13 e 33), de 2003²²⁹, que tratam das medidas para facilitar a denúncia de atos de corrupção a autoridades competentes, das quais o Brasil é signatário, esse instituto foi reinserido.

Mota afirma, entretanto, que a legislação brasileira já há muito dispunha sobre possibilidades de reporte de condutas ilícitas, precisamente desde o Código de Processo Penal, passando por legislações como a antiga Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65), a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92),

<<file:///C:/Users/Rhasmye/Downloads/Hess2007MichiganLawReview.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 1782-1783.

²²⁵ “In stark contrast to the trenches of the Civil War, the backdrop of the birth of the SEC whistleblower program was the infamous financial crash of 2008, whose aftermath revealed widespread high-risk and fraudulent activity by some of the largest financial institutions in the United States.” Tradução livre: “Em forte contraste com as trincheiras da Guerra Civil, o pano de fundo do nascimento do programa de *whistleblower* da SEC foi o colapso financeiro de 2008, cujas consequências revelaram uma atividade fraudulenta e de alto risco por parte das maiores instituições financeiras dos Estados Unidos.” BALLAN, Evan J. Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 483.

²²⁶ PRADO, Rodolfo Macedo do. *et. al. Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 119.

²²⁷ *Ibid.*, p. 119.

²²⁸ No Brasil foi promulgada por meio do Decretoº 4.410, de 07 de outubro de 2002.

²²⁹ No Brasil foi promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

a Lei de Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92), além dos remédios constitucionais da Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo.²³⁰

Verifica-se que as raízes brasileira do que hoje se considera *whistleblowing* remontam às Ordenações Manuelinas e estão impressas em diversos diplomas legais anteriores e posteriores às Convenções Interamericana e das Nações Unidas contra a Corrupção.

A questão é que nenhuma delas realmente distinguiu o *whistleblower* de outras categorias de reportantes e, por essa razão, não podem ser consideradas efetivamente como legislações específicas nessa matéria.

2.2 MOTIVAÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA DEFINIÇÃO DO WHISTLEBLOWING NO BRASIL

Em 2018, a figura do *whistleblower* (sujeito que pratica o *whistleblowing*) foi novamente debatida no Brasil, por ocasião da promulgação da Lei nº 13.608/2018. Ocorre que a referida legislação compreende uma categoria mais abrangente, a de “informantes”²³¹, aqui entendidos como um gênero, do qual o *whistleblower* é espécie.

No artigo 4º, do mencionado diploma, disciplinou-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa, inclusive pagamento de valores em espécie, pelo “oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”.

²³⁰ “Cita-se a possibilidade prevista no Código de Processo Penal, no art. 27, em que ‘qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública’, ou previsão similar na Lei de Ação Civil Pública (art. 6º, Lei nº 7.347/85), ou pela Lei de Improbidade Administrativa (art. 14, Lei nº 8.429/92). A Lei nº 8.443/92 permite qualquer cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União – TCU (art. 53). Há ainda o ‘direito de representação’ previsto pela Lei de Abuso de Autoridade (arts. 3º e 4º, Lei nº 4.898/65). Outrossim, existem os chamados ‘remédios constitucionais’ que também apresentam formas de contestar ilegalidades ou perigos ao interesse público, como a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo, dentre outros” MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*Whistleblower*): um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, v. 9, n. 30, 2012. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5492703> >. Acesso em: 15 abr. 2020, p. 7.

²³¹ O termo até então vinha sendo traduzido como “reportante”, expressão adotada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), grupo formado em 2003, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que conta com mais de 70 (setenta) órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e membros da sociedade civil. Essa pesquisa se filia à expressão “reportante”, tendo em vista que a expressão “informantes” costumeiramente é utilizada, no Brasil, como sinônima de informantes policiais, como se exporá mais adiante. No Projeto de Lei do “Pacote Anticrime” era utilizado o termo “informante do bem”, para se referir a reportantes que não participaram da conduta delitativa. Pelo apelo moral do termo, essa expressão, que não foi empregada no texto final aprovado que redundou na Lei nº 19.964/2019, não será empregada na presente dissertação.

Com as alterações inseridas pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), acrescentou-se, dentre outras disposições, que os entes públicos referidos no artigo anterior, 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.” Além disso, previu a possibilidade de o informante receber uma recompensa em até 5% (cinco) por cento do valor recuperado.

A definição legal do “informante” no Brasil se escora em quatro elementos, quais sejam: i) autor/sujeito (“qualquer pessoa”); ii) ação (“relatar informações”); iii) conteúdo (“sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”); iv) finalidade da ação (“informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”).

Alguns problemas parecem emergir da definição legal do *whistleblowing*, dado o caráter demasiadamente amplo, possibilitando que seja confundido com outros institutos²³² como os acordos de leniência, os compromissos de cessação de prática e as colaborações premiadas.

Nesse caso, caso se tomasse por premissa que o *whistleblowing* seria sinônimo desses institutos, estar-se-ia diante de uma ampla premiação ao investigado/acusado no espaço negocial: além dos benefícios em torno da sanção (mitigação/substituição/perdão), do regime de pena (progressão) e do andamento processual (suspensão e posterior arquivamento, no caso do TCC), haveria também uma recompensa financeira.

No artigo 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção descreve-se a figura do infrator colaborador (*cooperating offender*), tida como todo o partícipe do ilícito que fornece informações úteis para as autoridades.

Nesse diploma, não se prevê a premiação financeira do infrator. Apenas se determina que os estados parte mitiguem a punição ou garantam imunidade dessa em relação àqueles que colaborarem substancialmente com a investigação ou processamento do ilícito.²³³

²³² Em sentido oposto, Rodríguez utiliza o termo *whistleblower* para denominar o delator, e *whistleblowing* para o ato de delatar, no âmbito da colaboração premiada: “*Whistleblowing* se pode traduzir, aqui, como o ato de denunciar o delito em troca do prêmio, na redução da pena, embora originariamente tenha sentido mais amplo, desvinculado da participação no delito, ou mesmo da recompensa. O *whistleblower* é, portanto, o delator. A expressão aparece, assim no inglês, em títulos de textos referências tanto na língua castelhana [...], como também alemã [...]” RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 3-4.

²³³ “1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda

Tais são as clássicas hipóteses em que o infrator que participava da conduta delitiva interrompe a sua participação para colaborar com as investigações, tal como ocorre com signatários de leniências e acordos de colaboração premiada.

Ocorre que essa amplitude também se repete no texto do Projeto de Lei nº 3165/2015, que visa instituir o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse.²³⁴

O artigo 14, § 1º, prevê indiscriminadamente que “a pessoa que, por meio da revelação de informação de interesse público, tenha colaborado efetiva, espontânea e voluntariamente com a investigação e o processo relativo ao crime ou ato de improbidade administrativa objeto da revelação” terá arbitrado pelo juiz competente uma “compensação no importe de até 10% (dez por cento) sobre o valor total”.

No §2º, a proposta traz a figura do *cooperating offender*, dispondo ser possível a vedação ou redução do valor da compensação na hipótese de o juiz competente concluir que “o agente público autor de revelação seja coautor ou partícipe do crime ou ato de improbidade administrativa a ela relativo”.

No artigo 3º, 8, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, não há expressamente a figura do *cooperating offender*, definindo-se os *whistleblowers* como “servidores públicos e outros cidadãos que denunciarem de boa-fé atos de corrupção [...]”²³⁵.

A partir dessa definição, não se descarta a interpretação de que a exigência de boa-fé possa gerar questionamentos a respeito da compatibilidade do *whistleblowing* com reportes de pessoas que praticaram ou participaram da conduta delitiva.

Nessa mesma linha, na Recomendação para Combate à Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Internacionais, editada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), o *whistleblower* é definido como sendo todo trabalhador do setor público ou privado que reporta, à autoridade competente, de boa-fé e com

peessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.” UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção*. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020, p 31.

²³⁴BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3565/2015*. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1393836&filename=PL+3165/2015>. Acesso em: 07 mar. 2020.

²³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. 1996. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 3.

fundamentos razoáveis, atos de corrupção de agentes públicos estrangeiros nos negócios internacionais.²³⁶

Aqui, o acréscimo do requisito de “fundamentos razoáveis” também torna questionável a inclusão de infratores colaboradores, uma vez que esses não necessitam de “fundamentos razoáveis” para reportar uma transgressão da qual eles têm certeza da ocorrência, justamente porque praticaram ou participaram. Ao que parece, a expressão “fundamentos razoáveis” compatibiliza-se com o terceiro que tenha razões plausíveis para acreditar que uma transgressão foi praticada.

Considerando o exposto, caso se entenda que praticantes e/ou partícipes de condutas delitivas podem se enquadrar na definição de *whistleblower*, estará formalmente instituída a paradoxal situação de “comprar”, financeiramente e não apenas com benefícios relacionados à pena, sua colaboração para fins de punição de outros coautores/partícipes, em uma espécie de mercado paralelo de provas e informações.

Acredita-se, como já advertido em outro trabalho, que essa “mercantilização do processo investigativo”, em um contexto já existente de “quase privatização” das perseguições estatais, como denunciado no primeiro capítulo deste trabalho, conduzirá a um cenário de: i) reportes de informações maliciosas e/ou temerárias (*malicious reporting*); ii) armadilhas (*entrapment*) entre agentes econômicos (*players*) para a sua eliminação do mercado; iii) coleta de provas por meios duvidosos; e iv) desestímulo para que haja reporte de condutas por pessoas alheias à conduta delitiva, posto que as informações reportadas por terceiros dificilmente serão mais efetivas que a dos participantes da conduta delitiva, mais próximos aos fatos, o que concede a esses preferência para fins de premiação.²³⁷

Nesse cenário, o Estado pode chegar a renunciar o *jus puniendi* e, em acréscimo, ainda devolver ao infrator até 5% (cinco por cento) do dano que ele mesmo causou, fazendo *marketing* de uma política negativa de que o “crime recompensa”²³⁸.

²³⁶ “[...] public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 2009. Disponível em: < www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf >. Acesso em: 07 mar. 2020, p. 5.

²³⁷ 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*, ano 26, n. 309, p. 7-8, 2018, p. 8.

²³⁸ Na prática, já ocorreram casos similares. No pacote de benefícios da colaboração premiada do ex-doleiro Alberto Youssef, no contexto da Operação Lava-Jato, foi consignada uma espécie de taxa de sucesso (*success fee*), em que deverá auferir 2% (dois por cento) de todo o valor que ajudar a recuperar. Essa cláusula de performance prevê que Youssef receba R\$ 1 (um) milhão de reais para cada R\$ 50 (cinquenta) milhões recuperados. ESTADÃO. *Acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef*. Disponível em:

Outro aspecto que motiva a delimitação da definição do *whistleblowing* é o fato de que o legislador brasileiro, no âmbito da Lei nº 13.608/2018, definiu como “informante”, indiscriminadamente, “qualquer pessoa”.

Acredita-se que isso pode abrir margem para que pessoas que possuem obrigação legal de reportar, investigar e/ou processar infrações administrativas e criminais, assim como aquelas que têm o dever de manter sigilo profissional, possam ser enquadradas na definição do instituto.

Como exemplo, tem-se *compliance officers*, policiais, corregedores, ouvidores, sem mencionar os advogados no exercício da profissão que, por dever ético de sigilo, não podem reportar condutas ilícitas de seus clientes.

Aliás, o sigilo profissional é cláusula pétrea inserta nos incisos XIII e XV do artigo 5º da Constituição Federal²³⁹ e sua violação pode redundar em responsabilização criminal²⁴⁰ e administrativa²⁴¹.

Essa é a lógica do Ordenamento Jurídico brasileiro, em sua acepção material (Constituição Federal e Código Penal) e formal/processual (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal²⁴²).

Especificamente no caso de advogado, esse tem o *direito* de se recusar a depor sobre fato que constitua sigilo profissional (artigo 7º, inciso XIX, Lei nº 8.906/94) e também o *dever* de guardar o sigilo profissional, mesmo em depoimento judicial, podendo recusar testemunhar em processos em que atuou ou deva atuar ou sobre fato relacionado a cliente, “mesmo que

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²³⁹ “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

²⁴⁰ Código Penal: “Artigo 325 “Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

²⁴¹ No caso de violação do sigilo por advogado: Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos advogados do Brasil) - Artigo 34. “Constitui infração disciplinar: VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional.”

²⁴² Código de Processo Penal: “Art. 207 - são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pelas parte interessada, quiser dar seu testemunho”.

Código de Processo Civil – “Art. 388 - A parte não é obrigada a depor sobre fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.”

“Art. 488 - A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.”

autorizado ou solicitado pelo constituinte” (artigo 38 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil).²⁴³

O parágrafo único do artigo 4º-A, introduzido na Lei nº 13.608/2018 pela Lei nº 13.964/2019, dispõe que o “informante” gozará de “isenção de responsabilização civil ou penal²⁴⁴ em relação ao relato, exceto se tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.” Nessas hipóteses, poderá responder pelos crimes de denunciação caluniosa (artigo 339²⁴⁵ do Código Penal), comunicação falsa de crime (artigo 340²⁴⁶ do Código Penal), dentre outros.

Em que pese a isenção, ao “informante”, em relação à responsabilização civil e penal decorrente do “relato”, o fato de não haver uma também no âmbito administrativo²⁴⁷, especificamente na esfera disciplinar, pode revelar, alternativamente, que: i) o legislador não tentou inserir no rol de “informantes” pessoas em cujas funções, ministérios, ofícios e profissões se deva guardar sigilo; ou ii) houve uma omissão na proteção do “informante” com relação às sanções administrativas disciplinares que possa sofrer em virtude da ruptura do sigilo.

²⁴³ Há exceções ao dever de sigilo. No artigo 37 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil há uma flexibilização em caso de “circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra, ou que envolvam defesa própria.”

²⁴⁴ Essa disposição veio justamente para resguardar o *whistleblower* em caso de ser processado pelos crimes de divulgação (artigo 153 do Código Penal) e violação do segredo profissional (artigo 154 do Código Penal), *in verbis*: Artigo 153 – “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.”

Artigo 154 – “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

²⁴⁵Artigo 339. “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

²⁴⁶ Artigo 340 – “Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

²⁴⁷ Outras questões que não demonstram clareza quanto à isenção de responsabilidade são as situações em que existem vedações expressas em relação a compartilhamento de dados, como no caso daqueles protegidos por sigilo fiscal, tal como disposto no Decreto nº 10.046/2019, que dispõe sobre o compartilhamento de dados na Administração Pública Federal.

Nesse último caso, uma vez que as sanções disciplinares estão no âmbito do exercício regular do direito, essa omissão da lei pode obstar a aplicação das medidas de proteção dispostas no artigo 4º-C, da Lei nº 13.608/18²⁴⁸.

Também é digno de nota que os artigos 5º e 301 do Código de Processo Penal, já previam a possibilidade de “qualquer pessoa do povo”, respectivamente, poder comunicar infração penal à autoridade competente e prender quem quer que seja em flagrante delito.

Esse dispositivo, portanto, poderia equivocadamente levar a crer que o *whistleblowing*, caso interpretado a partir de uma concepção genérica, já estaria vigente no Ordenamento Jurídico Brasileiro pelo menos desde 1941.²⁴⁹

Todas essas considerações, que não se esgotam nos exemplos expostos, têm o condão de demonstrar que a falta de rigor técnico na definição do *whistleblowing* e, conseqüentemente, do *whistleblower*, pode conduzir a sua banalização e prejudicar a delimitação de seu *status* jurídico como sujeito de direitos, o que impacta, como dito, diretamente o regulamento de sua proteção.

2.3 DEFINIÇÕES E ABRANGÊNCIA TERMINOLÓGICA: DELIMITANDO UM NÚCLEO ESSENCIAL

Para a identificação do *status* jurídico do *whistleblower* é relevante a elaboração da definição do instituto do *whistleblowing*, com a fixação de suas características essenciais, de modo que não se confunda com outros semelhantes. Assim, a partir da localização do *whistleblower* no espaço normativo, será possível a formulação de um estatuto de direitos e deveres próprios.

Para Brandão, o *whistleblowing* é “a actividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem

²⁴⁸ Artigo 4º-C. “Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, *imposição de sanções*, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.”

²⁴⁹ Em posição contrária, Costa sustenta que a “recompensa é ínsita ao *whistleblowing*”, de modo que diferiria do §3º, do artigo 5º do Código de Processo Penal e do próprio disque-denúncia, posto que “despidos de incentivos.” COSTA, Leonardo Dantas. *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denúncias internas na Administração Pública brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 26, nº 150, p. 189-233, dezembro de 2018, p. 194. Alguns detalhes sobre o sistema de recompensas serão exposto no quarto capítulo.

ou teve algum vínculo.”²⁵⁰ Essa definição, porém, não parece diferenciar, por inteiro, a figura em relação a outros tipos de reportantes, incluindo informantes policiais, testemunhas e agentes que praticaram o delito.

Não há uma univocidade quanto à definição do *whistleblowing*. Latimer e Brown expõem que não se trata de um termo técnico e que ele não possui uma definição comum. Acrescentam que existe uma costumeira confusão do *whistleblower* com outras figuras, o que o faz ser descrito como uma testemunha interna, uma pessoa que faz um relato de interesse público ou uma revelação protegida ou mesmo que concede uma informação de interesse público.²⁵¹

Por essa razão, existe uma preocupação na literatura especializada em identificar quais são os elementos mínimos necessários para compor uma definição completa do fenômeno do *whistleblowing*.

Jubb formulou seis elementos nucleares que devem estar contidos na definição do *whistleblowing*: i) revelação (*disclosure*); ii) sujeito (*actor*); iii) conteúdo da revelação (*disclosure subject*); iv) alvo da revelação (*target*); v) destinatário da revelação (*disclosure recipient*); e vi) resultado (*outcome*).²⁵²

Ao final, após fazer um quadro comparativo de definições elaboradas por outros autores e discuti-las uma a uma, Jubb desenvolveu a seguinte definição de *whistleblowing*:

[...] todo ato deliberado e não obrigatório de revelação, a uma entidade externa com potencial para corrigir a transgressão, que fica no registro público e é feito por uma pessoa que tenha ou tenha tido acesso privilegiado a dados ou informações de uma organização, acerca da ilegalidade não trivial ou outra irregularidade, seja atual, suspeita ou previsível, que a implica e está sob o controle dessa organização.²⁵³

²⁵⁰ BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/89363/1/NB%20-%20Whistleblowing%20RMP%20161%202020.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 99.

²⁵¹ “‘Whistleblower’ or ‘whistleblowing’ is not a technical term and it does not have a common legal definition. A whistleblower is sometimes described as an ‘internal witness’, or as a person making ‘public interest disclosure’, or ‘protected disclosure’ or giving ‘public interest information’.” LATIMER, Paul; BROWN, A J. Whistleblower Laws: International Best Practises. *University of New South Wales Law Journal*, Austrália, v. 31, p. 766-794, 2008, Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/143859790>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 769.

²⁵² “A restrictive, general purpose definition is provided which contains six necessary elements: act of disclosure, actor, disclosure subject, target, disclosure recipient, and outcome.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 77.

²⁵³ “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 organization, about nontrivial illegality or other wrongdoing whether actual, suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organization, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing.” *Ibid.*, p. 78.

Partindo dessa premissa e, com o objetivo de revisitar e atualizar essa definição²⁵⁴, a seguir serão discutidos cada um desses elementos, com a finalidade de, ao final, estabelecer-se as características mínimas e propor uma nova definição de *whistleblowing*.

2.3.1 Ação

Em síntese, entende-se que a ação praticada pelo *whistleblower* deverá ser: i) uma revelação; ii) obtida por meio lícito, sob pena de nulidade; iii) consciente e intencional; iv) que não viole o sigilo profissional, observadas as ressalvas legais; v) tida pelo reportante como original; e vi) que abranja as pessoas que possuam o dever funcional de reportar.

2.3.1.1 Revelação

Jubb afirma que um dos elementos essenciais para a definição do *whistleblowing* é a existência de uma revelação, que se destina a reportar alguma transgressão que geralmente foi ignorada ou encoberta.²⁵⁵

No Brasil, são utilizadas as expressões “relato”, na Lei nº 13.608/2018, e “reporte”, empregada por parte da doutrina como consequência da adoção da expressão “reportante”. Reporte é a versão aportuguesada do inglês “report”, que significa exatamente relato.

Entende-se que quaisquer dessas expressões podem ser empregadas, pois expressam a ação de expor algo a alguém.

Para Prado, quanto à natureza jurídica da revelação, essa pode ser analisada sob dois prismas. Se materializada unicamente no relato, corresponderá a um meio de produção de provas, vez que auxiliará no desenvolvimento das apurações e na obtenção de documentos de declarações dotadas de força probatória. Por sua vez, caso materializada em documentos, será tida como meio de prova propriamente dito, pois influenciará no processo de formação da convicção das autoridades.²⁵⁶

²⁵⁴ O trabalho de Jubb, em que pese datar de 1999, caracteriza-se como um dos principais cujo objetivo é fazer o comparativo das definições construídas, até então, pela literatura especializada internacional. Em virtude disso, partiu-se da definição por ele estabelecida e, no decorrer dos tópicos, outras – inclusive mais recentes – serão apresentadas para reforçar ou contradizer sua considerações.

²⁵⁵ JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev 2020, p. 79.

²⁵⁶ PRADO, Rodolfo Macedo do. *et. al. Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 121.

Faz sentido essa distinção, sobretudo porque tomar o simples relato do *whistleblower* como meio de prova propriamente dito, dar-lhe ia um peso maior, como se tivesse sido emanado de pessoa que teve contato mais próximo com a transgressão, como testemunhas e agentes que praticaram a conduta.

Além disso, como as revelações geralmente se dão de forma anônima, não conceder a elas a caracterização de meio de prova, mas sim de produção de prova, confere a elas uma posição apta a justificar o início de apurações, mas não de medidas mais invasivas, como cautelares, em préstimo à presunção de inocência.

2.3.1.2 Motivação, boa-fé e crenças/motivos razoáveis

Atualmente, é pacífico que a revelação independe da motivação interna do *whistleblower*, já que essa decorre de uma feição moralista que pode abranger tantos comportamentos altruístas, em favor da entidade ou sociedade, como também egoístas, envolvendo recompensa ou algum outro benefício.²⁵⁷

Considerando que tais situações não possuem relevância jurídica, não seria a motivação uma característica essencial a ser incorporada na definição. Esse é também o posicionamento da *Internacional Bar Association*, para a qual uma investigação sobre os motivos do *whistleblower* em apresentar o reporte é quase sempre irrelevante e retrai o reporte de transgressões.²⁵⁸

Ainda que a motivação não seja considerada relevante para fins de composição da definição de *whistleblowing*, há uma controvérsia com relação à boa-fé. García-Moreno afirma que o reporte, se considerado uma obrigação ou um direito, deverá ser sempre de boa-fé, proibindo-se a revelação de fatos sabidamente falsos.²⁵⁹

²⁵⁷ CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing*: principais características e vantagens. O que o Brasil está efetivamente perdendo? In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Corrupção como fenômeno supralegal*. Curitiba: Juruá, p. 73-97, 2017, p. 80.

²⁵⁸ “An inquiry into the whistleblower’s motives in lodging the complaint is almost always irrelevant and detracts from the misconduct reported.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: < <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 22-23.

²⁵⁹ “Em cualquier caso, sea considerada una obligación o un derecho, la denuncia deberá hacerse siempre de buena fe o, dicho de outro modo, estará prohibida la denuncia de hechos falsos a sabiendas de que lo son.” GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p. 52.

No Brasil, o artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019, não assegura proteção ao “informantes” que tiverem apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

Entende-se que a boa-fé é coerente para compor a definição de *whistleblowing* na medida em que afasta a exigência de um grau de certeza do reportante sobre a revelação e, ao mesmo tempo, o reporte de meros rumores e denúncias falsas.

Caso fosse exigida uma informação certa do *whistleblower*, segundo García-Moreno, os reportes seriam escassos e não alcançariam as hierarquias da entidade, que possuem maior poder de ocultar informação. A boa-fé, para a autora, implicaria uma crença razoável sobre a veracidade da informação.²⁶⁰

Na concepção de García-Moreno, as denúncias de má-fé deverão ser objeto de sanção disciplinar da entidade, devendo constarem no regulamento interno de *whistleblowing*, que advirta a respeito das sanções internas e externas (responsabilidade civil e criminal).²⁶¹

Nas diversas definições de *whistleblowing*, entretanto, há vezes em que a expressão “boa-fé” é utilizada como sinônima de “crenças razoáveis” (*reasonably believes*) ou “motivos razoáveis” (*reasonable grounds*) e, em outras, são interpretadas com diferentes significados.

Em 2009, a OCDE definiu *whistleblowers* como trabalhadores do setor público ou privado que reportam de “boa fé” e com “motivos razoáveis”. Também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) e a Convenção do Conselho Europeu sobre Corrupção, em suas definições, utilizaram esses dois elementos para qualificar o reporte.²⁶²

Posteriormente, a OCDE expôs que os Tribunais da África do Sul têm se posicionado no sentido de que “boa-fé” é uma constatação de fato e, assim, consideram cumulativamente

²⁶⁰ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) *et. al. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 257-268, 2019, p. 277.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 277.

²⁶² “In the context of international anti-corruption standards, the 2009 OECD Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (Anti-Bribery Recommendation) refers to protection from ‘discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities...’ The UNCAC refers to ‘any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.’ The Council of Europe Civil Law Convention on Corruption refers to ‘employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.’” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 8.

todas as evidências existentes para verificar se há “boa-fé” ou algum motivo oculto e, se houver ambos, qual o dominante.²⁶³

Critica-se esse entendimento, já que ele impõe ao *whistleblower* o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos reportados, em uma interpretação desvirtuada da boa-fé, ao menos na concepção brasileira desse instituto, e isso desestimula o reporte.

A Transparência Internacional, revisitando as definições da OCDE e das Convenções, tem se insurgido tanto contra a inserção da motivação, quanto à da boa-fé na definição de *whistleblowing*. Para a organização, a exigência de boa-fé poderia desestimular o reporte, porque teria relação com a exigência de um grau de certeza da transgressão. Por isso, sustenta que seria preferível a expressão crença razoável (*reasonable belief*).²⁶⁴

A *International Bar Association* também pontua que a expressão “boa-fé” deve ser evitada nas definições de *whistleblowing*. Expõe que ela impõe um ônus demasiadamente genérico e não específico, que acaba explorando mais a motivação do reporte do que o seu conteúdo, o que pode desencadear uma imprecisão sobre a disponibilidade de proteção e desencorajar reportes.²⁶⁵

Entende-se que, muito embora sejam essas preocupações legítimas, a leitura da boa-fé no Brasil é distinta. Marrara sustenta que a boa-fé constitui um conceito geral do direito, que encontra esteio na segurança jurídica e na consagração de direitos fundamentais.²⁶⁶

Para o autor, tomando por premissa a interpretação do instituto pelo direito civil, a boa-fé pode ser entendida de duas maneiras: i) boa-fé subjetiva, consistente na crença de alguém

²⁶³ “South African courts, for example, have asserted that ‘good faith’ is a finding of fact; the court has to consider all the evidence cumulatively to decide whether there is good faith or an ulterior motive, or, if there are mixed motives, what the dominant motive is.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 9.

²⁶⁴ “[...] a good faith requirement can have the negative effect of shifting the focus from assessing the merits of the information provided to investigating the whistleblower’s motives, exposing him or her to personal attacks. This can pose a serious deterrent to potential whistleblowers. This is why Transparency International principles make no reference to good faith and only require “a reasonable belief that the information is true at the time it is disclosed.” This can pose a serious deterrent to potential whistleblowers. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 19.

²⁶⁵ “Requiring good intentions or ‘good faith’ before protection is granted places an unnecessary burden on a reporting person and provides discretion to authorities or the courts that is too general and unspecific. This approach can lead to the whistleblower’s motives in reporting being explored rather than misconduct reported. This can result in a lack of certainty on when protection is available, and can discourage people from reporting misconduct. [...] The Working Group agrees with this, and recommends the avoidance of ‘good faith’ requirements.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 22-23.

²⁶⁶ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 229 e 231.

em relação a determinado comportamento de outrem; e ii) boa-fé objetiva, que designa um standard jurídico composto por condutas que, em dado período histórico-jurídico, “são consideradas adequadas sob o ponto de vista da moralidade e da honestidade para as relações intersubjetivas.”²⁶⁷

Giacomuzzi, na mesma linha, destaca que a boa-fé guarda relação com a proteção da confiança e com a moralidade administrativa veiculada pelo artigo 37 da Constituição Federal.²⁶⁸ Modesto entende, por sua vez, que as condutas estatais devem “resguardar posições jurídicas de sujeitos de boa-fé.”²⁶⁹

No Brasil, a boa-fé já foi considerada em algumas legislações que dispõem sobre a proteção de reportantes.

Na Lei nº 8.429/1992²⁷⁰ (Lei de Improbidade Administrativa), embora não se referindo, expressamente, à boa-fé, dispõe-se, no artigo 19, sobre o crime de representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, “quando o autor da denúncia o sabe inocente”.

A Lei nº 8.443/1992²⁷¹ (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), no artigo 55, §2º, dispõe que o denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, “salvo em caso de comprovada a má-fé.”

No artigo 3º, §3º, da normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014²⁷², da Controladoria-Geral da União (CGU), foi prevista a restrição de acesso à identidade do requerente, salvo em caso de denúncia caluniosa ou “flagrante má-fé”.

²⁶⁷ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 229.

²⁶⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: a história de um conceito. *Revista do Ministério Público*, nº 49, p. 61-76, 2003. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274904378.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020, p. 73.

²⁶⁹ MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, p. 115-173, 2010, p. 129.

²⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

²⁷¹ Id. *Lei nº 8.443/1992 de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 30.mar. 2020.

²⁷² CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014*. Estabelece normas de recebimento e tratamento de denúncias anônimas e estabelece diretrizes para a reserva de identidade do denunciante. Disponível em: <<https://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/legislacao/in/instrucao-normativa-conjunta-n-01-2014-ogu0001.pdf/view>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

Na Portaria nº 292/2019²⁷³, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a boa-fé foi expressamente mencionada com referência ao sigilo de identidade do “denunciante de boa-fé” pelo prazo de 100 anos.

Depreende-se, assim, que boa-fé não é sinônimo de exigência de grau de certeza da transgressão. Esse requisito seria evidente caso se incluísse na definição de *whistleblowing* a expressão “reporte verdadeiro”, o que não tem sido feito pela literatura especializada ou pelas legislações que tratam da matéria.²⁷⁴

Além disso, boa-fé não se confunde com a motivação que levou o reportante a relatar a transgressão. Essa é a causa que ensejou o reporte, enquanto aquela a forma pela qual se expressou. Quer dizer, motivações se fundamentam em posições morais (altruístas, egoístas ou ambas), enquanto boa-fé (subjetiva) denota a intenção da pessoa em não faltar com a verdade, isto é, antagoniza com a ação empreendida com a intenção de apresentar informações e provas sabidamente falsas.

Nessa mesma linha, Souza sustenta que a consciência sobre a falsidades das informações ou provas prestadas independe da motivação interna do reportante.²⁷⁵ Assim, não se confundem boa-fé e motivação.

É por essa razão que, como mencionado, o parágrafo único do artigo 4º-A da Lei nº 13.608/2018 não isenta de responsabilidade aquele que apresentou, de modo consciente, informações ou provas falsas.

Essa é uma forma de se coibir o reporte malicioso (*malicious whistleblowing*), afastando a utilização de informações e provas como uma forma de, por exemplo, promover o domínio estratégico de mercado, que causa dano reputacional à entidade alvo e promove a eliminação de *players* (*entrapment*).

Para que, igualmente, não haja uma interpretação prejudicial ao *whistleblower* quanto ao conceito de “crença razoável”, nos Estados Unidos, no caso *Lachance v. White*, determinaram-se as bases para a sua aferição, a partir de uma espécie de comparativo com a figura do que para o Ordenamento Jurídico brasileiro seria “cidadão médio”.

²⁷³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Portaria nº 292 de 24 de abril de 2019*. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOr4HTCGwttAStcOeC_FHTc-Mn1Bq2CYz4-u4d9ssHEBfOr_PCAPogoDf-AgN6tQsPNUL6-N9yuZ8cDvmAW3wMc>. Acesso em 30. mar. 2020.

²⁷⁴ No decorrer do trabalho são lançadas diversas definições de *whistleblowing*, nas quais se poderá verificar a inexistência da exigência de certeza da transgressão.

²⁷⁵ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto -de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 463.

Especificamente, parte-se do entendimento de que, para se aferir a “crença razoável”, deve-se responder se um “observador desinteressado”, com o conhecimento dos fatos essenciais, teria chegado a mesma conclusão que o reportante no sentido de que houve uma transgressão.²⁷⁶

Vaughn esclarece que o *standart* da crença razoável é objetivo e leva em consideração o que uma “pessoa razoável” (similar ao “cidadão médio”) na posição do *whistleblower* acreditaria sobre a veracidade da informação.²⁷⁷

Nota-se que, mesmo em relação ao emprego do critério da “crença razoável”, a existência de um “observador desinteressado” já se aproxima do conceito de “boa-fé”, posto que o desinteresse é o que atesta a ausência de intenção de apresentar informações e provas sabiamente falsas. Assim, é possível que a “boa-fé”, mesmo que não inserida na definição, seja em algum momento utilizada para a aferição da “crença razoável”.

Rocha sustenta que a razoabilidade do relato constitui um filtro prévio que “evita relatos aventureiros” e a produção de provas falsas e adulteradas.²⁷⁸ Fica demonstrado, assim, que a interpretação da critério da crença razoável pode, eventualmente, invocar a questão de produção de provas falsas e adulteradas que, em verdade, mais se relaciona à antítese da boa-fé (a má-fé).

Assim, retirar a boa-fé da definição de *whistleblowing* no Brasil se demonstrará meramente simbólico, posto que ao final esse conceito será examinado de qualquer forma.

Deve ficar claro que no Brasil a boa-fé não implica: i) exigência de grau de certeza dos fatos; ii) exposição das motivações do reportante. Aliás, a antiga expressão “*reasonable grounds*” ainda que trocada por “*reasonable belief*” guarda maior relação com motivações do que a própria “boa-fé”.

²⁷⁶ “Under U.S. law, the test for determining whether a purported whistleblower had a ‘reasonable belief’ is based on whether ‘a disinterested observer with knowledge of the essential facts known to and readily ascertainable by the employee reasonably conclude that the actions of the government’ evidence the wrongdoing as defined by the statute.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 9.

²⁷⁷ “The reasonable belief standart is an objective one and considers what a reasonable person in the position of the employee would believe regarding the truthfulness of the disclosure.” VAUGHN, Robert. *State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection*. *Administrative Law Review*, n. 51, p. 581-625, 1999, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40709997?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 603.

²⁷⁸ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20S%20ubsidios%20para%20programas%20de%20whistelblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 34.

Sustenta-se que, qualquer conceito que integre a definição de *whistleblowing* – não apenas a “boa-fé” - nas leis que sucederão, deverá ser explicado mediante uma “exposição de motivos” ou acréscimos na legislação para se evitar concepções genéricas, que onerem demasiadamente o reportante e, por isso, desestimulem o *whistleblowing*.

Em concordância com Rocha, é importante destacar que o *whistleblower* não deverá ter o ônus de provar a sua boa-fé, sob pena de se desestimular o reporte, devendo esse recair ao reportado, que também deverá ficar a cargo de demonstrar a falta de razoabilidade do reporte, isto é, de demonstrar que não se configurou uma crença razoável.²⁷⁹ Nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Isso não quer dizer que o reportado deva provar que não praticou a transgressão, posto que isso violaria a presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal). Sustenta-se que ônus que lhe incumbirá será restrito à comprovação de eventual má-fé ou ausência de crença razoável, caso os atribua ao reportante.

Entende-se, assim, que na definição de *whistleblowing* deverão ser integrados os conceitos de “boa-fé” e “crença razoável”, pois cada um deles tem o condão, respectivamente, de coibir a apresentação de informações e provas falsas e a exigência de grau de certeza, ambos relevantes para o desenvolvimento do instituto.

2.3.1.3 Ato consciente e intencional, voluntariedade e o dever geral de reporte

Parte-se da premissa de que o *whistleblowing* consiste em ato consciente e intencional. Como consciente entende-se, conforme Prado, como ato de indivíduo civilmente capaz.²⁸⁰ Para Jubb, intencional é todo ato que não pode ocorrer acidentalmente ou mesmo por qualquer forma de coação.²⁸¹

²⁷⁹ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsídios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 22.

²⁸⁰ PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 116.

²⁸¹ “Deliberate action: [...] Given the seriousness of the act and its connotations of disloyalty, it would not be tenable to include accidental or chance disclosures as whistleblowing. JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. ” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 86 e 90.

Um ato intencional, conquanto possa ser utilizado como sinônimo, não é, necessariamente, um ato voluntário, quando esse é considerado em sua acepção de espontaneidade/naturalidade.

Muito embora seja a voluntariedade um dos elementos elencados como essenciais para a caracterização do *whistleblower*²⁸², há hipóteses de deveres legais de reportar (v.g. servidores públicos), como será examinado na subseção 2.3.1.6.

Nesses casos, o indivíduo não é coagido ilegalmente, mas tem a obrigação de reportar, ainda que intimamente (de forma espontânea) não deseje fazê-lo. Por outro lado, o mesmo não se pode dizer em relação a indivíduos que não possuem esse dever.

Raguès I Vallès sustenta que suscita dúvida e não é habitual obrigar pessoas que não possuem dever de esclarecer o delito ou promover a sua investigação a reportar transgressões.²⁸³

Essa imposição de “deveres genéricos de denúncia”, segundo o autor, não é usual no Direito Comparado, sendo frequente apenas os “deveres específicos de denúncia”, aplicados a determinadas categorias profissionais.²⁸⁴

O autor adverte que um dever genérico de denúncia fomentaria: i) um modelo social de vigilância mútua apto a deteriorar relações entre companheiros de trabalho; ii) uma política criminal que, crescentemente, incute em cidadãos tarefas tradicionalmente assumidas pelo poder público, como a persecução de crimes; iii) a impunidade do reportante por dever, posto que a vulneração dessa obrigação se daria por infrações de natureza omissiva que poderiam ser afastadas simplesmente com o argumento de que não se tinha conhecimento da transgressão.²⁸⁵

Não se deve admitir, então, um dever geral de reporte (terminologia utilizada nessa pesquisa), eis que o reporte, em regra, é uma faculdade e não uma obrigação, exceto quando consideradas as determinações legais nesse sentido.

²⁸² GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, p. 269-289, agosto de 2017, p. 277.

²⁸³ “Por razones obvias, la imposición de dicho deber parece obligada – como sucede en la mayoría de sistemas jurídicos – en el caso de funcionarios que tienen la obligación profesional específica de proceder al esclarecimiento de delitos o promover su investigación; pero su imposición a los particulares suscita más dudas y es menos habitual.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 42.

²⁸⁴ “[...] la imposición de deberes genéricos de denuncia es algo poco habitual en el Derecho comparado, mucho más frecuente resulta, en cambio, la previsión de deberes de informar referidos a sujetos que desempeñan determinados cargos profesionales.” *Ibid.*, p. 47.

²⁸⁵ “[...] un sistema que imponha el deber de denunciar estará fomentando un modelo social de vigilancia mutua que puede deteriorar las relaciones entre vecinos, compañeros de trabajo, etc. [...] suscita una política criminal que trate de involucrar de manera creciente a los ciudadanos en tareas tradicionalmente asumidas por los poderes público respecto de materias tan sensibles como la persecución del delito. [...] casos de vulneración de dicho deber, es decir, infracciones de naturaleza omissiva en las que muy a menudo el posible infractor podrá tratar de excusarse con éxito alegando no haber denunciado por falta de conocimiento.” *Ibid.*, p. 53.

Assim sendo, o elemento voluntariedade é dispensável do conceito, por haver situações em que o reporte não é espontâneo (deveres específicos de reporte), sendo necessária a incorporação dos elementos consciência e intencionalidade, de acordo com a interpretação acima atribuída.

2.3.1.4 Observância do sigilo profissional

Ainda, entende-se que revelação não deve violar sigilos profissionais. A legislação estadunidense, precisamente no *Regulation 21-F* (§240.21F-4 *Other Definitions*) da *Securities and Exchange Commission* (SEC), prevê algumas exceções para a consideração de informações concedidas por profissionais que devem guardar sigilo, que serão abordadas na subseção 2.3.1.6.

No Brasil, como visto, o artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018 previu imunidade material cível e penal ao “informante”, exceto se tiver revelado, de modo consciente, informações ou provas falsas (ausência de boa-fé). No entanto, não isentou o reportante da punição disciplinar para o caso de haver quebra do sigilo profissional.

Para evitar que o “informante” careça de proteção nessas hipóteses, uma regulamentação que, a exemplo da estadunidense, estabeleça exceções para o aceite de informações desses profissionais é necessária, incluindo também a consideração de previsão de imunidade nessa esfera.

A título de exemplo, o artigo 37 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil faz ressalvas ao sigilo profissional, que poderá ser afastado nas hipóteses de: i) grave ameaça ao direito à vida e à honra; ii) que envolvam defesa própria.²⁸⁶

Eventualmente, a estipulação de exceções ao sigilo no cenário corporativo deverá levar com conta as peculiaridades das relações profissionais nesse espaço. Sustenta-se que a posição no sentido de a revelação não violar sigilo profissional pode ser mitigada em hipóteses excepcionálíssimas, como as já previstas na regulamentação das categorias que comportam esse dever, sob pena de se subverter a relação de confiança estabelecida a partir da tutela do sigilo desses profissionais com relação aos seus contratantes.

²⁸⁶ “Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Enquanto não houver uma regulamentação sobre a (im)possibilidade da prática de reportes pelos profissionais que devem guardar sigilo, uma possível saída para aqueles que atuem internamente, perante a entidade, seria reportá-las diretamente aos canais internos de denúncia, uma vez que o seu dever legal é com a entidade.

Esse é o caso, por exemplo, do dever de sigilo do administrador, previsto no artigo 155, §1º, da Lei nº 6.404/76²⁸⁷ e dos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração e do conselho fiscal e empregados da companhia, no artigo 8º da Instrução nº 358/2002 da CVM²⁸⁸, cuja proibição está na divulgação de informação que ainda não é do conhecimento do mercado, obtida em razão do acesso privilegiado conferido pelo cargo.

Nessas hipóteses, valer-se dos canais internos de denúncia para informar eventuais danos financeiros e patrimoniais à entidade ou seus investidores ou outra transgressão não trivial poderia ser uma alternativa, embora essa posição igualmente não seja imune a eventuais questionamentos éticos, caso se considere que a informação deveria ficar restrita a determinado setor ou a dada hierarquia da empresa.

2.3.1.5 Revelação original

Não há, na legislação brasileira, qualquer ressalva de que a informação retratada pelo reportante deva ser original.

Nos Estados Unidos, especificamente no *Regulation n° 21-F* (§240.21F-4, b, 2 e 3) da *Securities and Exchange Commission* (SEC) é disposto que a revelação reportada pelo *whistleblower* deverá ser original: i) derivada de análise ou conhecimento independentes (v.g. não pode ser fruto de auditoria e investigações internas); ii) não já ser de conhecimento da SEC,

²⁸⁷ “§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.” BRASIL. Lei nº 6.404/76. *Dispõe sobre as Sociedades por Ações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

²⁸⁸ “Art. 8º Cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento.” Id. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução nº 358/2002. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

a menos que seja o reportante a fonte da informação; iii) não derivada de alegação feita em audiências judiciais ou administrativas, em relatórios governamentais, auditorias, investigações, ou mídia, a menos que seja o reportante a fonte da informação.²⁸⁹

Para a legislação estadunidense, o “conhecimento independente” é aquele não é derivado de fontes publicamente disponíveis, sendo decorrente de experiências, comunicações e observações nas interações profissionais ou pessoais.²⁹⁰

Conway-Hatcher, Griggs e Klein afirmam que informações obtidas de maneira interpretada por Tribunais estadunidenses como forma de violação da legislação federal ou criminal, não serão consideradas “conhecimento independente”. Se, por outro lado, forem obtidas por violações de outras leis locais ou de quaisquer leis estrangeiras podem ser consideradas como “conhecimento independente”.²⁹¹

A “análise independente” consiste na verificação própria, feita privadamente ou com outros, de informações que podem estar publicamente disponíveis, porém não são geralmente conhecidas ou disponibilizadas ao público.²⁹²

Conhecimento e análise independentes, portanto, não implicam que o reportante os tenha alcançando sozinho, sendo possível que os tenha obtido em conjunto com outras pessoas.

Faz sentido que o requisito de informação original seja utilizado para definir o *whistleblowing*, de modo a filtrar os reportes para se evitarem relatos aventureiros, que vulgarizam a prática.

Por outro lado, não se pode excluir da definição aqueles que, pensando estar reportando uma informação original, na realidade não estão (v.g. já existia uma investigação ou processo sigiloso a respeito).

²⁸⁹ “Original information.(1) In order for your whistleblower submission to be considered original information, it must be: (i) Derived from your independent knowledge or independent analysis; (ii) Not already known to the Commission from any other source, unless you are the original source of the information; (iii) Not exclusively derived from an allegation made in a judicial or administrative hearing, in a governmental report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, unless you are a source of the information; and (iv) Provided to the Commission for the first time after July 21, 2010 (the date of enactment of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act).” UNITED STATES OF AMERICA. SEC. *Regulation n. 21-F*. Disponível em:<<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020, p. 5-6.

²⁹⁰ “Independent knowledge means factual information in your possession that is not derived from publicly available sources. You may gain independent knowledge from your experiences, communications and observations in your business or social interactions.” *Ibid.*, p. 6.

²⁹¹ “Information obtained by means or in a manner determined by a domestic court to violate applicable federal or state criminal law is not considered to be ‘independent knowledge’. Information obtained through the violation of foreign and other laws, however, may meet the definition of ‘independent knowledge’.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 254.

²⁹² “Independent analysis means your own analysis, whether done alone or in combination with others. Analysis means your examination and evaluation of information that may be publicly available, but which reveals information that is not generally known or available to the public.” *Ibid.*, p. 6.

Para fins de proposição de uma definição do *whistleblowing*, entende-se apropriado inserir a expressão “tida por original”, de modo que não torne banalizado o instituto (v.g. considere *whistleblower* pessoas que tragam quaisquer informações, como alguma amplamente divulgada pela mídia) e, ao mesmo tempo, não deixe desprotegida a pessoa que acreditava estar reportando informações inéditas, mas que de fato não estava.

Sendo ou não de fato original, conforme será exposto no terceiro capítulo, subseção 3.4.1, deverá ser conferida proteção ao reportante, caso esse esteja de boa-fé.

2.3.1.6 Dever funcional de reportar (deveres específicos de reporte)

Para se manter no domínio do *whistleblowing*, sustenta Jubb, a revelação não deveria ser fruto de um dever, devendo se caracterizar como um ato não obrigatório (*non-obligatory*).

293

Entende-se que caso se adote essa premissa, afastar-se-á, por exemplo, a possibilidade de servidores públicos figurarem como *whistleblowers*, dado que possuem dever legal reportar.

Constitucionalmente, é previsto um dever de reporte específico, no artigo 74, §1º, aos responsáveis pelo controle interno. Esses devem dar ciência, ao Tribunal de Contas, de irregularidades ou ilegalidades, sob pena de responsabilidade solidária.

No artigo 6º da Lei nº 7.347/1985 é disposto um dever global de todos os servidores públicos em relação a fatos que constituam objeto da ação civil pública: “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.” [grifado].

Nos termos do artigo 2º, inciso XI, da Lei nº 8.027/90²⁹⁴, que dispõe sobre normas de conduta de servidores públicos da administração pública direta e indireta da União, prevê-se seu dever legal de “representar contra a ilegalidade, omissão ou abuso de poder.”

²⁹³ “It [whistleblowing] does encompass all unauthorized acts and those where choice is unfettered or is permitted. In The Definition the term “non obligatory” is coined to cover all these cases.” Tradução livre: “Isso [whistleblowing] abrange todos os atos não mandatários e aqueles em que a escolha é irrestrita ou permitida. Na Definição, o termo “não obrigatório” é cunhado para abranger todos esses casos.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22. fev. 2020, p. 90.

²⁹⁴ BRASIL. Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18027.htm>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Também no artigo 116, inciso VI, da Lei nº 8.112/90²⁹⁵, é determinado, aos servidores públicos federais, o dever de “levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração.”

Deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação pública, que não dependa de representação, de que teve conhecimento no exercício de função pública, é contravenção penal tipificada no artigo 66, I, do Decreto-Lei nº 3.688/1941²⁹⁶. Ainda, o descumprimento do dever de comunicação pode também configurar o crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, cuja pena é de três meses a um ano e multa.²⁹⁷

Caso não se abranjam os servidores públicos na definição de *whistleblowing*, a aceção prática do instituto será prejudicada, já que ele ganhou relevância no cenário internacional justamente em virtude das Convenções Internacionais contra a Corrupção, as quais destacam o papel do servidor público para o seu enfrentamento.

Como exposto, no artigo 3º, 8, da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, os *whistleblowers* são definidos como “servidores públicos e cidadãos que denunciarem de boa-fé atos de corrupção [...]”²⁹⁸. A OCDE, na Recomendação para Combate à Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Internacionais, também inclui como *whistleblower* todo o “trabalhador do setor público ou privado” [...].²⁹⁹

Na Itália, Chile e Peru existem, inclusive, diplomas legais específicos para a tutela dos servidores públicos que reportarem transgressões. São eles, respectivamente: i) Legge 6/2012, n. 190 – Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione³⁰⁰; ii) Ley n. 20.205/2007 – Protege al funcionario que denuncia

²⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020. Muito embora os exemplos sejam de lei federal, as leis dos demais entes federativos seguem essa mesma linha no Brasil.

²⁹⁶ Id. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

²⁹⁷ “Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena: Detenção, de três meses a um ano, e multa.”

²⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. 1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 3.

²⁹⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020, p. 5.

³⁰⁰ ITALIA. *Legge 6/2012, n. 190*. Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012-11-06:190!vig=>>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

irregularidades y faltas al principio de probidade³⁰¹; iii) Ley n. 29.542/2010 - Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal.³⁰²

No Brasil, com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)³⁰³, foi acrescentado o artigo 126-A à Lei nº 8.112/90 (Lei dos Servidores Públicos Federais), que prevê a imunidade cível, penal e, inclusive, administrativa de servidor público federal por dar ciência, à autoridade competente, sobre a prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do cargo.³⁰⁴

Banisar, fazendo referência ao entendimento do Comitê do Serviço Público do Reino Unido, expõe que o *whistleblowing* é o componente chave para desafiar o comportamento inadequado em todos os níveis de uma entidade, correspondendo a um verdadeiro apoio à boa governança e manifestação de uma cultura organizacional mais aberta.³⁰⁵

Na hipótese de se adotar o critério do “ato não obrigatório” como característica do *whistleblowing*, poderá ocorrer um retrocesso na visibilidade dessa classe como essencial para o enfrentamento da corrupção e demais ilícitos no setor público, incluindo os delitos econômicos que, em certos casos, relacionam-se a interações ilícitas com o Poder Público (v.g. “Operação Lava Jato”).

³⁰¹ CHILE. Ley n. 20.205/2007. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidade. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=262932>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁰² PERU. Ley n. 29.542/2010 - Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ley29542.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁰³ BRASIL. Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁰⁴ Ainda que não tivessem essa isenção de responsabilidade, García-Moreno sustenta que se o funcionário público revelasse certa informação sobre a qual existisse a expectativa de confidencialidade, ainda que pudesse ser típica a sua conduta, poderiam ser aventadas excludentes de ilicitudes como o estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito e, em alguns casos, estado de necessidade. Em suas palavras: “Menos atención se há prestado, sin embargo, a la situación opuesta, es decir, cuando es el empleado publico el que, sin ser requerido, pretende desvelar cierta información sobre la que existe expectativa de confidencialidad. [...] parece que a conducta del *whistleblower* sería típica pero, sin embargo, podría no considerarse antijurídica si se admitiera que actúa amparado en una causa de justificación como el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho o, en estado de necesidad.” GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p. 55.

³⁰⁵ “Effective whistleblowing is therefore a key component in any strategy to challenge inappropriate behavior at all levels of an organization. It is both an instrument in support of good governance and a manifestation of a more open organizational culture.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 7.

Há quem entenda que haveria uma contradição se, às categorias que têm dever legal de reportar transgressões, fossem também atribuídas recompensas, questão essa que será melhor analisada no quarto capítulo, subseção 4.3.

Micele e Near admitem que os “atos obrigatórios” fazem parte da definição de *whistleblowing* e, inclusive, atribuem a essas classes que possuem o dever funcional de reportar o título de *role-prescribed whistleblowers*.³⁰⁶

Conforme Ragués I Vallès, os Estados Unidos possuem inúmeras leis que impõem deveres específicos de reporte a determinados profissionais, que vão desde os de saúde, em caso de abusos e/ou maus-tratos de crianças e adolescentes e idosos, transportadores de substâncias que podem ser nocivas ao meio ambiente, até a empregados de instituições financeiras a respeito de certos delitos patrimoniais. Com a Lei *Sarbanes-Oxley* (SOX) ampliaram-se esses deveres de reporte, alcançando advogados e executivos de grandes empresas.³⁰⁷

Micele e Near entendem que todos os esforços para legitimar um dever funcional de reporte a outros membros da entidade poderiam ser positivos, na medida em que teriam o mesmo efeito que a criação de um *status* de *role-prescribed whistleblowers*.³⁰⁸

Para as autoras, os *role-prescribed whistleblowers* têm um esforço e um risco extra, justamente por terem uma obrigação de reportar transgressões e, por essa razão, ostentariam maior credibilidade e seriam mais eficientes. Afirmaram que a efetividade do *whistleblowing* nos setores público e privado foi atribuída a esse dever funcional de reportar.³⁰⁹

Muito embora se esteja de acordo que as categorias com deveres funcionais de reportar devam ser abrangidas na definição de *whistleblowing*, discorda-se de Micele e Near com relação à vantajosidade de se criar um dever geral de reporte.

³⁰⁶ NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Effective Whistle-Blowing. *Academy of Management Review*, 1995, v. 20, n. 03, p. 679-708. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265630110_Effective_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 699.

³⁰⁷ “Así, por ejemplo, en Estados Unidos existen numerosas leyes que imponen deberes de denuncia a diversos profesionales, que van desde el personal sanitario, en casos de abusos o maltratos a menores o ancianos, a empleados de banca u otras entidades financieras respecto de determinados delitos patrimoniales, pasando por sujetos encargados del transporte de sustancias nocivas para el medio ambiente. A raíz de la *Sarbanes-Oxley Act* estos deberes de denuncia se han ampliado notablemente alcanzando a abogados y ejecutivos de las grandes empresas.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 49.

³⁰⁸ “Likewise, efforts to legitimate whistle-blowing for all employees (e.g., internal whistle-blowing as part of a TQM program) might have the same effect as creating a role-prescribed whistle-blowing status.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. op. cit., p. 699.

³⁰⁹ “But there is also reason to propose that non-role-prescribed whistleblowers may be more effective than other whistle-blowers. They may be seen as more credible, because extra effort and risk is required for them to report wrongdoing and, thus, their perceived motives may be admired, as seen in the minority influence literature. In fact, in both a sample of federal employees and a sample of internal auditors from public and private organizations, effectiveness of whistle-blowing was negatively related to being a role-prescribed whistle-blower (Near & Miceli, 1991).” Ibid., p. 700.

Em sintonia com o advertido por Ragués I Vallès³¹⁰, como abordado na subseção 2.3.1.3, acredita-se que estender deveres de reporte de modo indiscriminado atribui aos cidadãos deveres tradicionalmente assumidos pelo poder público, privatizando, em demasia, a persecução de transgressões. Ainda, estimula um modelo dissuasório de vigilância permanente típico das tradições inquisitórias.

Por todo o exposto, considera-se que a expressão “ato não obrigatório” (*non-obligatory*) não deve ser integrada à definição de *whistleblowing*, de modo que se mantenham os servidores públicos e demais pessoas com dever funcional de reportar (*role-prescribed whistleblowers*), salvo exceções legais, no *status* de *whistleblowers*.

Além disso, uma vez que, como se exporá mais adiante, a recompensa não é característica essencial na definição de *whistleblowing*, não haverá contradição em se manter aqueles que possuem dever de reportar como abrangidos pelo instituto.

2.3.1.7 Inelegibilidade para o *whistleblowing*

A inelegibilidade para o *whistleblowing* tem em comum três características essenciais, compreendendo revelações que violam: i) o dever de sigilo; ii) o dever especial (funcional) de reporte; e iii) a originalidade. Por isso, optou-se por alocá-la na mesma subseção em que se expuseram essas características essenciais da ação.

No Brasil, com exceção das leis específicas que preveem o dever de sigilo, não há outras que especifiquem os sujeitos inelegíveis para o *whistleblowing*. Por essa razão, toma-se por base a legislação estadunidense que, como advertido na introdução deste trabalho, possui as mais avançadas leis de *whistleblowing*.

No *Regulation 21-F* (§240.21F-4, b, 4) da *Securities and Exchange Commission* é previsto que não se considerarão informações como originais, isto é, derivadas de conhecimento e análise independentes, em relação aos seguintes sujeitos: i) alto escalão de organizações (*principals*); ii) pessoal de *compliance* (*compliance personnel*); iii) contadores (*accountants*) em razão do exercício profissional; e iv) advogados que obtiveram a informação em virtude da sua representação legal.

Há, porém, exceções caso se verifiquem as seguintes hipóteses em relação a tais categorias: i) se crerem que a revelação da informação possa afastar danos financeiros e

³¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 53.

patrimoniais à entidade ou a seus investidores; ii) caso entendam que a empresa criará óbice em investigações; ou iii) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias³¹¹ se passarem desde o reporte de informações do *whistleblower* a seu supervisor, comitê de auditoria, diretor jurídico ou diretor de *compliance*; ou iv) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias decorrerem desde que o *whistleblower* relatou a informação, que já era conhecida das pessoas referidas.³¹²

No Brasil, nos Projetos de Lei nº 1116/2018³¹³ e 65/2019³¹⁴, apensados ao 9167/2017, há um dispositivo similar que propõe que auditores independentes contratados por organizações privadas para a realização de auditoria e adequações de integridade poderão relatar suspeita de irregularidade “identificada em cliente após o decurso do prazo de seis meses, contado da data da comunicação formal aos seus representantes legais das irregularidades e ilegalidades existentes, caso não haja indicativo de remediação.”

³¹¹ Conway-Hatcher, Griggs e Klein apontam que, ainda que a SEC tenha afirmado que a regra dos 120 (cento e vinte) dias não cria nenhuma obrigação especial de revelação de transgressões para as entidades, essas podem reportá-las à SEC para reduzir o número de relatos ao órgão e demonstrar a seriedade a qual levam em consideração os reportes de funcionários: “Although the SEC has said that the 120-day provision ‘is not intended to, and does not, create any new or special duties of disclosure on entities to report violations or possible violations of law to the [SEC]’, companies may, in fact, report to the SEC more possible violations in order to reduce the incidence of whistleblower reports to the SEC and to demonstrate the seriousness with which they consider any employee reports of concerns or complaints.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinacional companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 259.

³¹² “(4) The Commission will not consider information to be derived from your independent knowledge or independent analysis in any of the following circumstances: [...] (v) Exceptions. Paragraph (b)(4)(iii) of this section shall not apply if: (A) You have a reasonable basis to believe that disclosure of the information to the Commission is necessary to prevent the relevant entity from engaging in conduct that is likely to cause substantial injury to the financial interest or property of the entity or investors; (B) You have a reasonable basis to believe that the relevant entity is engaging in conduct that will impede an investigation of the misconduct; or (C) At least 120 days have elapsed since you provided the information to the relevant entity’s audit committee, chief legal officer, chief compliance officer (or their equivalents), or your supervisor, or since you received the information, if you received it under circumstances indicating that the entity’s audit committee, chief legal officer, chief compliance officer (or their equivalents), or your supervisor was already aware of the information.” USA. SEC. *Regulation n. 21-F*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>>. Acesso em: 22. mar. 2020, p. 7.

³¹³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 20.

³¹⁴ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 19.

2.3.1.7.1 Alto escalão da entidade

Em relação ao alto escalão inelegível, Conway-Hatcher, Griggs e Klein afirmam que são compostos por dirigentes (*officers*), diretores (*directors*), administradores (*trustees*) ou sócios da entidade que receberam a informação sobre a transgressão de qualquer indivíduo ou mesmo por meio do programa de *compliance*.³¹⁵

Ragués I Vallès entende que não se justifica, por exemplo, um chefe de departamento da entidade, cumprindo o seu dever funcional, comunicar à administração geral a respeito da transgressão de seus subordinados.³¹⁶

Nessa mesma linha, para Jubb, quanto maior a hierarquia, menores são as chances de ser um *whistleblower*, até porque aumentam as chances de se ser alvo da acusação.³¹⁷

Entretanto, vem ganhando força, como diagnosticam Carvalho e Castro, o *reverse whistleblowing* (RWB), situação em que o alto escalão da empresa, responsável por ditar o “clima ético” da entidade (*tone at the top*), identifica transgressões de seus subordinados.³¹⁸

Conway-Hatcher, Griggs e Klein expõem que há uma exceção para que esses indivíduos possam se caracterizar como *whistleblowers* e serem elegíveis para recompensa do programa da SEC: se eles obtiverem a informação sobre a transgressão de maneira independente.³¹⁹

A justificativa para essa exclusão é, segundo a SEC, que “incluir todos os supervisores de qualquer nível criaria uma exclusão muito ampla de pessoas que poderiam estar em uma posição estratégica para tomar ciência da transgressão.”³²⁰

³¹⁵ “Officers, directors, trustees, or partners of a company who receive information about the alleged misconduct from another person or from the company’s internal Compliance process are excluded from receiving award.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 257.

³¹⁶ “[...] en consecuencia, tal condición no puede redicarse, por ejemplo, de jefe de un departamento que, en cumplimiento de las obligaciones de su cargo, comunica a la dirección general de la empresa que sus subordinados han cometido una irregularidad.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20-21.

³¹⁷ “The higher one’s position in the hierarchy the less likely one will be a whistleblower; by the same token one is more likely to be an object of the accusation.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 79.

³¹⁸ CARVALHO, André Castro. ALVIM, Tiago Cripa. *Whistleblowing no ambiente corporativo: standards internacionais para a sua aplicação*. In: PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, p. 121-147, 2018, p. 125.

³¹⁹ “However, there is an exception; such individuals may serve as whistleblowers and be eligible for an award if they learn about violations in another manner, such as by observing other members of senior management engaging in a securities law violation.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. *op. cit.*, p. 257.

³²⁰ “In explaining the limitations on the scope of this exclusion, the SEC has stated that ‘including all supervisors at any level would create too sweeping an exclusion of persons who may be in a key positions to learn about

Os autores advertem que essa exclusão não se estende a outros colaboradores envolvidos nas funções financeira e de contabilidade.³²¹ Nos casos de colaboradores que não sejam de alto escalão dos setores de contabilidade e finanças, entende-se que não deverá haver a exclusão, até porque possuem grandes chances de desvendar esquemas fraudulentos justamente pela área estratégica de trabalho na entidade.

Entende-se que, uma vez que se parte do entendimento de que *whistleblower* não se confunde com o sujeito ativo da transgressão, conforme se exporá na subseção 2.3.2.1.2, excluir o alto escalão de organizações desse *status* é essencial, pela possibilidade de envolvimento nas acusações.

Nada impede que, uma vez implicada a entidade e a sua hierarquia mais elevada, esses se tornem infratores colaboradores (*cooperating offenders*) e façam uso dos instrumentos de Justiça Negociada e/ou Direito Premial disponíveis, tais como os acordos de leniência, termos de compromissos, acordos de não persecução penal, colaboração premiada, acordo de não persecução civil, dentre outros.

Como exceção à exclusão do alto escalão, entende-se que deverá ser feita uma análise casuística. Caso um supervisor de um setor distinto daquele supostamente implicado, obtenha informações da transgressão por maneira independente, é possível que possa ser considerado um *whistleblower*.

2.3.1.7.2 Pessoal de Compliance

Além das funções de controle, exercidas pelo alto escalão da entidade, as de investigação também são ressalvas à prática do *whistleblowing*. Ragués I Vallès, comungando desse entendimento, adverte que o *whistleblower* não deve desempenhar as funções de controle, investigação ou reporte dentro da entidade da qual faz parte.³²²

misconduct.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinacional companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 257.

³²¹ “The Final Rules, however, do not clearly extend the exclusions to other company employees involved in accounting functions such as accounting and financial reporting personnel.” *Ibid.*, p. 258.

³²² “Otra característica importante es que el *whistleblower* no desempeñe dentro de la organización a la que pertenece funciones específicas de control, investigación o denuncia respecto de los hechos de los que informa.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20-21.

A investigação (incluindo auditorias) e o reporte ficam sob a responsabilidade da equipe de *compliance* ou, em sua ausência, de colaboradores especificamente designados para essa função.

No Provimento nº 188/2018³²³, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamenta o exercício da investigação interna por advogado, é previsto, no artigo 5º, que durante a realização da investigação deve ser preservado o sigilo das informações colhidas. No artigo 6º, em reforço, dispõe-se que o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar os fatos investigados à autoridade competente, exceto se houver expressa autorização do cliente.

O referido provimento tem a aptidão de demonstrar que, ao menos o advogado e a sua equipe, envolvidos em investigações internas, não figurar como *whistleblowers*. Ao contrário da legislação estadunidense, o provimento não previu exceções a essa regra.

As relevantes ressalvas do programa de *whistleblowers* da SEC, especialmente de que a empresa pode vir a criar óbice para a investigação ou ficar inativa/omissa diante das descobertas do pessoal de *compliance* (subseção 2.3.1.7.), destinam-se a evitar que as estruturas de integridade sejam utilizadas como meras ferramentas de propaganda corporativa.

Não se pode ignorar que esse tipo de comportamento diante das investigações conduzidas internamente pode, a depender do caso, comprometer a independência das apurações e resultar em danos consideráveis à entidade, seus colaboradores e, considerando a ofensa a bens jurídicos supraindividuais, à própria sociedade.

Por essa razão, se houvesse alguma política para inclusão dessas categorias no escopo do *whistleblowing* no Brasil e, conseqüentemente, em seu estatuto de proteção, deveriam ser consideradas ressalvas similares, aplicáveis em casos excepcionalíssimos.

Isso, porém, deveria ser apenas efetivado após amplos debates entre autoridades, profissionais da classe e a sociedade civil, posto que o sigilo caracteriza-se como baluarte de algumas profissões, não podendo ser simplesmente mitigado a partir de uma açodada importação de modelos estrangeiros.

Qualquer ressalva sobre a elegibilidade dos profissionais de *compliance* ou dos que desempenhem funções similares como *whistleblowers* deve ser realizada mediante lei e após

³²³ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

estudos mais aprofundados que confirmem se de fato essa estratégia é benéfica para as partes envolvidas e para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil.

Em síntese, quaisquer pessoas que exerçam internamente a função de investigação, auditoria e reporte de transgressões, fazendo ou não parte de programas de *compliance*, não são elegíveis como *whistleblowers*.

Caso se façam ressalvas a essa premissa, entende-se que deverão ser consideradas: i) a existência de crença razoável de que a empresa criará óbice às investigações; ii) a omissão da entidade em relação às descobertas oriundas da investigação interna. Em ambos os casos, serão necessários estudos mais aprofundados, inclusive em termos de responsabilidade empresarial e princípio da não autoincriminação.

Fato é que, ainda que não sejam feitas quaisquer ressalvas, tais hipóteses devem ser ao menos enfrentadas, uma vez que possuem implicações práticas que não podem ser ignoradas para a consolidação de um programa de reportantes no Brasil.

2.3.1.7.3 Contadores que obtiveram informações no exercício da profissão

No Brasil, os contadores devem guardar sigilo sobre o que souberem em razão do exercício profissional, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, tais como Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade, conforme o artigo 4º, alínea “c”, do Código de Ética Profissional do Contador (CEPC).³²⁴

Por essa razão, a menos que estejam enquadrados nas ressalvas legais ou obtenham informações sobre transgressões de seus clientes (se forem contadores externos) ou contratante (se forem internos) de maneira independente, poderão ser considerados *whistleblowers*. Caso contrário, a regra é a de que devem ser excluídos.

2.3.1.7.4 Advogados que obtiveram informações no exercício da representação

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe que o sigilo profissional é de ordem pública e que o advogado deve guardar sigilo dos fatos que tome

³²⁴ “[...] guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade;” CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Código de Ética Profissional do Contador*. Disponível em: <<https://cfc.org.br/noticias/codigo-de-etica-profissional-do-contador-e-atualizado-saiba-o-que-mudou/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

conhecimento no exercício da profissão, presumindo-se confidenciais todas as comunicações de quaisquer natureza com o seu cliente, inclusive quando exercer a função de mediador, conciliador e árbitro.³²⁵

O advogado não é obrigado a depor em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos de que deva guardar sigilo profissional.³²⁶

Ademais, como exposto na subseção 2.3.1.4, o sigilo profissional cederá em circunstâncias excepcionais, como em casos de grave ameaça ao direito à vida, à honra ou que envolvam defesa própria.

Ainda que sejam advogados internos (*in-house attorneys*), as obrigações éticas deverão ser observadas, ressalvadas as exceções legais.

Assim como os contadores, os advogados têm como base da relação com o cliente a confiança, razão pela qual não é coerente que essas categorias sejam elegíveis como *whistleblowers*.

Lado outro, quando obtiverem informação a partir de análises ou observações independentes que não se relacionem com o exercício da profissão, não se vislumbra óbice para figurarem como *whistleblowers*.

Na legislação estadunidense, Conway-Hatcher, Griggs e Klein advertem que a exclusão de informações sigilosas se estende a indivíduos que não são advogados e que descobrem essas informações por meios de comunicação confidenciais selados pelo sigilo profissional com advogados da entidade.³²⁷

A esse respeito, entende-se que, caso essa comunicação tenha sido interceptada de modo ilegal, de fato não será admissível o seu reporte como o de um *whistleblower*. Por outro lado, na hipótese de ter sido uma descoberta fortuita, como na hipótese de o advogado da entidade, por um lapso (de boa-fé), esquecer um documento impresso sigiloso em local de acesso de

³²⁵ “Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional.” ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020, p. 8.

³²⁶ “Art. 38. O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional.” *Ibid.*, p. 9.

³²⁷ “The exclusion for privileged information, moreover, extends to non-attorneys who learn information through confidential attorney-client communications with company counsel.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 258.

outros profissionais da entidade, entende-se que seria admitido, posto que a informação foi obtida de forma legal e independente.

2.3.1.7.5 *Indivíduos que obtenham provas por meios ilícitos e/ou delas derivadas*

Toda reporte que resultar de informações obtidas por meios ilícitos não deve ser considerado na definição de *whistleblowing*, em préstimo ao mandamento constitucional que inadmite provas obtidas por tais meios (artigo 5º, inciso LVI, Constituição Federal), sob pena de nulidade.

A título de exemplo, são hipóteses que ocorrem quando a prova é obtida por invasão de dispositivo informático – *hackeadas* - (artigo 154, §3º, do Código Penal) ou mediante interceptação ilegal de comunicações telefônicas, informáticas ou telemáticas (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal c/c o artigo 10 da Lei nº 9.296/1996).

Também as provas que derivem das obtidas por meios ilícitos, em virtude da teoria dos frutos da árvore envenenada, deverão ser excluídas. Conforme Rocha, com base na teoria da atenuação, há exceções caso se comprove que as provas decorrentes: i) foram obtidas por fontes independentes; ii) seriam obtidas mesmo que na ausência da originária de meios ilícito (serendipidade); ii) conforme circunstância superveniente, que não tem ligação com a prova obtida por meio ilícito.³²⁸

O autor sustenta que, verificada a obtenção de prova por meio ilícito e a não configuração da teoria da atenuação em relação às derivadas, a investigação decorrente do reporte do *whistleblower* deverá ser arquivada antes mesmo das considerações sobre a razoabilidade do relato.³²⁹

No que se refere à proteção do reportante, caso não tenha sido ele que obteve a prova por meio ilícito e/ou dela derivada e a tenha reportado crendo ter sido obtida por meio ilícito, deve ser tutelado uma vez que agiu de boa-fé.

³²⁸ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsídios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 33.

³²⁹ *Ibid.*, p. 33.

2.3.1.7.6 *Indivíduos que tenham a obrigação legal de tomar medidas investigativas ou repressivas no setor público*

Também não são elegíveis como *whistleblower* os indivíduos que tenham obrigação legal de tomar medidas investigativas ou repressivas³³⁰ no setor público, como policiais, corregedores, auditores fiscais, promotores de justiça/procuradores da república, ouvidores³³¹, dentre outros.

São exceções, portanto, aos indivíduos que tenham o dever específico (funcional) de reportar. Isso se deve ao fato de que aqueles, nem sempre, desempenham atividades investigativas ou repressivas, como os agentes públicos de dada repartição (v.g. pasta do meio ambiente) que descubrem um esquema de corrupção de seus superiores.

2.3.2 **Sujeito: distinções preliminares**

No capítulo 2.2., expuseram-se as motivações para a delimitação da definição do *whistleblowing* no Brasil, em grande parte em virtude das obscuridades relacionadas a quem de fato é ou não o *whistleblower*, uma vez que esse transmite um significado particular.

Enquanto sujeito que pratica o *whistleblowing*, o *whistleblower* deve ser distinguido de outros atores pré-processuais e processuais, em especial: i) do informante policial; ii) da testemunha; iii) do colaborador; iv) dos *bell-ringers*; e v) dos *leakers*.

Ainda, importante compreender se esse figura pode ser uma pessoa jurídica ou se consiste exclusivamente em pessoa física, uma vez que essa análise guarda relação direta com a consolidação de um programa de reportantes, dado que o *whistleblower* é um dos sujeitos para o qual se destina essa política.

³³⁰ Nesse mesmo sentido: “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 entidades privadas, que afetem terceiros.” PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 116.

³³¹ “Para ser elegível como *whistleblower*, o denunciante não pode ter recebido a informação/documentação em razão do cargo com poderes de investigação/repressão daquele mesmo fato ilícito. É o caso de policiais, promotores, *chief compliance officers*, corregedores e ouvidores.” Ibid., p. 117-118.

2.3.2.1 *Whistleblower* X Informante

Quanto ao sujeito que pratica o *whistleblowing*, o *whistleblower*, Jubb sustenta não ser esse um mero informante - em ordenamentos de *common law* o *informant* pode também ser considerado o sujeito ativo da transgressão, o que para nós se aproximaria figura do delator -, porque o seu relato é divulgado com o objetivo de fazer uma acusação.³³²

Nessa mesma linha, Ragués I Vallès destaca que, para se referir ao *whistleblower*, são utilizadas “traduções de expressões mais neutras, como ‘denunciante’ e ‘informante’, ainda que com a última se perca, seguramente, a matriz de que a informação que se revela está relacionada com algum tipo de atividade ilícita.”³³³

Aras expõe que qualquer “pessoa que dispõe de pistas sobre um fato ilícito ou sua autoria” se enquadra no gênero “informante” (como salientado, nessa pesquisa se adota a expressão “reportante”), seja identificado, seja anônimo.³³⁴

O autor categoriza os informantes em três espécies distintas, quais sejam: i) informante do juízo (artigo 209 do Código de Processo Penal); ii) colaboradores (ex. artigo 3º-A, da Lei nº 12.850/2013); iii) *whistleblowers*.³³⁵

Os últimos seriam “colaboradores juridicamente desinteressados”, que integram a estrutura administrativa e empresarial e denunciam seus superiores hierárquicos ou colegas de profissão sem quaisquer interesses processuais.³³⁶

³³² “Whistleblowing is not merely informing. There are many kinds of informer, from simple conveyors of messages to the dubious categories already mentioned. Whistleblowing needs to be differentiated from informing in general if the term is to have and convey particular significance. It is distinguishable from some types of informing because the disclosure is an indictment. It identifies perceived wrongdoing, typically a bad news message about misconduct, incompetence, fraud and the like alleged to have been ignored and/or covered up; or it might be about good news concealed for private advantage. Either way some person or organization is accused (Bok, 1980, p. 321) and challenged by the process.” Tradução livre: “‘Whistleblowing’ não é um mero informe. Existem muitos tipos de informantes, desde simples emissários de mensagens até as duvidosas categorias já mencionadas. O whistleblowing deve ser diferenciado de informes em geral, já que o termo deve ter e transmitir significado particular. É distinguível de alguns tipos de informes, porque a revelação é uma acusação. Ele identifica transgressões percebidas, tipicamente uma mensagem de más notícias sobre má conduta, incompetência, fraude e similares, alegadamente ignoradas e/ou encobertas; ou pode ser sobre boas notícias ocultas para vantagem privada. De qualquer maneira, alguma pessoa ou entidade é acusada (Bok, 1980, p. 321) e contestada pelo processo.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 77-94, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 79.

³³³ “Por ello [*whistleblower*], en ocasiones prefiere utilizarse como traducción de expresiones más neutras, como pueden ser ‘denunciante’, ‘informador’ o ‘informante’, aunque con las dos últimas se pierde seguramente el matiz de que la información que se revela esté relacionada con algún tipo de actividad ilícita.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19.

³³⁴ ARAS, Vladimir. *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Viviana Damiani (Coord.). *A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 362.

³³⁵ Ibid., p. 363.

³³⁶ Ibid., p. 363.

Na categoria de *whistleblowers*, Aras insere os informantes policiais, que correspondem às pessoas que mantêm um canal aberto de comunicação com as autoridades policiais, de modo que seja garantido o seu anonimato, e que, geralmente, auxiliam-nas com pequenas pistas ou informações que possam auxiliar as investigações.³³⁷ Prado define como informante policiais todo aquele que auxilia as forças policiais com dicas e que não se enquadrem como testemunhas ou outros denunciantes.³³⁸

Inserir os informantes policiais na categoria de *whistleblowers* pode ser problemático, pois um *whistleblower* pode ser um informante policial, mas nem todo informante policial é um *whistleblower*.

Impinge ter cautela ao se enquadrar categorias mais abrangentes no conceito de *whistleblower*, precisamente porque esse possui características específicas. Uma delas, conforme Castilho, é a de que o *whistleblower* é um *insider*, uma vez que manteve ou mantém uma relação funcional com a empresa ou ente público objeto do reporte do ilícito.³³⁹

Equipará-lo a um informante policial faria com que esse tivesse de ostentar, entre outros, esse vínculo (ainda que indireto - cf. 2.3.2.3) em relação à entidade, o que não ocorre em regra, posto se tratar de categoria mais genérica.

Souza afirma que é justamente essa posição de membro ou ex-membro da entidade que distingue o *whistleblower* do informante policial, esse *status* funcional é o que enseja a informação qualificada que dispõe, a qual não estaria disponível publicamente e que, dificilmente, seria objeto de investigação oficial.³⁴⁰

Para o autor, o informante policial não possui características especiais, consistindo, simplesmente, no cidadão que faz reportes às autoridades investigantes por ter informações úteis à apuração do ilícito.³⁴¹

Portanto, *whistleblowers* não são sinônimos de informantes, mas sim integram essa categoria como espécie, observadas as suas peculiaridades.

³³⁷ ARAS, Vladimir. *Whistleblowers*, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO, Viviana Damiani (Coord.). *A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 364.

³³⁸ PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 117.

³³⁹ CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing: principais características e vantagens. O que o Brasil está efetivamente perdendo?* In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Corrupção como fenômeno suprallegal*. Curitiba: Juruá, p. 73-97, 2017, p. 79.

³⁴⁰ SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 449.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 449.

2.3.2.1.1 Whistleblower X Testemunha

Assim como o informante policial, há outro tipo de informante que se caracteriza como ator auxiliar da atividade apurativa: a testemunha. Banisar sustenta que testemunhas são pessoas que não estão (necessariamente) na entidade e podem simplesmente ter visto algo ou descoberto alguma informação sobre a qual estão sendo solicitados a prestar testemunho como parte de seu dever.³⁴²

Geralmente, a testemunha presta informações que não desencadearam as investigações e, além disso, tem o dever de comparecer quando intimada, sob pena de responder pelo crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal), bem como arcar com multas que variam de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, levando em consideração a sua condição econômica (artigos 219, 436, §2º e 458, todos do Código de Processo Penal).

O *whistleblower*, salvo exceções, não tem o dever legal de cooperar e o faz por liberalidade, trazendo informação que detém em virtude do ambiente de trabalho ou de outro modo lícito. Segundo Rocha, o seu valor reside não em seu depoimento, mas sim nas informações que oferta.³⁴³

Cabe advertir que, assim como ocorre com os informantes policiais, o *whistleblower* pode vir a ser uma testemunha, mas nem toda testemunha pode se caracterizar como um *whistleblower*.

A partir dessa premissa, ao invés de se enquadrar alguns informantes (v.g. o policial) dentro da categoria de *whistleblowers*, parece fazer mais sentido o inverso: inserir os *whistleblowers* na categoria geral informantes³⁴⁴ (ou reportante), mas sem tratá-los genericamente como tais, como inclusive faz a Lei nº 13.608/2018.

³⁴² “It can also be broader in scope, involving people who are not in the organization and might have merely seen something or come across the information they are being asked to testify on as part of their jobs..” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 4.

³⁴³ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 06.

³⁴⁴ Além de Aras, Amato também é adepta desse entendimento: “II *Whistleblower* è letteralmente um ‘informatore’”. Tradução livre: “O *whistleblower* é literalmente um informante”. AMATO, Giovanna. Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 3-4, v. 27, p. 546-607, 2014, p. 556. Cf. também. Id.. Whistleblowing and bribery prevention in Italy. A survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Rivista de Estudos Criminais*. n. 62, v. 15, p. 9-57, 2016, p. 17.

É preciso se ter em consideração que as especiais características do *whistleblower* não o devem igualar às demais categorias de informantes (reportantes), incluindo as testemunhas, e, tampouco, associá-lo ao gênero. Portanto, o *whistleblower* não é um informante, em sua acepção ampla, mas uma espécie.

2.3.2.1.2 Whistleblower X Colaborador (sujeito ativo da transgressão)

Assim como o *whistleblower* não deve ser confundido com um informante policial ou com uma testemunha, tampouco, deve sê-lo com o colaborador sujeito ativo da transgressão.

Rodríguez afirma que, originariamente, o *whistleblower* é o denunciante que não necessariamente é o traidor, isto é, aquele que denuncia a irregularidade rompendo um pacto anterior de convivência e silêncio.³⁴⁵

Muito embora entenda que não obrigatoriamente tenha responsabilidade sobre a conduta delitativa, na concepção do autor o termo *whistleblower* é utilizado para denominar o “delator” e, *whistleblowing*, para o ato de delatar, no campo da colaboração premiada.³⁴⁶

Discorda-se dessa premissa. Não se pode confundir o *whistleblower* com o gênero “informante”, atribuindo-lhe uma feição abrangente que abarca envolvidos e não envolvidos na conduta delitativa, dentre outras espécies, como informantes policiais e testemunhas.

Concordando com Aras, o *whistleblower* não possui interesse processual não podendo, assim, ser o autor do ilícito. Outros autores também sustentam que o *whistleblower* é terceiro que não cometeu ou participou da conduta delitativa.

Souza afirma que, em regra, o agente que cometeu a transgressão não pode ser *whistleblower*. Assim, se o relato colaborativo for prestado por quem praticou a conduta, preenchidos os pressupostos legais, haverá uma colaboração premiada.³⁴⁷ Estando em outra esfera, como anticorrupção ou antitruste, poderá haver os respectivos acordos de leniência. Nesses casos, o sujeito será um infrator colaborador (*cooperating offender*) e não um *whistleblower*.

O autor acrescenta que outra diferença consiste no fato de que o *whistleblower* é espécie de informante de atos de qualquer natureza, “situando-se em um regime legal transversal, não

³⁴⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 3.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁴⁷ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 457.

essencialmente penal”, ao contrário do que ocorre no instituto da colaboração premiada, cujo enfoque é a obtenção da prova criminal que, por compartilhamento, poderá ser utilizada em processos por improbidade administrativa ou cíveis.³⁴⁸

Conforme Oliveira, o *whistleblower* é um terceiro, isto é, não consiste em agente envolvido na transgressão, tendo conhecimento de informações relevantes pelo exercício profissional ou outro meio³⁴⁹ legal e as reporta.³⁵⁰

Rocha também entende que o *whistleblower* não é responsável pela transgressão e não busca, com o seu reporte, qualquer mitigação de responsabilidade cível ou criminal, o que torna ainda mais relevante a sua tutela. O *whistleblower* desejaria, portanto, restaurar a ordem jurídica, enquanto o transgressor pode lhe ser indiferente e, além disso, teria, em tese, como objetivo principal a obtenção de vantagens pessoais, notadamente pacotes de benefícios em relação à eventual punição.³⁵¹

Para o autor, o *whistleblowing* pressupõe uma interação, e não uma negociação entre o Estado e o cidadão, para fins de obtenção de informações a aplicação da lei, tendo em consideração fatos com que esse sujeito teve proximidade e não obteve qualquer benefício.³⁵²

Ao contrário do que ocorre no espaço da consensualização sancionatória nas esferas administrativa e criminal, em que se inserem os acordos de leniência, os termos de compromisso de cessação de prática, a colaboração premiada e outros acordos, as sanções previstas em lei são aplicadas integralmente, sem que o Estado renuncie a aplicação de penalidades e demais vantagens àqueles que se beneficiaram das transgressões, para tornar atrativa a cooperação.³⁵³

Banisar também afirma que *whistleblowers* não se confundem com aqueles que estão envolvidos em alguma transgressão e que usam a revelação como meio para reduzir a responsabilidade, ainda que voluntariamente ou sob coerção. Para o autor, os sujeitos ativos das

³⁴⁸ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 457.

³⁴⁹ A conexão do *whistleblower* com o ambiente de trabalho não é limitante, mas sim relevante por, em tese, suscitar maior qualificação das informações, na medida em que há maior proximidade com o fato reportado.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175/view>>. Acesso em 05 mar. 2020, p. 06.

³⁵¹ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 5.

³⁵² Ibid., p. 7-8.

³⁵³ Ibid., p. 8.

transgressões estão em um lugar de subordinação em relação aos órgãos ou pessoas para quem delatam e devem seguir suas ordens e encarar sanções.³⁵⁴

Fernandes igualmente diferencia o *whistleblower* do agente envolvido na transgressão. Afirma que, na colaboração premiada, o colaborador se encontra envolvido na condição de investigado em sede de inquérito policial ou na condição de réu na fase judicial. Ao contrário, o *whistleblower*, embora seja um colaborador, é um terceiro, sabedor de informações de relevo, em virtude de sua relação funcional com a entidade ou por outro meio.³⁵⁵

Essa pesquisa se filia à premissa de que *whistleblower* é um terceiro juridicamente desinteressado e que, portanto, não é sujeito ativo da transgressão. Caso esse deseje colaborar com as autoridades, ostentará o *status* de transgressor colaborador em sentido amplo (*cooperating offender*) e não de *whistleblower*, podendo se utilizar dos acordos disponíveis nas esferas administrativa, criminal e cível.

2.3.2.2 A pessoa jurídica como *Whistleblower*?

Souza acrescenta que não há proibição para que o reportante seja pessoa jurídica, ainda que a revelação da informação venha a ser realizada por pessoas físicas, que tiveram contato com o fato.³⁵⁶ Por esse entendimento, a caracterização da entidade como “informante” (utilizando a terminologia da lei) pressupõe uma investigação interna profissionalizada a ser reportada às autoridades.³⁵⁷

Entretanto, essa parece ser uma posição que pode contrastar com a premissa de que o *whistleblower* é um colaborador juridicamente desinteressado, isto é, terceiro não envolvido no delito.

³⁵⁴“Informants are often themselves involved in some sort of unethical enterprise and are using the disclosure of information as a means to reduce their liability, either voluntarily, or due to coercion. They are in a subordinate place as regards the body or person they are disclosing to and must follow their orders or face sanctions.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 5.

³⁵⁵ FERNANDES, David Augusto. *Whistleblower: uma proteção para o Estado*. In: *Revista Jurídica Direito & Paz*, ano X, n. 38, p. 334-354, 1º sem. 2018, p. 337.

³⁵⁶ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 450.

³⁵⁷ Ibid., p. 450.

Por exemplo, do ponto de vista das infrações administrativas à ordem econômica, a pessoa jurídica ostenta responsabilidade e sofre sanções diretas pelo delito, nos termos dos artigos 36 e 37 Lei nº 12.529/2011.

Nas searas administrativa e cível, responde a pessoa jurídica objetivamente (independente de dolo ou culpa) por atos de corrupção contra a administração pública, com fundamento na Lei nº 12.846/2013, bem como por improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429/1992, caso seja demonstrada a responsabilidade subjetiva de seus membros na prática ímproba.

Ainda, na esfera criminal, é possível que pessoas jurídicas sejam responsabilizadas criminalmente por delitos ambientais (artigo 225, §3º, da Constituição Federal) e, quando houver lei que regulamente – ainda não há -, também por delitos contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular (artigo 173, §5º, da Constituição Federal).

Por essa razão, sustenta-se que, em tese, somente seria possível a pessoa jurídica se caracterizar como *whistleblower* quando não fosse possível a sua responsabilização direta pelo ilícito reportado.

Ainda assim, é possível que ostente a posição de vítima e, nessa hipótese, seria sujeito juridicamente interessado. Nessa linha, Gottschalk sustenta que o *whistleblower* não pode ser a vítima do delito.³⁵⁸

Parece ser essa a posição mais acertada, uma vez que tanto o praticante da conduta delitiva, quanto a vítima, têm interesse jurídico direto, respectivamente no que tange a benefícios sancionatórios e à reparação de dano.

Importante que, no que diz respeito à vítima, esse raciocínio se limite a sua concepção sob o ponto de vista individual, uma vez que infrações supraindividuais, como as econômicas, ostentam a coletividade como sujeito passivo.

A aceção de *whistleblower* unicamente como pessoa física também é adotada, dentre outros, pela Transparência Internacional, pelo Conselho da Europa e está prevista na legislação estadunidense (Seção nº 922 - “*Whistleblower Protection*” - do *Dodd-Frank Act* de 2010) e na australiana (*Corporations Act 2001*, Sect 1317 AAA).

A Transparência internacional, em seu Princípio nº 4, sustenta que seja ampliada a definição de *whistleblower* para abranger todo empregado ou trabalhador, incluindo

³⁵⁸ GOTTSCHALK, Petter. *Whistleblowing: white-collar fraud signal detection*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 67.

consultores, *trainees*, estagiários, voluntários, trabalhadores temporários, ex-empregados, dos setores público ou privado, que revelam informações e sofrem risco de retaliação.³⁵⁹

A Recomendação CM/Rec (2014)7 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu define *whistleblowers* como indivíduos que reportam ou revelam informações sobre ameaças de lesão ou lesões efetivas ao interesse público que possam contribuir para o fortalecimento da transparência e responsabilidade democrática.³⁶⁰

No programa de *whistleblowers* da SEC, esses se caracterizam como quaisquer indivíduos que forneçam sozinho ou em conjunto com outros, informação relativa à violação da legislação de valores mobiliários para a Comissão.³⁶¹

A lei australiana dispõe ser o indivíduo elegível como *whistleblower* se é ou já esteve em um rol de funções de uma entidade, como dirigente, empregado, fornecedor, associado, administrador, ou mesmo se é parente desses indivíduos, incluindo dependentes e cônjuges, e funcionários de fornecedores etc³⁶², não havendo qualquer menção a pessoas jurídicas.

³⁵⁹ “Broad definition of whistleblower – a whistleblower is any public or private sector employee or worker who discloses information covered in Principle 3 (above) and who is at risk of retribution. This includes individuals who are outside the traditional employee–employer relationship, such as consultants, contractors, trainees/interns, volunteers, student workers, temporary workers and former employees.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 15.

³⁶⁰ “Recognizing that individuals who report or disclose information on threats or harm to the public interest (“whistleblowers”) can contribute to strengthening transparency and democratic accountability.” COUNCIL OF EUROPE. *Protection of whistleblowers: recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum*. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 1.

³⁶¹ “The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relating to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission.” USA. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 468.

³⁶² “An individual is an eligible whistleblower in relation to a regulated entity if the individual is, or has been, any of the following: [...] (a) an officer of the regulated entity; (b) an employee of the regulated entity; (c) an individual who supplies services or goods to the regulated entity (whether paid or unpaid); (d) an employee of a person that supplies services or goods to the regulated entity (whether paid or unpaid); (e) an individual who is an associate of the regulated entity; (f) for a regulated entity that is a superannuation entity: (i) an individual who is a trustee (within the meaning of the *Superannuation Industry (Supervision) Act 1993*), custodian (within the meaning of that Act) or investment manager (within the meaning of that Act) of the superannuation entity; or (ii) an officer of a body corporate that is a trustee, custodian or investment manager of the superannuation entity; or (iii) an employee of an individual referred to in subparagraph (i) or a body corporate referred to in subparagraph (ii); or (iv) an individual who supplies services or goods to an individual referred to in subparagraph (i) or a body corporate referred to in subparagraph (ii) (whether paid or unpaid); or (v) an employee of a person that supplies services or goods to an individual referred to in subparagraph (i) or a body corporate referred to in subparagraph (ii) (whether paid or unpaid); (g) a relative of an individual referred to in any of paragraphs (a) to (f); (h) a dependant of an individual referred to in any of paragraphs (a) to (f), or of such an individual’s spouse; (i) an individual prescribed by the regulations for the purposes of this paragraph in relation to the regulated entity.” AUSTRALIA. Corporations Act 2001, Sect 1317 AAA. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s1317aaa.html>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Portanto, há uma forte tendência para se considerar apenas a pessoa física como passível de se enquadrar na definição de *whistleblower*. Entende-se não ser possível que o *whistleblower* seja a própria pessoa jurídica, pois, uma vez que ela é o alvo da revelação, pode ostentar o papel de acusada ou de vítima, o que a coloca como parte juridicamente interessada.

2.3.2.3 A pessoa física como *whistleblower*

O *whistleblower*, em regra, não tem a autoridade de impedir as irregularidades ou quem as comete. Assim, quanto maior a posição hierárquica ocupada por alguém, menores serão as chances de ser um *whistleblower*.³⁶³

Godoy acrescenta que os *whistleblowers* integram ou integraram o quadro de terceirizados e/ou funcionários da entidade, incluindo estagiários, temporários ou os que prestam serviço voluntário.³⁶⁴

No mesmo sentido Ragués i Vallès explana que consistem nos “membros ou antigos membros de uma determinada entidade pública ou privada, que denunciam práticas ilícitas – ou pouco éticas – levadas a cabo pela própria entidade ou por quem a integra, para seus superiores, autoridades ou terceiros”.³⁶⁵

Jubb entende que o termo “membro”, conquanto genérico o bastante para abarcar categorias como voluntários, estagiários, subcontratados, pode dar a equivocada noção de que há uma identidade de propósitos entre o *whistleblower* e a própria entidade. Por essa razão, entende que a expressão “pessoa com acesso privilegiado a dados e informações da entidade” seria mais adequada.

Concorda-se com essa posição, uma vez que ela torna possível que terceirizados, fornecedores, clientes, depositários, investidores e outros parceiros e colaboradores, que não

³⁶³ “Whistleblowers cannot stop what disturbs them, they do not have authority over those whom they report; if they did they would have better remedies than whistleblowing at their disposal. The higher one’s position in the hierarchy the less likely one will be a whistleblower; by the same token one is more likely to be an object of the accusation.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 79.

³⁶⁴ GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, p. 269-289, agosto de 2017, p. 277.

³⁶⁵ “[...] aquellos miembros o antiguos miembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas – o poco éticas – llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo em conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.

integram e não são membros diretos da entidade, mas com ela guardam uma relação, possam ser considerados *whistleblowers*.

Além disso, é possível que se abra margem para conferir esse *status* a pessoas que tenham vínculo familiar com as categorias acima mencionadas, uma vez que podem, indiretamente, ter acesso às informações sensíveis decorrentes do acesso privilegiado de seus familiares.

A esse respeito, expõe Lombard que a já mencionada legislação australiana (Corporations Act 2001, Sec. 1317 AAA), após recentes reformas, expandiu significativamente a categoria *whistleblowers* para abranger, antigos e recentes, administradores, fornecedores e seus funcionários, prestadores de serviços, bem como parentes dessas categorias.³⁶⁶

Essa opção prestigia a qualidade do acesso à informação que é prestada (privilegiada) mais do que a especificação do seu emissor. Ao mesmo tempo, não deixa de se coadunar com a posição de que o *whistleblower* consiste em uma modalidade especial de informante, uma vez que esse *status* de *insider*, naturalmente decorrente do acesso privilegiado, já o distingue do informante policial e da testemunha.³⁶⁷

Sob o ponto de vista subjetivo, portanto, categoriza-se o *whistleblower* como um informante (reportante) especial por algumas razões: i) ele não pratica ou participa da transgressão; ii) não é vítima; iii) é um *insider*, isto é, possui acesso privilegiado³⁶⁸ a dados ou informações sensíveis da entidade, dada a proximidade dos fatos em razão da relação prévia ou atual, contribuindo para o direcionamento das investigações.

Para se afastar o *whistleblowing* da figura do praticante do ilícito e de outras categorias de informantes, como as testemunhas, autores também têm tratado o fenômeno como um “ato

³⁶⁶ LOMBARD, Sulette. Regulatory Policies and Practices to Optimize Corporate Whistleblowing: A Comparative Analysis. LOMBARD, Sulette. et. al. In: *Corporate Whistleblowing Regulation: Theory, Practice, and Design*. Singapore: Springer, 2020. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=8m_JDwAAQBAJ&pg=PA10&lpg=PA10&dq=Whistleblower,+as+used+in+Dodd%E2%80%93Frank,+means+any+individual+who+provides,+or+2+or+more+individuals+acting+jointly+who+provide,+information+relating+to+a+violation+of+a+securities+laws+to+the+Commission,+in+a+manner+established,+by+rule+or+regulation,+by+the+Commission.+15+U.S.C.A.+%C2%A7+78u+6\(a\)\(6\)+\(West+2010\).&source=bl&ots=SrqY0mqLze&sig=ACfU3U0kK8s98_9USK6F5yXAoytrLaeK2Q&hl=pt-BR&sa=X&authuser=1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=8m_JDwAAQBAJ&pg=PA10&lpg=PA10&dq=Whistleblower,+as+used+in+Dodd%E2%80%93Frank,+means+any+individual+who+provides,+or+2+or+more+individuals+acting+jointly+who+provide,+information+relating+to+a+violation+of+a+securities+laws+to+the+Commission,+in+a+manner+established,+by+rule+or+regulation,+by+the+Commission.+15+U.S.C.A.+%C2%A7+78u+6(a)(6)+(West+2010).&source=bl&ots=SrqY0mqLze&sig=ACfU3U0kK8s98_9USK6F5yXAoytrLaeK2Q&hl=pt-BR&sa=X&authuser=1#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 22 mar. 2020, p. 9.

³⁶⁷ “The term ‘member’ is sufficiently general to capture employees plus the various other relationships just listed and, perhaps, potential whistleblowing candidates among suppliers, customers or clients. [...] suggests a community of purpose between individual members and between members and the organisation itself. [...] As whistleblowing is not conceivable unless one holds sensitive data or information that can be revealed, this paper relies on that fact and describes the actor as a “person with privileged access to an organisation’s data or information”. This expression conveys the sense of a whistleblower’s insider status as effectively as does employee or member, and alludes to the particular trust placed in persons who are granted access privileges.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 86.

³⁶⁸ “[...] a person who has or had privileged access to a data or information of an organization.” *Ibid.*, p. 78.

de dissenso”.³⁶⁹ Entretanto, essa expressão acarreta uma carga moral de discordância com o ilícito que pode se filiar ao critério de motivação, já afastado na subseção 2.3.1.2.

Portanto, entende-se que o *whistleblower* é o indivíduo, juridicamente desinteressado, com acesso privilegiado a dados e informações de uma entidade.

2.3.3 Conteúdo da revelação

No que se refere ao conteúdo da revelação, serão reportados os *wrongdoings*³⁷⁰ (transgressões), entendidos como práticas ilegais (criminais ou não), irregulares ou antiéticas.

Inclusive, esse é o sentido constante no Plano Anticorrupção do G20, destinado às formas de proteção do *whistleblower*, no qual o *whistleblowing* é definido, a partir da concepção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como “o reporte, por empregados³⁷¹ e ex-

³⁶⁹Jub sustenta que o *whistleblowing* se apresenta como um ato de dissenso, por se tratar de uma revelação que acusa ou desafia autoridades superiores, o que a distingue de outras formas de reporte: “Thus far whistleblowing has been presented as an action of dissent by making a disclosure which accuses and challenges a higher authority. These attributes serve to distinguish whistleblowing from the general mass of acts of informing.” Ibid., p. 81. E acrescenta que o *whistleblower* experimenta um dilema de valores pessoais e organizacionais, materializados no conflito entre obrigações assumidas perante a entidade e seus pares, bem como um dilema de lealdade com a entidade denunciada e a própria sociedade. Para o autor, o primeiro dilema se dá no reino das virtudes éticas, dizendo respeito, principalmente, à capacidade de agir e evitar a cumplicidade: “The whistleblower’s dilemmas are twofold and interacting: a conflict between personal and organisational values, and a conflict between obligations owed to an organisation and to parties beyond it. The second of these dilemmas is that of a divided loyalty, to the accused organization and to a wider constituency [...] The first dilemma is more in the realm of virtue ethics, being concerned, especially, with the capacity to act, and with avoidance of complicity..” Ibid., p. 81. Ainda, conforme Near e Miceli: “Blowing the whistle on an organization is an act of dissidence somewhat analogous to civil disobedience (Eliston, 1982b). In Hirschman’s (1970) terms, it represents expression of ‘voice’ by the dissident, as opposed to other methods by which dissidence might be expressed (e.g. exit from the organizations).” Tradução livre: “Reportar uma entidade é um ato de dissenso um tanto análogo à desobediência civil (Eliston, 1982b). Conforme Hirschman (1970), representa a expressão de ‘voz’ do dissidente, em oposição a outros métodos pelos quais o dissenso pode se expressar (por exemplo, saída das organizações). NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics* 4 (pre-1986), p. 1-16, fev. 1985. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/256132631_Organizational_Dissidence_The_Case_of_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 3.

³⁷⁰ A terminologia, utilizada pela Transparência Internacional, revela se tratar de transgressões para além do Direito Penal, concernentes aos padrões éticos de conduta. Por isso a utilização do termo genérico “wrongdoing”, que abarca práticas irregulares, ilegais (criminosas ou não) e antiéticas (má conduta, conflito de interesses). TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 11.

³⁷¹ Jubb critica a terminologia “empregado”, pois ela limitaria o *whistleblower* a essa categoria, ignorando as outras modalidades de arranjos de trabalho, como estagiários, voluntários, subcontratados, consultores etc. Nesse sentido: “But categorising whistleblowers as employees precludes those who give service under arrangements other than employment contracts. Volunteers, unpaid trainees, subcontractors and consultants may also qualify, as might persons engaged by service contracts, those holding executive positions and fee earning directors.” JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 86.

empregados, de práticas ilegais, irregulares, perigosas e antiéticas praticadas por seus empregadores.”³⁷²

Near e Micele definem *whistleblowing* como uma revelação, por membros de uma organização (antigos ou atuais) de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas sob o controle dos contratantes, a pessoas ou organizações que estão aptas a tomar alguma iniciativa.³⁷³

Nessa mesma linha, Gottschalk entende o *whistleblower* como a pessoa, dentro³⁷⁴ de uma entidade, que nota comportamentos desviantes (*deviant behavior*) e ações que possam representar más condutas ou crimes.³⁷⁵

Amato ressalta que a definição de *whistleblowing* leva em consideração as transgressões, isto é, práticas ilegais, ilegítimas ou imorais, comissivas ou omissivas.³⁷⁶

Adicionalmente, Jubb sustenta que essas transgressões: i) não sejam triviais; ii) estejam sobre o controle da entidade; iii) possam ser reparadas pela entidade; iv) sejam reais, suspeitas ou previsíveis.³⁷⁷

Concordando com os autores, o fenômeno do *whistleblowing* não se exaure apenas na revelação de ilícitos, consumados ou não, fazendo também referência ao reporte de regras internas da entidade, desde que: de maior gravidade (não triviais); ii) estejam sobre o controle da entidade; e iii) sejam existentes ou iminentes.

³⁷² “The International Labour Organization (ILO) defines it as ‘the reporting by employees or former employees of illegal, irregular, dangerous or unethical practices by employers.’” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020. p. 8.

³⁷³ “We, therefore, define whistle-blowing to be the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of the employers, to person or organizations that may be able to effect action.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics* 4 (pre-1986), p. 1-16, fev. 1985. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/256132631_Organizational_Dissidence_The_Case_of_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 4.

³⁷⁴ Embora o autor entenda que o *whistleblower* deva estar dentro da entidade, na subseção 2.3.4, expõe-se que esse não é um pressuposto, bastando que a entidade seja alvo do reporte.

³⁷⁵ “A whistleblower is a person within the organization who notices deviant behavior and actions that can represent misconduct or crime.” GOTTSCHALK, Petter. *Whistleblowing: white-collar fraud signal detection*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 67.

³⁷⁶ “In questo senso, la definizione di Whistleblowing non esaurisce la própria portata applicativa nella rivelazione dela commissione di soli reati, giunti o meno a consumazione. Il richiamo è altresì a tutte quelle condotte passibili di rientrare nell’area dek oitenziale illecito e ridicibili, piuttosto, ala violazione dele regole autoprodotte dall’organizzazione, di regole a essa non necessariamente, o solo indirettamente, etero imposte.” AMATO, Giovanna. Whistleblowing and bribery prevention in Italy. A survey on the relevant criminal law issues of failure to report. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 62, v. 15, 2016, p. 9-57.

³⁷⁷ JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 77-94, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev 2020, p. 87-88.

2.3.3.1 Transgressão não trivial

Ao se considerar que não sejam triviais, filtra-se o conteúdo do relato apenas para transgressões tidas como: i) mais sérias/graves e prioritárias em termos de política de persecução estatal (v.g. que considerem o expressivo dano causado aos cofres públicos); e ii) que demandem maiores esforços para investigação, prevenção e repressão (v.g. transgressões mais sofisticadas e que atinjam bens jurídicos supraindividuais).

Essa delimitação leva em consideração as consequências que a entidade costuma sofrer assim que a revelação é feita e o risco de retaliação do qual costuma padecer o *whistleblower*.

É uma forma, portanto, de impossibilitar que sejam consideradas *whistleblower* pessoas que divulguem meros desvios, imoralidades e irregularidades mais brandas de condutas internas, por exemplo, as quais costumam não justificar a inserção em programas de proteção ou a elegibilidade para recompensas, quando cabíveis.

Near e Micele destacam que a informação deve dizer respeito a atividades organizacionais que prejudiquem terceiros ou comprometam o interesse público.³⁷⁸

No Brasil, a Lei nº 13.608/18 dispõe, em seu artigo 4º-A, que as transgressões devem ser sobre: i) crimes contra a administração pública; ii) ilícitos administrativos; iii) quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Os primeiros são todas as infrações penais que tenham a administração pública direta ou indireta como sujeito passivo, tais como os delitos previstos no título XI do Código Penal, os crimes de licitação (Lei nº 8.666/93) e os crimes de responsabilidade praticados por prefeitos (Decreto-Lei nº 201/1967).

Os ilícitos administrativos são os que tutelam a administração, a probidade administrativa, tais como as infrações administrativas à ordem econômica (artigo 36 da Lei nº 12.529/2011), atos de corrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013), situações que configurem conflito de interesse (Lei nº 12.813/2013), improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), dentre outras.

As ações ou omissões lesivas ao interesse público, inseridas pela Lei nº 13.964, podem apresentar consideráveis divergências hermenêuticas. Ragués I Vallès afirma que a inserção do

³⁷⁸ “The whistle-blowing act has been variously construed as the giving of information concerning organizational activities that ‘harm third parties’ (Elliston, 192a) or ‘jeopardize the public interest’ (Farrel and Petersen, 1982).” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics* 4 (pre-1986), p. 1-16, fev. 1985. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/256132631_Organizational_Dissidence_The_Case_of_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 3.

elemento “interesse público” é questionável, pois se a partir dele se compreender estar abrangida toda a informação que possa dar origem a um procedimento penal ou administrativo, o dispositivo carecerá de capacidade delimitadora. Lado outro, se compreendido como aqueles fatos que atraírem atenção do público a partir dos meios de comunicação, estar-se-á diante de uma excessiva limitação.³⁷⁹

No Brasil, ao que parece, a expressão denota mais uma abertura legal para que se abranja outros delitos. Para Souza, essa “cláusula redacional de abertura” permite que violações a outros interesses coletivos, sobretudo os metaindividuais, sejam alcançados.³⁸⁰

Nesse espaço, é possível que se insiram, de maneira não exaustiva, os crimes contra a ordem tributária e econômica (Lei nº 8.137/90), a lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98), os crimes licitatórios e contratuais (Lei nº 8.666/93), a organização criminosa (Lei nº 12.850/2013) e outros que se refiram a bens jurídicos supraindividuais, tais como crimes contra a incolumidade pública (Título VIII do Código Penal), crimes contra a paz pública (Título IX do Código Penal) e crimes contra a fé pública (Título X do Código Penal).

Seguindo o entendimento de Near e Micele, acima mencionado, mesmo que não violem o interesse público, existem transgressões que podem prejudicar interesses de terceiros.

Em que pese a Lei nº 13.608/2018 se limitar ao campo da ilicitude, há condutas que são reguladas internamente em entidades públicas e privadas e que também possuem relevância para fins de um programa de reportantes, uma vez que podem desencadear retaliações, justificativa essa suficiente para serem juridicamente consideradas.

Na esfera privada, é possível que os regramentos internos estabeleçam, por exemplo, situações específicas de conflito de interesses, não reguladas pelo Ordenamento Jurídico, que podem igualmente trazer consideráveis impactos ao reportante e à entidade relacionada.

No âmbito da administração pública, certas condutas dos Códigos de Ética também devem ser consideradas para fins da definição do *whistleblowing*, ainda que se caracterizem

³⁷⁹ “Algunos estudios sobre la materia añaden el requisito de que la información revelada tenga ‘interés público’. Sin embargo, la utilidad de esta exigencia para precisar el alcance de la presente figura es cuestionable: si interés público se atribuye a toda aquella información que puede dar origen a un procedimiento penal o administrativo, este requisito prácticamente carece de capacidad delimitadora; si, por el contrario, se equipara el interés público con la capacidad de atraer la atención de los medios de comunicación de masas, se restringe excesivamente la definición.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21.

³⁸⁰ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 458.

apenas como irregularidades internas (cf. artigo 9º, §1º, inciso III da Lei nº 13.303/2015 - “Lei das Estatais”³⁸¹).

Embora não sejam, necessariamente, ilícitas e violem apenas a ética interna, as irregularidades internas devem ser tidas como transgressões não triviais e, portanto, interessarem a um programa de reportantes juridicamente regulado quanto ostentarem um caráter mais sério.

Acredita-se que uma definição mais ampla de transgressão não trivial, que não apenas se limite ao rol do artigo 4º-A da Lei nº 13.608/2018 e leve em consideração outros tipos de violações mais graves, inclusive de condutas internas das organizações, possibilitará uma proteção mais ampla, tendo em conta que o reporte desses tipos de conduta igualmente podem atrair retaliações.

2.3.3.2 Transgressão sobre o controle da entidade

No que se refere ao controle das entidades sobre as transgressões, Near e Mícele destacam que o *whistleblower* é um indivíduo que não tem a autoridade e a legitimidade para alterar as atividades da entidade, devendo recorrer a alguém que tenha poder para tanto.³⁸²

A partir dessa premissa, em acréscimo às conclusões da subseção 2.3.2.2, também não seria possível admitir que pessoas jurídicas se caracterizassem como *whistleblowers*, pois são elas que possuem a legitimidade para lidar com as transgressões ocorridas no âmbito de suas atividades.

Caso não se verifique a transgressão no caso concreto, ocorrerá, conforme Jubb, uma imposição injusta de consequências adversas à entidade, comprometendo o valor social da revelação.³⁸³

³⁸¹ BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/13303.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁸² “[...] the whistle-blower is and individual who lacks the authority to change the organization’s activities; that is, the whistle-blower lacks a legitimate base of power for making the change and must rely on other informal bases of power.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics* 4 (pre-1986), p. 1-16, fev. 1985. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/256132631_Organizational_Dissidence_The_Case_of_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20. mar. 2020, p. 2.

³⁸³ “[...] to impose the adverse consequences of whistleblowing on an organisation which has no power to control the wrongdoing is both unfair and jeopardises the social value of the disclosure.” JUBB, Peter B. JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 87.

Sobre a possibilidade de serem reparadas pela entidade³⁸⁴, entende-se ser essa característica inerente ao próprio controle exercido pela entidade sobre as transgressões, caso essa seja a responsável pela transgressão.

2.3.3.3 Transgressão existente ou iminente

Muito embora Jubb utilize o termo “transgressão real/verdadeira”, entende-se que a transgressão atribuída quando da revelação, enquanto não devidamente apurada, será apenas suspeita e isso é inerente à definição, já que haverá uma apuração em torno do relato justamente para a constatação da veracidade das informações.

Por isso, opta-se pela expressão “transgressão existente ou iminente”, uma vez que ela abrange tanto suspeitas de transgressões passadas e/ou atuais quanto das que estão prestes a ocorrer.

Admitindo-se que sejam existentes, a despeito de serem transgressões de perigo concreto ou abstrato, estar-se-á diante de uma função repressiva do *whistleblowing* e, na hipótese de serem iminentes, de uma função preventiva.

Ragués I Vallés, em consonância, compreende que o *whistleblowing* é “um instrumento básico de prevenção e descoberta de comportamentos delitivos, especialmente relacionados com a empresa ou com a corrupção na administração pública.”³⁸⁵

2.3.4 Alvo da revelação: a entidade

O alvo da revelação (divulgação) é a própria entidade pública ou privada. Jubb acrescenta que o termo “entidade” fornece um contexto para o *whistleblowing*, mas que é necessário limitá-lo em três aspectos: i) a entidade deve ser leal ao *whistleblower*, que teve acesso privilegiado a dados e informações; ii) a entidade deve ser o cenário do objeto da revelação, o local ou fonte da transgressão; iii) a entidade é acusada pela revelação.³⁸⁶

O primeiro aspecto, já exposto na subseção 2.3.2.3, reforça o *whistleblower* como pessoa que detém ou deteve acesso privilegiado a dados e informações sensíveis de uma

³⁸⁴ JUBB, Peter B. JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 88.

³⁸⁵ “[...] un instrumento básico de prevención y descubrimiento de comportamentos delitivos, especialmente de los relacionados con la empresa y la corrupción en la administración pública.” RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21.

³⁸⁶JUBB, Peter B. op. cit., p. 86.

entidade, justamente em virtude da lealdade do ente que conferiu uma atribuição que possibilitou esse tipo de acesso.

Ainda que a transgressão não ocorra na entidade em si (dentro dela), ela não prescinde do envolvimento de pessoa a ela relacionada. Em outras palavras, a entidade, seja pública ou privada, faz parte do contexto da revelação, notadamente pelo fato de que: i) o *whistleblower* é um verdadeiro *insider* que com ela guarda uma relação direta ou indireta (v.g. pessoa próximas) de confiança, o que justifica o acesso privilegiado; ii) o acesso privilegiado a dados e informações da entidade logicamente conduz à descoberta de transgressões de pessoas que de alguma forma com ela se relacionam.

Ragués I Vallès sustenta que o fato denunciado deve ser realizado na atividade da entidade, dando uma certa aparência de sua responsabilidade ou de quem a dirige ou integra.³⁸⁷ Near e Micele destacam que os *whistleblowers* tentam influenciar os entes para que mudem o seu comportamento, de modo que finde a transgressão³⁸⁸, reforçando a possível responsabilidade da entidade.

A conexão do *whistleblower* com o ambiente de trabalho não é limitante, porém importa por, em tese, suscitar maior qualificação das informações, na medida em que há maior proximidade com o fato reportado.

Entende-se que a entidade poderá ser responsabilizada pela transgressão, nas hipóteses cabíveis, ou será considerada vítima delas. Seja como for, ela será alvo direto da revelação, independentemente da infração ocorrer ou não dentro dela.

2.3.5 Destinatário da revelação

Na acepção de Jubb, o destinatário da revelação é uma entidade externa que tenha potencial de retificar a transgressão.³⁸⁹

³⁸⁷ “Finalmente, outro rasgo importante es que el hecho denunciado haberse realizado en la atividade de la organización a la que pertenece el sujeto concurriendo lo que *prima facie* podría caracterizarse, en el momento de la denuncia, como una certa aparência de responsabilidade por parte de la organización o de quienes la dirigen o integran.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21.

³⁸⁸ “That is, whistleblowers attempt to influence organizations to change their behavior, in such a way as to terminate the wrongdoing.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Effective Whistle-Blowing. *Academy of Management Review*, 1995, v. 20, n. 03, p. 679-708. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265630110_Effective_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 686.

³⁸⁹ JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22. fev. 2020, p. 79.

Entretanto, como exposto no primeiro capítulo, nas subseções 1.1 e 1.1.1, com a instabilidade da regulação pública e, por conseguinte, com o surgimento da autorregulação regulada, os programas de *compliance* assumiram um relevante papel na repressão e prevenção interna de transgressões.

García-Moreno destaca que, nas últimas décadas, houve uma alteração no papel dos *whistleblowers*, pois agora, “além de guardiães do interesse público”, também se converteram “em instrumentos a serviços dos interesses das empresas”.³⁹⁰

Shecaira e Andrade reconhecem o *whistleblower* como aquela pessoa que é incentivada a reportar condutas que ofendam a ética empresarial estabelecidas em programas de *compliance*.³⁹¹

Para tanto, segundo Cardoso, os canais de denúncias implementados no contexto desses programas de integridade viabilizam o reporte interno de transgressões pelo *whistleblower*, possibilitando a consecução de investigações pela própria entidade.³⁹²

Sieber relata a introdução de “procedimentos de informantes” (*Hinweisgeber*) para a descoberta de transgressões, por denúncias anônimas por intermédio de *hotlines* para *whistleblowers*.³⁹³

Destaca Prado que esse procedimento investigatório não se confunde, necessariamente, com a fase policial, pois pode ocorrer antes, em sede administrativa, na esfera pública (corregedorias e ouvidorias) ou privada, no setor de pessoal ou *compliance*. Para o autor, inclusive é desejável que assim seja para evitar que as autoridades “tradicionais” sejam provocadas “à toa” ou com documentos e informações avulsos.³⁹⁴

Muitas legislações, tais como a do Reino Unido, Estados Unidos, Nova Zelândia e Canadá, como afirma Banisar, encorajam ou determinam que organizações adotem um

³⁹⁰ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) et. al. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 257-284, 2019, p. 263.

³⁹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 222, p.2, maio. 2011, p. 01.

³⁹² CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 66.

³⁹³ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra et al (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, p. 291-318, 2013, p. 296.

³⁹⁴ PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 121-122.

procedimento de apuração inicial, como uma espécie de medida administrativa para lidar com os reportes.³⁹⁵

No Canadá, a Lei de Proteção de Denúncias de Servidores Públicos (Canadian Public Servants Disclosure Protection Act), por exemplo, determina que o Chefe Executivo de cada órgão do governo designe um dirigente sênior para receber e lidar com esses reportes.³⁹⁶

A Lei estadunidense Sarbanes-Oxley determina que companhias públicas estabeleçam comitês de auditoria para receber reportes confidenciais e anônimos, por funcionários, sobre questões de contabilidade ou auditorias questionáveis.³⁹⁷

Em virtude disso, Banisar assume que a revelação pode ser externa, para órgãos reguladores, mídia e demais autoridades, mas também interna, para diretores de alto escalão na entidade.³⁹⁸

Ragués I Vallès, no que se refere ao destinatário, divide o *whistleblowing* em dois fenômenos. Em sendo as transgressões reportadas na esfera dos programas de *compliance* ou a algum membro da entidade, estar-se-á diante de um *whistleblowing interno*.³⁹⁹

Quando, à margem dos procedimentos internos de denúncia, faz-se uso de canais públicos de denúncia, como reporte de transgressão a alguma autoridade ou terceiro (v.g. meio de comunicação), ocorre o *whistleblowing externo*.⁴⁰⁰

Banisar elucida que, nas legislações internacionais sobre *whistleblowing* é frequentemente requerido que o reportante tenha tanto uma crença, de boa-fé, que exista um

³⁹⁵ “Many of the newer laws such as those adopted in the UK, SA, NZ and Canada encourage or require that organizations adopt procedures for an initial handling of disclosures as an administrative measure.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 28.

³⁹⁶ “Each chief executive must designate a senior officer to be responsible for receiving and dealing with, in accordance with the duties and powers of senior officers set out in the code of conduct established by the Treasury Board, disclosures of wrongdoings made by public servants employed in the portion of the public sector for which the chief executive is responsible.” CANADA. Canadian Public Servants Disclosure Protection Act. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/p-31.9/page-2.html#h-402997>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁹⁷“(4) COMPLAINTS- Each audit committee shall establish procedures for-- (A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and (B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.” UNITED STATE OF AMERICA. *Sarbanes-Oxley Law*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁹⁸“The disclosure can be internal to higher-ranking officials in the organization but also to external bodies such as regulatory bodies, ombudsmen, anti-corruption commissioners, elected officials and the media.” BANISAR, David. op. cit., p. 4.

³⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 22.

sério problema, quanto que tenha tentado reportar internamente ou tenha razoáveis crenças de que se tivesse assim feito haveria retaliação ou destruição de prova.⁴⁰¹

No Brasil, o *whistleblowing* externo não é secundário. Na Lei nº 13.608/2018, apenas se dispõe sobre a possibilidade de reporte a unidades de ouvidoria ou correição, que serão mantidas pelos entes federativos para assegurar que qualquer pessoa relate informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A, *caput*).

Nos Projetos de Lei nº 1116/2018⁴⁰² e 65/2019⁴⁰³, apensados ao 9167/2017, consta que, em caso de suspeita de irregularidade a ser confirmada em investigação interna, havendo identificação de crime ou descumprimento legal sujeito à aplicação de multa, a entidade privado deve, além de encaminhar o relato ao Ministério Público, reportar às unidades de recebimento de relatos da: i) entidade prejudicada pela irregularidade; ii) do ente responsável pela regulação do assunto objeto da irregularidade; ou iii) do ente responsável pela proteção difusa dos direitos possivelmente violados com a irregularidade, conforme o caso aplicável; preservando a identidade do reportante.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ “For instance, it is often required that the individual have both a good faith belief that a serious problem exists and also that they attempted to disclose internally or reasonably believed that if they had made an internal disclosure that it would have resulted in retribution or the destruction of evidence.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 30.

⁴⁰² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 05.

⁴⁰³ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 05.

⁴⁰⁴ “Na hipótese de a suspeita de irregularidade ser confirmada em investigação interna, devem ser tomadas medidas possíveis para remediar a irregularidade, que podem incluir implementação ou revisão de processos, medidas disciplinares contra as pessoas envolvidas com a irregularidade, restituição de valores, entre outros.

§1º. Havendo identificação de ocorrência de crime ou descumprimento legal sujeito à aplicação de multa, o ente privado deve relatar a irregularidade à Unidade de Recebimento de Relatos do ente prejudicado pela irregularidade, do ente responsável pela regulação do assunto objeto da irregularidade ou do ente responsável pela proteção difusa dos direitos possivelmente violados com a irregularidade, conforme o caso aplicável.

§2º. Havendo ocorrência de crime, o relato deve ser também encaminhado ao Ministério Público.

§3º. O ente privado preservará a identidade do reportante na comunicação de relatos feita nos moldes dos parágrafos anteriores.”

Em janeiro de 2020, o Ministério da Justiça e Segurança Pública lançou um sistema de ouvidoria geral, o Fala.Br, para destinar os reportes sobre ilícitos praticados contra a administração pública, notadamente corrupção e lavagem de capitais.⁴⁰⁵

No cenário da defesa da concorrência brasileira há também um canal de denúncias no próprio *site* do CADE, na aba do “Clique Denúncia”, desde 2015. Em março de 2020, uma nova versão da plataforma foi lançada, com um formulário simplificado para “qualquer cidadão” reportar ao órgão público condutas anticompetitivas.⁴⁰⁶

Internamente, com a Lei nº 12.846/2013 previu-se a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia, no artigo 7º, inciso VIII.

A Lei nº 13.303/2015 (“Lei das Estatais”)⁴⁰⁷ também previu, em seu artigo 9º, §1º, inciso III, que empresas públicas e sociedades de economia mista elaborassem e divulgassem Códigos de Conduta e Integridade que dispusessem sobre canais de denúncias que possibilitassem o recebimento de denúncias internas e externas sobre os descumprimentos das normas dos Códigos e demais normas internas de ética e obrigacionais.

A Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei n.º 13.848/2019)⁴⁰⁸ prevê, no artigo 22, que cada Agência Reguladora deve dispor de um ouvidor para atuação sem subordinação hierárquica. Dentre as suas competências, exposta no artigo 22, §1º, inciso II, está o acompanhamento do “processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação da Agência”.

Denota-se que de fato a legislação brasileira ainda não se ocupou de conferir algum tipo de priorização a reportes internos ou externos. Saad-Diniz e Silveira destacam que a prática

⁴⁰⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Governo Federal lança canal para receber denúncias de atos ilícitos*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/governo-federal-lanca-canal-para-receber-denuncias-de-atos-ilicitos>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁰⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECOCÔMICA. *CADE lança nova plataforma para recebimento de denúncias*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-nova-plataforma-para-recebimento-de-denuncias>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁴⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁰⁸ Id. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

empresarial parece ter optado por procedimentos de controle interno pelo *whistleblowing* com o propósito de evitar desnecessárias e incontroláveis divulgações de ocorrências.⁴⁰⁹

Nieto Martín reforça que, embora, em tese, as pessoas jurídicas possam comunicar o *whistleblowing* ao órgão fiscalizador independentemente de qualquer investigação interna, o normal é que a empresa verifique minimamente a denúncia a fim de avaliar as consequências que pode vir a sofrer.⁴¹⁰

A esse respeito, de fato é preferível às organizações que estimulem o *whistleblowing* interno para fins de mitigação de sanções. Lado outro, a previsão de recompensa ao *whistleblowing* externo, com a Lei nº 13.608/2018, parece conflitar com essa posição, conforme será examinado no quarto capítulo, subseção 4.1.

Não obstante, é certo que deverá compor a definição de *whistleblowing* tanto o reporte realizado internamente, quanto externamente. Além disso, como complemento, a definição de *whistleblowing* não pode prescindir que os destinatários sejam aptos a proceder com as medidas cabíveis ou, ainda, que sejam capazes de endereçar a revelação às pessoas que possam fazê-los, caso contrário, o reporte será inócuo.

Inclusive, na definição de *whistleblowing* da Transparência Internacional há a ressalva de que os destinatários deverão ser indivíduos ou entidades que se creiam ser hábeis a tomar a ação efetiva.⁴¹¹

⁴⁰⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.153.

⁴¹⁰ “Más útiles aún son las investigaciones internas cuando las empresas toman la decisión de comunicar al fscal hechos conocidos, por ejemplo, a través del canal de denuncias, de los que no existía ningún tipo de noticia. Es verdad que en teoría las personas jurídicas pueden comunicar al fscal, sin realizar ningún tipo de investigación, la denuncia del whistleblower. Pero esto solo ocurrirá en casos excepcionales. Lo normal es que la empresa intente verificar mínimamente la denuncia y conocer lo ocurrido con el fn de estudiar qué consecuencias puede tener para ella la apertura del proceso penal producto de la comunicación de la denuncia.” NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal*. In: KUHLEN, Lothar et al. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 26.

⁴¹¹ “Whistleblowing – the disclosure of information related to corrupt, illegal, fraudulent or hazardous activities being committed in or by public or private sector organisations* – which are of concern to or threaten the public interest – to individuals or entities believed to be able to effect action.” [grifado]. TRANSPARENCY INTERNATIONAL *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 7.

2.3.6 Resultado

Jubb expõe que o resultado da revelação é ela adentrar o domínio público.⁴¹² Todavia, seria a revelação de toda e qualquer transgressão que deveria ser introduzida na esfera pública?

Anteriormente, sustentou-se que o conteúdo das transgressões não deverá ser trivial e, portanto, faria sentido que alcançassem o domínio público, ainda que posteriormente, após apurações internas.

Ocorre que podem existir normas nos Código de Ética que não necessariamente configuram ilícitos e, ainda assim, possuam relevância no cenário organizacional. Por essa razão, esse elemento não é indispensável para compor a definição.

Outra questão é que parte da doutrina entende que a recompensa, enquanto resultado do *whistleblowing*, deve compor a sua definição.

Ragués I Vallès expõe que não é consubstancial ao *whistleblower* o caráter altruísta do reporte. Destaca que a realidade legislativa dos países que deram origem ao fenômeno reconhecem, historicamente, benefícios econômicos quando o reporte culmine em determinadas sanções.⁴¹³

Godoy elenca a recompensa como característica essencial à definição *whistleblowing*. Precisamente por essa razão que não caracteriza o informante do já mencionado caso *Watergate* como *whistleblower*.⁴¹⁴

Costa, por outro lado, encara que, à época, não havia sistemas legais ou estudos mais desenvolvidos, mas considerando o contexto, *Deep Throat* (informante do caso *Watergate*) seria facilmente enquadrado como *wistleblower*.⁴¹⁵

⁴¹² JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation.” In: *Journal of Business Ethics* 21, 77-94, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 78.

⁴¹³ “En ocasiones se ha discutido si es consubstancial a la condición de *whistleblower* el carácter altruísta de la acción de denuncia, es decir, el actuar sin esperar contrapartida alguna por la revelación. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho positivo la realidad legislativa de los países donde este fenómeno tiene sus orígenes obliga a responder negativamente a semejante cuestión, por cuanto tal condición se há reconocido históricamente – y reconoce también em la actualidad – a los denunciantes aun cuando, según prevén ciertas leyes, éstos puedan obtener importantes beneficios económicos cuando la información que aportan permita imponer determinadas sanciones.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 54.

⁴¹⁴ GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, p. 269-289, agosto de 2017, p. 275 e 278.

⁴¹⁵ COSTA, Leonardo Dantas. *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denúncias internas na Administração Pública brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 26, nº 150, p. 189-233, dezembro de 2018, p. 203.

Souza, ainda que não insira a recompensa na definição, não nega que consiste em uma grande característica da política do *whistleblowing*, o que situa o instituto na categoria de Direito Premial.⁴¹⁶

Entende-se que a recompensa pode ou não ser um dos resultados do *whistleblowing*, a depender da política estatal em torno do instituto. Entretanto, não pode ser tratada como elemento essencial na definição.

Reconhecê-la como inerente à definição, pode excluir pessoas que tenham dever legal de reportar, como servidores públicos que, em algumas legislações (v.g. a espanhola – artigo 22 do EBEP⁴¹⁷ – Estatuto Básico del Empleado Público)⁴¹⁸, não podem receber recompensas.

Na legislação brasileira, a recompensa é uma faculdade. Ela *poderá* ser regulamentada pelos entes federativos (artigo 4º da Lei nº 13.608/2018) e, ainda, quando o reporte resultar na recuperação do produto do crime contra a administração pública, o reportante *poderá* ser recompensado em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (artigo 4º-C, §3º, da Lei nº 13.608/2018).

Essa política, portanto, não obriga a recompensa dos “informantes” e, por essa razão, qualquer definição que insira a recompensa como elemento essencial do *whistleblowing* excluirá da categoria os “informantes” dispostos nessa lei, fragilizando as próprias medidas protetivas a eles previstas.

Não se pode confundir os elementos característicos de determinadas políticas de incentivo com os elementos essenciais para a definição do *whistleblowing*. Políticas são mais flexíveis, podendo ser alteradas a depender das respostas sociais e estratégias adotadas pelos governantes.

Por sua vez, institutos jurídicos, como é o *whistleblowing*, possuem um núcleo essencial, uma natureza jurídica e, a partir disso, possibilita-se a criação de um estatuto de direitos e deveres. Os *whistleblowers*, muito embora façam parte de uma política de enfrentamento de transgressões, não podem ser tratados como meros instrumentos de obtenção de provas. São, antes de mais nada, sujeitos de direitos.

⁴¹⁶ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 450.

⁴¹⁷ “No podrá percibirse participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios.” ESPAÑA. *Estatuto Básico del Empleado Público*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>>. Acesso em: 30. mar. 2020.

⁴¹⁸ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2014, p. 59.

Em síntese, o resultado não faz parte do elemento essencial do *whistleblowing*, posto que não precisa o reporte adentrar na esfera pública – nem todo *whistleblowing* interno culmina em ilícitos - e resultar em recompensa – mera política.

2.3.7 Definição formulada

Dos elementos sugeridos por Jubb, entende-se que, com exceção do resultado, os demais são de fato essenciais para uma definição de *whistleblowing*, a saber: i) ação (revelação/relato/reporte); ii) sujeito; iii) conteúdo da revelação; iv) alvo da revelação; e v) destinatário da revelação.

A partir da análise dos elementos acima elencados e das conclusões extraídas, a seguir serão organizados os principais elementos, características essenciais e complementos, para fins de formulação de uma definição própria. Ainda, a coluna interpretação auxiliará no entendimento dos elementos implícitos à definição, exposto no decorrer do capítulo.

Quadro 3: Características essenciais do *whistleblowing*

Elemento	Característica essencial	Complemento	Interpretação
Ação	Revelação	Tida por Original, de Boa-Fé e a partir de Crenças Razoáveis	Originais são todas as informações de análise ou conhecimento independente e que já não sejam de conhecimento das autoridades. Pessoas com o dever funcional de reportar se incluem, exceto as que exerçam função de controle, investigação ou reporte de fatos dos quais reportam. Não serão admitidas violações a sigilos profissionais. Não serão admitidas informações/provas falsas conscientemente apresentadas, bastando a crença razoável sobre a veracidade da informação.
Sujeito	Pessoa física	Juridicamente desinteressada, que tenha acesso	Transgressores e vítimas, sob a acepção individual, não se incluem. O acesso

		privilegiado (direto ou indireto) a dados ou informações sensíveis	privilegiado abrange não apenas membros da entidade, como fornecedores, clientes, terceirizados e pessoas próximas etc.
Conteúdo	Transgressão	Não trivial, existente ou iminente	Ações ou omissões ilegais (criminais ou não), irregulares e antiéticas que tenham considerável impacto, ainda que sejam iminentes.
Alvo	Entidade	Pública ou Privada	A entidade está no contexto revelação (local ou fonte da transgressão) e tem controle sobre a transgressão. A transgressão não precisa ocorrer, necessariamente, dentro da entidade.
Destinatário	Indivíduos ou entidades	Aptos a promoverem uma apuração ou a darem o devido encaminhamento	Abrange a apuração interna (canais de denúncia) e a externa (autoridades e mídia). Consiste em destinatário eficaz, ou seja, que pode promover a apuração ou dar o devido encaminhamento.

Fonte: elaboração própria.

A partir desses elementos, tem-se que o *whistleblowing* consiste em uma revelação de boa-fé e tida por original, consciente e intencional, a partir de crenças razoáveis, realizada por pessoa física juridicamente desinteressada, que tem ou teve acesso privilegiado a dados ou informações sensíveis de uma entidade pública ou privada, sobre a ocorrência de transgressões não triviais, existentes ou iminentes, de pessoa a ela relacionada, para indivíduos ou entidades aptos a promoverem uma apuração ou a darem o devido encaminhamento para tanto.

2.4 A LEI Nº 13.608/2018 E A SUA EXTENSÃO AOS *BELL-RINGERS E LEAKERS*

No tópico 2.2, expôs-se que a Lei nº 13.608/2018 definiu “informante” como “qualquer pessoa” e, dado o caráter demasiadamente amplo, estimula a confusão entre distintos institutos jurídicos.

Para afastar essa imprecisão, foram expostas, na subseção 2.3.2, distinções entre *whistleblowers* e informantes policiais, testemunhas e colaboradores sujeitos ativos da transgressão. Ocorre que essa análise não esgotou as possibilidades de indivíduos que podem ser enquadrados no gênero “informante”/reportante.

Além do *whistleblowing*, há outro instituto relacionado que se convencionou a denominar, pela literatura especializada, de *bell-ringing* (ato de “tocar o sino”). Miceli, Near e Dreyfus sustentam que o *bell-ringing* possui quatro elementos chave: i) revelação voluntária por indivíduos que não sejam jornalistas ou editores; ii) transgressões (incluindo omissões) sob o controle de organizações; iii) ausência de vínculo atual ou anterior com as organizações alvo; iv) reporte para indivíduos que possam fazer cessar as transgressões ou disseminá-las amplamente.⁴¹⁹

A título de exemplo, as autoras expuseram o caso de Harry Markopolos, ex-executivo do ramo de valores mobiliários, que reportou o esquema fraudulento de Bernie Madoff para a *Securities and Exchange Commission* (SEC), sem ter existido qualquer vínculo funcional entre ambos.⁴²⁰

Assim como o *whistleblowing*, o *bell-ringing* também implica revelações. A exclusão de jornalistas e editores, segundo as autoras, decorre do fato de que esses profissionais têm por função a disseminação de notícias e informações e, portanto, mais se assemelham a um receptor/canal de denúncias.⁴²¹

Por essa razão, sustentam que o episódio dos *WikiLeaks*⁴²² não pode ser enquadrado no fenômeno do *bell-ringing*, posto que essa plataforma tem papel de destinatário, assim como os demais veículos da mídia, como o *New York Times* ou *The Guardian*.⁴²³ Tampouco pode se

⁴¹⁹ “We define ‘bell-ringing’ as having four key elements: (1) the disclosure by individuals who are not journalists or publishers (generally voluntarily and at their own initiative) of information about (2) perceived wrongdoing (including omissions) under the control of organizations (3) of which they are not members (including former members or job applicants), to (4) parties or entities that disclosers reasonably believe can stop the wrongdoing or can disseminate the information widely.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. DREYFUS, Suelette. Outsider ‘whistleblowers’: conceptualizing and distinguishing ‘bell-ringing’ behavior. *International Handbook on Whistleblowing Research*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 71-94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298095824-Outsider_'whistleblowers'_Conceptualizing_and_distinguishing_'bell-ringing'_behavior>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 71-72.

⁴²⁰ Ibid., p. 73.

⁴²¹ “The first element of our definition emphasizes that bell-ringing, like whistleblowing, constitutes disclosure. In this element of the definition, we have expressly excluded media journalists, whose purpose is the dissemination of news and information.” Ibid., p. 74.

⁴²² Organização sem fins lucrativos que reúne postagens de fontes anônimas e documentos/ informações confidenciais vazadas de governos e empresas. Seu principal editor, o ciberativista Julian Assange, publicou, em 2010, informações militares sensíveis sobre o governo estadunidense. DAVIES, Nick. 10 days in Sweden: the full allegations against Julian Assange. THE GUARDIAN. London. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2010/dec/17/julian-assange-sweden>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴²³ “Similarly, when WikiLeaks publishes information in order to reach a wide audience, it serves a media role, just as the New York Times or the Guardian does. Thus, the individuals involved in WikiLeaks, such as Julian

enquadrar como *whistleblowing*, pois Julio Assange não tinha acesso privilegiado a informação das organizações que acusou, isto é, não tinha qualquer forma de vínculo com elas, tendo recebido a documentação por fontes.

Por outro lado, as fontes da mídia podem ser *whistleblowers* ou *bell-ringers*, ainda que sua identidade permaneça anônima.⁴²⁴

Miceli, Near e Dreyfus acrescentam que *bell-ringers* revelam informações de modo voluntário e pela observação da transgressão percebida. Ainda, não reportam as transgressões nas organizações nas quais se acredita que ocorram e das quais são membros, bem como não podem receber ou tomar atitudes em relação às informações sobre transgressões como fazem os repórteres.⁴²⁵

Assim como ocorre no *whistleblowing*, no *bell-ringing* as autoras entendem que a transgressão reportada é aquela notada como sob o controle de pelo menos uma entidade.⁴²⁶

O programa de recompensas da Receita Federal estadunidense, a *Internal Revenue Service* (IRS), que prevê que cidadãos forneçam informações sobre eventual sonegação de impostos, pode não se enquadrar na definição de *bell-ringing*.

Se simplesmente um cidadão reportar a omissão de declaração de impostos, por exemplo, de um contribuinte, sem que esse seja uma entidade ou um membro dela no âmbito de suas funções, não se enquadrará nem como *bell-ringer*, por a transgressão não estar sob

Assange, would not be considered bell-ringers but rather media journalists and publishers, with respect to many incidents reported to them. As such, journalists and publishers are more appropriately viewed as (communication) channels that can receive information from bell-ringers (discussed later, with regard to the fourth element). [...]Thirdly, as noted above, organizations such as media outlets cannot be bell-ringers or whistleblowers because they do not fit the definitions of bell-ringing or whistleblowing. Those who receive tips, reports or other types of disclosures may instead serve as bell-ringing (or whistleblowing) channels or complaint recipients. Because some readers may believe that the term 'complaint recipient' (used in the whistleblowing literature) would not apply in some instances of bell-ringing, the term 'channels' (as in communication channels) may be more appropriate.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. DREYFUS, Suelette. Outsider ‘whistleblowers’: conceptualizing and distinguishing ‘bell-ringing’ behavior. *International Handbook on Whistleblowing Research*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 71-94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298095824_Outsider_'whistleblowers'_Conceptualizing_and_distinguishing_'bell-ringing'_behavior>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 74.

⁴²⁴ “Some sources for media organizations may be bell-ringers, but in many cases, it is not possible to know definitively. For example, sources for WikiLeaks are anonymous, providing information via a digital drop box that shields their identities, and more traditional channels often provide similar options to remain anonymous”. Ibid., p. 74

⁴²⁵ “Disclosure is typically voluntary and initiated by the observer of perceived wrongdoing. [...] Because by definition bell-ringers do not report wrongdoing within the organizations in which wrongdoing is believed to occur (i.e., the focal organization) and of which they are members, they cannot be said to hold roles that require internal reporting with respect to what they observe. Further, they cannot receive and take action on information from others about wrongdoing of certain types within their organizations, as in role reporter whistleblowing (Brown 2008).” Ibid., p. 75.

⁴²⁶ “The second element of the definition is that bell-ringers, like whistleblowers, report wrongdoing they perceive to be under the control of at least one organization.” Ibid., p. 76 e 80.

controle de uma entidade e, tampouco, como *whistleblower*, por não envolver pessoa com acesso privilegiado a informação em virtude de vínculo com uma entidade.⁴²⁷

E, em termos de destinatário, no *bell-ringing* as transgressões são reportadas a partes ou entidades que se crê poderem interrompê-las ou, ainda, com a finalidade disseminar a revelação (*bell-ringing channels*).⁴²⁸

Quanto à última, é possível que os *bell-ringers* apenas se sintam ultrajados com a transgressão que estava sendo encoberta e queiram expô-la para que o máximo de pessoas o possível tenham conhecimento. Ainda, pode ser que queiram crédito por estarem certos sobre algo que ocorreu ou mesmo tenham outras motivações para que haja essa exposição.⁴²⁹

As principais distinções entre os institutos do *whistleblowing* e do *bell-ringing* são que, quanto a esse não há vínculo (atual ou anterior) entre a entidade alvo e o reportante e, ainda, pode ser que o seu objetivo seja apenas disseminar a revelação e não necessariamente reportá-la para quem possa fazê-la cessar. A despeito disso, em ambos os casos esses indivíduos podem vir a sofrer retaliações pelas revelações e, portanto, devem ser protegidos.⁴³⁰

Outra figura que merece destaque das demais são os *leakers* (aqueles que “vazam” revelações). Para Prado, consistem em pessoas que utilizam de alguns dos meios de comunicação disponíveis para dar conhecimento de algum ilícito, sem a finalidade de provocar uma investigação.⁴³¹

⁴²⁷ “A citizen who provides evidence that a taxpayer has significant unreported income could not satisfy our definition of bell-ringer, unless that taxpayer (or non-payer) was an organization or an individual acting in his or her role as an organization member (e.g., a business contact), rather than an individual acting on his or her own. The citizen could not be a whistleblower if not employed by that focal organization. Thus, the IRS program is actually for varying types of cases; probably most commonly for reporting non-organizational wrongdoing and, occasionally, for bell-ringing or for whistleblowing.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. DREYFUS, Suelette. Outsider ‘whistleblowers’: conceptualizing and distinguishing ‘bell-ringing’ behavior. *International Handbook on Whistleblowing Research*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 71-94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298095824_Outsider_'whistleblowers'_Conceptualizing_and_distinguishing_'bell-ringing'_behavior>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 77.

⁴²⁸ “The fourth element of the definition is that bell-ringers report perceived wrongdoing to parties or entities that they reasonably believe can stop the wrongdoing or can disseminate the information widely (bell-ringing channels).” Ibid., p. 76 e 80.

⁴²⁹ “For example, bell-ringers may or may not believe that a governmental agency, the New York Times or WikiLeaks could directly cause an organization to correct wrongdoing. They may instead be outraged that wrongdoing is being cloaked in secrecy and want the cloak removed so that as many people as possible know about it. They could also want credit for being right about something that occurred, or have other motives for wanting others to know about some practice.” Ibid., p. 81.

⁴³⁰ “Fourthly, both whistleblowers and bell-ringers may experience negative outcomes after acting”. Ibid., p. 82.

⁴³¹ PRADO, Rodolfo Macedo do. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 117.

Miceli, Near e Dreyfus, porém, sustentam que o fenômeno do *leaking* implica também revelar informação que é tida como confidencial ou secreta (v.g. envolvendo segurança nacional).⁴³²

Ao contrário, nem sempre o *bell-ringing* será confidencial, pois pode ser que alguma entidade seja a fonte de determinada conduta prejudicial que esteja sendo praticada e que, muito embora algumas pessoas tenham conhecimento, as autoridades e a mídia não.⁴³³ O mesmo com relação ao *whistleblowing*. Portanto, nem todos os *bell-ringers* e *whistleblowers* são *leakers*, mas podem vir a ser, em situações específicas.

É possível se constatar que na Lei nº 13.608/2018 o termo “informante” parece enquadrar não apenas os *whistleblowers*, como também os *bell-ringers* e *leakers*, e a “qualquer pessoa” que, não enquadradas nas categorias anteriores, relate informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A).

Essa informação é relevante na medida em que esse diploma legal previu mecanismos de proteção e recompensas aplicáveis a esses indivíduos também. Dada a abrangência do termo “informante”, é possível que outras pessoas sejam enquadradas, como aquelas do exemplo do IRS, em que uma pessoa física denunciou outra por sonegação, sem se qualificarem em qualquer dos institutos acima mencionados.

⁴³² “However, 'leaked' may imply that the disclosed information is understood to be confidential or to involve secrets, for instance, involving national security.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. DREYFUS, Suelette. op. cit., p. 81.

⁴³³ “But in some instances that we call bell-ringing, information given to the media, unions or governmental officials may not be confidential, but rather, the discloser believes that some organization is harming others and that authorities or the media are not aware of the harm” Ibid., p. 81.

CAPÍTULO TERCEIRO – *WHISTLEBLOWING* E O SEU DESAFIO NUCLEAR: A ELABORAÇÃO DE UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO

3.1 PANORAMA DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO *WHISTLEBLOWER*

O *whistleblowing* tem sido utilizado como meio para aprimorar culturas organizacionais a elevados padrões de transparência nos setores público e privado, na medida em que contribui para a exposição de transgressões.

O resguardo dos *whistleblowers* constitui um relevante indicador de ética e eficácia de programas de *compliance*, no campo do *whistleblowing* interno, revelando a proatividade corporativa na prevenção, detecção e enfrentamento de transgressões, o que contribui para uma boa propaganda corporativa.

Também, no que se refere ao *whistleblowing* externo, constitui um indício da consecução de uma política de consensualização da persecução de ilícitos, na qual o Estado convoca o setor privado a compor um sistema de vigilância permanente, sem deixar de oferecer assistência para tanto.

Ragués I Vallès afirma que a tendência de proteger e incentivar o *whistleblowing* se estendeu a vários países em virtude: i) da obrigação de se adaptar à normativa estadunidense que possui as filiais de multinacionais cuja sede se encontra naquele país ou empresas estrangeiras que queiram operar naquele mercado; ii) das convenções internacionais e recomendações de organizações supranacionais, que têm enfatizado a criação de regulações específicas que tutelem os *whistleblowers*.⁴³⁴

No artigo 33 da Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção é previsto que os Estados Parte, com relação aos reportes recebidos por autoridades envolvendo delitos relacionados na Convenção, considerarão incorporar medidas para tutelar “denunciantes”, de boa-fé e com motivos razoáveis, contra tratamentos injustos.⁴³⁵

⁴³⁴ “Dada la influencia mundial de la política y la economía estadounidenses, esta voluntad de proteger e incentivar a los denunciantes se ha extendido hacia otros países, fundamentalmente por dos razones: por un lado, por la obligación de adaptarse a normativa estadounidense que tienen las filiales de las multinacionales cuya matriz se encuentra en aquel país o las empresas extranjeras que quieren cotizar en aquel mercado; y, por otro lado, a través de diversos convênios internacionales y recomendaciones de organizaciones supranacionales que han aconsejado enfáticamente la creación de regulación específica que ampare a los denunciantes.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 29.

⁴³⁵ “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de

O pacto internacional deixa a cargo dos Estados Parte a eleição das medidas de proteção que julgarem adequadas, bem como não requer que se esgotem os canais internos de denúncia, a menos que se interprete pela normativa local que isso se trata de um requisito da boa-fé.

No artigo 3º, 8, da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, é prevista a criação de sistemas para proteger servidores públicos e cidadãos que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, incluindo a proteção de sua identidade, em acréscimo às previsões da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.⁴³⁶

Em 2009, a Recomendação para Combate à Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Internacionais da OCDE previu que as corporações concedam proteção às pessoas que, de boa-fé e com motivos razoáveis, queiram reportar violações legais ou de padrões profissionais ou éticos ocorridos na corporação, e que incentivem as corporações a tomar atitudes baseadas em tais reportes.⁴³⁷

No Plano de Ação Anticorrupção de Proteção de *Whistleblowers* do G20, de 2011, houve uma preocupação em estabelecer um rol de mecanismos de proteção de *whistleblowers* de maneira mais específica. Como resultado, foram estabelecidas as seguintes medidas: i) proteção contra discriminação ou retaliação; ii) previsão de isenção de responsabilidade criminal e civil pelo reporte; iii) proteção da identidade do *whistleblower*; iv) redução do ônus da prova em relação à retaliação do reporte.⁴³⁸

Além dos instrumentos normativos internacionais, existem: i) fontes domésticas gerais (Constituições, Códigos e/ou Leis); ii) legislações domésticas setoriais; iii) legislações voltadas ao servidores públicos; iv) legislações voltadas a trabalhadores do setor privado.⁴³⁹

acordo com a presente Convenção.” UNITED NATIONS OFFICE IN DRUGS AND CRIME (UNODC). *Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020.

⁴³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. 1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 3.

⁴³⁷ “[...] companies to provide channels for communication by, and protection of, persons not willing to violate professional standards or ethics under instructions or pressure from hierarchical superiors, as well as for persons willing to report breaches of the law or professional standards or ethics occurring within the company in good faith and on reasonable grounds, and should encourage companies to take appropriate action based on such reporting.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 6.

⁴³⁸ Id. *G20. Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 11-12.

⁴³⁹ Id. *Recommendation of Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 7-8.

Quanto às legislações domésticas destinadas à proteção de reportantes, Mota expõe as seguintes Constituições: da China, que proíbe a retaliação a cidadãos que façam denúncias; do Equador e da Alemanha, sendo que as duas últimas impõem como dever de todos a denúncia e o combate a atos de corrupção.⁴⁴⁰

Fernandes destaca a Lei de Proteção de Denunciante do Japão (WPA), a Lei de Proteção de Revelação da África do Sul (PDA) e a Lei de Revelação de Interesse Público do Reino Unido (UK-PIDA).⁴⁴¹

A *International Bar Association* também elenca a Lei de Revelações Protegidas da Irlanda (2014), a Lei de Proteção de Interesse Público de *Whistleblowers* da Coreia do Sul (2011), a Lei de Revelações Protegidas da Nova Zelândia (2000) e a Lei de Proteção de *Whistleblowers* nº 128/2014 da Sérvia.⁴⁴²

Adicionalmente, o autor esclarece que esse tipo de proteção também é previsto em Códigos Penais de diversos países. No do Canadá, proíbe-se a retaliação contra empregados que oferecem informações sobre crimes. Por sua vez, no Código Penal dos Estados Unidos, alterado pela Lei Sarbanes-Oxley (SOX Act), a retaliação de denunciante que fornece informações verdadeiras sobre a prática de violações à lei federal resulta em multa e/ou prisão.⁴⁴³

Existem também leis setoriais, como as antitruste, trabalhista, societária, ambiental e anticorrupção, que se ocupam da proteção de reportantes específicos em relação a violações igualmente específicas, tais como da Lei Anticorrupção da Coreia do Sul (ACRC Act); do Código Trabalhista da França – para casos de saúde, segurança ou assédio sexual -; do *Dodd-Frank Act*, para reportantes de violações da lei de valores mobiliários.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*Whistleblower*): um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, v. 9, n. 30, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5492703>>. Acesso em: 15 abr. 2020, p. 6.

⁴⁴¹ FERNANDES, David Augusto. *Whistleblower*: uma proteção para o Estado. *Revista Jurídica Direito & Paz*, ano X, n. 38, p. 334-354, 1º sem. 2018, p. 346.

⁴⁴² “The whistleblower protection laws in place that experts consider comprehensive are the United Kingdom’s Public Interest Disclosure Act 1998, Ireland’s Protected Disclosures Act 2014, South Korea’s Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers 2011, New Zealand’s Protected Disclosures Act 2000 and Serbia’s Zakon o zaštiti uzbunjivača (Law on the Protection of Whistleblowers No 128/2014).” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 12.

⁴⁴³ FERNANDES, David Augusto. op. cit., p. 346.

⁴⁴⁴ “Under these sources of law, protection may only be afforded to specific persons or for the reporting of specific offences. For example, Korea’s Act on Anti-Corruption and the Establishment and Operation of the Anti-Corruption and Civil Rights Commission (ACRC Act) provides whistleblower protection to anyone who reports an act of corruption to the Commission.¹² France’s Code du Travail also provides some protection measures for employees who report health or safety issues, or instances of sexual harassment.¹³ The United States Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act) protects whistleblowers who provide information to the Securities and Exchange Commission (SEC) relating to a possible violation of securities law

Como exemplo de leis que regulam os servidores públicos mencionam-se a: Lei nº 06/2012, n. 190, que dispõe sobre a Prevenção e Repressão da Corrupção na Administração Pública da Itália⁴⁴⁵; a Lei nº 20.205/2007, que protege o agente que denuncia irregularidades e faltas ao princípio da probidade no Chile⁴⁴⁶; a Lei nº 29.542/2010, que protege o denunciante na esfera administrativa cuja colaboração é eficaz em âmbito penal do Peru ⁴⁴⁷; bem como o *Whistleblower Protection Act* de 1989 (WPA)⁴⁴⁸ e o *Whistleblower Protection Enhancement Act* de 2012 (WPEA)⁴⁴⁹, ambos voltados à proteção de servidores públicos federais estadunidenses que reportem evidências de desperdício, fraude ou abuso.

Menciona-se também, quanto à proteção exclusiva de servidores públicos, a Lei de Proteção à Revelação de Servidores Públicos do Canadá (PSDPA), bem como os Códigos de Ética e Conduta de Servidores Públicos, como o Código de Conduta do Serviço Público Australiano.⁴⁵⁰

No que se refere aos trabalhadores da iniciativa privada, há sistemas heterogêneos, que envolvem a proteção desses em conjunto com a de servidores públicos, como o WPA do Japão, o PDA da África do Sul, o UK-PIDA e o *Dodd-Frank Act* dos Estados Unidos.

that has occurred, is ongoing or is about to occur.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: < <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 7.

⁴⁴⁵ ITALIA. *Legge 6/2012, n. 190*. Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012-11-06:190!vig=>>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁴⁶ CHILE. *Ley n. 20.205/2007*. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidade. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=262932>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁴⁷ PERU. *Ley n. 29.542/2010 - Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal*. Disponível em: < https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ley29542.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁴⁸ UNITED STATES OF AMERICA. *Whistleblower Protection Act (WPA)*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>>. Acesso em: 15. abr. 2020.

⁴⁴⁹ Id. *Whistleblower Protection Enhancement Act (WPEA)*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-112s743enr/pdf/BILLS-112s743enr.pdf>>. Acesso em: 15. abr. 2020.

⁴⁵⁰ “Canada’s Public Servants Disclosure Protection Act (PSDPA), for example, provides protection from reprisals for public servants who disclose wrongdoings in or relating to the public sector. Public service codes of ethics and conduct may additionally provide for whistleblower protections within the public sector. For example, the Australian Public Service Code of Conduct makes express reference to whistleblower protections for public service employees who report breaches (or alleged breaches) of the Code to an authorised person.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: < <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 7.

Existem também sistemas homogêneos, de tutela exclusiva de um dos setores, como o PSDPA Canadense e o Código de Conduta do Serviço Público da Austrália (setor público) e o *Corporations Act* da Austrália (setor privado).⁴⁵¹

Nos Estados Unidos, o marco da legislação de proteção do *whistleblower* foi o *Civil Service Reform Act* (CSRA), de 1978, destinado aos servidores públicos federais que reportassem condutas irregulares no âmbito de suas atribuições. Nesse contexto, criou-se a agência *Merit System Protection Board* (MSPB), cuja atribuição era a apuração de denúncias relativas à violação dos direitos dos *whistleblowers*.

Entretanto, a legislação não surtiu o efeito esperado e, em 1989, foi promulgado o *Whistleblower Protection Act* (WPA), criando ferramentas mais sofisticadas de proteção, bem como atribuindo ao *Office of Special Council* (OSC) a competência para investigar e representar perante a MSPB.

Em 2012, ocorreu nova reforma na legislação federal de proteção do *whistleblower*, que resultou no *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), cujo objetivo era dar maior eficácia⁴⁵² ao programa de tutela.

Nos anos seguintes, diversas leis setoriais foram sendo promulgadas, abrangendo as esferas pública e privada, em setores específicos, como saúde, meio-ambiente, segurança, alimentação, etc. São exemplos: *Clean Air Act* (CAA), *Commercial Motor Vehicle Safety Act* (CMVSA), *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980* (CERCLA), *Department of Defense Authorization Act of 1987*; *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Dodd-Frank Act); *Energy Reorganization Act of 1974* (ERA), *Fair Labor Standards Act of 1938* (FLSA), *FDA Food Safety Modernization Act* (FDA Modernization Act); *Federal Mine Safety and Health Act* (FMSHA), *Water Pollution Control*

⁴⁵¹ “Some G20 countries have included protection of private sector employees in their dedicated whistleblower protection legislation. For example, Japan’s WPA and South Africa’s PDA expressly provide protection for both public and private sector employees. As noted above, company and securities laws can also be important sources for private sector whistleblower protections. For example, the Australian Corporations Act provides for protected disclosures, including for certain criminal offences. As noted above, the Dodd-Frank Act also covers private sector whistleblowers.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: < <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 8.

⁴⁵² “The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 will strengthen the rights of and protections for federal whistleblowers so that they can more effectively help root out waste, fraud, and abuse in the federal government. Whistleblowers play a critical role in keeping our government honest and efficient.” Tradução livre: “A Lei de Aprimoramento de Proteção de *Whistleblower* de 2012 fortalecerá os direitos e proteções para reportantes na esfera federal, de modo que possam auxiliar mais efetivamente a obstar o desperdício, fraude e abuso no governo federal. Os denunciantes desempenham um papel crucial em manter nosso governo honesto e eficiente.” UNITED STATES OF AMERICA. SENATE. *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012: reporte of the committee on homeland security and governmental affairs United States Senate*. Disponível em: < https://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020, p.1.

*Act of 1972 (FWPCA), Longshore and Harbor Workers' Compensation Act (LHWCA), Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA), Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSH Act), Safe Drinking Water Act (SDWA), Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX), Solid Waste Disposal Act (SWDA), Surface Mining Control and Reclamation Act (SMCRA), Toxic Substances Control Act (TSCA).*⁴⁵³

3.2 DIPLOMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DE REPORTANTES NO BRASIL

No Brasil, o artigo 126-A da Lei nº 8.112/90⁴⁵⁴ (Lei dos Servidores Públicos Civis Federais), acrescido pela Lei nº 12.527/2011⁴⁵⁵ (Lei de Acesso à Informação), prevê a imunidade cível, penal e administrativa a servidor público federal que der ciência, à autoridade competente, sobre a prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do cargo. Além disso, no inciso IV, do artigo 116, dispõe também sobre o direito do servidor de descumprir ordem de superiores quando forem manifestamente ilegais.

A Lei nº 8.443/1992⁴⁵⁶ (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), estabelece, no artigo 55, que o Tribunal, no resguardo dos direitos e garantias individuais, dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. No § 2º, é previsto que o “denunciante” não se sujeite a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo se comprovada a má-fé. No §3º, consta ainda que caberá ao Tribunal “manter o sigilo do objeto e da autoria da denúncia quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Com a Lei nº 9.807/1999⁴⁵⁷, institui-se um programa federal de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas, prevendo também a proteção de acusados ou condenados que

⁴⁵³ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/myeel/Downloads/E16A04%20-%20Ajufe%20-%20Produto%20final%20-%20Anteprojeto%20de%20Lei%20-%20Anexo%20-%20Subsidios%20para%20debate%20whistleblower%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/myeel/Downloads/E16A04%20-%20Ajufe%20-%20Produto%20final%20-%20Anteprojeto%20de%20Lei%20-%20Anexo%20-%20Subsidios%20para%20debate%20whistleblower%20(1).pdf)> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 9.

⁴⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁵⁵ Id.. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁵⁶ Id. *Lei nº 8.443/1992 de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁵⁷ Id.. *Lei nº 9.807/1999 de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a

efetivamente colaboraram com as autoridades. Segundo Fernandes, essa lei é específica para proteger vítimas e testemunhas em investigações e processos criminais, não incluindo processos administrativos.⁴⁵⁸

Em 2007, foi editado o Decreto nº 6.029, com a finalidade de instituir o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal, no qual se determinou a proteção da identidade do denunciante, a ser observada nos trabalhos da Comissão de Ética (artigo 10, inciso II).⁴⁵⁹

Com a Lei nº 13.303⁴⁶⁰ (Lei das Estatais e subsidiárias), de 2016, previu-se que empresas públicas e sociedades de economia mista se dotassem mecanismos de proteção para impedir retaliação a qualquer pessoa que utilize o canal de denúncias (artigo 9º, §1º, IV).

Em 2017, a Lei nº 13.460⁴⁶¹, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, prevê que em caso de manifestação dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável, a identificação do requerente, por ser informação pessoal, deverá ser protegida, com a restrição de acesso, nos termos da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) (artigo 10, §7º).

Para regulamentar a Lei nº 13.460/2017, em 2018 foi editado o Decreto nº 9.492⁴⁶², no qual se previu a: i) manutenção da proteção de dados e informações pessoais quando da certificação de identidade do reportante; ii) capacitação nas atividades de ouvidoria e de proteção e defesa do usuário de serviços públicos; iii) proteção da identidade e dos elementos que permitam a identificação do usuário de serviços públicos ou do autor da manifestação pelo Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁵⁸ FERNANDES, David Augusto. *Whistleblower: uma proteção para o Estado*. *Revista Jurídica Direito & Paz*, ano X, n. 38, p. 334-354, 1º sem. 2018, p. 349.

⁴⁵⁹ BRASIL. *Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007*. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁶⁰ Id.. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁶¹ Id. *Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁶² BRASIL. *Decreto nº 9.492 de 5 de setembro de 2018*. Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública federal, institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9492.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Após a promulgação da Lei nº 13.608/2018⁴⁶³ apenas o sigilo de dados foi estabelecido como medida de proteção ao *whistleblower* e demais “informantes” (*leakers, bell-ringers* e outras categorias de reportantes).

Em 2019, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Portaria nº 292⁴⁶⁴, determinou o sigilo da identidade do denunciante de boa-fé pelo prazo de 100 anos. Previu também os procedimentos para a análise de denúncias anônimas de condutas anticompetitivas, que deverão ser apreciadas pela Superintendência-Geral, que: i) irá instaurar o procedimento preparatório, se houver elementos suficientes, ou; ii) arquivará o procedimento (caso se trate de lide privada, sem interesse da coletividade, ou se forem incompreensíveis os fatos narrados e os respectivos fundamentos).

O Decreto nº 10.153/2019⁴⁶⁵ dispõe que as unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal deverão implementar as medidas necessárias para o recebimento, encaminhamento de denúncias e proteção das informações recebidas.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019⁴⁶⁶ (Lei Anticrime), que alterou a Lei nº 13.608/2018, foram previstas também: i) a proteção integral contra retaliações, incluindo a demissão arbitrária, a alteração injustificada de funções, dentre outras; ii) a isenção de responsabilidade civil ou penal em relação ao relato, exceto se apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas; iii) a preservação da identidade; iv) a proteção pelas medidas previstas na Lei nº 9.807/1999; v) a configuração da retaliação como falta disciplinar grave, passível de sujeição de demissão a bem do serviço público; vi) o ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões decorrentes da retaliação.

⁴⁶³ BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em 10 mar. 2020.

⁴⁶⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Portaria nº 292 de 24 de abril de 2019*. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOr4HTCGwttAStcOeC_FHTc-Mn1Bq2CYz4-u4d9ssHEBfOr_PCAPogoDf-AgN6tQsPNUL6-N9yuZ8cDvmAW3wMc>. Acesso em 30 mar. 2020.

⁴⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019. Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁶⁶ Id. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 10 mar. 2020.

3.3 A LEI Nº 13.608/2018 E A TUTELA DO “INFORMANTE”

Do que foi apresentado até o momento, é possível se constatar que a Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019, não diz respeito unicamente aos *whistleblowers*, pois se aplica a quaisquer pessoas que relatem informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A).

Como exposto no segundo capítulo, subseções 2.3.2.3 e 2.4, a consequência disso é que as disposições que tratam da proteção do “informante” também se estendem ao *whistleblower*.

3.3.1 O sigilo de dados

Souza afirma que a imunidade material é uma das medidas que buscam conferir uma proteção integral, decorrente das previsões relativas ao sigilo de dados, preservação da identidade e incidência da lei de proteção às testemunhas.⁴⁶⁷

A identidade é um dado pessoal, mas nem todo dado pessoal é hábil a identificar alguém. O sigilo de dados se insere na proteção do “informante” e abrange a preservação de seus dados cadastrais (v.g. RG, CPF, PIS), atributos biográficos (v.g. nome, data de nascimento, filiação, naturalidade etc), biométricos (v.g. digitais) e genéticos, bem como informações sensíveis (v.g. filiação política, orientação sexual, religião).

É coerente que o Estado, em contrapartida a sua política de incentivo à participação de particulares na persecução de infrações (controle social formal), garanta a proteção do “informante”, a começar por seus dados pessoais, em especial a sua identidade.

Rocha afirma que a possibilidade de relatar fatos à autoridade tendo garantida a proteção da identidade é requisito fundamental da proteção contra retaliação. Para o autor, essa proteção é um ingrediente essencial para um *whistleblowing* efetivo e assegura a confidencialidade da identidade.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 464.

⁴⁶⁸ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsídios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 32.

Essa proteção da identidade se impõe, em regra, em três dimensões: i) não revelação ao público; ii) não revelação a terceiros interessados que fizerem requerimento formal; iii) não compartilhamento requisitado ou espontâneo.

No artigo 6º do Decreto nº 10.153/2019⁴⁶⁹, que dispõe sobre a proteção da identidade de “denunciantes” na esfera federal, garante-se a proteção da identidade do reportante logo no recebimento do relato. Essa proteção se dá pelo processo de *pseudonimização* (artigo 3º, II), que consiste no tratamento pelo qual o dado perde a possibilidade de associação direta ou indireta a um indivíduo, “senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente”.

Tal proteção imediata é de grande relevância, pois a proteção da identidade é o pilar fundamental da proteção do reportante, não se podendo postergar essa tutela para uma fase posterior, que considere a análise prévia da sua boa-fé, por exemplo.

O artigo 3º da Lei nº 13.608/2018 dispõe que o “informante” que se identificar terá assegurado o sigilo dos seus dados pelo órgãos que receberem a denúncia, sem fazer qualquer ressalva quanto ao momento dessa proteção. A partir disso, depreende-se existir uma proteção imediata decorrente do relato, a despeito de eventual análise de sua admissibilidade.

O artigo 4º-B, *caput*, prevê que o “informante” terá direito à preservação da identidade, ressalvadas as hipóteses de “relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos”.

Decorrente do sigilo de dados, a preservação da identidade do “informante” prevista no artigo 4º-B, *caput*, Lei nº 13.608/2018, deverá ser interpretada em conjunto com o artigo 10, §7º, da Lei nº 13.460/2017⁴⁷⁰, que dispõe que por ser informação pessoal, deverá ser protegida com a restrição de acesso, conforme a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)⁴⁷¹.

A Lei de Acesso à Informação define que as informações pessoais são “relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 4º, inciso IV), devendo o seu tratamento ser feito de “forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”, garantindo-se o seu “acesso restrito,

⁴⁶⁹ BRASIL. Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019. Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁷⁰ Id. Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113460.htm> Acesso em: 30 mar. 2020.

⁴⁷¹ Id. Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos” a contar da sua data de produção (artigo 31).

O artigo 25 dessa lei dispõe ser dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.

De acordo com o §1º do referido dispositivo, o acesso, a divulgação e o tratamento da informação sigilosa “ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la, credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei”. Conforme o §2º, o acesso à informação sigilosa cria a obrigação de resguardar o sigilo para aquele que a obteve.

O §3º, do artigo 25, da Lei de Acesso à Informação, dispõe que esse regulamento visa proteger a informação sigilosa da “perda, alteração indevida, acesso, transmissão e divulgação não autorizados.”

Com a publicação do Decreto nº 7.845/2012⁴⁷², houve a regulamentação dos procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informações sigilosas, sendo previstas diretrizes sobre o procedimento de controle, marcação, expedição, tramitação, comunicação, reprodução, preservação e guarda desses documentos, que deverão ser observadas em relação aos dados sigilosos da Lei nº 13.608/2018.

Assim, conforme Souza, poderá ocorrer o armazenamento da identidade do informante em pastas lacradas, mantidas em salas reservadas; depoimento sem a identificação do “informante” (qualificação tarjada), quando escrito, ou com máscaras, quando filmado.⁴⁷³

Em situação análoga, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não caracteriza nulidade de prova ou do processo-crime decorrente do sigilo da identidade de testemunha que, temendo represálias, teve apenas a sua qualificação anotada fora dos autos, com acesso exclusivo ao magistrado, acusação e defesa.⁴⁷⁴

Igualmente, a Corte Suprema também entendeu pela validade do sigilo sobre a qualificação de testemunha na fase policial para preservar a sua higidez física ou psíquica, em face do temor de represálias, na forma da Lei nº 9.807/99.⁴⁷⁵

⁴⁷² BRASIL. Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm>. Acesso em 30 mar. 2020.

⁴⁷³ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 467.

⁴⁷⁴ STF – Segunda Turma - HC nº 112.811/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12/08/2013.

⁴⁷⁵ STF – Segunda Turma – HC nº 136.503/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 02/05/2017.

Há outros instrumentos normativos que preveem o sigilo sobre a qualificação do reportante, tal como a Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014⁴⁷⁶, da Controladoria-Geral da União (CGU), que fixou diretrizes para o sigilo da identidade do denunciante.

No artigo 3º, §1º-3º, do referido diploma, dispõe-se que a ouvidoria, de ofício ou sempre que houver solicitação de reserva de identidade, deverá encaminhar a manifestação sem o nome do demandante, hipótese em que a denúncia será tramitada ou encaminhada a outros órgãos de investigação como se fosse anônima, exceto se configurar denúncia caluniosa ou flagrante má-fé. Caso indispensável à apuração dos fatos, o nome será encaminhado ao órgão apuratório, que deverá restringir acesso à identidade.

3.3.1.1 Responsabilidade de agentes públicos por violação do sigilo

Os agentes públicos que lidem com o reporte e que violarem o sigilo, conforme Souza, responderão por: i) infração disciplinar; ii) crime do artigo 325 do Código Penal; iii) improbidade administrativa do inciso III, do artigo 11, da Lei nº 8.429/92; e iv) infrações decorrentes dos artigos 5º, inciso I c/c 6º, inciso II, da Lei nº 12.813/2017 (Lei de Conflito de Interesses), que abrange ex-agentes públicos pelo prazo de 6 (seis) meses.⁴⁷⁷

Adicionalmente, no artigo 32 Lei de Acesso à informação é previsto, ao agente público federal, além da possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa, apenamento mínimo de suspensão, para os fins dispostos na Lei nº 8.112/90. Por analogia, aos agentes públicos estaduais e municipais aplica-se a mesma penalidade, de acordo com os seus respectivos estatutos.

De acordo com o artigo 33, pessoas físicas ou entidades privadas que detiverem informações em virtude de vínculos com o poder público e não observarem o disposto na lei estarão sujeitas a: i) advertência; ii) multa; iii) rescisão do vínculo com o poder público; iv) suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a dois anos; v) declaração de inidoneidade para

⁴⁷⁶ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014*. Estabelece normas de recebimento e tratamento de denúncias anônimas e estabelece diretrizes para a reserva de identidade do denunciante. Disponível em: < <https://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/legislacao/in/instrucao-normativa-conjunta-n-01-2014-ogu0001.pdf/view>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

⁴⁷⁷ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 467.

licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Portanto, agentes públicos e pessoa físicas ou entidades privadas em virtude do vínculo com órgãos públicos respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou pessoais, assegurado o direito de regresso.

3.3.1.2 A Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei nº 13.709/2018⁴⁷⁸ (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa jurídica de direito público ou privado (artigo 1º), não se aplica a “atividades de investigação e repressão de infrações penais” (artigo 4º, inciso III, alínea “d”).

Entretanto, essa ressalva legal não abrange, em tese, atividades de investigação de ilícitos administrativos e/ou ações/omissões lesivas ao interesse público, nos termos do artigo 4º-A, da Lei nº 13.608/2018, que não redundem também em infração penal.

Na esfera dos delitos econômicos grande parte das infrações administrativas também possuem reflexos penais, a título de exemplo os delitos de cartel, corrupção ativa e fraude à licitação. Essas são infrações administrativas previstas, respectivamente, nos artigos 36, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, 5º, incisos I e IV, alínea “d”, da Lei nº 12.846/2013, bem como crimes, dispostos nos artigos 4º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, 33 do Código Penal e 93 da Lei nº 8.666/93.

Há infrações à ordem econômica, como o *sham litigation*⁴⁷⁹, que são, em um primeiro momento, apenas ilícitos administrativos, mas cujos efeitos anticompetitivos podem resultar em ilícitos penais.

Na esfera dos delitos econômicos, a regra é que a LGPD não se aplique quando se tratar de *whistleblowing* externo. Nesses casos, nos termos do §1º do artigo 4º da LGPD, sua proteção

⁴⁷⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

⁴⁷⁹ Consiste no abuso do direito de petição com fins anticompetitivos, não prevista expressamente na Lei nº 12.529/2011, mas considerada pelo CADE quando produzir os efeitos de: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva posição dominante (artigo 36 da Lei nº 12.529/2011). Nesse sentido: EIRAS, Larissa. *Sham litigation*: requisitos para sua configuração. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, nº 2, p. 53-75, nov./2019, p. 73. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/423/238>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

passa a ser regida por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados, porém, o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD.

Entretanto, no que se refere ao *whistleblowing* interno, nas atividades de apuração preliminar – e não investigação propriamente dita - das informações reportadas aos canais de denúncia ou a outros setores/indivíduos responsáveis, uma vez que não há previsão legal excluindo, entende-se aplicável a LGPD em sua integralidade.

Especificamente para a investigação de transgressões mais graves e/ou sérias (não triviais) relativas ao Código de Conduta e Ética da entidade (irregularidades internas), que não configuram infrações penais, também sustenta-se a aplicação integral da LGPD.

Por outro lado, dúvidas podem surgir em relação à apuração preliminar ou à investigação interna de informações que também configurem infrações penais. Nesse caso, como a entidade não tem a atribuição de realizar a investigação e a repressão da infração penal, em virtude do *jus puniendi* estatal, defende-se ser aplicável também a LGPD.

Caso contrário, os dados ficariam desprotegidos durante a apuração e investigação interna, aguardando a posterior ou concomitante investigação e repressão pelas autoridades. A partir do momento em que passam a ser apuradas as informações pelos órgãos públicos competentes, segue-se a regra do *whistleblowing* externo, para o qual haverá regência por lei específica, observador o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD.

Em caso de infringência à LGPD, os agentes de tratamento de dados se sujeitarão às seguintes sanções administrativas insertas no artigo 52: i) advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; ii) multa simples de até 2% do faturamento do último exercício da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado, excluídos tributos (livres de *gross up*), limitada a cinquenta milhões de reais por infração; iii) multa diária, observado o limite anterior; iv) publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; v) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; vi) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; vii) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; viii) suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, prorrogável por igual período; ix) proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

O artigo 42 da referida lei também dispõe que o controlador ou operador que causar danos patrimonial, moral, individual ou coletivo no exercício da atividade de tratamento de dados pessoais, em violação à LGPD, é obrigado a repará-lo. Poderá ser acionado pelo reportante em caso de dolo ou erro grosseiro relacionado à violação do sigilo de sua identidade, também com fundamento no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando for agente público.

3.3.1.3 Revelação da identidade

O artigo 4º-B da Lei nº 13.608/2013, como mencionado, prevê que o “informante” terá direito à preservação de sua identidade, a menos que haja relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos.

Cabe aqui uma ressalva em relação aos reportes feitos diretamente à mídia – uma das formas de *whistleblowing* externo -, posto que o artigo 71 da Lei nº 5.250/67⁴⁸⁰ (Lei de Imprensa) proíbe que jornalistas ou radialistas sejam obrigados a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo de seu silêncio resultar qualquer sanção ou penalidade, direta ou indireta. Essa reserva se estende em relação às categorias que necessitem do sigilo da fonte para o exercício profissional, nos termos do artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal.

Feita essa observação, de plano fica evidenciada, pelo texto do artigo 4º-B da Lei nº 13.608/2013, a impossibilidade de revelação da identidade do reportante, pelas autoridades, de forma espontânea, ou mesmo após requisição, a menos que reconhecido o interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos.

Conforme Souza, a indeterminação dos conceitos de “relevante interesse público” e “interesse concreto para apuração dos fatos” insere-se na “metodologia redacional aberta do pós-positivismo, de modo que o sentido finalístico de algumas regras jurídicas é composto pelo julgador.”⁴⁸¹

Para o autor, a revelação será imprescindível quando as informações prestadas pelo “informante” constituírem-se como única prova inequívoca do ilícito ou a única fonte direta de

⁴⁸⁰ BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm >. Acesso em: 15 mai. 2020.

⁴⁸¹ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 468.

todas as demais, hipótese em que a oitiva do reportante como testemunha servirá para compor a origem dos elementos de convicção do caso.⁴⁸²

Em que pese a Lei n 13.608/2018 ter falhado em delimitar quais seriam os casos “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”, os Projetos de Lei n° 1116/2018⁴⁸³ e 65/2019⁴⁸⁴, apensados ao 9167/2017, propõem que se considere a existência de interesse público no levantamento da preservação da identidade do reportante quando “a providência contribuir para afastar danos ou perigo de danos ao meio ambiente, à saúde ou a consumidores.”

Com relação ao interesse concreto, os Projetos dispõem que seria caracterizado se: i) o reportante tiver apresentado “prova obtida por meio ilícito e existir interesse jurídico no esclarecimento dos fatos e circunstâncias sobre sua obtenção, ainda que essa prova seja excluída dos autos”; ii) comprovar-se a falsidade da informação ou prova apresentada, e, após os esclarecimentos, ainda que preservada a identidade, persistir dúvida: ii.i) “sobre a responsabilidade do reportante pela falsidade da informação ou prova, ou por sua apresentação, mesmo sabendo ou devendo saber que são falsas”; ii.ii) “se o reportante tinha, podia ter tido ou teve acesso fácil e direto a informação ou esclarecimento sobre a falsidade da informação ou prova e foi deliberadamente negligente ao apresentá-la.”

Ainda que remanescentes as cláusulas abertas da Lei n° 13.608/2013, o levantamento da preservação do sigilo da identidade do “informante” não prescindirá da verificação das consequências práticas da decisão, cuja motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas, como dispõe o artigo 20 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁴⁸⁵.

⁴⁸² Ibid., p. 468.

⁴⁸³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n° 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 16.

⁴⁸⁴ Id. *Projeto de Lei n° 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 15-16.

⁴⁸⁵ No artigo 20, a LINDB reproduziu parcialmente a regra da proporcionalidade em sentido amplo, que se subdivide em adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), tal como delimitado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Para Silva, uma medida é adequada se a sua utilização contribuir para fomentar a realização do objetivo pretendido. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 35-36. Miranda, por sua vez, sustenta que a necessidade se relaciona à exigibilidade de intervenção a um bem juridicamente protegido, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito implica a justa medida da providência

Caso ocorra a revelação da identidade do “informante”, isso não significará que os demais dados pessoais deverão ter o sigilo levantado, até mesmo porque o sigilo dos dados do “informante” está inserto no artigo 3º da Lei nº 13.608/2018 que, distintamente do artigo 4º-B, não prevê esse levantamento em caso de “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”.

Rocha, no que diz respeito às cautelas antes do levantamento da preservação identidade, sustenta que a primeira delas é que o reportante tenha conhecimento das hipóteses em que a lei permitirá esse levantamento e possa debater os seus pressupostos, para que avalie os riscos. Além disso, recomenda que se garanta a decisão sobre o levantamento da preservação da identidade ao próprio reportante, possibilitando que renuncie o seu auxílio ao Estado.⁴⁸⁶

No parágrafo único do artigo 4º-B da Lei nº 13.608/2018, dispõe-se que a revelação da identidade apenas ocorrerá após comunicação prévia ao informante e com a sua concordância formal.

Essa redação legal parece contraditória na medida em que delega ao “informante” a palavra final sobre o levantamento da preservação sua identidade, a despeito do “relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”.

Entretanto, revela uma opção política de incentivo ao reporte: inicialmente, dá ao magistrado vetores legais para determinar a revelação da identidade (“relevante interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”) e possibilita que, após a sua decisão, confira-se ao informante a deliberação última, para que avalie os eventuais riscos de retaliação que possa vir a sofrer em decorrência do reporte.

tomada, ou seja, que ela não fique aquém ou além do que importa para a obtenção do resultado devido. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 218. Silva aponta que os três subprincípios pressupõem uma análise ordenada: a análise da adequação antecede a da necessidade que, por seu turno, precede a proporcionalidade em sentido estrito, relacionando-se de formas subsidiárias, já que nem toda a análise da proporcionalidade exige o exame dos três subprincípios. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. op. cit, p. 35-36. Para Novais, a adequação e a necessidade são de natureza objetiva, comprováveis por meio de fatos. Já a proporcionalidade em sentido estrito depende de uma avaliação subjetiva. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 735-736. Muito embora a LINDB tenha trazido os subprincípios da adequação e da necessidade, não concebeu em seu texto o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, afastando os relevantes procedimentos podenrativos do julgador, caracterizadores desse subprincípio, voltados à proibição do excesso, que seriam de grande relevância em tema de preservação do sigilo da identidade do “informante”.

⁴⁸⁶ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 34.

A partir desse quadro, permite-se que, mesmo que haja uma decisão favorável à identificação do “informante”, essa efetivamente não ocorra, conferindo segurança ao reportante, caso venha a retroceder em relação à decisão de reportar.

Foi vetado da Lei nº 13.608/2018 o direito de opção anteriormente previsto no Anteprojeto de Projeto de Lei Anticrime, que consignava que se a revelação da identidade do informante fosse imprescindível no curso do processo cível, de improbidade ou penal, o “informante” poderia optar entre a revelação de sua identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Consequência do veto é que pode haver um enfraquecimento do contraditório e da ampla defesa do acusado pelo reportante. O acusado, ainda que uma decisão judicial entenda ser caso de levantamento de sigilo, terá de se conformar com a decisão do “informante”, sem que haja qualquer contrapartida em termos de valoração da prova para fins de conferir paridade de armas entre acusação e defesa, já que o reportante não poderá ser contraditado.

Caso o “informante” concorde em revelar a sua identidade, segundo Souza, assumirá a qualidade de testemunha identificada, podendo ser inquirido e contraditado, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal e 457, §1º, do Código de Processo Civil.

Anteriormente ao sancionamento da Lei 13.964/2019, havia outro dispositivo, que foi vetado, que dispunha que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”. Era regra similar a do artigo 4º, §6º, da Lei 12.850/2013, que não admite sentença condenatória com fundamento exclusivo nas declarações do colaborador.

Consistia em préstimo à regra da corroboração que, no entendimento de Souza, implica a necessidade de confirmação por outras provas colhidas nos autos.⁴⁸⁷ Essa regra, que antes abrangia apenas as sentenças condenatórias e não decisões cautelares, por exemplo, agora não mais é exigida por lei, muito embora, pela previsão legal em relação à colaboração premiada, inspire a consolidação de um posicionamento jurisprudencial nesse mesmo sentido.

3.3.1.4 Compartilhamento da identidade do reportante

⁴⁸⁷ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 468.

Como abordado anteriormente, a proteção da identidade do reportante se relaciona a sua não revelação (espontânea ou requerida), cujas ressalvas foram acima examinadas, bem como ao seu não compartilhamento, que igualmente comporta exceções.

Em regra, após a análise de admissibilidade do relato pela ouvidoria ou órgão de correição, procede-se ao encaminhamento para apuração (artigo 4º, parágrafo único, Lei nº 13.608/2018).

Antes do encaminhamento, porém, haverá a pseudonimização dos dados, uma vez que o artigo 3º da Lei nº 13.608/2018 dispõe que o órgão que receber a denúncia assegurará o sigilo.

Ocorre que, a partir da análise da legislação brasileira, são suscitadas duas possíveis exceções: i) o compartilhamento desses dados com as demais autoridades; ii) o compartilhamento desses dados com instituições privadas.

Considerando que a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), como exposto na subseção 3.3.1.2, pode se aplicar em determinadas hipóteses, importante que, assim como com relação à Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), haja exame de seus dispositivos a respeito do compartilhamento de dados.

O artigo 5º, inciso XVI, da LGPD, define o compartilhamento de dados como sendo a comunicação, difusão, transferência internacional e/ou interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados.

No artigo 26 da LGPD é conferida ao Poder Público uma autorização para o compartilhamento de dados pessoais relacionados às “finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e entidades públicos”. A partir dessa redação, considerando o controle interno inerente a cada órgão, entende-se que se abre margem ao compartilhamento para fins de apuração interna.

No §1º do referido dispositivo há uma vedação à transferência de dados pessoais a entidades privadas e, dentre as ressalvas, a do inciso V prevê a possibilidade de compartilhamento na hipótese de se “objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades”.

Em que pese essa possibilidade parecer, em termos práticos, inaplicável ao levantamento da preservação da identidade do reportante, o fato de a legislação conferir essa possibilidade também dá espaço para a sua aplicação. Por essa razão, para fins de proteção efetiva do reportante, é importante uma rigorosa fundamentação para justificar o compartilhamento.

Quanto à Lei de Acesso à Informação, o artigo 31, §1º, inciso II, possibilita que o acesso restrito de informações pessoais seja flexibilizado caso haja previsão legal ou expreso

consentimento da pessoa, que, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da LGPD, deve constituir manifestação “livre, informada e inequívoca”. Essa flexibilização é aqui entendida não apenas quanto à revelação dos dados, como ao seu compartilhamento.

A Lei de Acesso à Informação, porém, acrescenta ressalvas à necessidade de consentimento para levantar a restrição de acesso das informações pessoais, dentre outras (artigo 31, §3º, inciso III-V): i) o cumprimento de ordem judicial; ii) a defesa de direitos humanos; iii) a proteção do interesse público e geral preponderante.

Entretanto, a Lei nº 13.608/2018 não traz essa ressalva. Como visto na subseção anterior, o artigo 4º-B, parágrafo único, dispõe que a revelação da identidade será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal, a despeito do “relevante interesse público” ou do “interesse concreto para apuração dos fatos” (*caput*).

A dúvida que remanesce é se essa “revelação” da Lei nº 13.608/2018 também abrange ou não o compartilhamento de dados. Entende-se que, uma vez que normas como a Lei de Acesso à Informação, Lei Geral de Proteção de Dados e o Decreto nº 10.153/2019⁴⁸⁸ fazem essa diferenciação, tratar revelação e compartilhamento/transferência de dados como sinônimos pode ser tecnicamente inadequado.

Sustenta-se que a preponderância do consentimento do reportante sobre eventuais decisões favoráveis ao levantamento do sigilo, acrescida pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), ao menos quanto à possibilidade de revelação, derroga o artigo 31, §3º da Lei de Acesso à Informação.

Especificamente, entende-se que, no que toca ao relato de informações sobre “crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”, objeto da Lei nº 13.608/2018, a palavra final para a revelação da identidade do reportante é dele próprio, dada a redação do parágrafo único do artigo 4º-B.

Quanto ao compartilhamento, o artigo 7º do Decreto nº 10.153/2019 autoriza que o órgão de apuração requirite informações sobre a identidade do denunciante “quando indispensável à análise dos fatos relatados na denúncia”, sendo considerado, nos termos do parágrafo único, que esse ato não implica perda da natureza restrita dos elementos de identificação do reportante.

⁴⁸⁸ BRASIL. Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019. Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Também nessa hipótese, conforme o artigo 8º do referido diploma, o encaminhamento dos elementos de identificação do reportante entre as unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, será precedido de seu consentimento, que terá 20 (vinte dias) para se manifestar a respeito, contados da data da solicitação. Decorrido o prazo sem a manifestação ou em caso de negativa, a unidade de ouvidoria encaminhará ou compartilhará o relato apenas após a pseudonimização (parágrafo único).

Nesse ponto, não se verifica incompatibilidade com a Lei nº 13.608/2019. Entretanto, como o Decreto regulamenta especificamente as ressalvas à proteção da identidade do reportante em relação a ilícitos e irregularidades contra a Administração Pública Federal direta e indireta, parte-se da premissa de que o artigo 8º, *caput* e parágrafo único, deverá ser observado.

O prazo de vinte dias e a hipótese de o silêncio ser interpretado favoravelmente à manutenção do sigilo deverão ser aplicados às denúncias referidas na Lei nº 13.608/2018, caso digam respeito a ilícitos contra a administração pública federal, uma vez que há legislação específica a esse respeito.

Por fim, o artigo 4º, inciso III, do Decreto nº 10.046/2019⁴⁸⁹, que dispõe sobre o compartilhamento de dados na Administração Pública Federal, prevê o “compartilhamento específico” de dados protegidos por sigilo, que ocorre quando: “se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados.”

Nos termos do artigo 14, incisos I e II, do referido diploma, esse compartilhamento específico é condicionado pela “concessão de permissão de acesso pelo gestor de dados” e ao atendimento de requisitos por ele definidos como condição para o compartilhamento.

Nesse último caso, concede-se ao gestor de dados liberdade para estabelecer requisitos adicionais para o compartilhamento, havendo uma baliza, no §1º do dispositivo, no sentido de que esses requisitos sejam “compatíveis com aqueles adotados internamente pelo próprio gestor de dados no tratamento da mesma informação”.

No §2º do artigo 14 do Decreto nº 10.046/2016, porém, dispõe-se que os dados recebidos por compartilhamento específico “não serão retransmitidos ou compartilhados com outros

⁴⁸⁹ BRASIL. Decreto nº 10.046, de 09 de outubro 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

órgãos ou entidades, exceto quando previsto expressamente na autorização concedida pelo gestor de dados ou se houver posterior permissão desse”.

Portanto, na esfera da Administração Pública Federal, por força do Decreto nº 10.046/2016, poderá ocorrer retransmissão ou recompartilhamento de dados com outros órgãos ou entidades e critério do gestor de dados.

Muito embora a sistemática da legislação federal de compartilhamento da identidade disponha que esse ato não implica a perda de sua natureza restrita, é fato que, quanto mais disseminado esse dado, maiores as complexidades em torno do seu tratamento e gerenciamento, aumentando as chances de retaliação do reportante e, via de consequência, diminuindo a sua proteção.

3.3.2 Outras medidas de proteção

A proteção integral contra retaliações da Lei nº 13.608/2018 abrange: i) o sigilo de dados, que inclui a preservação da identidade; ii) as medidas de proteção da Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção às Testemunhas); iii) a previsão de falta disciplinar grave e demissão ao retaliador; iv) a isenção de responsabilização civil e criminal em relação ao relato; e v) o ressarcimento pelos danos materiais e morais.

O artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018, dispõe que: i) a unidade de ouvidoria ou correição receberá o relato; ii) fará um exame de admissibilidade pautado na razoabilidade do relato; iii) procederá ao encaminhamento para apuração.

Durante todo esse procedimento, assegura-se a proteção integral contra retaliações, “exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas”.

3.3.2.1 Medidas da Lei de Proteção às Testemunhas

O artigo 4º-C dispõe que, além das medidas de proteção da Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas), será assegurada a proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao relato, tais como (rol exemplificativo): i) demissão arbitrária; ii) alteração injustificada de funções ou atribuições; iii) imposição de sanções; iv) imposição de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie; v) retirada de benefícios, diretos ou indiretos; e vi) negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

As medidas da Lei de Proteção às Testemunhas, aplicadas isolada ou cumulativamente conforme a gravidade e circunstâncias do caso, nos termos do artigo 7º, são: i) segurança na

residência, incluindo o controle de telecomunicações; ii) escolta e segurança nos deslocamento da residência, inclusive 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; viii) sigilo em relação a 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.

As medidas de proteção ao “informante”, categoria na qual se incluem os *whistleblowers*, são estendidas aos seus parentes, que podem sofrer represálias que podem ricochetear no “informante”.

3.3.2.2 Previsão de falta disciplinar grave e demissão pela retaliação

As retaliações ao reportante, conforme o §1º do artigo 4º-C da Lei nº 12.608/2013, constituirão falta disciplinar grave e sujeitarão o agente à demissão a bem do serviço público.

O Brasil, ao contrário de outras jurisdições, optou por não criminalizar a conduta específica de retaliar o reportante, apostando em uma sanção laboral (demissão) e na aplicação da sanção penal caso ocorra, no caso concreto, condutas como lesão corporal (artigo 129 do Código Penal⁴⁹⁰), ameaça (artigo 147 do Código Penal⁴⁹¹), atentado contra a liberdade de trabalho (artigo 197 do Código Penal⁴⁹²), dentre outras já previstas em outros diplomas legais.

A legislação foi omissa com relação ao ônus da prova para a comprovação dessa retaliação, ignorando que, na maioria das vezes, o reportante não ostenta condições materiais e psicológicas, após o reporte, de reunir provas de que está sendo de fato retaliado, sobretudo considerando que as hipóteses de retaliação podem ser mascaradas e indiretas.

⁴⁹⁰ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.”

⁴⁹¹ “Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

⁴⁹² “Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.”

3.3.2.3 Isenção de responsabilização civil e criminal do reportante

É prevista também a isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato (artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018). No Brasil, o reporte poderia resultar, dentre outros, nos crimes dos artigos 153 (divulgação do segredo) e 154 (violação do segredo profissional) do Código Penal, e no do artigo 27-D, da Lei nº 10.303/2001 (*insider trading*).

Adicionalmente, em relação ao exercício da função pública, existe previsão do crime de violação de sigilo profissional (325 do Código Penal). Todos esses crimes, uma vez que causem danos, poderão culminar em responsabilidade civil, materializada pela indenização por danos materiais ou morais.

Com a isenção da responsabilização, eventual infração a esses dispositivos ou outras decorrentes do relato não será punível, a menos que o informante tenha apresentado informações ou provas falsas de modo consciente (artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018).

Nessa hipótese, poderá ser responsabilizado pelo crime de denúncia caluniosa (artigo 339 do Código Penal), caso dê causa a investigações e ações contra alguém que sabe ser inocente, ou caso não impute o crime a determinada pessoa, mas sabe que esse não se verificou e ainda assim o reporta, pelo crime de comunicação falsa de crime (artigo 340 do Código Penal).

Pode também ser responsabilizado por outros crimes mais específicos, como o do artigo 19, da Lei nº 8.429/1992⁴⁹³, que prevê pena de detenção de seis a dez meses e multa para quem representar por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando os sabe serem inocentes.

Além disso, ao contrário do que previu o artigo 126-A da Lei nº 8.112/90, não foi prevista na Lei nº 13.608/2018 a isenção da responsabilidade administrativa, incluindo a disciplinar, do reportante.

Como mencionado no segundo capítulo, subseções 2.2 e 2.3.1.4, houve uma omissão na proteção do “informante” com relação às sanções administrativas. Nesses casos, é possível que a violação de sigilo profissional, por exemplo, conduza a sanções disciplinares ancoradas no

⁴⁹³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

exercício regular do direito da classe, como no caso da violação do sigilo profissional por parte de advogado, punida disciplinarmente pela Ordem dos Advogados do Brasil.

3.3.2.4 Ressarcimento por danos materiais e morais

Outra medida de proteção ao informante prevista na Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019, é o ressarcimento pelos danos materiais e morais que venha a sofrer.

No artigo 4º-C, §2º, da Lei nº 13.608/2018, prevê-se que haverá ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticados em retaliação, sem prejuízo dos danos morais. As ações ou omissão indenizáveis, praticadas em retaliação, abrangem as condutas dos reportados e/ou de terceiros.

Para Souza, esse dispositivo se assemelha ao do artigo 4º, da Lei nº 9.029/95, que envolve a discriminação no trabalho e dispõe sobre o direito à reparação pelo dano moral, à reintegração ou ao pagamento em dobro pelo período de afastamento.⁴⁹⁴

3.4 UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO DE REPORTANTES

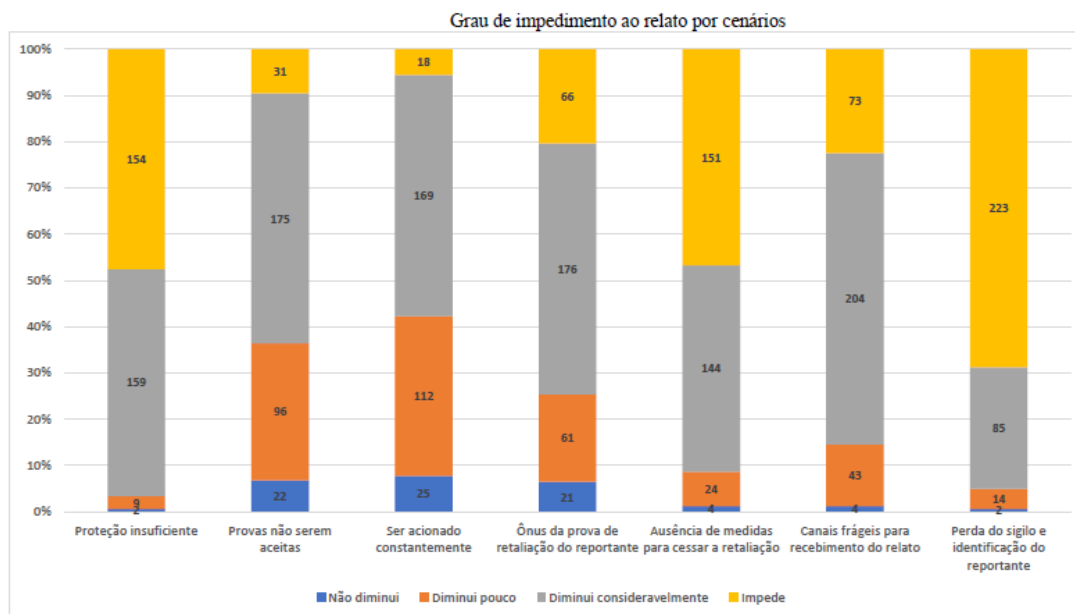
Há uma variedade de empecilhos para o reporte de transgressões. Por isso, a formulação de um estatuto de proteção é um dos principais desafios para a implementação de uma política ou programa de reportes.

O Grupo Público de Direito da Fundação Getúlio Vargas realizou, recentemente, um experimento, por meio de uma *survey online* anônima, com agentes públicos, funcionários de empresas, estudantes, profissionais que se relacionam com o Poder Público, “elites políticas e sociais” e concluiu que diminuem ou impedem o reporte, os seguintes fatores: i) proteção insuficiente; ii) provas não serem aceitas; iii) ser acionado constantemente; iv) ônus da prova de retaliação ao reportante; v) ausência de medidas para cessar a retaliação; vi) canais frágeis para o recebimento do relato; vii) perda do sigilo e identificação do reportante⁴⁹⁵.

Gráfico 1: Fatores que diminuem ou impedem reportes⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 475.

⁴⁹⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. GRUPO PÚBLICO DE DIREITO. *Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?* SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi. (Coords.). São Paulo, 2020, p. 238.



Fonte: GRUPO PÚBLICO, FGV Direito SP

Nota: Para todos os cenários, foram analisadas 324 respostas, com exceção da variável "ausência de medidas para cessar a retaliação", que contou com 323 respostas.

Especificamente quanto à retaliação, Ragués I Vallès adverte que os estudos sobre reportantes demonstram que os principais obstáculos para que um indivíduo denuncie atividades ilícitas de que tem conhecimento é o temor de si mesmo ou os seus estimados sofrerem algum tipo de represália pela pessoa denunciada.⁴⁹⁶

Esses temores vão, a depender do conteúdo do reporte, desde retaliações físicas e psicológicas (ameaça de lesão corporal, homicídio), passando por materiais (dano a bens do reportante), chegando até a retaliações laborais (discriminação, suspensão, demissão, rebaixamento, barreira para promoção, retirada de atribuições, imposição de tarefas de impossível cumprimento, transferência súbita e imotivada de local de trabalho).

Outras barreiras para o *whistleblowing*, além da retaliação, são: i) o temor de responsabilização jurídica; ii) o dever de confidencialidade com a entidade; e iii) barreiras culturais.

É sabido que o reporte de transgressões pode vir a atrair responsabilização civil, administrativa e criminal, caso haja dever de sigilo previsto em lei o que pode desestimular o reporte.

Além disso, existem contratos de trabalho que proíbem colaboradores de expor transgressões cometidas na entidade, as chamadas *gag clauses*, que implicam um dever

⁴⁹⁶ "Según los estudios sobre la materia, 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." RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59-60.

contratual de confidencialidade que, via de consequência, também pode atrair responsabilização jurídica.

As barreiras culturais, por sua vez, decorrem da visão negativa de *whistleblowers* e demais reportantes, em certas culturas, como sendo traidores, dedos duro (*snitches*), sorrateiros (*sneaks*) e caçadores de recompensa (*bounty hunters*).

Banisar explica que essa acepção pejorativa dos *whistleblowers* advém dos abusos ao longo da história, usados para manter no poder regimes inquisitoriais, como o estado nazista, a União Soviética e o *Apartheid* na África do Sul.⁴⁹⁷

É por essa razão que a doutrina e organizações internacionais têm se debruçado sobre a análise dos mecanismos de proteção ao reportante de transgressões (*whistleblowers* e outros reportantes), com a intenção de formular balizas mínimas para que as legislações domésticas possam adotar.

A *International Bar Association* (IBA) entende que uma legislação de proteção ao *whistleblower* não deve ser setorial e deverá se aplicar às esferas pública, privada e ao terceiro setor.⁴⁹⁸

Em comparação com legislações setoriais de *whistleblowing*, uma legislação ampla e autônoma, segundo a OCDE, pode conferir maior clareza, segurança jurídica e visibilidade, bem como uniformizar os procedimentos em relação a membros do setor público e da iniciativa privada.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ “Some of this comes from the abuses of informants going back in history. Informants and anonymous denunciations were often used as a means of maintaining power during regimes such as the Inquisition, in the Nazi state, the Soviet Union and Apartheid-era South Africa.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 12.

⁴⁹⁸ “As such, whistleblower protection legal frameworks should not be sector-specific (subject to some qualifications), and should apply to the public, private and not-for-profit sectors.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 18.

⁴⁹⁹ “Accordingly, a range of sources of law may serve as the bases for providing whistleblower protections. The enactment of a comprehensive, dedicated law could be one effective legislative means of providing such protection. Comprehensive and stand-alone legislation may give the law heightened visibility, thereby making its promotion easier for governments and employers. This approach also allows for the same rules and procedures to apply to public and private sector employees, rather than the more piecemeal approach of sectoral laws, which often only apply to certain employees and to the disclosure of certain types of wrongdoing. The enactment of stand-alone legislation could also contribute to ensuring legal certainty and clarity.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 7.

O *Whistleblower Protection Act* de 1989, conforme Mota, foi um marco de desenvolvimento da proteção legal do *whistleblower* nos Estados Unidos, quando o Congresso emendou o *Civil Service Reform Act* de 1978, para: i) conferir prazos mais amplos para o ajuizamento de ações junto ao *Merit Systems Protection Board*; ii) alterar o ônus da prova em caso de comprovação de retaliações decorrentes do reporte; iii) garantir o direito do servidor público de obter em seu favor os honorários e custas decorrentes do litígio; iv) ampliar a proteção em caso de recusa da execução de ordens ilegais, que antes se restringia ao direito de protestar após a ordem.⁵⁰⁰

Uma legislação de proteção ao *whistleblower* serve a inúmeros propósitos, dentre os quais, segundo a IBA: i) fornecer uma rede de proteção segura que cubra todos os aspectos da relação de trabalho; ii) detectar e interromper toda conduta ilícita; iii) estimular culturas organizacionais que valorizem e encorajem o reporte de transgressões; iv) auxiliar organizações a tomarem ciência das transgressões, a conduzirem uma investigação interna e a tomarem ações para remediá-las.⁵⁰¹

Para o órgão, o foco de uma legislação de proteção ao *whistleblower* deve ser: i) proteger entidades de responsabilizações, fraudes internacionais e ameaças a sua legitimidade e credibilidade; ii) encorajar o reporte de transgressões a partir de um ambiente seguro, com canais confidenciais ou potencialmente anônimos; iii) facilitar o desenvolvimento de práticas de trabalho; iv) detectar e impedir transgressões; iv) fortalecer a transparência; v) estabelecer procedimentos para serem seguidos pelos *whistleblowers* caso o reporte não seja adequadamente apurado; vi) prescrever consequências das transgressões das proteção do *whistleblower*.⁵⁰²

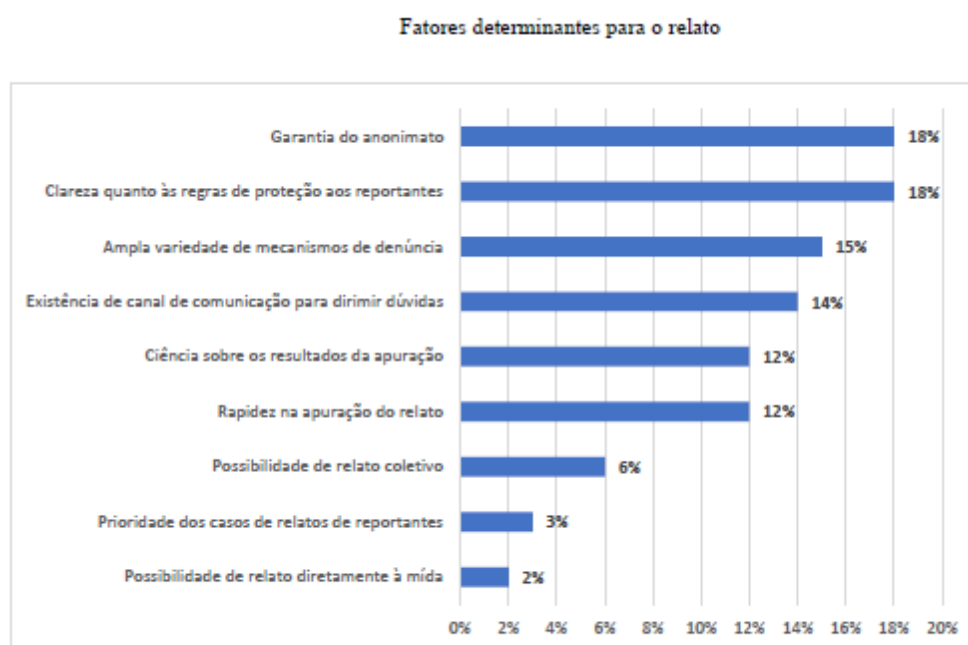
⁵⁰⁰ MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*Whistleblower*): um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, v. 9, n. 30, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5492703>>. Acesso em: 15 abr. 2020, p. 5-6.

⁵⁰¹ “Whistleblower protection laws serve a number of important purposes, including to: provide a legal safety net for whistleblowers across all aspects of employment; detect and deter illegal conduct; foster organisational cultures that value and encourage the whistleblower’s disclosures; and help employers to learn of inappropriate conduct so that they can conduct a full investigation and take any remedial action that is warranted.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04. abr. 2020, p. 18.

⁵⁰² “The overarching concern and focus of whistleblower protection laws is to: protect organisations – public, private and not-for-profit – against liability, internal fraud and threats to their credibility/legitimacy; encourage disclosures by providing an environment in which whistleblowers can speak without fear, be it through channels that are confidential or potentially anonymous; facilitate the improvement of work practices; detect and deter misconduct and/or wrongdoing; strengthen accountability; set out escalation processes that whistleblowers can follow if their reporting is not acted upon appropriately; preserve natural justice for the person who is the subject of any such report; and prescribe consequences for contraventions of whistleblower protections.” *Ibid.*, p. 19.

No experimento do Grupo Público da Fundação Getúlio Vargas, foram determinados como fatores revelantes para o relato, principalmente: i) garantia do anonimato (18% dos respondentes); ii) clareza quanto às regras de proteção aos reportantes (18% dos respondentes); iii) ampla variedade de mecanismos de denúncia (15% dos respondentes), iv) existência de canal de comunicação para dirimir dúvidas, dentre outros:

Gráfico 2: Fatores determinantes para o reporte⁵⁰³



Fonte: GRUPO PÚBLICO, FGV Direito SP

Sustenta-se que um estatuto de proteção a reportantes deve abranger, no mínimo, as seguintes medidas de proteção, as quais serão analisadas nas próximas subseções: i) ampliação da cobertura de proteção; ii) aplicação das medidas de proteção a *whistleblowers* estrangeiros; iii) existência de órgãos independentes para o recebimento dos reportes; iv) proteção da identidade em observância às legislações de proteção de dados; v) consideração de um conceito mais abrangente de retaliação; vi) inversão do ônus da prova quanto à retaliação; vii) eliminação de cláusulas de confidencialidade sobre transgressões ocorridas na entidade (*gag clauses*); viii) sanções legais para retaliadores; ix) proteção financeira compreendendo indenizações e suporte financeiro provisório; x) disponibilização de assistência jurídica gratuita para reportantes, em especial os com o dever legal de reportar, como os servidores públicos; xi)

⁵⁰³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. GRUPO PÚBLICO DE DIREITO. *Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?* SUNDFELD, Carlos Ari. PALMA, Juliana Bonacorsi. (Coords.). São Paulo, 2020, p. 236.

isenção de responsabilização administrativa, civil e criminal pelo reporte (*waiver of liability*);
xii) transparência sobre as apurações e possibilidade de revisão de decisões a seu respeito; e
xiii) medidas liminares de amparo ao reportante.

3.4.1 Cobertura da proteção

Incertezas quanto à cobertura da proteção podem comprometer o reporte de transgressões, razão pela qual se entende que uma abordagem mais expansiva deve ser adotada.

Rocha adverte que, uma vez efetuado o reporte, é relevante que o reportante tenha certeza de que contará com a proteção legal. Para tanto, sugere que o programa informe os direitos e deveres do reportante, bem como as possíveis proteções.⁵⁰⁴

Existem legislações que relacionam a cobertura de proteção dada ao *whistleblower* a alguns critérios: i) ausência de boa-fé; ii) inexistência de crença razoável; iii) informação não original; iv) reporte realizado a destinatário não preferencial; v) reporte realizado quando o *whistleblower* estava fora do serviços; vi) tempo transcorrido desde a transgressão; e vii) reporte de transgressão não específica.

No Brasil não se adotam algumas medidas de proteção, como a isenção de responsabilidade, nas hipóteses em que o reportante tenha apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas (artigo 4º-A, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018). Isso ocorre, exatamente porque, como demonstrado no segundo capítulo, subseção 2.3.1.2, a boa-fé aparece como ínsita à definição de *whistleblowing*.

Por outro lado, da proteção não podem ser excluídos os reportantes cujas transgressões relatadas, ao longo das apurações, não se confirmarem (v.g. forem arquivadas ou houver absolvição em ação judicial), pois nesses casos não há de se falar de má-fé.

Segundo Rocha, os diplomas internacionais sobre *whistleblowing* não exigem a comprovação dos fatos, mas sim uma boa-fé diretamente relacionada à existência de uma conclusão razoável sobre os fatos.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsídios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 32.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 32.

Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso *Heinisch v. Alemanha* (2011)⁵⁰⁶, adotou as seguintes diretrizes norteadoras do *whistleblowing*: i) qualquer pessoa de boa-fé que reporte condutas a canais de denúncias deve ser protegida de retaliações; ii) qualquer *whistleblower* deve ser considerado como tendo agido de boa-fé se tinha motivos razoáveis para crer que a informação era verídica, ainda que se demonstre, posteriormente, que não era, desde que essa pessoa não tivesse perseguido qualquer objetivo antiético ou ilegal.⁵⁰⁷

Além da boa-fé, o referido julgado firmou entendimento sobre a manutenção da proteção do reportante ainda que se demonstre, posteriormente, que suas crenças quanto à ocorrência da transgressão não eram razoáveis, desde que também se verifique a boa-fé.

Isso, porque é possível que uma pessoa tenha tido apenas uma falsa percepção da realidade e, apesar disso, uma vez que tenha reportado, poderá também vir a sofrer represálias, além das tradicionais: ostracismo por seus pares, “tratamento de silêncio”, rejeição social, *bullying* e outros tipos de abordagens.

Ainda que não seja tida como um *whistleblower*, por faltar razoabilidade no reporte, essa pessoa não deixa de ser uma reportante (em acepção geral, tal como disposto na Lei nº 13.608/2018), que poderá ser estigmatizada e perseguida pelo relato.

O mesmo raciocínio se aplica à pessoa que reportou informação não original. No caso, por exemplo, de as autoridades já terem conhecimento da transgressão por meio de investigações que tramitam em segredo de Justiça, não se poderá excluir da proteção o reportante que acreditava estar revelando uma informação, pois igualmente poderá ser retaliado.

Outro julgado da Corte Europeia de Direito Humanos, no caso *Guja v. Moldávia* (2008), expôs o entendimento de que, para fins de proteção do *whistleblower*: i) o reporte fosse feito

⁵⁰⁶ Uma cidadã alemã procurou a Corte Europeia de Direitos Humanos alegando que a sua demissão da função de enfermeira geriátrica se deu pelo fato de que ela fez uma acusação criminal contra o seu contratante, expondo as deficiências dos cuidados institucionais oferecidos. Ao final, a Corte entendeu que os Tribunais locais não balancearam de modo justo a proteção da reputação do contratante e a garantia da liberdade de expressão da reportante, prevista no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Heinisch v. Germany*. 2011. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105777%22%5D%7D>>. Acesso em: 30 mar. 2020, p. 23.

⁵⁰⁶ UNITED STATES OF AMERICA. CONSUMER PRODUCT SAFETY COMMISSION. *Whistleblowers protections*. Disponível em: <<https://www.cpsc.gov/About-CPSC/Inspector-General/Whistleblower-Protection-Act-WPA>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

⁵⁰⁷ “6.2.2. This legislation should protect anyone who, in good faith, makes use of existing internal whistle-blowing channels from any form of retaliation (unfair dismissal, harassment or any other punitive or discriminatory treatment). [...] 6.2.4. Any whistle-blower shall be considered as having acted in good faith provided he or she had reasonable grounds to believe that the information disclosed was true, even if it later turns out that this was not the case, and provided he or she did not pursue any unlawful or unethical objectives.” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. op. cit., p. 9.

Ainda assim, entende-se que esse rito não seria legítimo para comprometer a proteção do reportante de boa-fé. Quer dizer, uma questão meramente procedimental ou de ordem não justifica a exposição do *whistleblower* de boa-fé a riscos. É possível que ele creia que os integrantes da entidade e as autoridades poderiam retaliá-lo e, por essa razão, opta por fazer o reporte à mídia, como ocorreu com Edward Snowden.⁵¹²

Entretanto, em algumas jurisdições o destinatário do reporte ganha relevância tamanha, que esse fator pode ser determinante para a aplicação ou não das medidas de proteção ao reportante.

Em 2018, no caso *Digital Realty v. Somers*⁵¹³, a Suprema Corte estadunidense entendeu que o fato de o *whistleblower* não ter reportado a transgressão diretamente à SEC, mas sim internamente (perante a entidade), poderia lhe retirar direitos envolvendo medidas antirretaliação do *Dodd-Frank Act*, uma vez que o conceito de *whistleblower* dado por essa lei abrange o destinatário do reporte (SEC), tanto para fins de proteção, quanto para fins de recompensas.

A decisão, conforme Posner, não deixou de lado a ironia. Se por um lado limitou a responsabilidade antirretaliação da empresa, por outro estimulou o reporte diretamente às autoridades, isto é, não mais perante os programas de *compliance*, o que não é benéfico às organizações.⁵¹⁴

É importante que a cobertura da proteção ao *whistleblower* não seja limitada pelo fato de o reporte ter ou não sido realizado a determinado destinatário, sob pena de se fomentar uma política de desestímulo ao reporte de transgressões, em virtude de sua burocratização, em sentido oposto às recomendações da literatura especializada.

⁵¹² Há legislações, entretanto, que adotam a premissa de que o reporte para a mídia, por exemplo, só seria conferiria proteção ao reportante uma vez exauridos os canais interno ou das autoridades para fins de reporte. Esse é o caso da Lei de Proteção de *Whistleblowers* da Holanda (2016), A Lei de Proteção de Revelações da Irlanda (2014) e da Nova Zelândia (2016). INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 21. García-Moreno também aponta que a Lei de Divulgação de Interesse Público do Reino Unido e a australiana também adotam essa política. GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p. 49, nota 26.

⁵¹³ UNITED STATES OF AMERICA. SUPREME COURT. *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1276_b0nd.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁵¹⁴ “The result may have an ironic impact: while the win by Digital will limit the liability of companies under Dodd-Frank for retaliation against whistleblowers who do not report to the SEC, the holding that whistleblowers are not protected unless they report to the SEC may well drive all securities-law whistleblowers to the SEC to ensure their protection from retaliation under the statute—which just might not be a consequence that many companies would favor.” POSNER, Cydney. *The Supreme Court and the Scope of Whistleblowing Antiretaliation protections*. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/02/23/the-supreme-court-and-the-scope-of-whistleblowing-anti-retaliation-protections/>>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 1.

Para Ragués I Vallès, deve se considerar, sempre que possível, a desburocratização para a apresentação de relatos como um fator apto a aumentar a sua incidência, “uma vez que não se pode ignorar que, se muitas e complexas as formalidades impostas para o reporte de transgressões às autoridades, potenciais reclamantes podem ser desmotivados.”⁵¹⁵

Mesmo que seja determinada uma preferência ou ordem de preferência para a destinação do reporte, notadamente para fins de estipulação de recompensa, sustenta-se que essa opção legislativa não deverá impactar as medidas de proteção ao reportante.

Importa destacar também que as motivações⁵¹⁶ que levaram o reportante a realizar o relato, incluindo o que o estimulou a reportar a esse ou outro meio, devem ser considerados juridicamente indiferentes pela carga moral que expressam, não devendo ser condicionantes para a proteção.

Na experiência comparada, existem previsões legais de ampla cobertura de proteção a reportantes. É o caso do *Whistleblower Protection Enhancement Act* de 2012 (WPEA), que procurou fortalecer a proteção dos servidores públicos federais estadunidenses que reportem fraude, abuso e desperdícios de recursos públicos, bem como danos à saúde ou à segurança pública, ou qualquer violação da lei.

Por essa legislação, os *whistleblowers* não perderão proteção em razão do: i) reporte à pessoa que participou da conduta delitativa; ii) reporte de transgressão anteriormente reportada; iii) motivo que deu azo ao reporte; iv) reporte realizado quando o agente público estava fora de serviço; v) agente público conseguir demonstrar que houve retaliação em decorrência do reporte; vi) tempo transcorrido desde a transgressão.⁵¹⁷

Os itens “i”, “ii” e “iii”, acima referidos, estão abrangidos nas considerações anteriores a respeito, respectivamente: i) da indiferença, para fins de proteção, do destinatário do reporte; ii) da proteção a despeito da originalidade do relato; e iii) da ausência de relevância conferida à motivação do reportante.

Quando ao item “iv”, uma vez que a definição de *whistleblowing* estabelecida no segundo capítulo não depende, necessariamente, do vínculo funcional com a entidade, mas sim

⁵¹⁵ “Un posible fator para incrementar el número de denuncias pasa por facilitar al máximo formalmente su presentación pues no puede ignorarse que, si se imponen muchas y complejas formalidades para hacer llegar la *noticia criminis* a las autoridades, puede estar desmotivándose a potenciales denunciantes.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 70.

⁵¹⁶ No segundo capítulo, subseção 2.3.1.2, foram analisadas as distinções entre motivação, boa-fé e crenças/motivos razoáveis, bem como as razões pelas quais a primeira não é mais considerada para fins de definição do *whistleblowing*.

⁵¹⁷ UNITED STATES OF AMERICA. CONSUMER PRODUCT SAFETY COMMISSION. *Whistleblowers protections*. Disponível em :<<https://www.cpsc.gov/About-CPSC/Inspector-General/Whistleblower-Protection-Act-WPA>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

do acesso privilegiado a dados e informações, não encontra relevância o fato de o reporte ter sido realizado por pessoa fora do serviço. O item “v”, por sua vez, será abordado na subseção 3.4.4.1, quando for examinada a inversão do ônus da prova em relação à retaliação.

No que se refere ao item “vi”, entende-se que de fato o tempo transcorrido desde a transgressão não deve limitar a proteção do reportante, uma vez que, em termos práticos, a atitude de reportar já o pode expor a risco. O tempo da transgressão impactará juridicamente eventual extinção de punibilidade por prescrição, que deverá ser declarada pelas autoridades e não onerar o reportante de boa-fé.

Outro aspecto relevante relacionado à cobertura de proteção, trazido por Rocha, diz respeito à qualidade da informação reportada. Para o autor, ainda que se tenha observado um ilícito ou irregularidade, caso não esteja compreendido no rol de ilícitos de interesse das autoridades, ele não deverá ser processado por meio do programa de *whistleblower*.⁵¹⁸

A Lei nº 13.608/2018 seguiu essa linha ao tentar delimitar, embora não o suficiente, dada a clausula redacional aberta do dispositivo, o tipo de transgressão de interesse, quais sejam: crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A).

Ocorre que “ações ou omissões lesivas ao interesse público” são cláusulas redacionais abertas, que não conferem segurança a reportantes que relatem outras transgressões, inclusive internas (corporativas), que não os crimes contra a administração pública ou ilícitos administrativos.

Caso se adote entendimento assemelhado ao de Rocha, uma vez negado o processamento desses reportes por meio do programa da Lei nº 13.608/2018, o reportante poderá ser abrigado, no máximo, pelas disposição da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/1999).

O ideal, seria, entretanto, que a Lei nº 13.608/2018, mais completa em termos de proteção, fosse alterada para abranger irregularidades internas não triviais, de modo a também estender a proteção a *whistleblowers* internos.

Do ponto de vista subjetivo, relevante considerar que é possível que determinada pessoa seja percebida, equivocadamente, como reportante, o que pode implicar sua retaliação. Igualmente, pessoas que auxiliem os reportantes ou outras que forem chamadas a prestar

⁵¹⁸ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%c3%a1rcio%20Antonio.%20Subsídios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 22-23.

informações durante apurações também podem ser retaliadas. É por essa razão que os Projetos de Lei nº 1116/2018⁵¹⁹ e 65/2019⁵²⁰ previram proteção a esses indivíduos. Como exposto no tópico 2.3.2.2, a legislação australiana dispõe serem elegíveis para proteção pessoas próximas ao *whistleblower*, como parentes, incluindo dependentes e cônjuges.⁵²¹

Com relação ao momento da cobertura, é adequado que o marco seja o do recebimento do relato, sob pena de eventual postergação para fins de exame da admissibilidade comprometer a efetividade do programa de proteção integral do reportante.

Inclusive, nos Projetos de Lei nº 1116/2018⁵²² e 65/2019⁵²³, há dispositivo no sentido de que, recebido o relato, “fica assegurado o acesso do reportante às medidas de proteção e incentivo do Programa.”

Entende-se que o caminho para uma proteção efetiva de reportantes parte de uma cobertura que leve em consideração uma acepção ampla de: i) sujeitos (sentido mais extenso de *whistleblower*⁵²⁴); ii) setores destinatários (público, privado e terceiro setor⁵²⁵); e iii) tipos de transgressão (“não triviais”⁵²⁶).

⁵¹⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21.

⁵²⁰ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20.

⁵²¹ AUSTRALIA. Corporations Act 2001, Sect 1317 AAA. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s1317aaa.html>. Acesso em: 22. mar. 2020.

⁵²² Id. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 3.

⁵²³ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 3.

⁵²⁴ A esse respeito, faz-se remissão ao segundo capítulo dessa pesquisa, no qual foi formulada uma definição de *whistleblowing*, levando em consideração não apenas membros da entidade, como também pessoas diretamente relacionadas (cf. subseções 2.3.2.2, 2.3.2.3 e 2.3.7), bem como distinguiu-se o *whistleblower* de outras figuras, como informantes policiais, testemunhas, sujeitos ativos da transgressão, *bell-ringers* e *leakers* (subseções 2.3.2 e 2.4).

⁵²⁵ Com a consideração do *whistleblowing* interno nesses setores.

⁵²⁶ Definição de Petter Jubb, analisada na subseção 2.3.3.1, tida como violações mais sérias, que não configurem meros desvios, imoralidades e irregularidades mais brandas de condutas internas.

Conclui-se, então, que a proteção deve ser ofertada no momento do recebimento do relato e abranger reportantes: i) cujos relatos não se confirmem (constata-se, posteriormente, a inoportunidade de transgressão), desde que de boa-fé; ii) caso se demonstre que não existia um embasamento mínimo (não havia razoabilidade na crença de ocorrência de transgressão), desde que de boa-fé; iii) na hipótese de reporte de informação não original (v.g. de conhecimento das autoridades), desde que de boa-fé; iv) a despeito do destinatário do reporte, ainda que haja uma ordem de preferência entre canais internos ou externos de denúncia; v) independentemente das motivações (altruístas ou “egoístas”) do reporte; vi) independentemente de o *whistleblower* estar no exercício de suas funções no momento do reporte; vii) a despeito do tempo transcorrido desde a transgressão; viii) independentemente da qualidade da informação (caso não esteja compreendido no rol de ilícitos que se pretende fomentar a atuação estatal, v.g. transgressões internas de organizações de considerável gravidade); xi) e pessoas que os auxiliem ou que forem chamadas a prestar informações durante apurações, posto que também podem ser retaliadas; x) e pessoas próximas, que podem sofrer represálias diretas e indiretas (v.g. parentes, dependentes e cônjuges).

3.4.1.1 Limitações pelo tipo de transgressão e o *corporate whistleblowing*

A Lei nº 13.608/2018, ao contrário das recomendações internacionais, procurou regulamentar apenas um programa de *whistleblower* externo e, por essa razão, deixou também à margem de regulamentação o *whistleblowing* interno no setor privado, o *corporate whistleblowing*, que não se limita ao rol de crimes e infrações dispostas no artigo 4º-A da Lei nº 13.608/2018.

No Plano de Ação Anticorrupção e Proteção do *Whistleblower* do G20 consta que a proteção do *whistleblower* também é um elemento relevante de controle interno, ética e programas de *compliance*, que pode demonstrar a investidores e autoridades que a entidade se esforçou para impedir, detectar e dar encaminhamento a comportamentos corruptos.⁵²⁷

⁵²⁷ “Whistleblower protections are also an important element of an internal controls, ethics and compliance programmer, which—taken in the programme’s entirety—could demonstrate to shareholders and law enforcement that a company has made efforts to prevent, detect and address corrupt behaviors.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 26.

Nieto Martín adverte que o *whistleblowing*, quando inserido em um programa de integridade orientado à promoção de valores éticos na empresa (*corporate whistleblowing*), tem um significado distinto, uma vez que se converte em um ato cívico corporativo.⁵²⁸

Adicionalmente, pode ter especial importância para organizações que se sujeitam a jurisdições de leis anticorrupção que, para mitigar a responsabilidade, levam em consideração a implementação de mecanismos de incentivo à denúncia de irregularidades (cf. artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013).⁵²⁹

Constata-se que remanesce desprotegido aquele que reportar outros tipos de transgressões no âmbito da própria entidade (privada ou do terceiro setor) no Brasil. O programa de proteção a testemunhas, previsto na Lei nº 9.807/1999, não abrange medidas contra retaliações laborais e são justamente essas que o *whistleblower* que reportar internamente transgressões, que não se enquadrem nas elencadas no rol do 4º-A da Lei nº 13.608/2018, poderá sofrer.

Há quem sugira que uma legislação sobre *whistleblowing* tenha uma abordagem mais ampla, que inclua condutas que dizem respeito a questões éticas das entidades, uma vez que podem ser indicativos de transgressões da lei. Assim, uma cobertura mais extensa concederia maior certeza de proteção à pessoa que acredita que deve efetivar o reporte.⁵³⁰

Fato é que o Brasil, em que pese possuir uma legislação de cobertura a outros sujeitos que não apenas os *whistleblowers* – os “informantes” –, não considerou de todo a regulamentação do *whistleblowing* interno na Lei nº 13.608/2018.

⁵²⁸ “El whistleblowing, en suma, tiene sin embargo un significado totalmente distinto cuando se inserta dentro de un programa de cumplimiento orientado a la promoción de valores éticos dentro de la empresa. Se convierte en una muestra de acto cívico corporativo.” NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar et al. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 15.

⁵²⁹ “This could be especially relevant to companies subject to the jurisdiction of anti-bribery and anti-corruption laws that include a defence against liability for certain offences by having “adequate procedures” in place to prevent bribery, or where sentencing guidelines provide more lenient sentences on companies with such programmes in place.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 26.

⁵³⁰ “The reasons for this broader approach include that conduct giving rise to ethical or moral concerns may be indicative of contraventions of the law, and that a broader definition provides more certainty to a person who believes that they have misconduct or wrongdoing to report.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04. abr. 2020, p. 17.

Ao ignorar a possibilidade de reporte de irregularidades internas via canais internos, restringiu a proteção do “informante” apenas a certos tipos de transgressões e a um destinatário externo oficial (unidades públicas de ouvidoria e correição).

Para fins de proteção de reportantes no Brasil, seria recomendável a alteração da Lei nº 13.608/2018 para regulamentar também o *whistleblowing* interno e levar em consideração outros tipos de transgressão que possuam relevância no ambiente organizacional.

Isso não significa que transgressões de pouca relevância necessitem ser objeto de um programa de proteção (v.g. violações a códigos de vestimenta), mas existem transgressões igualmente relevantes que não constam no artigo 4º-A da Lei nº 13.608/2018 e que devem ser consideradas para fins de uma política de proteção integral do “informante”.

Tais transgressões podem impactar reportantes em termos de potencialidade de retaliação, como eventual regramento interno sobre conflito de interesses de uma instituição privada e Códigos de Ética da Administração pública.

Mesmo que se entenda que a cláusula redacional aberta do artigo 4º-A (“ações ou omissões lesivas ao interesse público”) abrangeria essas transgressões mais graves, esse tipo de abordagem gera inseguranças quanto à elegibilidade do reportante à proteção e, portanto, pode desestimular o reporte.

Para diminuir um pouco essa insegurança, sem pretensão de solucioná-la, seria válida a inclusão de um rol exemplificativo dessas ações ou omissões lesivas ao interesse público, a qual, ao passo que delimitaria um núcleo essencial de condutas, não impediria que outras dentro da mesma racionalidade fossem consideradas.

3.4.1.2 Aplicação das medidas de proteção a *whistleblowers* estrangeiros

Boa parte das legislações sobre *whistleblowing* não menciona a possibilidade de aplicação das medidas de proteção e da recompensa (quando disciplinadas) a estrangeiros, seja os que residam e trabalhem no país da entidade alvo do reporte, seja aqueles que o façam no exterior.

No que se refere a *whistleblowers* estrangeiros empregados por entidades estrangeiras, Conway-Hatcher, Griggs e Klein afirmam que o *Dodd-Frank Act* de 2010 tem atraído cada vez mais a atenção desses sujeitos, muito embora essa lei não disponha sobre a aplicação das medidas de antirretaliação nessas situações.⁵³¹

⁵³¹ “While the Dodd-Frank Act appears to apply to foreign nationals and has attracted international whistleblowers, it does not establish how the antirretaliation provisions would be enforced in a situation involving

Os autores expõem que, com relação às medidas antirretaliação da *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), não foi estabelecida uma intenção clara para cobertura extraterritorial. Em virtude disso, muitas Cortes declinaram a aplicação das leis de proteção a trabalhadores estrangeiros em filiais estrangeiras de companhias estadunidenses, como ocorreu no caso *Carnero v. Boston Scientific Corp* (2006) e *Beck v. Citigroup, Inc.* (2006).⁵³²

No caso *Carnero v. Boston Scientific Corp* a Corte de Apelação sustentou que a seção 806 da SOX não tem aplicação extraterritorial e, por isso, rejeitou o pedido do requerente para estender a proteção de *whistleblowers* para funcionários trabalhando em outro país.⁵³³

Quando do *Beck v. Citigroup, Inc.*, citando o caso *Carnero*, o magistrado entendeu que a SOX não dá cobertura a nacional alemão empregado por uma filial de uma empresa de capital aberta estadunidense, determinando, em síntese, que não se pode conferir proteção a cidadão não americano que trabalhe para uma filial estrangeira.⁵³⁴

Houve casos, porém, que algumas Cortes entenderam que a SOX se aplicaria a colaboradores de filiais estrangeiras. No caso *O'Mahony v. Accenture* (2008), sustentou-se que a proteção se aplicaria a funcionário de filial de uma empresa francesa nas Bermudas, pois trabalhara anteriormente nos Estados Unidos em uma filial estadunidense, tendo reportado transgressões ocorridas nos Estados Unidos, praticadas por pessoas nos Estados Unidos, o que não implicaria extraterritorialidade, que não é prevista na lei.⁵³⁵

Similarmente, em *Walters v. Deutsche Bank AG*, que analisava o caso de um funcionário estrangeiro em uma filial estrangeira, entendeu-se que se deve “focar menos na localização do

foreign whistleblowers employed by foreign employers.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 262.

⁵³² “In the anti-retaliation cause of action section of SOX, Section 806, codified at 18 U.S.C. § 1514A, Congress failed to establish clear intent for extraterritorial coverage, and several courts have declined to apply the law’s protections to a foreign worker at a foreign subsidiary of a U.S. company.” *Ibid.*, p. 262.

⁵³³ “In *Carnero v. Boston Scientific Corp.*, 433 F.3d 1 (1st Cir. 2006), the Court of Appeals for the First Circuit held that the Section 806 did not have extraterritorial application and therefore rejected the plaintiff’s request to extend whistleblower protection to foreign employees working abroad.” *Ibid.*, p. 262.

⁵³⁴ “[...] In *Beck v. Citigroup, Inc.*, Case No. 2006-SOX-00003 (Aug 1, 2006), an administrative law judge (“ALJ”) cited *Carnero* in holding that SOX did not cover a German national employed by a subsidiary of a publicly traded US. Company, despite of the global scale of the employers and the employee’s frequent contact with the United States. [...] it [The Court] refused to assert extraterritorial jurisdiction because the employee was not an American citizen and was employed by a foreign subsidiary.” *Ibid.*, p. 263.

⁵³⁵ “Some courts, however, have found that SOX’s anti-retaliation cause of action applies to workers at foreign subsidiaries. In *O’Mahony v. Accenture LTDA*, 537 F. Supp. 2d 506 (S.D.N.Y. Feb. 5, 2008), the court found that SOX protections applied to an overseas employee working for a Bermuda company’s French subsidiary. The court explained that, unlike *Carnero*, the plaintiff had previously worked in the United States for an American subsidiary of Accenture, and “the alleged wrongful conduct and other material acts occurred in United States by persons located in United States. As a result, the court concluded that its exercise of jurisdiction would not implicate extraterritorial application of American Law.” *Ibid.*, p. 263.

trabalho e mais no local da transgressão.” No caso, as violações ocorreram nos Estados Unidos, o que não requereria a aplicação extraterritorial, que atrairia as medidas de proteção ao *whistleblower* da SOX.⁵³⁶

Para Conway-Hatcher, Griggs e Klein, no que diz respeito ao *Dodd-Frank Act*, em que pese não ter expressamente estendido a proteção a *whistleblowers* que trabalham para contratantes estrangeiros, especialistas têm sugerido que a proteção seja ampliada a colaboradores de contratantes estrangeiros.⁵³⁷

A *International Bar Association* igualmente entende que essa proteção deve se estender a colaboradores estrangeiros ou expatriados vinculados a companhias multinacionais.⁵³⁸

No Brasil, a Lei nº 13.608/2018 considera o “informante” como sendo qualquer pessoa que relate informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A).

Por isso, acredita-se que não há limitação para a proteção (ou mesmo aplicação da recompensa) unicamente a brasileiros e que sejam residentes ou trabalhem no Brasil, contanto que sejam reportados delitos ocorridos no país (cf. artigo 5º do Código Penal), ou que estejam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro (cf. hipóteses de extraterritorialidade dos artigos 7º do Código Penal, 2º da Lei nº 12.529/2011, 28 da Lei nº 12.846/2013).

Caso um estrangeiro, vinculado a uma empresa estrangeira, tenha tido acesso a uma informação privilegiada (v.g. por trabalhar indiretamente com funcionários de uma filial brasileira) desses crimes ocorridos no Brasil, não há porque se negar a proteção.

Essa pessoa não estará imune a toda sorte de riscos, ainda mais em uma sociedade globalizada (v.g. risco à integridade física ao vir prestar depoimento no Brasil, sofrer rebaixamento ou demissão na multinacional que trabalha, ser ameaçado no país de sua residência, sofrer algum tipo de *cyber-crime* etc).

⁵³⁶ “An ALJ reached a similar finding with respect to an overseas employee of a foreign subsidiary in *Walters v. Deutsche Bank AG*, Case No. 2008-SOX-70 (Mar., 23, 2009), ‘focus[ing] less on the location of employment than the location of the misconduct [...] all elements essential to establishing a prima facie violation of Section 806 allegedly occurred in the United States’. As a result, the ALJ concluded that the ‘[c]omplaint does not require extraterritorial application of American law’ and that SOX’s anti-retaliation cause of action applies.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 263-264.

⁵³⁷ “[...] neither the Dodd-Frank Act nor its legislative history appears to address the extent to which the right to claim retaliation applies to employees of foreign employers. [...] Despite these omissions, several commentators have suggested that employees of foreign employers would appear to be covered.” *Ibid.*, p. 264.

⁵³⁸ “For multinational companies, protections should be extended to foreign or expatriate workers.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04. abr. 2020, p. 13.

Diante disso, com a finalidade de se oferecer uma ampla cobertura, recomenda-se que seja reconhecida a extensão da proteção a estrangeiros, ainda que exerçam as suas atividades fora do Brasil, quando aplicável a lei do país, incluindo em situações de extraterritorialidade.

Nessa última hipótese, porém, essas medidas de proteção, principalmente quando consistirem em eventuais obrigações de fazer ou não fazer, comportaram limitações pelo fato de o reportante estar sob a jurisdição de um Estado soberano estrangeiro.

Nesse caso, tais medidas basicamente se resumiriam ao sigilo de dados e a isenções de responsabilidade no país competente a apurar e processar a transgressão reportada, bem como a proteções financeiras.

3.4.2 Órgãos independentes

Tanto no que se refere ao *whistleblowing* externo, quanto ao interno, órgãos independentes devem ter a atribuição de receber os reportes de transgressões, os chamados de escritórios *whistleblower*⁵³⁹.

Marara assinala, em deferência aos princípios da “separação da ação e do controle” e da “independência do controlador”, derivados da tradição jurídica alemã, que a existência de órgãos especializados internos em cada instituição mitiga os riscos em relação às ações de controle, denúncias e reclamações por mau funcionamento dos serviços ou falhas relacionadas.
540

Na esfera dos programas de *compliance* (*whistleblowing* interno), são recomendáveis canais de denúncia terceirizados ou, em sua ausência, departamentos específicos liderados por profissionais experientes e autônomos.

A *International Bar Association* afirma que não há uma estrutura perfeita para o *whistleblowing* e que essa dependerá do tamanho, setor e estrutura de governança da entidade.⁵⁴¹

⁵³⁹ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 453.

⁵⁴⁰ MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: *Controle da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, p. 45-65, 2016, p. 58-59.

⁵⁴¹ “There is not one perfect reporting framework that an organisation or an external authority can adopt. Much depends on the size, sector and governance structure of the organisation.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 21.

Para o órgão, no que diz respeito ao *whistleblowing* interno, é relevante que seja monitorado por um profissional sênior e independente na entidade. Com relação ao *whistleblowing* externo, recomenda que haja uma autoridade autônoma ou uma agência de investigação com um departamento específico para receber e monitorar reportes.⁵⁴²

A IBA também destaca que é importante assegurar que haverá mais de um meio para a pessoa reportar transgressões, como um profissional específico, um canal de denúncias interno terceirizado e/ou meios para que haja reporte anônimo, como uma plataforma virtual.⁵⁴³

Banisar acrescenta que o *Whistleblower Protection Act* de 1989 (WPA) estabeleceu um Escritório de Assessoria Especial (*Office of Special Counsel* – OSC) não apenas para receber reportes, como também para investigar casos de retaliação e tentativas.⁵⁴⁴

O autor também menciona que, no Reino Unido e na África do Sul, não existem órgãos específicos, competindo aos Tribunais lidarem com as questões envolvendo o *whistleblowing*. Em crítica, Banisar entende que esse tipo de abordagem não é vantajosa pelo fato de que não há um órgão específico para receber reportes e, ao mesmo tempo, conceder uma visão do panorama desse sistema, bem como por limitar o tratamento da questão a jurisdições específicas.⁵⁴⁵

No Brasil, o artigo 4º-A da Lei nº 13.608/2018 estabelece que os entes federativos e suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão Ouvidorias ou Correições para receber reportes sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. Entretanto, conforme o parágrafo único desse dispositivo, os relatos serão encaminhados às autoridades competentes para apuração.

⁵⁴² “What is critical is that the person responsible for managing or overseeing whistleblower protection within an organisation is senior and independent. In an external authority or investigative agency, it may be a specific department that is responsible for receiving and monitoring reports.” Ibid., p. 21.

⁵⁴³ It is also important to ensure there is more than one means by which a person can report misconduct or wrongdoing; that is, in addition to a person to whom someone can report, it is prudent to have a ‘hotline’ – either internal or one operated by a third party – and/or means by which someone can report anonymously (see Element 10) such as a web platform through which persons can make reports.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 21.

⁵⁴⁴ “In the US, the Whistleblower Protection Act of 1989 set up the Office of Special Counsel as an independent investigative body. The OSC can investigate ‘prohibited personnel practices’ including taking or failing to take action because of a whistleblowing.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 39.

⁵⁴⁵ “Some countries such as UK and South Africa do not have any oversight body and rely solely on the tribunals and courts to provide for remedies. The disadvantages of this approach include the lack of a body to receive information, and the inability to provide any general oversight on the system. This method also limits jurisdiction to those cases involving employment discrimination and not other kinds of retaliation.” Ibid., p. 43.

Muito embora, como exposto anteriormente, o Brasil não ter regulamentado, na Lei nº 13.608/2018, o *whistleblowing* interno no setor privado, o fato de estabelecer um órgão independente (Ouvidoria/Corregedoria) para o recebimento dos reportes promove um tratamento especializado e autônomo, o que pode vir a encorajar o relato de transgressões.

Caso inexista unidade de ouvidoria ou correição no ente procurado, o reporte poderá ser apresentado diretamente ao órgão ou unidades de execução do serviço ou a que se subordinem ou se relacionem, nos termos do §3º, do artigo 10, da Lei nº 13.460/2013⁵⁴⁶.

Isso, sem prejuízo do reporte direto aos órgãos responsáveis pela segurança pública (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civis, polícias militares e corpo de bombeiros e polícias penais federais, estaduais e distrital), tal como disposto no artigo 144 da Constituição Federal. Para Souza, nesses casos a Lei nº 13.608/2018 será aplicada de modo a complementar as disposições concernentes à proteção e recompensa do *whistleblower*.⁵⁴⁷

A Lei nº 13.608/2018 foi omissa no que diz respeito à descrição das hipóteses em que os relatos poderão ser arquivados, tendo disposto apenas sobre um encaminhamento para apuração se o relato for considerado razoável.

Os Projetos de Lei nº 1116/2018⁵⁴⁸ e 65/2019⁵⁴⁹, pensados ao 9167/2017, foram além e dispuseram ser possível arquivar relatos que não apresentam elementos suficientes e razoáveis, tendo definido ambos os conceitos.

Suficientes seriam todas as “informações, indícios e provas considerados confiáveis, verossímeis e potencialmente relevantes para o esclarecimento das ocorrências relatadas”. Razoáveis seriam pautados na “conclusão que um observador desinteressado obtém da análise

⁵⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm> Acesso em: 30 mar. 2020.

⁵⁴⁷ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 454.

⁵⁴⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 10-11.

⁵⁴⁹ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 11.

dos fatos informados e que permite constatar, preliminarmente, a possível ocorrência da ação ou omissão relatada.”⁵⁵⁰

De modo a não abrigar incertezas e desestimular o reportes, sustenta-se que o que se espera de um órgão independente é: i) a exposição clara da forma como irá lidar com o relato, incluindo as hipóteses objetivas que eventualmente conduzirão ao seu arquivamento; ii) a determinação de motivação das decisões; e iii) a estipulação de prazos para análise do relato e para a implementação das medidas de proteção.

3.4.3 Proteção da identidade

Na subseção 3.3.1, o sigilo de dados, que abrange a proteção da identidade, foi analisado sob a ótica da legislação brasileira. O propósito desse item, portanto, é estabelecer as principais distinções entre confidencialidade e anonimato e as suas implicações para a proteção da identidade do *whistleblower*.

Não se confundem confidencialidade, que é o resguardo da identidade, pelo órgão apurador, em relação a terceiros, e anonimato. Banisar sustenta que no anonimato o reporte é realizado sem que se saiba quem o realizou.⁵⁵¹

Segundo o autor, há legislações de proteção a reportantes que apenas se aplicam a indivíduos que se identificam, sendo que algumas delas terminantemente proíbem esse tipo de relato ou mesmo determinam que os órgãos que receberam denúncias anônimas as ignorem. Outras, como a *Sarbanes-Oxley Law*, determinam que organizações estruturem canais de denúncias anônimos e confidenciais.⁵⁵²

A *International Bar Association* recomenda que as legislações de proteção ao *whistleblower* encorajem a adoção de mecanismos de reporte anônimos, para as hipóteses em que o reportante não confiar inteiramente na entidade ou em sua estrutura de proteção. Sugere,

⁵⁵⁰ Definição imporda da jurisprudência estadunidense a respeito do “*reasonable belief*”- cf. segundo capítulo, 2.3.1.2.

⁵⁵¹ “Confidentiality should be distinguished from anonymity, in which disclosures are made without the recipient knowing who the sender is.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 34.

⁵⁵² “Generally, the legal protection in comprehensive whistleblowing laws only applies to individuals who identify themselves as part of their disclosure. Some whistleblower laws allow the body that receives anonymous disclosures to ignore them while others either recommend against or outright prohibit their use. The US Sarbanes-Oxley law requires that companies set up ‘anonymous, confidential’ hotlines.” Ibid., p. 34.

para tanto, que sejam utilizados canais que possibilitem que o reporte anônimo seja acompanhado por advogados por meio de tecnologia criptografada.⁵⁵³

Conway-Hatcher, Griggs e Klein destacam que o *Dodd-Frank Act of 2010* determina que *whistleblowers* que fizerem reportes anônimos sejam representados por advogados que se certifiquem terem verificado a identidade deles.⁵⁵⁴

Todavia, a IBA reconhece que não é um meio inteiramente satisfatório por dificultar a obtenção de informação adicional que pode ser essencial para a investigação e pelo fato de poder ser utilizada para reportes falsos.⁵⁵⁵

O órgão sugere que se encorajem *whistleblowers* a se identificarem, ainda que não requeridos ou, ainda, que as autoridades levem em consideração o anonimato do relato quando for avaliar a sua veracidade.⁵⁵⁶

Ragués I Vallès afirma que as denúncias anônimas, embora sejam úteis para iniciar uma investigação, não podem ter valor probatório em um sistema que preze pela presunção de inocência.⁵⁵⁷

Para Rocha, o anonimato expõe dificuldades jurídicas por não poder ser utilizado como prova em processos administrativos ou judiciais. Além disso, entende que o anonimato seria uma incompleta e insatisfatória proteção, pois, no caso dos *whistleblowers*, a identidade poderia ser deduzida das circunstâncias.⁵⁵⁸

⁵⁵³ “Whistleblower laws should encourage the adoption of anonymous reporting mechanisms, taking into consideration regulatory frameworks in relation to personal data. [...] Anonymous disclosures are important if individuals do not trust an organisation (discussed in Element 16) and/or its whistleblower protection framework. [...] For example, it is possible to do so through a lawyer, through an external service provider that enables anonymous reporting and follow-up and feedback through a case numbering system or through encryption technology.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: < <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 23.

⁵⁵⁴ “The Final Rules also require that anonymous whistleblowers be represented by an attorney who must certify that he or she has verified the whistleblower identity.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 261.

⁵⁵⁵ “Anonymous reporting, however, is not entirely satisfactory. It can make it difficult to obtain additional information from the reporting person that might be essential to conduct an appropriate investigation and/or to understand and remediate the misconduct or wrongdoing. It may be used to bring false or vindictive allegations against another person.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵⁶ “Given the difficulties potentially raised by anonymous reporting, whistleblowers can be encouraged to identify themselves, even if not required to do so. Further, in some cases, an organisation or enforcement authority may consider the fact that a report was made anonymously when evaluating its veracity.” *Ibid.*, p. 24.

⁵⁵⁷ “Las denuncias anónimas pueden proporcionar información útil para iniciar una investigación, pero en un sistema minimamente respetuoso con la presunción de inocencia no se les puede atribuir valor probatorio alguno [...]” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 62.

⁵⁵⁸ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20S>>

Outro fator que torna o anonimato insatisfatório são as dificuldades de apuração dele decorrentes, já que se impossibilita a complementação de informações e a realização de esclarecimentos.

Conforme o artigo 29 da Opinião nº 01/2006 do Grupo de Trabalho sobre Proteção de Dados da União Europeia, existem as seguintes ressalvas em relação a reportes anônimos: i) nem sempre impedem que se descubra a identidade do informante (v.g. em um contexto em que um número restrito de pessoas têm acesso a determinada informação relacionada ao reporte); ii) dificultam as investigações por impossibilitarem que sejam sanadas dúvidas; iii) dificultam a proteção do *whistleblower* contra retaliações; iv) podem trazer o foco para o *whistleblower*, atraindo suspeitas sobre eventual má-fé; v) a entidade pode desenvolver uma cultura de receber reportes anônimos de má-fé; vi) podem deteriorar o clima social da entidade pelo fato de trazerem preocupações de outros colaboradores quanto a eventuais reportes desse tipo a seu respeito.⁵⁵⁹

Quanto à confidencialidade, a IBA também pontua ser relevante que a identidade do reportante, quando de conhecimento, seja tratada como confidencial, exceto em ocasiões em que a revelação seja necessária para a condução da investigação, hipótese em que apenas poderá ocorrer após informada ao reportante a relevância desse ato.⁵⁶⁰

Conway-Hatcher, Griggs e Klein afirmam que nos Estados Unidos, embora o *Dodd-Frank Act* de 2010 contenha dispositivos no sentido de proteger a identidade do *whistleblower*, não há uma garantia de confidencialidade.⁵⁶¹

[ubsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)> Acesso em: 0. mar. 2020, p. 37.

⁵⁵⁹ “Anonymity might not be a good solution, for the whistleblower or for the organisation, for a number of reasons: - being anonymous does not stop others from successfully guessing who raised the concern; - it is harder to investigate the concern if people cannot ask follow-up questions; it is easier to organise the protection of the whistleblower against retaliation, especially if such protection is granted by law,¹⁷ if the concerns are raised openly; - anonymous reports can lead people to focus on the whistleblower, maybe suspecting that he or she is raising the concern maliciously; - an organisation runs the risk of developing a culture of receiving anonymous malevolent reports; - the social climate within the organisation could deteriorate if employees are aware that anonymous reports concerning them may be filed through the scheme at any time.” EUROPEAN UNION. WORKING GROUP ON DATA PROTECTION. *Opinion 01/2006 – Article 29*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp117_en.pdf> . Acesso em: 15 abr. 2020, p. 10-11.

⁵⁶⁰ “Appropriate procedures must be established and implemented to ensure the identity of any reporting person and reported person are kept confidential, and disclosures are made only when necessary: • in the interest of conducting a thorough investigation; and • after first providing notice to the relevant party of the need to disclose.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 24.

⁵⁶¹ “Although the Dodd-Frank Act contains confidentiality provision in order to protect the identity of the whistleblower, its provisions do not guarantee confidentiality.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices

Na linha da recomendação da IBA, a Seção 748, subseção 23, “*protection of whistleblower*”, item 2 “*confidentiality*”, do *Dodd-Frank Act* de 2010, uma das exceções à confidencialidade da identidade do reportante é a requisição de levantamento do sigilo da identidade desse, pelo réu, no contexto de um procedimento público instaurado pela SEC.⁵⁶²

Segundo Ragués I Vallès, mesmo que menos problemáticas que as denúncias anônimas, as confidenciais também poderão ser questionadas se o reporte da transgressão, por exemplo, for necessário para a condenação do reportado por não terem sido colhidas provas adicionais para esse fim.⁵⁶³

Um modelo de confidencialidade total, segundo o autor, choca de maneira direta com o direito de defesa do acusado, que deve ter condições de efetivamente contraditar o *whistleblower*, coisa que não conseguirá fazer adequadamente se não conhecer a sua identidade.⁵⁶⁴

No que diz respeito à acusação, também não é possível se sustentar uma confidencialidade total. O artigo 8º, §2º da Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, prevê que o sigilo é inoponível ao Ministério Público⁵⁶⁵, que será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses de sigilo, nos termos do artigo 26, §2º da Lei nº 8.625/93.⁵⁶⁶

for multinational companies. DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 261.

⁵⁶² “(2) CONFIDENTIALITY.— “(A) IN GENERAL.—Except as provided in subparagraphs (B) and (C), the Commission, and any officer or employee of the Commission, shall not disclose any information, including information provided by a whistleblower to the Commission, which could reasonably be expected to reveal the identity of a whistleblower, except in accordance with the provisions of section 552a of title 5, United States Code, unless and until required to be disclosed to a defendant or respondent in connection with a public proceeding instituted by the Commission or any entity described in subparagraph (C). For purposes of section 552 of title 5, United States Code, this paragraph shall be considered a statute described in subsection (b)(3)(B) of such section 552.” UNITED STATES OF AMERICA. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 370.

⁵⁶³ “Sin embargo, tal confidencialidad puede acabar diendo un problema si la declaración del sujeto denunciante deviene necesaria para poder condenar al acusado por no haberse obtenido a partir de sua denuncia pruebas adicionales suficientes que permitan alcanzar una condena sin dicha declaración testifical.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 62.

⁵⁶⁴ “La pretensión del Estado de mantener pese a todo la confidencialidade – a través de identidades reservadas o facilitando posibilidades d declaración que no comporten testificar diretamente – choca de manera directa con el derecho de defensa del imputado o acusado, que debe estar em condiciones de contradecir las manifestaciones de quien pretende incriminarle, cosa que no poderá hacer adecuadamente si desconoce su identidad.” *Ibid.*, p. 62.

⁵⁶⁵ “§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.” BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁵⁶⁶ “§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.” *Id.*. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei

O anonimato e a confidencialidade são relevantes instrumentos de proteção a reportantes de transgressões, porém possuem suas limitações. O incentivo ao anonimato se mostra impraticável em tradições jurídicas que se sustentam no pilar da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa, como o Brasil, uma vez que denúncias desse tipo impedem contraditas pela parte contrária e tornam temerárias quaisquer restrições de direitos que as tomam como fundamento único⁵⁶⁷.

Isso, sem prejuízo das demais ressalvas que são feitas a reportes desse tipo, notadamente por dificultarem a complementação de informações em investigações, bem como por atraírem o foco mais para quem faz o relato do que o seu conteúdo propriamente dito.

A confidencialidade, por sua vez, demonstra-se como um meio termo voltado à proteção do reportante e à operacionalidade das investigações. Há de ser vista também sob a perspectiva dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que poderá atrair limitações em hipóteses de processos judiciais, de modo que se possibilite à defesa contraditar o reportante.

Outra possibilidade é admitir a confidencialidade do relato, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconhecendo, em contrapartida, a perda do seu valor probatório, sem prejuízo das demais provas constituídas, de modo a garantir uma partida de armas entre acusação e defesa. Em todo caso, similarmente ao que ocorre com a colaboração premiada, não se deve admitir que sejam proferidas sentenças condenatórias com fundamento exclusivo nas declarações do reportante.

O relato deve ser um norte para as investigações, que deverão procurar outras provas para corroborá-lo, em uma regra de tarifação similar às dispostas no artigo 443 do Código de Processo Civil⁵⁶⁸ e 227 do Código Civil⁵⁶⁹.⁵⁷⁰

Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁵⁶⁷ Um dos casos paradigmáticos em matéria de denúncias anônimas relacionadas a delitos econômicos foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 159.159, em 2011, no contexto da “Operação Castelo de Areia”, deflagrada para investigar crimes financeiros e desvio de verbas públicas relacionadas a diretores de empreiteiras e partidos políticos. A Sexta Turma decidiu, na oportunidade, que todas as provas obtidas a partir da quebra generalizada do sigilo de dados telefônicos baseados exclusivamente em denúncias anônimas são nulas. No julgamento, os ministros entenderam que denúncias anônimas podem servir para que autoridades busquem indícios do crime relatado anonimamente e, apenas caso encontrados, é que poderão justificar eventuais medidas cautelares. STJ. HC nº 159.159. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/04/2011.

⁵⁶⁸ “Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.”

⁵⁶⁹ “Art. 227. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.”

⁵⁷⁰ Nesse sentido: SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 471.

Além disso, sustenta-se que, tendo em conta a possibilidade de levantamento do sigilo da identidade do reportante, devem ser tomadas as seguintes cautelas: i) dar ao reportante conhecimento das hipóteses em que a lei prevê o levantamento da preservação da identidade, de modo que possa avaliar os riscos do relato; ii) dar ao reportante a possibilidade de recorrer quanto ao levantamento a uma autoridade administrativa ou judicial, bem como lhe dar um tempo razoável para se preparar para tanto, inclusive recorrendo à tutela judicial; iii) conceder ao reportante prazo razoável para as medidas que entender cabíveis, antes de qualquer ato de publicidade de seu nome.⁵⁷¹

Importante também que ao reportante sejam esclarecidos: i) por quais meios sua identidade poderá ser revelada; e ii) em que medida a sua vontade ou não de manter a confidencialidade do relato será levada em consideração.

Outro ponto que merece destaque em uma política de proteção de reportantes diz respeito a conceder a eles a opção, logo na ocasião do reporte, de fazê-lo de modo anônimo, confidencial ou identificado, a partir de tecnologias destinadas para esse fim, o que se torna possível por meio de plataformas digitais.

Spinelli esclarece que, aos reportantes, devem ser concedidas três opções no que diz respeito a sua identificação: i) possibilidade de anonimato e, para tanto, estruturação de canais que não requeiram informações pessoais do reportante e que assegurem que o *Internet Protocol* (IP) da máquina por ele utilizada não seja identificado; ii) oportunidade de identificação, porém com a opção de solicitar confidencialidade em relação a terceiros que não administrem o canal; iii) alternativa de identificar-se, sem solicitar confidencialidade. Para o autor, essas três situações podem ampliar o uso dos canais de denúncia e torná-los efetivos na identificação de irregularidades.⁵⁷²

A transparência em relação aos riscos do relato e o empoderamento no sentido de conceder ao reportante meios de se pronunciar sobre o levantamento do sigilo de sua identidade, como se verifica na Lei nº 13.608/2018, são formas de favorecer uma relação de confiança do reportante em relação ao sistema e estimular a política de reportes.

⁵⁷¹ Nesse mesmo sentido: ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 34.

⁵⁷² SPINELLI, Márcio Vinícius Classen. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 285-292, 2019, p. 289.

Além disso, afigura-se imprescindível em uma estrutura de reportes o processamento de dados pessoais⁵⁷³, tanto do reportante, quanto da pessoa que é reportada. Por essa razão, as leis de proteção de reportantes devem levar em consideração as nuances das leis de proteção de dados para evitar algum tipo de conflito de normas.

As elevadas multas decorrentes da violação de leis de proteção de dados, como existem em algumas jurisdições, podem dissuadir entidades a implementarem canais internos de denúncia caso não haja uma lei de proteção de reportantes compatível.

No contexto da *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia⁵⁷⁴, quem violar previsões específicas a respeito do processamento de dados e transferência de dados pessoais internacionalmente estará sujeito ao pagamento de até vinte milhões de euros ou 4% (quatro por cento) da receita anual global do exercício anterior, o que for maior.⁵⁷⁵

Alguns países impõem restrições legais sobre a forma de utilização e tratamento de dados, tais como a França e a Grécia, que já sancionaram empresas pela violação das leis de proteção nacional de dados no contexto de reportes internacionais.⁵⁷⁶

⁵⁷³ As nuances específicas da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira constam no subtítulo 3.3.1.1.

⁵⁷⁴ “Article 83: Infringements of the following provisions shall, in accordance with paragraph 2, be subject to administrative fines up to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher: 1. the basic principles for processing, including conditions for consent, pursuant to [Articles 5, 6, 7 and 9](#); 2. the data subjects’ rights pursuant to [Articles 12 to 22](#); 3. the transfers of personal data to a recipient in a third country or an international organisation pursuant to [Articles 44 to 49](#); 4. any obligations pursuant to Member State law adopted under [Chapter IX](#); 5. non-compliance with an order or a temporary or definitive limitation on processing or the suspension of data flows by the supervisory authority pursuant to [Article 58\(2\)](#) or failure to provide access in violation of [Article 58\(1\)](#).” EUROPEAN UNION. *General Data Protection Regulation*. Disponível em: < <https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr/>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

⁵⁷⁵ O artigo 41 da Diretiva 849/2015, na esfera do enfrentamento à lavagem de capitais e financiamento do terrorismo na União Europeia, limita alguns direitos subjetivos relacionados à proteção de dados, no campo do processamento de dados pessoais, para fins de reportes às autoridades com a finalidade de impedir esses ilícitos. No literal: “4. In applying the prohibition of disclosure laid down in Article 39(1), Member States shall adopt legislative measures restricting, in whole or in part, the data subject's right of access to personal data relating to him or her to the extent that such partial or complete restriction constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society with due regard for the legitimate interests of the person concerned to: a) enable the obliged entity or competent national authority to fulfil its tasks properly for the purposes of this directive; or b) avoid obstructing official or legal inquiries, analyses, investigations or procedures for the purposes of this directive and to ensure that the prevention, investigation and detection of moneylaundering and terrorist financing is not jeopardised.” Tradução livre: “Ao aplicar a proibição de divulgação prevista no artigo 39.º, n.º 1, os Estados-Membros adotarão medidas legislativas que restrinjam, no todo ou em parte, o direito de acesso do interessado a dados pessoais que lhe digam respeito, na medida em que tais restrições parciais ou completas constituírem uma medida necessária e proporcional em uma sociedade democrática, levando em consideração os legítimos interesses da pessoa interessada em: a) permitir que a entidade obrigada ou autoridade nacional competente cumpra suas tarefas adequadamente para os fins da presente diretiva; ou b) evitar obstruir inquéritos, análises, investigações ou procedimentos oficiais ou legais para os fins da presente diretiva e garantir que a prevenção, investigação e detecção de financiamento de terrorismo e lavagem de dinheiro não sejam comprometidas.” EUROPEAN UNION. *Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council*. Disponível em:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

⁵⁷⁶ “This is because some countries may impose legal restrictions on how use of personal data is managed that can have an impact on internal private sector whistleblowing procedures. [...] For example, data protection authorities in France and Greece have sanctioned companies for the violation of national data protection laws in the context

Por essa razão, na mesma linha que a *International Bar Association*, entende-se que as entidades devem estar a par de suas obrigações sobre as leis de proteção de reportantes e proteção de dados quando desenvolverem os programas de *whistleblowing*.⁵⁷⁷

3.4.4 Medidas antirretaliação

Diversas são as formas de retaliação decorrentes de reportes de transgressões relacionadas à entidade, podendo ser organizadas em pelo menos dez agrupamentos, não exaustivamente: i) retaliações físicas (v.g. coerções físicas, lesão corporal ou crime mais grave); ii) retaliações psicológicas e morais (v.g. assédio moral, intimidações, ameaça); iii) retaliações direcionadas à propriedade (v.g. dano a bens móveis e imóveis pessoais do reportante); iv) retaliações negociais – caso o reportante seja fornecedor/subcontratado da entidade alvo - (v.g. boicote às pessoas jurídicas das quais o reportante é membro, por meio de cancelamento ou revisão de contratos e outros prejuízos comerciais); v.i) retaliações laborais materiais (v.g. redução de remuneração, retirada direta ou indireta de benefícios); v.ii) retaliações laborais relacionadas ao cargo ou função (v.g. suspensão das atividades, alteração injustificada de funções, burocratização das funções, atribuição de atividades em quantidade e dificuldade desproporcionais, não fornecimento de materiais para o desempenho das atividades, inaccessibilidade aos sistemas internos da entidade, inobservância de condições adequadas de trabalho, rebaixamento, extinção do cargo ou função); v.iii) retaliações laborais relacionadas à carreira (v.g. discriminações, exclusão de cursos e treinamentos, barreiras para promoção, transferências de localidade forçadas, avaliações negativas, indeferimento infundado de licenças, demissão arbitrária, negativa de fornecimento de referências profissionais positivas); vi) retaliações voltadas à credibilidade (v.g. campanhas difamatórias para o questionamento da honestidade, saúde mental, competência profissional); vii) retaliações relacionais (v.g. *bullying*, ostracismo pelo pares, tratamento de silêncio, exposição pública); viii) retaliações disciplinares e processuais (v.g. deflagração de investigações e ações disciplinares pelo reporte ou outros motivos que costumeiramente não as ensejaria); ix) retaliações sancionatórias (v.g. imposição de sanções infundadas ou responsabilização civil, criminal ou administrativa pelo relato); x)

of their internal reporting procedures.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 25.

⁵⁷⁷ “Organisations need to be aware of their obligations under both whistleblower protection laws and data protection laws when developing whistleblower protection frameworks.” *Ibid.*, p. 25.

retaliações indiretas (v.g. extensão de algumas dessas condutas a familiares e pessoas próximas ao *whistleblower*).

Em se tratando de agentes públicos em sentido *lato*, os Projetos de Lei nº 1116/2018⁵⁷⁸ e 65/2019⁵⁷⁹, apensados ao 9167/2017, descrevem retaliações específicas, afeitas às particularidades do setor público, embora não muito fiéis em relação a comissionados e ocupantes de funções temporárias, materializadas na proibição de prejudicar o reportante: i) em avaliação de desempenho para cargo ou emprego público, se estiver em estágio probatório; ii) em procedimento de avaliação periódica de desempenho previsto no art. 41, 111, da Constituição Federal, se for estável; e iii) em avaliação especial de desempenho para aquisição da estabilidade ao final do estágio probatório.

Gottschalk sustenta que a retaliação contra o *whistleblower* representa o resultado do conflito existente entre a entidade e o seu empregado por ameaçar a tomar, ou realmente tomar, ações em detrimento do seu bem estar.⁵⁸⁰

Segundo Rocha, também é relevante assegurar às pessoas próximas ao reportante uma proteção de danos físicos e outras ameaças.⁵⁸¹

Para Vaughn, as condutas retaliatórias pelo contratante compreendem ações formais ou informais, incluindo casos em que o contratante influencia os demais colaboradores contra o *whistleblower*.⁵⁸²

⁵⁷⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 19.

⁵⁷⁹ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 18.

⁵⁸⁰ “Reprisal and retaliation against a whistleblower represent an outcome of a conflict between an organization and its employee by threatening to take, or actually taking, an action that is detrimental to the well-being of the employee.” GOTTSCHALK, Petter. *Whistleblowing: white-collar fraud signal detection*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 68.

⁵⁸¹ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020, p. 38.

⁵⁸² “Of particular interest in the state provisions are the definitions of employer actions that go beyond both formal and informal employer’s actions, such as changes in working conditions, n job assignments, and in work assigned to include instances where the employer influences the behavior of ther employees toward the whistleblower.” VAUGHN, Robert. *State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection*. Administrative Law Review, n. 51, 1999, p. 581-625, Disponível em:< https://www.jstor.org/stable/40709997?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 607.

Portanto, considerando que a retaliação pode se dar por ação ou omissão, de modo direto ou indireto, formal e informal, não se pode apoiar em uma definição restritiva, sob pena de reduzir a cobertura da proteção do reportante.

É recomendável uma proteção legislativa em sentido amplo, capaz de abranger todos as formas de retaliação possíveis, caso contrário ao *whistleblower* será concedida apenas uma proteção simbólica.

Partindo do pressuposto de que se deve alargar a definição, tendo em consideração as diversas modalidades acima expostas, entende-se que retaliação: corresponde a toda ação ou omissão, direta ou indireta, dentro ou fora da entidade, em decorrência do reporte de transgressões realizado interna ou externamente, que prejudique direitos e interesses do reportante e/ou pessoas próximas a ele e/ou indivíduo ao qual se tenha equivocadamente atribuído o relato.

Sustenta-se que as mais consistentes formas de proteção ao reportantes devem abranger a, não taxativamente: i) proteção de dados pessoais (v.g. determinação do sigilo de dados e, em casos de ressalvas, a estipulação de exceções que considerem a concordância formal do reportante); ii) proteção pessoal física e psicológica (v.g. alteração de nome, escolta policial, segurança residencial, acomodação provisória, trabalho domiciliar sem prejuízo da remuneração, transferência de cidade, apoio médico e psicológico); iii) proteção funcional (v.g. suspensão liminar de alterações funcionais injustificadas, de burocratização e suspensão das atividades, afastamento do retaliador, proteção contra rebaixamento); iv) proteção à carreira (v.g. garantia contra transferência forçada, indeferimento de licenças, demissão arbitrária e negativa de referências profissionais positivas); v) proteção disciplinar (em face de ações disciplinares); vi) proteção financeira de suporte (v.g. auxílio financeiro temporário face os prejuízos materiais de natureza remuneratória ou não ainda não ressarcidos); vii) proteção financeira indenizatória (v.g. danos materiais e morais – danos emergentes ou *back pay* -, incluindo os ganhos futuros que teria auferido - lucros cessantes ou *front pay* – e danos punitivos – *punitive damages* -, bem como previsão responsabilidade objetiva da entidade, sem prejuízo da ação de regresso, de modo a assegurar a reparação de danos); viii) proteção contra responsabilização civil, criminal e administrativa pelo relato (*waiver of liability*); ix) proteção indireta (v.g. às pessoas próximas ao reportante – familiares, amigos - ou que lhe auxiliarem no reporte); x) proteção negocial (v.g. suspensão de cancelamento imotivado de contratos com pessoas jurídicas relacionadas ao reportante ou da sua revisão).

Sobre o item “ix”, no que se refere aos familiares do reportante, entende-se que não deve existir uma limitação de consanguinidade, afinidade e grau, uma vez que tais categorizações

jurídicas não refletem, necessariamente, a realidade do vínculo afetivo existente entre as partes. Por isso, incluir amigos e demais pessoas próximas faz sentido nesse contexto em que tais indivíduos com relacionamentos mais íntimos com reportante podem ser expostos a retaliações aptas a rícochitearam nele.

A forma como essa proteção se dará, a quem se destinará e o seu prazo deverão partir de uma análise casuística. Caso se aplique o prazo da Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunhas), nos termos do *caput* do artigo 4º-C da Lei nº 13.08/2018, a duração máxima de inserção no programa é de dois anos, prorrogáveis em circunstâncias excepcionais, perdurando os motivos que autorizam a admissão (artigo 11).

Denfende-se, ainda, que a proteção deve ser estendida às pessoas que auxiliarem os reportantes e que prestarem informações durante procedimentos investigatórios, fiscalizatórios ou correccionais, uma vez que também podem ser alvo de retaliação e, portanto, devem ser abrangidas. Em linha similiar, os Projetos de Lei nº 1116/2018⁵⁸³ e 65/2019⁵⁸⁴ previram proteção a esses indivíduos (cf. subseção 3.4.1).

Adicionalmente, do ponto de vista subjetivo, também devem ser tuteladas as pessoas que foram tidas equivocadamente como reportantes (v.g. denúncia anônima realizada em uma empresa pequena, que facilmente pode ter a origem identificada), uma vez que passíveis de retaliação.⁵⁸⁵

O *Dodd-Frank Act* [15 USC section 78-u-6(a)(6) c/c 17 CFR 240.21F-2] e a *Sarbanes-Oxley Act* (18 USC section 1514A) incluem as seguintes medidas, em favor do *whistleblower*, decorrentes da retaliação: i) reintegração aos quadros da entidade, com a antiguidade que o empregado teria tido se não fosse a retaliação; ii) o pagamento devido ao *whistleblower*, com

⁵⁸³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21.

⁵⁸⁴ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20.

⁵⁸⁵ Essa posição também encontra escora nas boas práticas apontadas pelo G20: “Protection of employees whom employers mistakenly believe to be whistleblowers.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 32.

juros (no *Dodd-Frank* esse pagamento é previsto em dobro); iii) ressarcimento por quaisquer danos materiais decorrentes da retaliação, incluindo custas processuais e honorários.⁵⁸⁶

A reintegração do *whistleblower* na entidade pode representar apenas o prolongamento de um constrangimento e, na prática, pode se demonstrar como inviável.

Nesses casos, conforme recomenda as Nações Unidas, parece mais adequada a transferência do *whistleblower* para outro departamento ou filial da entidade (quando possível) para que ele tenha uma chance realista de recomeço.⁵⁸⁷

Banisar sustenta que em países como os Estados Unidos, Coreia do Sul e África do Sul, *whistleblowers* podem obter transferência para trabalhos equiparados se puder ser demonstrado que retaliações adicionais ocorreriam caso o reportante permanecesse na posição atual. Entretanto, em jurisdições ou entidades menores, isso acaba não sendo possível.⁵⁸⁸

No Brasil, nos já referidos Projetos de Lei nº 1116/2018⁵⁸⁹ e 65/2019⁵⁹⁰, há previsão de algumas medidas mais avançadas de proteção ao *whistleblower* e outras categorias de

⁵⁸⁶ ““(C) RELIEF.—Relief for an individual prevailing in an action brought under subparagraph (B) shall include— “(i) reinstatement with the same seniority status that the individual would have had, but for the discrimination; “(ii) the amount of back pay otherwise owed to the individual, with interest; and “(iii) compensation for any special damages sustained as a result of the discharge or discrimination, including litigation costs, expert witness fees, and reasonable attorney’s fees.” UNITED STATES OF AMERICA. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 20 jul.2019, p. 370. UNITED STATE OF AMERICA. *Sarbanes-Oxley Law*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁵⁸⁷ “It might be unrealistic to expect an individual worker to resume working for a supervisor or employer or with co-workers who have engaged in retaliation against him or her. In such cases, individuals may need to be provided with the possibility of transfer to a different section or office in order for them to have any realistic chance of a fresh start.” UNITED NATIONS. *Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020, p. 55.

⁵⁸⁸ “In the US, South Korea, and South Africa, whistleblowers can obtain transfers to other comparable jobs if it can be shown that problems such as further harassment would arise if the person stayed at their current position. However, in smaller jurisdictions or companies, this may not be possible.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 36-37.

⁵⁸⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 14-15.

⁵⁹⁰ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 13-14.

reportantes, em caráter provisório ou definitivo, tais como: i) preservação da integridade física e psicológica; ii) autorização temporária de trabalho domiciliar e de afastamento ou transferência do reportante de seu ambiente de trabalho, sem prejuízo do vínculo funcional ou trabalhista e da respectiva remuneração; iii) proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar ou para as quais o ato de relatar tenha sido fator contributivo, como: a) demissão arbitrária, imposição de sanções ou de prejuízos remuneratórios, retirada de benefícios diretos ou indiretos e negativa de acesso a treinamento e cursos ou de fornecimento de referências profissionais; b) alteração de funções ou atribuições, e do local ou condições de trabalho, salvo quando consensualmente acordadas com o reportante; c) determinação de afastamento ou transferência do ambiente de trabalho da pessoa responsável pela prática de retaliação contra o reportante, inclusive do superior hierárquico imediato que se omitir ou recusar a adotar as medidas de proteção necessárias; d) apoio médico ou psicológico temporários, cuja necessidade decorra da prática de retaliação; e) suspensão liminar das ações ou omissões que possam configurar retaliação; iv) determinação de afastamento ou transferência do ambiente de trabalho da pessoa responsável pela prática de retaliação contra o reportante, inclusive do superior hierárquico imediato que se omitir ou recusar a adotar as medidas de proteção necessárias; v) apoio médico ou psicológico temporários, cuja necessidade decorra da prática de retaliação; vi) não utilização das pessoas jurídicas das quais os reportantes sejam representantes, membros, sócios, acionistas, cotistas, diretores, empregados, participantes ou associados como meio de retaliação pelo ente privado ou público sobre cuja suspeita de irregularidade recai, por meio de atos como cancelamento de contratos existentes, revisão imotivada de termos negociais, entre outros atos que tragam desvantagem comercial à empresa que tenha vínculo com o reportante.

Em tais iniciativas de *lege ferenda* uma medida que assegura maior proteção ao reportante é a previsão de responsabilidade objetiva das organizações privadas pela prática de retaliação ao reportante, assegurado o direito de regresso contra seus autores e partícipes.⁵⁹¹

⁵⁹¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21. Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20.

Em linhas gerais, uma proteção efetiva aos reportantes ocorre, antes de tudo, pela consideração mais abrangente acerca do que consiste a retaliação. Em sua concepção não se deve ignorar as formas indiretas (v.g. utilização de outros funcionários ou terceiros contra o reportante; condutas que recaiam sobre familiares e pessoas próximas ao reportante) e omissivas (v.g. não fornecimento de condições adequadas e materiais de trabalho) de retaliar e, tampouco, as peculiaridades dos setores público e privado (v.g. a retirada de credenciais de servidores da segurança nacional, na prática, é uma forma de exoneração).

Ademais, é preciso reconhecer que a “caçada” ao *whistleblower* pode culminar na retaliação de pessoas não envolvidas no relato, as quais equivocadamente foram tidas como reportantes, sobretudo nas hipóteses de denúncias anônimas, devendo tais indivíduos também serem integralmente protegidos.

Para além da questão da maior abrangência no que diz respeito à definição de retaliação e dos sujeitos dignos de proteção⁵⁹², recomenda-se que, de maneira não exaustiva, as medidas de tutela previstas em lei: i) não sejam alheias também à preservação psicológica do reportante (v.g. previsão de apoio psicológico); ii) sejam realistas (v.g. nem sempre é possível reintegrar um reportante, devendo-se analisar a possibilidade de uma transferência de setor, filial ou afastamento definitivo com lucros cessantes – *front pay*); iii) considerem o afastamento liminar do possível retaliador, sob pena de agravamento das medidas de retaliação; iv) suspendam liminarmente ações disciplinares e/ou investigações retaliatórias; e v) prevejam a responsabilidade objetiva da entidade, sem prejuízo da ação de regresso, de modo a melhor assegurar a reparação de danos ao reportante.

Adicionalmente, Pender, Cherkasova e Yamaoka-Enkerlin sustentam que a tecnologia também pode ser utilizada para reduzir risco de retaliação ao *whistleblower*, por possibilitar a criação de canais de denúncias mais seguros.⁵⁹³

Enquanto *hotlines* e portais eletrônicos são amplamente utilizados, o desenvolvimento de aplicativos de celulares tem combinado as vantagens de portais eletrônicos, que possibilitam o *upload* de documentos, com a acessibilidade dos telefones móveis.⁵⁹⁴

Os autores sustentam que a tecnologia *blockchain* também pode oferecer vantagens: i) balanceia a necessidade de anonimato com a possibilidade de reestabelecimento de contato para informações adicionais (v.g. a plataforma *WhistleAI* atualmente combina *blockchain*,

⁵⁹² A esse respeito, sugere-se retomar as subseções 2.3.2.2, 2.3.2.3, 2.4, 3.4.1 e 3.4.1.1.

⁵⁹³ PENDER, Kieran; CHERKASOVA, Sofya; YAMAOKA-ENKERLIN, Anna. Compliance and Whistleblowing: How technology will replace, empower and change whistleblowers. In.: MADIR, Jelena. *Fintech*. Edward Elgar Publishing, p. 326-352, 2019, p. 328.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p.335.

inteligência artificial e contribuição colaborativa – *crowdsourcing*); ii) possui imutabilidade, uma vez que as informações carregadas na plataforma, baseadas em *blockchain*, têm data e hora registradas e não podem ser excluídas ou adulteradas; iii) habilidade de viabilizar recompensas a partir de contratos inteligentes/digitais (*smart contracts*) por meio de criptomoedas, que poderão ser transferidas assim que se constarem presentes os requisitos; iv) pode ser programado para liberar informações se determinadas condições forem atendidas.⁵⁹⁵

Considerações sobre um *whistleblowing* efetivo não dispensam, igualmente, estudos na área da tecnologia, que, além de servir como importante instrumento para garantir a proteção de reportantes, simultaneamente torna o reporte mais funcional e satisfatório para as finalidades das apurações dele decorrentes.

3.4.4.1 Inversão do ônus da prova quanto à retaliação

Uma legislação de proteção do *whistleblower* deve levar em consideração as dificuldades inerentes à apresentação, investigação e comprovação dos reportes contra a entidade, bem como o fato de que essa está em uma posição de poder em comparação ao reportante.

Excetuadas as questões gerenciais legítimas, a margem de discricionariedade dada ao contratante na esfera da relação de trabalho e negocial poderá dar ensejo a diversas formas de retaliação, sendo forçoso concluir que medidas que tenham por finalidade conceder um maior equilíbrio entre as partes deverão ser tomadas.

Em virtude disso, diversos Ordenamentos Jurídicos têm optado por uma política de inversão do ônus da prova em matéria de retaliação de reportes de transgressões.

Devine expõe que, a partir do *Whistleblower Protection Act* (WPA), deixou-se de considerar a retaliação como ação tomada “em represália ao relato”, tal como era disposto no *Civil Service Reform Act*, para entendê-la como ação praticada “por causa do relato.” Para o autor, foi uma forma de reformar precedentes que exigiam a prova da intenção de retaliar, restritiva à proteção do *whistleblower*, para tornar a retaliação fruto de um mero elo causal entre o reporte e a conduta tomada em decorrência dele.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ PENDER, Kieran; CHERKASOVA, Sofya; YAMAOKA-ENKERLIN, Anna. Compliance and Whistleblowing: How technology will replace, empower and change whistleblowers. In.: MADIR, Jelena. *Fintech*. Edward Elgar Publishing, p. 326-352, 2019, p. 340.

⁵⁹⁶ “Eliminating the Motives Test Under the Civil Service Reform Act an employer did not violate §2302(b)(8) unless the challenged personnel decision was “in reprisal for” whistleblowing. The WPA replaced that phrase with “because of” protected activity. [...]The impact is that animus, the employer's punitive or vindictive intent, no longer is necessary. Decisions on personnel actions may not be based on whistleblowing disclosures, regardless

O Grupo de Trabalho sobre proteção do *whistleblower* da *International Bar Association* constatou duas abordagens com relação ao ônus da prova. Na primeira, ocorre uma inversão do ônus nas seguintes situações: i) o contratante deve comprovar que teria tomado as mesmas atitudes desfavoráveis contra o colaborador independentemente do reporte; e ii) o reporte é protegido a menos que algum critério, estipulado pela legislação local, não seja encontrado.⁵⁹⁷

Banisar destaca que nos Estados Unidos é exigido da entidade que demonstre claramente que o mesmo ato pessoal seria tomado a despeito do reporte. Por sua vez, que no Reino Unido o ônus da prova depende do critério de extensão do vínculo de trabalho do colaborador: i) se está trabalhando há mais de um ano, o contratante é que deverá comprovar que a demissão não guardou relação com o reporte; ii) se está trabalhando a menos de um ano, o ônus ficará a cargo do colaborador.⁵⁹⁸

Na abordagem da legislação estadunidense, o *whistleblower* mantém um ônus inicial de comprovar um *prima facie case*, isto é, trazer determinados elementos para permitir uma suposição inicial de retaliação. Após, o ônus se inverte e a entidade deverá demonstrar que teria praticado o ato independentemente do reporte.⁵⁹⁹

A *Sarbanes-Oxley Act* dispõe que haverá um *prima facie case* se demonstrado que: i) o colaborador está envolvido em atividade protegida por lei; ii) o pretense retaliador sabia ou suspeitava que o colaborador estava envolvido em atividade protegida; iii) o colaborador sofreu

of the presence or absence of retaliation. This eliminates the common employer defense that there are ‘no hard feelings’, but it is no longer realistic to work with a dissenter after what was said. In the WPA legislative history Congress specifically overruled federal court precedent that required proof of an intent to punish as unduly restrictive. In the aftermath, all that is necessary to prove a violation is a causal link.” DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act Burdens of Proof: Ground Rules for Credible Free Speech Rights. In: *E-Journal of International and Comparative - Labor Journal*. Disponível em <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>. Acesso em: 10 mai.2020, p. 6.

⁵⁹⁷ “The Working Group explored two approaches to the burden of proof. In the first, the burden of proof is reversed in the following situations: 1. the employer must prove that it would have taken the disadvantageous action against the employee regardless of the whistleblowing activity; and 2. the disclosure is protected unless it can be established that certain criteria are not met.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 26.

⁵⁹⁸ “In the US, the agency has the burden to show ‘by clear and convincing evidence that it would have taken the same personnel action in the absence of such disclosure.’ In the UK the burden of proof depends on the length of employment of the employee. If they have been an employee for more than one year, than the employer must prove the dismissal had nothing to do with the disclosure; if they have been employed less than one year, the employee must prove that it did.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 36.

⁵⁹⁹ “In the second, the whistleblower bears an initial burden to make a basic, *prima facie* claim showing that their case satisfies certain elements. From there, the burden shifts to the employer, requiring them to show that they would have taken the adverse employment action even in the absence of the whistleblowing activity.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. op. cit., p. 26-27.

uma ação pessoal adversa/prejudicial; iv) existem circunstâncias que sugerem que a atividade protegida foi um fator que contribuiu para a ação prejudicial.⁶⁰⁰

Na recomendações da Transparência Internacional consigna-se que, como os contratantes costumeiramente possuem maior poder e recursos, o ônus da prova deve ser a eles delegado em caso de retaliação, o que significa que: i) o trabalhador deve demonstrar um *prima facie case*, isto é, que fez o reporte e sofreu um tratamento desfavorável; ii) o contratante deve demonstrar que esse tratamento foi justo e não relacionado ao *whistleblowing*, ou seja, que ocorreria de qualquer modo.⁶⁰¹

No Brasil, nos mencionados Projetos de Lei nº 1116/2018⁶⁰² e 65/2019⁶⁰³, é proposto que, na apuração da ocorrência de retaliação, o ônus da prova seja do retaliador. É disposto também que haverá presunção relativa da prática de retaliação, automaticamente pelo prazo de três anos, a contar da data da apresença do relato, quando: i) a retaliação tiver ocorrido antes do encerramento do procedimento de apuração, pública ou privada, e forem consideradas prejudiciais ao reportante; ou ii) for conhecida ou presumível a identidade do reportante e não lhe forem asseguradas condições usuais no ambiente de trabalho, resultando em isolamento funcional ou outro meio de transtorno.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ “(1) that he engaged in protected activity; (2) the employer knew of the protected activity; (3) he suffered an unfavorable personnel action; and (4) circumstances exist to suggest that the protected activity was a contributing factor in the unfavorable action.” UNITED STATE OF AMERICA. *Sarbanes-Oxley Law*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶⁰¹ “As the employer has the greater power and resources, the onus should be placed on them to prove that the action taken was not due to the whistleblower raising a concern. This is why international standards recommend that whistleblowing legislation reverses the burden of proof onto the employer. This means that the employee should only need to establish a prima facie case that (1) he or she made a disclosure and (2) suffered a negative treatment. It is then up to the employer to prove that the treatment was fair and not linked in any way to the whistleblowing, that is, it would have happened anyhow.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 59-60.

⁶⁰² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21.

⁶⁰³ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20.

⁶⁰⁴ Id.. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8F>.

Prevê-se, ainda, que as presunções serão ilididas mediante a comprovação de que as medidas tomadas “em relação ao reportante tiveram motivação autônoma, legítima e não relacionada à apresentação do relato.”⁶⁰⁵

Com relação ao prazo de presunção relativa de retaliação, há fundamento no dito “período suspeito”, que Rocha define como sendo um período razoável e imediatamente seguido do relato em que se presume que atos praticados pelo contratante, desfavoráveis ao colaborador, constituem retaliação.⁶⁰⁶

Acrescenta o autor que regulações semelhantes são encontradas na Croácia, França, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Coreia do Sul e Eslovênia, relacionadas a reportes envolvendo corrupção.⁶⁰⁷

A partir dessa concepção, bastará ao colaborador da entidade alvo do reporte comprovar que a conduta praticada pelo contratante e que lhe foi desfavorável foi tomada após o reporte, dentre desse “período suspeito”. Assim, competirá ao contratante demonstrar que qualquer punição ou atitude prejudicial em relação ao reportante foi tomada independentemente do reporte.

Consoante Devine, nos Estados Unidos houve uma revisão do *Whistleblower Protection Act* (WPA) no sentido de estabelecer que servidores públicos podem comprovar a conexão entre o reporte e a prática que lhe foi desfavorável dentro de um período de tempo após o reporte protegido, aplicando-se como critério objetivo o fato de uma “pessoa razoável” – algo próximo ao “cidadão médio” no Brasil - poder concluir que o reporte foi fator contributivo para a ação prejudicial.⁶⁰⁸

[B49DC5E.proposicoesWeb/externo1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/externo1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018)>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21.

⁶⁰⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWeb/externo1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20. Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20. abr. 2020, p. 20.

⁶⁰⁶ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 46

⁶⁰⁷ Ibid., p. 47.

⁶⁰⁸ “In the 1994 amendments to the WPA, Congress erased the threat from Clark. The Act was revised to provide that employees can successfully prove the connection between whistleblowing and prohibited personnel practice

Diante do que se apresentou, entende-se que inversão do ônus da prova deve ser adotada para fins de consecução de uma política efetiva de proteção ao *whistleblower*. Demonstra-se compatível também as presunções relativas de retaliação que consideram os “períodos suspeitos” e a deterioração das condições laborais, posto que essas estabelecem “atalhos” para a verificação do nexo causal entre o reporte e a retaliação (*prima facie case*).

Entretanto, quando, no caso concreto, não se aplicarem as presunções relativas, é preciso que se mantenha a exigência de um *prima facie case* por parte do reportante, em préstimo ao princípio do contraditório.

Desejável que as legislações de proteção estabeleçam, objetivamente, no que consiste esse *prima facie case*, sob pena de onerar o reportante. Acredita-se que a comprovação de que fez o reporte e que sofreu um tratamento desfavorável já bastaria como indício mínimo da ocorrência da retaliação, servindo como um *prima facie case*.

Especificamente, a exposição das formas de retaliação ocorridas no caso concreto (cf. formas de retaliação expostas na subseção 3.4.4), dentre outras: i) deterioração das condições laborais; ii) represálias físicas, psicológicas ou morais; iii) prejuízos decorrentes de danos em sua propriedade; iv) existência de procedimentos disciplinares, processuais e sancionatórios; v) ocorrência de campanhas difamatórias em seu desfavor; vi) comprometimento das relação com seus pares; vii) envolvimento de pessoas próximas em quaisquer das categorias anteriores.

Ao contrário do disposto no *Sarbanes-Oxley Act*, delegar ao reportante o ônus de comprovar que o retaliador sabia ou que suspeitava que ele fez o reporte e a demonstração de circunstâncias que sugiram que o relato foi um fator que contribuiu para a ação prejudicial (supostamente retaliadora) parece excessivamente dispendiosa para o *whistleblower*, que não conta com poder e recursos suficientes para fazer esse tipo de apuração adicional.

3.4.4.2 Cláusulas de confidencialidade (*gag clauses*)

As cláusulas e regras de confidencialidade que restringem o reporte de transgressão por colaboradores são comuns em contratos de trabalhos e de negócios, sendo denominadas *gag clauses/rules*.

through a time lag after knowledge of protected activity, when “the personnel action occurred within a period of time such that a reasonable person could conclude that the disclosure was a contributing factor in the personnel action”. DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act Burdens of Proof: Ground Rules for Credible Free Speech Rights. In: *E-Journal of International and Comparative - Labor Journal*. Disponível em <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>. Acesso em: 10 mai. 2020, p. 12.

Segundo a *International Bar Association*, há legislações que proíbem essas cláusulas e reguladores as têm interpretado de maneira negativa. A título de exemplo, o órgão expôs que a SEC já impôs multas a empresas por incluírem essas cláusulas, as quais têm se estendido para contratos em curso.⁶⁰⁹

A Transparência Internacional, nessa mesma linha, defende que qualquer regra ou acordo privado nesse sentido é inválido e viola a proteção do *whistleblower*, devendo os direitos desse prevalecerem sobre quaisquer juramentos de lealdade e confidencialidade (*gag orders*) em relação à entidade.⁶¹⁰

Os Projetos de Lei nº 1116/2018⁶¹¹ e 65/2019⁶¹², os mais avançados atualmente em matéria de reportantes no Brasil, preveem como sendo nulas de pleno direito cláusulas inseridas em contratos de trabalho ou de prestação de serviços que imponham restrições ao direito de relatar transgressões. Entende-se que declarar nulas as cláusulas de confidencialidade desse tipo favorece uma proteção integral do *whistleblower* face à instauração de investigações com a finalidade de favorecer a imposição de sanções disciplinares e contratuais.

3.4.5 Sanções legais para retaliadores

As sanções legais a retaliadores são tidas como formas de desestimular a ratealiação e, conseqüentemente, fortalecer as medidas de proteção a reportantes.

⁶⁰⁹ “Some legislators prohibit such provisions. Further, regulators, at least in the US, are increasingly taking a dim view of such restrictions. In the context of severance agreements, for example, the Securities and Exchange Commission (SEC) has imposed fines on companies for including such provisions. This requirement is being extended to include current employment contracts.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 18.

⁶¹⁰ “12. *Preservation of rights* – any private rule or agreement is invalid if it obstructs whistleblower protections and rights. For instance, whistleblower rights shall override employee “loyalty” oaths and confidentiality/nondisclosure agreements (‘gag orders’).” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 74.

⁶¹¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 18.

⁶¹² Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 18.

Elas podem ser: i) cíveis, como as indenizações por danos emergentes (*back pay*), por lucros cessantes (*front pay*) e punitivas (*punitive damages*) e as obrigações de fazer (v.g. responsabilização da empresa por reestabelecer ou assegurar um ambiente de trabalho saudável e que promova transparência e incentivos ao relato); ii) administrativas, como nas hipóteses de imposição de multas e sanções disciplinares, tais como afastamento, falta grave e demissão a bem do serviço público; e iii) criminais, como, por exemplo, penas de detenção ou reclusão por tipos penais em relação a condutas já existentes (v.g. ameaça, lesão corporal, coação no curso do processos etc) e criação de sanções para condutas específicas de retaliar.

A Resolução 1729 do Conselho Europeu, no item 6.2.5, recomenda que a legislação de proteção de reportantes deve buscar mecanismos de reforço para investigar denúncias de *whistleblowers* e buscar ações corretivas com relação ao retaliador, incluindo medidas provisórias até a audiência e indenização apropriada se não puderem ser revertidos os efeitos da retaliação.⁶¹³

O princípio 29 do Guia para Proteção do *Whistleblowing* da Transparência Internacional recomenda que para deter a violação da proteção do *whistleblower*, é relevante que os retaliadores sejam pessoalmente responsabilizados e sancionados. Para o órgão, as melhores práticas indicam sanções severas a retaliadores, devendo também empregadores tomarem ações disciplinares contra eles.⁶¹⁴

Banisar destaca que algumas poucas jurisdições impõem sanções criminais para retaliadores. Na Hungria, o artigo 257 do Código Penal prevê pena de reclusão de até um ano, prestação de serviços à comunidade e multa. O Código Penal Federal dos Estados Unidos determina pena de reclusão de até dez anos e/ou multa.⁶¹⁵

⁶¹³ “6.2.5 - Relevant legislation should afford bona fide whistle-blowers reliable protection against any form of retaliation through an enforcement mechanism to investigate the whistle-blower’s complaint and seek corrective action from the employer, including interim relief pending a full hearing and appropriate financial compensation if the effects of the retaliatory measures cannot reasonably be undone.” COUNCIL OF EUROPE. *Resolução 1729 (2010)*: “Final version Protection of “whistleblowers” Parliamentary Assembly”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&%20lang=en>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 1.

⁶¹⁴ “Where retribution occurs, this can send a message to other potential whistleblowers that they will face the same treatment if they decide to speak up. To deter repeated violation of whistleblower protection, it is important to hold retaliators personally accountable and to sanction them. Best practice dictates severe sanctions to those who retaliate against or threaten whistleblowers. Employers should be required to take disciplinary actions against retaliators.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 32-33.

⁶¹⁵ “A few jurisdictions impose criminal sanctions against those who take retaliatory actions against whistleblowers. In Hungary, Article 257 of the Criminal Code on ‘Persecution of a Conveyor of an Announcement of Public Concern’ states: ‘The person who takes a disadvantageous measure against the announcer because of an announcement of public concern, commits a misdemeanor, and shall be punishable with imprisonment of up to one year, labor in the public interest, or fine. This type of measure was also recently adopted in the US as part of the Sarbanes-Oxley law. The Federal Criminal Code now imposes a criminal penalty for those who retaliate against

A *Sarbanes-Oxley Act* também prevê pena de prisão de até dez anos e multa a quem retaliar o reportante que revela violação de leis criminais às autoridades.⁶¹⁶ Já na Austrália existe previsão de prisão de dois anos.⁶¹⁷

Outros países, como a África do Sul não utilizam sanções criminais para punir quem retalia *whistleblowers*. A Comissão de Reforma legal da África do Sul é contrária a criação de novos crimes, entendendo que isso adicionaria uma tensão desnecessária nas relações de trabalho e comprometeria as boas relações laborais. Assim, o órgão defende que a melhor abordagem é melhorar os ressarcimentos, conceder isenção de responsabilidade aos *whistleblowers* e criar um dever de confidencialidade.⁶¹⁸

Partindo de uma premissa político-criminal de Direito Penal Mínimo (*ultima ratio*), para a qual a intervenção penal se legitima na medida em que de fato é necessária para a proteção de um determinado bem jurídico, tendo em vista a insuficiência de outras esferas jurídicas, entende-se que não se deve ser indiscriminadamente atribuída à criminalização todo e qualquer objetivo de proteção. Caso se opte por essa política, irá se conferir ao Direito Penal tarefas simbólicas e pretensamente pedagógicas que não integram a sua função.

Nesse sentido, Pinto destaca que as normas penais da SOX, por exemplo, possuem característica de um direito penal simbólico, de caráter preventivo-pragmático, instrumentalizando o sistema repressor para manter a confiabilidade no mercado.⁶¹⁹

a whistleblower who reveals a violation or any criminal act to a law enforcement official. Whoever knowingly, with the intent to retaliate, takes any action harmful to any person, including interference with the lawful employment or livelihood of any person, for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any Federal offense, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 37-38.

⁶¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 13.

⁶¹⁷ “In Australia, legislation provides for criminal sanctions.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 33.

⁶¹⁸ “The South African Law Reform Commission recommended against creating new offences, stating that it would ‘be likely to add to unnecessary tension to employment relationships and jeopardize good labor relations.’ It recommended that a better approach would be to improve remedies, give whistleblowers immunity, and create a duty of confidentiality.” BANISAR, David. op. cit. p. 38.

⁶¹⁹ PINTO, Nathália Regina. A prática de *whistleblowing* como mecanismo de *Criminal Compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. Casas, Fábio; Costa, Rodrigo de Souza. *Modernas técnicas de investigação e Justiça penal colaborativa*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, p. 118-127, 2015, p. 122.

Em matéria de formulação de um estatuto de proteção de reportantes, verifica-se possuírem mais respaldo na bibliografia analisada as formas de proteção a reportantes expostas na subsecção 3.4.4, notadamente as sanções de caráter cível, do que o alargamento de tipo penais.

A seguir, será exposta a utilização de sanções civis, notadamente as indenizações punitivas (*punitive damages*), para fins de destímulo da conduta retaliadora, o que, ao lado de outras medidas, parecem fazer mais sentido em termos de proteção do *whistleblower*.

3.4.6 Proteção financeira: indenizações e suporte financeiro

Um programa de proteção ao reportante não pode prescindir da previsão de proteções financeiras. A *International Bar Association* aponta que legislações de proteção ao *whistleblower* devem prever: ressarcimentos (*compensations*), suportes financeiros (*financial support*), indenizações punitivas (*damages*) e recompensas (*rewards*).⁶²⁰

Na subsecção 3.4.4, estabeleceu-se que uma das medidas de proteção ao *whistleblower* é a proteção financeira, que abrange tanto as indenizações, que se subdividem em ressarcimento (*compensation*) e indenizações punitivas (*damages*), quanto o suporte financeiro (*financial support*).

Comumente, os Ordenamentos Jurídicos estão emparelhados para considerar o ressarcimento (*compensation*) pelos danos materiais e morais sofridos, conhecidos como danos emergentes (*back pay*), bem como o pagamento de lucros cessantes, isto é, os ganhos futuros que o reportante teria auferido caso não tivesse sofrido determinada retaliação (espécie de *front pay*).

A maioria das legislações de proteção de *whistleblower*, segundo Banisar, dispõem sobre o ressarcimento, que no geral compreende o salário perdido e demais prejuízos.⁶²¹

⁶²⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 28.

⁶²¹ “Most whistleblowing laws provide for compensation to the whistleblower in cases where they have suffered harms that cannot be remedied by injunction. This includes lost salary but can also include money for suffering. Often, the laws use discrimination statutes to determine harm from harassment.” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 37.

É o que se convencionou a chamar, em Ordenamentos de *Common-Law*, de *make whole remedy*, que diz respeito à restauração da situação anterior (reintegração aos quadros da entidade, benefícios e direitos) adicionados ao *back pay*.⁶²²

Um número significativo de países preveem esse ressarcimento a *whistleblowers* que passaram algum tipo de retaliação por reportes relacionados ao setor público, são eles: Austrália, Canadá, África do Sul, Coreia do Sul e Estados Unidos.⁶²³

No entanto, a IBA adverte que os ressarcimentos geralmente levam mais em consideração a demissão arbitrária que outras formas de retaliação, sendo o desafio ampliá-los para casos de discriminação e assédio, que causam constrangimentos e abalos psicológicos. Além disso, destaca que no setor privado e no terceiro setor há uma defasagem em relação a previsões legais nesses sentido.⁶²⁴

Rocha sustenta que, quanto a verbas trabalhistas cortadas, é possível ser requerido o pagamento de todas as verbas trabalhistas sonogadas e acrescidas de percentuais, multas, arbitramento de verbas em favor do trabalhador ou para o programa de *whistleblower*.⁶²⁵

Ainda, o autor argumenta que as verbas trabalhistas não são suficientes para compor os demais danos decorrentes do relato, devendo haver reparações referentes a auxílios médicos, psicológicos, danos morais.⁶²⁶

A Transparência Internacional sustenta que os direitos de ressarcimento não devem apenas abranger a retaliação em face do *whistleblower*, como também a falha da entidade em

⁶²² “The traditional make-whole remedy in arbitration involves putting the employee back to work with back pay and benefits, less any earned income.” MCCAUSLAND, Allan S. The displaced employee. Disponível em: <<https://naarb.org/proceedings/pdfs/1995-191.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 191.

⁶²³ “A significant number of countries make provision for compensation for reporting persons in the public sector who have suffered adverse actions, including unlawful termination. They include Australia, Canada, South Africa, South Korea and the US.” BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 29.

⁶²⁴ “Even in countries that consider compensation for unlawful termination together with other forms of discrimination, there is sometimes a tendency to consider only the former for the purposes of compensation and disregard the latter. The challenge therefore is to ensure that compensation is not just available to reporting persons who lose their jobs but also if they suffer discrimination/harassment, their careers may be tarnished and lives disturbed, and this carries with it emotional and psychological despair. An effective whistleblower protection framework should reflect this point appropriately. While significant success has been achieved in compensating whistleblowers in the public sector in various countries, much less has been done in the private and not-for-profit sectors.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 29-30.

⁶²⁵ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20M%2c%20A%20Antonio.%20S%20ubsidios%20para%20programas%20de%20whistelblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 49.

⁶²⁶ Ibid., p. 50.

exercer o seu dever de proteger reportantes de tratamentos inadequados, tal como ocorre na Austrália.⁶²⁷

Legislações de proteção ao *whistleblower* devem, conforme diretrizes do órgão, dar acesso a medidas que assegurem a cobertura de todos os prejuízos sofridos pelo reportante, incluindo perdas indiretas e futuras, financeiras ou não, o que se denomina de reparação completa (*full reparation* ou *make whistleblower whole*).⁶²⁸

Indenizações devem abranger perdas de remunerações passadas e de recebimento futuros, além de custos relacionados à alteração das funções, como despesas de mudanças ou treinamento profissional. Considerando que *whistleblowers* podem não mais conseguir reintegração em sua área de atuação ou mesmo consegui-la com remunerações menores, a Transparência Internacional recomenda que as legislações não prevejam um limite de indenização, a qual deverá ser analisada no caso concreto.⁶²⁹

Na mesma linha, Banisar afirma que a indenização também não deve ter uma limitação, sobretudo quando reportantes têm dificuldades para encontrar um novo emprego. Na África do Sul, por outro lado, a compensação pela perda do emprego tem um teto de dois anos. No Reino Unido, permite-se ressarcimentos adicionais, levando em consideração a legislação contra discriminação.⁶³⁰

A indenização punitiva (*punitive damage*), segundo Gattaz, é um instituto de origem anglo-saxã, amplamente desenvolvido nos Estados Unidos, que consiste na punição do ofensor

⁶²⁷ “Best practice is to make employers’ protection obligations enforceable by providing rights to compensation not only where someone takes detrimental action against a whistleblower for the specific reason that they blew the whistle, but also where a person or the employer fails to fulfil a duty to protect a whistleblower from unfair treatment. To date the leading example is in Australia.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 40.

⁶²⁸ “Legislation should provide for whistleblowers to have access to suitable remedy and/or relief that makes sure their position does not deteriorate as a result of having made a disclosure. All losses should be covered, including indirect and future losses, financial and non-financial.” *Ibid.*, p. 54.

⁶²⁹ “It should include compensation for lost past wages but also future losses of earnings, and costs linked to a change of occupation, such as moving expenses or professional training. Many whistleblowers face the prospects of no longer working in the industry they were educated or trained for, or having to accept a much lower paid job. Thus, compensation should not be capped by legislation, but determined according to the circumstances of each case.” *Ibid.*, p. 55.

⁶³⁰ “The compensation should not be limited. Some workers may have a difficult time finding a new job following their disclosure. In the UK, an award of £278,000 was given to a 56-year-old man who successfully argued that he would not be able to find another job. In South Africa, compensation for lost employment is capped at two years but the Law Reform Commission has recommended eliminating the cap. The UK PIDA also allows for additional compensation for suffering. The courts have ruled that compensation can be allowed based on a three-tiered system developed in discrimination law. The top tier in cases of serious continuous and prolonged harassment, the maximum compensation can be £25,000 (~US \$40,000).” BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments* (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 37.

de determinado direito pela aplicação de uma indenização superior ao dano patrimonial ou extrapatrimonial causado, de modo a desestimular a reiteração da ação pelo agente ou outro indivíduo.⁶³¹ Essa modalidade de indenização, segundo a autora, tem sido aplicada por uma corrente minoritária da jurisprudência brasileira em casos de dano moral.⁶³²

Segundo a IBA, os *punitive damages* vão além da função de ressarcimento (*compensatory function*), destinando-se a proporcionar uma medida extra de dissuasão, com a finalidade de evitar condutas similares. O órgão aponta, porém, que existem poucas jurisdições que impõem essa forma de indenização em caso de retaliação de *whistleblower*.⁶³³

Inclusive, nem mesmo nos Estados Unidos há previsão específica nesses hipóteses, muito embora essa indenização possa ser obtida em alguns estados que possuem políticas que viabilizem a sua aplicação.⁶³⁴

Vaugh, na mesma linha, expõe que apenas algumas legislações recorrem à imposição de reparação multiplicada, duas ou três vezes o valor do dano, de modo a desestimular a retaliação.⁶³⁵

No Brasil, no artigo 4º-C da Lei nº 13.608/2018, é prevista proteção com relação a prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos. Para tanto, no §3º do dispositivo consta que o informante será ressarcido em dobro por danos materiais, sem prejuízo dos morais.

Constata-se, portanto, que o dispositivo prevê tanto o ressarcimento (danos materiais e morais), quanto a indenização punitiva (ressarcimento em dobro). Por essa razão, pode-se dizer que no Brasil é prevista como proteção financeira ao reportante a *compensation* e os *punitive damages*, os quais tomam os danos materiais por base de cálculo.

⁶³¹ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive damages* no direito brasileiro. In.: *Revista dos Tribunais*. V. 964, fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 2.

⁶³² *Ibid.*, p. 2.

⁶³³ “Punitive damages go beyond performing a compensatory function to providing an extra measure of deterrence to forestall similar unwanted actions.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 31.

⁶³⁴ “The major federal laws of the US do not provide for punitive damages for whistleblowers. It is possible to obtain punitive damages under the common law in some states that have recognised the public policy exception to the *employment at will doctrine*, if a tort action is instituted or when a whistleblower protection statute permits the imposition of any other discretionary relief.” *Ibid.*, p. 32.

⁶³⁵ “For example, a few statutes direct recovery of multiples of actual damages, such as two times back pay or three times actual damages.” VAUGHN, Robert. *State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection*. *Administrative Law Review*, n. 51, p. 581-625, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40709997?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10. mar. 2020, p. 613.

Nos Projetos de Lei nº 1116/2018⁶³⁶ e 65/2019⁶³⁷, apensados ao 9167/2017, é prevista a reparação por danos materiais, sem prejuízo do arbitramento do dano moral, que: i) será feito em ação judicial; ii) não poderá ser inferior ao dobro dos proventos mensais do reportante ou ofensor, qual for maior; iii) “será calculado em relação a cada evento identificável e multiplicado por tantos quantos forem os responsáveis diretos pela retaliação.”

Nas referidas iniciativas de *lege ferenda* observa-se que há uma tendência de estender a indenização punitiva também para os danos morais, utilizando-as como base de cálculo.

Constata-se que as iniciativas de lei apostam mais na utilização da indenização civil, para fins de dissuasão da conduta retaliadora, do que no Direito Penal a partir da criminalização específica da restaliação de reportantes em decorrência do reporte.

O suporte financeiro, por sua vez, é uma medida provisória (*interim relief*) de proteção, que será abordada na subseção 3.4.10, destinada a oferecer apoio material ao reportante que sofreu retaliação e não ostenta condições de prover financeiramente a si e sua família.

Por fim, as recompensas (*rewards*), que serão abordadas no quarto capítulo, não guardam relação com a proteção do *whistleblower*, sendo na realidade formas de incentivo. Por essa razão, serão discutidas em capítulo apartado.

3.4.7 Dever de reportar e disponibilização de assistência jurídica gratuita

No segundo capítulo, subseção 2.3.1.6, foi discutido e exemplificado o dever de reportar de servidores públicos, dever esse trazido em uma série de diplomas legais, como no artigo 74,

⁶³⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 21.

⁶³⁷ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 20.

§1º, da Constituição Federal, no artigo 6º da Lei nº 7.347/85⁶³⁸, no artigo 2º, inciso XI, da Lei nº 8.027/90⁶³⁹ e no artigo 116, inciso VI, da Lei nº 8.112/90⁶⁴⁰.

Nesses casos, o dever de reporte é tamanho que é considerada contravenção penal, sujeita a multa, deixar de comunicar, à autoridade competente, crimes de ação penal pública incondicionada de que se tenha conhecimento no exercício da função pública, nos termos do artigo 66, I, do Decreto-Lei nº 3.688/1941⁶⁴¹.

O descumprimento do dever de comunicação pode também configurar o crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, cuja pena é de três meses a um ano e multa.⁶⁴²

A *International Bar Association*, a respeito desse tema, dispõe que em jurisdições nas quais indivíduos são obrigados a reportar transgressões às autoridades, esses devem receber a mais completa forma de proteção possível.⁶⁴³

Garcia-Moreno afirma que um dos principais desestímulo para *whistleblowers* no setor privado é a possibilidade de processo judicial, seja como testemunha, seja quando lhes forem imputados crimes, o que tem feito algumas empresas a assumir o assessoramento e a defesa jurídicas de seus *whistleblowers*. O que é uma opção no setor privado, a autora sustenta ser uma

⁶³⁸ Lei n.º 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública: “Art. 6º “Qualquer pessoa *poderá* e o servidor público *deverá* provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.” [grifado]. BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁶³⁹ “Art. 2º São deveres dos servidores públicos civis: XI - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.” [grifado]. Id.. *Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990*. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18027.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁶⁴⁰ “Art. 116. São deveres do servidor: VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011)” [grifado]. Id.. *Lei nº 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020. Muito embora os exemplos sejam de lei federal, as leis dos demais entes federativos seguem essa mesma linha no Brasil.

⁶⁴¹ Id.. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁶⁴² “Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena: Detenção, de três meses a um ano, e multa.”

⁶⁴³ “If a jurisdiction has laws in place that oblige individuals to bring actual or suspected misconduct or wrongdoing to the attention of authorities, then such individuals are entitled to the most robust form of protection available to the jurisdiction”. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: < <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, P. 20.

obrigação no setor público, considerando o dever de servidores públicos de reportar transgressões.⁶⁴⁴

No Brasil, a legislação é omissa a respeito da disponibilização de assistência jurídica gratuita a agentes públicos em casos envolvendo o reporte de transgressões. Os Projetos de Lei nº 1116/2018⁶⁴⁵ e 65/2019⁶⁴⁶, preveem que a Defensoria Pública “fornecerá orientação e assistência jurídica à pessoa que pretenda apresentar ou tenha apresentado relato de informações de suspeita de irregularidade.”

Entende-se que essa possível atuação da Defensoria Pública, se emparelhada para tanto, compreenda todas as pessoas que possuam ou não o dever legal de reportar e que a matéria dessa assessoria jurídica seja igualmente ampliada.

Para fins de incentivo a uma política de reportes no Brasil, seria coerente que a Defensoria Pública, inclusive mediante Convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, fornecesse uma assistência jurídica a reportantes de transgressões não triviais.

Adicionalmente, sustenta-se que essa assistência ocorra não apenas em nível consultivo, para fins de apresentação do reporte de transgressões, como também na esfera contenciosa, caso o *whistleblower* ou outro reportante sofra retaliações e precise obter medidas liminares ou indenizações, bem como nas hipóteses de serem os reportantes investigados ou processados pelo reporte.

⁶⁴⁴ “Uno de los principales desincentivos para los *whistleblowers* en él ámbito privado es la posibilidad de verse envuelto en un proceso judicial, tanto como testigo si denunció la infracción de otro empleado o directivo como em calidad de imputado si participó de alguna manera en la infracción reportada. Conscientes de ello – y de la importancia que tienen los canales de denuncia para el funcionamiento de su programa de cumplimiento – algunas empresas han comenzado a asumir el asesoramiento y la defensa jurídica de los denunciantes. Esto que para las empresas se presenta como una opción, para las administraciones pública es una obligación. [...] Esta obligación de protección de la administración respecto de los empleados públicos no se extiende sin embargo a los denunciantes externos, que deberán asumir los costes de su defensa jurídica em caso de necesitarla.” GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción em la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p. 57-58.

⁶⁴⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+1116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 10-11.

⁶⁴⁶ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 11.

3.4.8 Isenção de responsabilização (*waiver of liability*)

Um fator de desestímulo ao *whistleblowing* é a possibilidade de responsabilização civil, criminal e administrativa (inclusive disciplinar) do reportante em virtude do relato.

O princípio 10, do Guia de melhores práticas para uma legislação de *whistleblowing* da Transparência Internacional, dispõe que qualquer reporte deverá ser imune a processos disciplinares e responsabilização sob as leis criminais, civis e administrativas, incluindo relacionadas a difamação, direitos autorais e proteção de dados.⁶⁴⁷

Para o órgão, essa isenção de responsabilidade (*waiver of liability*) encoraja possíveis reportantes, uma vez que eles saberão, de antemão, que não sofrerão ações disciplinares ou legais.⁶⁴⁸

Conferir imunidade ao reportante em relação a crimes contra a honra, quebra de confidencialidade ou leis de segredo oficiais são, segunda Rocha, também uma forma de proteção contra retaliações.⁶⁴⁹

No Brasil, como visto na subseção 3.3.2.3, há isenção da responsabilidade cível e criminal (artigo 4º-A, parágrafo único, Lei nº 13.608/2018) em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado informações ou provas falsas de modo consciente.

Entretanto, ao contrário das recomendações internacionais, não é prevista igualmente uma imunidade administrativa, incluindo a disciplinar, o que impede que algumas categorias, que possuem dever legal de sigilo, contem com a proteção legal quando fizerem reportes.

Ragués I Vallès expõe que a “promessa de um tratamento mais benigno não se pode limitar ao Direito Penal, devendo se estender a outros setores do Ordenamento Jurídico relacionados com as possíveis sanções” que podem implicar os reportantes.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷“Waiver of liability – any disclosure made within the scope of whistleblower legislation shall be immune from disciplinary proceedings and liability under criminal, civil and administrative laws, including those related to libel, slander, copyright and data protection.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 29.

⁶⁴⁸ “A waiver of liability offers encouragement to those considering making a disclosure, as they can know beforehand that no disciplinary or legal action will follow.” Ibid., 29.

⁶⁴⁹ ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 59.

⁶⁵⁰ “La promesa de un tratamiento más benigno no tiene por qué limitarse al Derecho penal, sino que puede extenderse también a otros sectores del ordenamento jurídico relacionados con las posibles sanciones u otras consecuencias negativas a las que quedan expuestos los denunciantes.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 70.

Na esfera dos programas de *compliance*, García-Moreno sugere a elaboração de “programas internos de anistia”, de modo a garantir a não imposição de sanção disciplinar ao reportante e impedir o recurso a ações judiciais em torno do reporte. Adicionalmente, defende que haja um comprometimento das empresas em arcarem com os custos da defesa do reportante.⁶⁵¹

Explica a autora que, em algumas jurisdições, a decisão de não perseguir infrações que prejudicam as companhias, lesionando a sua reputação e patrimônio, pode caracterizar o delito de administração desleal.⁶⁵²

No Brasil, a Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas)⁶⁵³ atribui ao administrador, nos termos do artigo 158, §1º, a responsabilidade pelos atos ilícitos de outros administradores, se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, tendo conhecimento deles, deixar de agir para impedir a sua prática.

Ainda, a referida Lei atribui ao Conselho Fiscal, no artigo 163, inciso IV, o dever de denunciar aos órgãos da administração e, se esses não tomarem providências, à assembleia-geral, erros, fraudes ou crimes que descobrirem, para a proteção dos interesses da companhia, bem como de sugerir providências.

Por isso, entende-se programas internos de isenção de responsabilidade devem ser aplicados com cautela, de modo que não sejam compreendidos como forma de negligenciar os interesses da entidade e, conseqüentemente, de desencadear responsabilidade jurídica de seus membros.

Em síntese, entende-se aqui que a isenção de responsabilidade deve ser a mais ampla possível, abrangendo todas as esferas que possam culminar em responsabilização do reportante pelo ato de reportar (civil, criminal, administrativa), inclusive compreendendo responsabilidades internas, como as disciplinares, decorrentes dos programas de *compliance* da entidade.

Nesse último caso, sustenta-se que deverá ser prevista a isenção de responsabilidade em relação ao regramento interno nos próprios códigos corporativos, observadas as hipóteses de responsabilidade dos membros da entidade e os interesses da companhia e seus investidores.

⁶⁵¹ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) et. al. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 257-284, 2019, p. 283.

⁶⁵² Ibid., p. 283.

⁶⁵³ BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm#:~:text=LEI%20No%206.404%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20Sociedades%20por%20A%C3%A7%C3%B5es.&text=Art..das%20a%C3%A7%C3%B5es%20subscritas%20ou%20adquiridas.>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Além disso, defende-se que, para uma maior funcionalidade e estímulo aos reportes internos, seja realizado um reforço (v.g. via treinamentos) periódico desse programa de isenção de responsabilidades internas junto aos colaboradores, de modo a demonstrar o compromisso da entidade em dar um encaminhamento isento ao reporte.

3.4.9 Transparência sobre as apurações e possibilidade de revisão de decisões

Não faria sentido que o *whistleblower* encontrasse estímulo para reportar transgressões que acredita que não receberiam o devido encaminhamento para fins de apuração.

Em grande parte dos casos de se que tem notícias, principalmente em programas de *compliance*, uma vez feito o reporte e eventual complementação das informações, o reportante perde contato com as investigações, não recebendo quaisquer informações sobre as providências tomadas em torno do que relatou.

O Conselho Europeu recomenda que o reportante seja mantido informado das investigações e seus resultados, dentro do que for possível pela lei, para reforçar a sua confiança no sistema.⁶⁵⁴

A Organização dos Estados Americanos (OEA), na Regra 101.10, elenca procedimentos para a proteção de *whistleblowers* contra retaliação. Dentre as regras destacadas é previsto que a autoridade tenha até noventa dias após o recebimento do relato para emitir um relatório final, que deverá ser submetido ao *whistleblower* para que sejam feitos amplos comentários, que poderão ou não ser incluídos no relatório final, a ser encaminhado ao Secretário Geral da OEA.⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ “Ensuring that the individual who made the report is kept informed of the investigation and its outcome as is legally possible strengthens the national framework overall as it builds trust and confidence and reduces the likelihood that further unnecessary disclosures will be made.” COUNCIL OF EUROPE. *Protection of whistleblowers: recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum*. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 37.

⁶⁵⁵ “In any case, not later than ninety (90) calendar days after the Whistleblower files an Admissible Report alleging Misconduct and/or Retaliation, the Appropriate Authority shall complete and submit its Final Report on Misconduct and/or Retaliation (hereafter, "Final Report") to the Secretary General. Before the Final Report is transmitted to the Secretary General, it shall be provided to the Whistleblower in full and without redaction for the Whistleblower's comments. The Whistleblower's comments shall be included in the Final Report when it is delivered to the Secretary General.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Staff Rule 101.10: procedures for whistleblowers and protection against retaliation*. Disponível em: <<http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2020, p. 4.

O artigo 12, inciso V, da Lei nº 13.460/2017⁶⁵⁶, prevê o direito do usuário de serviço público reclamante ter ciência da decisão administrativa tomada com relação ao relato. Para Souza, esse *feedback* assegura ao reportante a possibilidade de complementar informações e documentos e ter mais confiança no sistema.⁶⁵⁷

Nos Projetos de Lei nº 1116/2018⁶⁵⁸ e 65/2019⁶⁵⁹, apensados ao 9167/2017, é prevista a atualização do reportante sobre o andamento da investigação interna, “assegurado o direito do ente privado em preservar informações que possam inferir com o andamento da investigação do relato.”

Em sentido complementar, tem sido debatida também a possibilidade de revisão das decisões que decidem arquivar as investigações. As Nações Unidas expuseram que, em certas jurisdições, existem determinações para que reportantes possam apelar contra decisões da autoridade competente que decida não investigar ou quando for constatado que as apurações não seguiram padrões aceitáveis.⁶⁶⁰

No Brasil, não há qualquer previsão nesse sentido com relação ao *whistleblower*, muito embora a possibilidade de revisão das decisões de arquivamento seja considerada importante nas regras de boas práticas internacionais.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 13.460* de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113460.htm> Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶⁵⁷ SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 453.

⁶⁵⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=87C0C46617638F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 5.

⁶⁵⁹ Id. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 5.

⁶⁶⁰ “In some jurisdictions, it has been suggested that individuals should be able to appeal against a decision of a competent authority not to investigate or where there is reason to believe the investigation falls below acceptable standards. “ UNITED NATIONS. *Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020, p. 31.

⁶⁶¹ Caso, na esfera do CADE, haja constantes pedidos de revisão de arquivamento de investigações referentes a infrações administrativas à ordem econômica, mediante o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos, poderá se configurar o *sham litigation* (litigância abusiva anticompetitiva), se produzir ou tiver a potencialidade de produzir os efeitos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Com o advento da Lei nº 13.964/2018⁶⁶² (“Lei Anticrime”), acrescentou-se o §1º no artigo 28 do Código de Processo Penal, que dispõe que a vítima ou seu representante legal, em não concordando com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial.

Nesse mesmo sentido, entende-se que seria possível conceder ao *whistleblower* (e demais reportantes) a possibilidade de requerer revisão à autoridade superior ou outro órgão.⁶⁶³

A possibilidade de um *follow-up* periódico com o reportante sobre o andamento das investigações, no setor público ou privado, desde que apropriadas para não comprometer as apurações, bem como a oportunidade de oferecer considerações adicionais às autoridades e requerer revisão em caso de arquivamento, fazem parte de uma política de empoderamento do *whistleblower*, resgatando a transparência, credibilidade e aumentando a confiabilidade nas instituições.

3.4.10 Medidas liminares de amparo

A demora dos procedimentos de apuração do conteúdo reportado, aliada à amplitude das formas de retaliação decorrentes do relato, culminam em situações em que reportantes não conseguem se manter profissional e financeiramente.

As medidas liminares (*interim reliefs*) podem servir de meios provisórios de amparo ao reportante. Podem auxiliar, conforme as Nações Unidas, na preservação das relações de trabalho ou até mesmo no reestabelecimento de situações anteriores, como a reintegração do reportante em sua função ou posição similar e demais providências para minimizar, o mais rápido possível, os efeitos da retaliação.⁶⁶⁴

⁶⁶² BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 10 mar. 2020.

⁶⁶³ Nesse mesmo sentido: ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistleblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar. 2020, p. 37.

⁶⁶⁴ “Interim relief is particularly important for reporting persons in the workplace because it can help preserve the working relationship and prevent it from breaking down completely. Interim relief could include any measure necessary to preserve the position of the individual until a full hearing is possible, such as reinstatement in a similar position (e.g. if necessary, under a different supervisor or in a different part of the company) or any other action to undo or at least minimize the effects of the retaliation as swiftly as possible.” UNITED NATIONS. *Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020, p. 73-74.

Conforme regras da Organização dos Estados Americanos, antes de se formalizar o relatório final sobre a conduta irregular ou retaliatória, poderá ser recomendado ao Secretário Geral medidas liminares para salvaguardar os interesses imediatos do *whistleblower*, incluindo, não exaustivamente: i) suspensão da ação retaliatória; ii) reintegração temporária de funções; iii) transferência temporária do retaliador sem prejuízo da remuneração; iv) transferência temporária do *whistleblower*, com o seu consentimento, dentro ou fora da unidade de trabalho, sem prejuízo da remuneração e avaliações.⁶⁶⁵

Quando não for possível reverter, liminarmente, as medidas retaliadoras, também podem ser previstas proteções financeiras (*financial support*), que podem ser concedidas enquanto as indenizações não forem pagas ou mesmo para itens de primeira necessidade que o reportante venha a necessitar caso sofra prejuízos financeiros decorrentes do relato.

Esse suporte financeiro pode abranger, inclusive, eventuais despesas legais que o reportante venha a ter na busca de seus direitos perante o Judiciário. Considerando gastos com honorários advocatícios e demais custas legais, a *International Bar Association* defende que em jurisdições em que não haja assistência jurídica gratuita a reportantes, seja criado um fundo público de proteção para cobrir esse déficit.⁶⁶⁶

Nas hipóteses em que as entidades envolvidas no relato não puderem arcar com as indenizações, também tem sido prevista a criação de fundos públicos para o pagamento dessas indenizações, como forma de suporte financeiro ao reportante, como ocorre na República da Coreia.⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ “Interim Measures: Prior to issuance of a Final Report on Misconduct and/or Retaliation, the responsible Appropriate Authority is free to recommend that the Secretary General take immediate interim measures to safeguard the interests of the Whistleblower, including but not limited to suspension of implementation of the allegedly retaliatory action, temporary re-assignment or transfer of the alleged Retaliator with no loss of pay, grade or benefits, and, with the consent of the Whistleblower, temporary reassignment of the Whistleblower within or outside the work unit concerned with no loss of pay, grade, or benefits.” OAS, Rule 101.11 (Procedures for Whistleblowers and Protections Against Retaliation.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Staff Rule 101.10: procedures for whistleblowers and protection against retaliation*. Disponível em: <<http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2020, p. 6.

⁶⁶⁶ “For jurisdictions in which legal aid for civil cases is not available or does not include whistleblowers, whistleblower protection frameworks could include protection funds to cover this shortfall.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 31.

⁶⁶⁷ “In cases where the employer is unable to pay compensation, some jurisdictions have taken steps to establish a public fund from which such compensation orders can be paid, such as is the case in the Republic of Korea.” UNITED NATIONS. *Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020, p. 74.

Para terem efetividade, as medidas liminares deverão ser concedidas, sempre que de acordo com os requisitos legais da jurisdição, *inaudita altera parte*, de modo a oferecerem um amparo integral ao reportante.

Além disso, devem se mostrar realistas à situação e necessidades do reportante, abrangendo, quando for o caso, não apenas obrigações de fazer ou não fazer (relacionadas ou não à retaliação laboral), como também apoio financeiro provisório.

3.4.11 Boas práticas e princípios para uma legislação de *whistleblowing*

Algumas organizações internacionais se dedicaram à formulação de princípios norteadores de uma legislação de *whistleblowing*, com a finalidade de contribuir para a uniformização de garantias mínimas ao *whistleblower* e estimular o reporte de transgressões em escala internacional.

O G20 elaborou um guia de boas práticas para uma legislação de proteção do *whistleblower*, com exemplos de melhores práticas a serem adotadas, que inclui a promulgação de uma legislação: i) clara e a criação de uma estrutura institucional efetiva para proteger o *whistleblower*, que possua boa-fé e fundamentos razoáveis para o reporte, de ações discriminatórias ou disciplinares (v.g. promulgação de legislação específica; evitar legislações fragmentárias; encorajar empresas a disponibilizarem programas de *whistleblowing* e facilitar a sua prática por meio de controles internos, programas de integridade etc); ii) com a definição precisa dos tipos de condutas reportadas dignas de proteção e das pessoas que estão abrangidas nessa proteção; iii) que assegure proteção robusta e abrangente de reportantes (v.g. ampla proteção a qualquer forma de retaliação; inversão do ônus da prova em caso de retaliação; proteção da identidade; manutenção da proteção mesmo quando se comprovar que a transgressão reportada não ocorreu; proteção de pessoas que foram tidas equivocadamente como sendo *whistleblowers*); iv) que objetivamente defina os procedimentos e canais para facilitar o reporte de transgressões, bem como incentive a sua utilização de modo simples e seguro (v.g. previsão de proteção de reportes internos e externos; possibilitar o reporte externo à mídia e outros canais de organizações da sociedade civil; canais específicos e com salvaguardas mais seguras no que diz respeito a assuntos de segurança nacional; fornecimento de retornos (*feedbacks*) ao *whistleblower* sobre as providências tomadas em relação ao reporte); v) que garanta a existência de mecanismos efetivos de proteção, inclusive órgãos específicos para receber e investigar reportes (v.g. sanções a retaliadores e previsão de direitos de *whistleblowers* em atuar em procedimentos judiciais como parte lesada com direito individual

de ação – ‘*day in court*’) e; vi) que seja apoiada por conscientização, comunicação, treinamento e avaliação periódica da eficácia da proteção.⁶⁶⁸

Igualmente, a Transparência Internacional também estabeleceu um guia de princípios, dentre os quais: i) ampla definição de *whistleblowing* (não limitação do instituto por tipo de transgressão reportada, abrangência de variadas formas de transgressão etc); ii) ampla definição de *whistleblower* (abrangência de indivíduos que não estejam somente em uma relação de emprego tradicional, tais como consultores, estagiários, *trainees*, voluntários, trabalhadores temporários e ex-trabalhadores); iii) emprego da “crença razoável sobre a veracidade da transgressão” como requisito da proteção do *whistleblower*; iv) proteção contra retaliação, considerada em sua aceção ampla; v) preservação da confidencialidade da identidade do reportante (levantamento da preservação da identidade apenas com consentimento do reportante); vi) ônus da prova do contratante retaliador a respeito de eventual retaliação (demonstração de que não houve relação de eventuais sanções e prejuízos com o reporte da transgressão); vii) responsabilização e não proteção de reportes sabiamente falsos; viii) isenção de responsabilidade (*waiver of liability*) civil, criminal e administrativa pelo reporte; ix) direito de trabalhadores se recusarem a participar de transgressões; x) preservação de direitos (prevalência dos direitos do *whistleblower* sobre qualquer dever de lealdade ou acordo de confidencialidade – *gag orders*); xi) anonimato (proteção a todo reportante anônimo e àquele que teve a identidade revelada sem o consentimento); xii) proteção pessoal ao reportante e a sua família em caso de risco a sua segurança; xiii) garantia de confiabilidade no sistema de apuração do reporte (apurações tempestivas, transparentes e independentes do reporte e de eventuais retaliações) e da segurança do *whistleblower* (manutenção do anonimato ou confidencialidade) no ambiente de trabalho; xiv) garantia de reporte a autoridades oficiais; xv) garantia de proteção de reporte externo em casos urgentes, de perigo pessoal e de transgressões ignoradas pelas autoridades (v.g. mídia, organizações da sociedade civil etc); xvi) mecanismos seguros para reportes (*disclosure and advice tools*) (v.g. canais de denúncias terceirizados); xvii) procedimentos e garantias especiais em caso de reportes envolvendo a segurança nacional e segredos oficiais; xviii) amplas medidas para remediar (*full range of remedies*) consequências de retaliações (v.g. indenizações - ressarcimento e lucros cessantes -, medidas liminares, custas judiciais etc); xix) acesso do *whistleblower* ao judiciário (*fair hearing*

⁶⁶⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020. p. 31-34.

ou “*genuine day in court*”) em caso de violação de direitos (direito à imparcialidade, decisões tempestivas, direito de arrolar testemunhas e de fazer *cross-examination*); xx) direito de participação (v.g. oportunidade de fornecer *inputs* às investigações, direito de esclarecer e complementar provas e informações); xxi) sistema de recompensas (v.g. recebimento de parte dos valores recuperados, prêmios e reconhecimentos públicos, promoções no trabalho, desculpas oficiais por retaliações); xxii) legislação específica e não fragmentada ou setorial; xxiii) publicação de dados oficiais por autoridades (v.g. relatórios com número de reportes recebidos, principais transgressões reportadas, atualizações legislativas, quantias recuperadas etc); xxiv) envolvimento de múltiplos atores na elaboração de leis sobre *whistleblowing* (acadêmicos, políticos, membros da sociedade civil etc); xxv) treinamento periódico para agências do setor público, empresas e seus colaboradores sobre leis e procedimentos de *whistleblowing*; xxvi) escritórios independentes de *whistleblowing* (*whistleblowing complaints authority*) (v.g. para receber reportes, investigar denúncias sobre retaliações, monitorar, revisar procedimentos de *whistleblowing*, fazer recomendações etc); xxvii) previsão de penalidades por retaliações; xxviii) encaminhamento de reportes válidos para agências regulatórias para fins de previsão de medidas ou reformas políticas.⁶⁶⁹

Banisar também relacionou princípios para uma legislação de *whistleblowing*, quais sejam: i) ampla cobertura (*broad coverage*) (v.g. setores público e privado e fora da relação tradicional de emprego, incluindo consultores, trabalhadores temporários, ex-trabalhadores, membros da família do reportante e outros); ii) proteção contra retaliações, entendida em sentido amplo; iii) tutela da liberdade de expressão; iv) confidencialidade; v) isenção de responsabilidade (*waiver of liability*); vi) indenizações (*compensation*); vii) recompensas (*rewards*); viii) procedimentos para reporte (v.g. desburocratização, possibilidade de destinação do reporte fora das organizações); ix) ausência de sanções para reportes equivocados ou falsos (proteção de reportes feitos de boa-fé e, em caso dos falsos, não aplicação de sanções criminais, possibilitando apenas sanções como a perda do emprego); x) treinamentos extensivos de políticas e procedimentos de *whistleblowing*; xi) revisões regulares da legislação de *whistleblowing* e de reportes e resultados; xii) agências externas independentes (v.g. para receber reportes, investigar e julgar retaliações).⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 74-77.

⁶⁷⁰ BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1753180>>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 56-58.

A maioria das recomendações guarda similaridades entre si, apresentando controvérsias com relação à utilização da “boa-fé” como indicativo para a proteção do *whistleblower*⁶⁷¹, bem como sobre a sanção criminal de reportes feitos dolosamente⁶⁷². Antes de tudo, porém, esses guias e princípios devem se adequar ao respectivo Ordenamento Jurídico.

A título de ilustração, no Brasil, um órgão específico para simultaneamente receber reportes e investigá-los não parece se adequar à Constituição Federal, que delimita os órgãos de segurança pública e os separa por níveis federativos no artigo 144 e trata dos demais entes responsáveis por realizar investigações de controle e de interesse público, sem prejuízo da legislação específica. Investigações oficiais, notadamente as referentes à apuração de infrações penais⁶⁷³, são realizadas por órgãos policiais (Polícia Federal e Civil)⁶⁷⁴, pelo Ministério Público⁶⁷⁵ e pelo Congresso Nacional, mediante Comissões Parlamentares de Inquérito⁶⁷⁶.

Delegar a um órgão específico, que recebe reportes de transgressões, o julgamento de retaliações, confronta-se também às atribuições do Judiciário, poder competente para realizar esse tipo de julgamento. Sem mencionar, ainda, a competência de órgãos específicos para fins de julgamento de processos administrativos, tais como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Tribunais de Contas da União (TCU) e dos Estados (TCE), Conselho de Valores Mobiliários (CVM), Banco Central (BACEN) etc.

Ainda que se considerasse, dentre dessas instituições, a implementação de um órgão especializado para apurar e julgar todo e qualquer reporte, haveria uma incompatibilidade institucional considerável, uma vez que ocorreria conflitos de competência com Órgãos, Varas e Delegacias Especializadas, nos âmbitos estadual e federal, sobretudo na esfera criminal (v.g. Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado do Ministério Público, Varas Especializadas de Crimes Tributários, Delegacias de Enfrentamento de Crimes Financeiros, dentre outras).

⁶⁷¹ Tema esse abordado no segundo capítulo, subseção 2.3.1.2.

⁶⁷² Matéria exposta no terceiro capítulo, subseção 3.4.1.

⁶⁷³ Na Lei que regulamentou a profissão de detetive particular, Lei nº 13.432/2017, consta que suas atribuições não abrangem a coleta de dados e informações de natureza criminal (artigo 2º). É possível, porém, que o detetive particular colabore com a investigação policial em curso, desde que autorizado pelo contratante e aceito pelo delegado de polícia (artigo 5º).

⁶⁷⁴ Cf. Artigo 144, §1º, inciso I e §4º da Constituição Federal.

⁶⁷⁵ Cf. Artigo 26, inciso I, alínea “c” da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual) e artigo 7º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei do Ministério Público da União).

⁶⁷⁶ Cf. Artigo 58, §3º da Constituição Federal.

Por essa razão, a Lei nº 13.608/2018 determina o recebimento de denúncias por meio de Ouvidorias ou Corregedorias, que ficarão responsáveis por encaminhá-los às autoridades para fins de investigação, tanto do reporte, quanto de eventual retaliação.

Seja como for, praticamente todos os guias de boas práticas e princípios de uma legislação de *whistleblowing* propostos por órgãos internacionais e pesquisadores são compatíveis com a realidade brasileira.

Em regra, percebe-se o destaque à não limitação da definição de *whistleblowing* a uma categoria específica de trabalho, setor ou a uma modalidade determinada de transgressão, pois isso poderá afetar diretamente a sua proteção.

Nota-se, ainda, uma tendência de empoderamento do *whistleblower*, não lhe atribuindo tratamento de mero instrumento para obtenção de prova, mas sim conferindo-lhe um *status* de sujeito de direitos.

Nesse sentido, reforçar o acesso do *whistleblower* ao Judiciário, quando esse tiver seus direitos violados (cf. artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), e fornecer, quando cabível, assistência judiciária gratuita, mostra-se altamente recomendável para a consolidação de programas de reportantes.

A garantia de participação do *whistleblower* no processo de investigação e no de tomada de decisão, seja por acompanhamentos (*follow-ups*), seja por contribuição ativa para fins de considerações e complementações de materiais relacionados às apurações, igualmente instiga a confiança nesse tipo sistema.

Tem-se buscado também estratégias para tornar o programa de reportantes atrativo, mediante a propositura de políticas de recompensas, como será apresentado no quarto capítulo.

Além da sofisticação dos tradicionais mecanismos de proteção do *whistleblower*, como a ampliação da definição de retaliação, a inversão de ônus da prova e a previsão de ampla proteção financeira (indenizações e suportes financeiros liminares), também se observa a pretensão de criação de uma verdadeira cultura de *whistleblowing*.

Isso se dá por meio da desburocratização, inclusive pela ausência de limitação dos destinatários do relato, transparência e independência dos procedimentos de reporte, de treinamentos periódicos sobre tais procedimentos, da prevalência de direito ao reporte sobre deveres de confidencialidade e da insenção de responsabilidade pelo reporte.

3.4.12 Indicadores de efetividade de políticas e programas de reporte

Considera-se o *whistleblowing* um dos caminhos para o enfrentamento dos delitos de “interesse público” (artigo 4º-A, *caput*, da Lei nº 13.608/2018), inclusive na esfera dos programas de integridade corporativos (*corporate whistleblowing programs*).

O instituto é tido como uma espécie de complemento às tradicionais técnicas de consensualização no âmbito sancionador, tais como os acordos colaborativos. Nessa mesma linha, o Diretor-Geral de Concorrência da Comissão Europeia sustentou que a política de *whistleblowing* compensaria a diminuição do número de acordos de leniência no bloco europeu.⁶⁷⁷

No cenário da defesa da concorrência brasileira, por exemplo, verifica-se um incipiente modelo de implementação de canais de denúncia para *whistleblowers* no próprio *site* do CADE, na aba do “Clique Denúncia”.

Dados oficiais revelam que em 2017 foram feitas 831 (oitocentos e trinta e uma) denúncias pela plataforma do “Clique Denúncia”, porém 651 (seiscentos e cinquenta e uma) foram arquivadas.⁶⁷⁸

Por essa razão, a análise da efetividade de uma política de reportantes deve ir além de considerações debruçadas unicamente sobre programas de *whistleblowing* em entidades públicas e privadas, devendo ser analisada a partir de macro e microindicadores, empregados como indicativos em contexto mais amplos (v.g. políticas públicas para consolidação de programas de reportantes em nível nacional e leis sobre o tema) e mais restritos (v.g. programas locais de reportantes e canais de denúncia), respectivamente.

No contexto macro, com relação às leis de *whistleblowing*, Banisar acrescenta como indicadores da efetividade: i) o aumento do número de denúncias; ii) a ausência de retaliação pelo reporte; iii) a recuperação de quantias aos cofres públicos; iv) a existência de programas de *whistleblowing* em organizações do setor público e privado; v) a conscientização dos membros da entidade sobre leis, programas, direitos e deveres relacionados ao *whistleblowing*; vi) a verificação das respostas dadas pelas organizações em relação aos reportes; e vii) a alteração da percepção negativa dos *whistleblowers*.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ GUNIGANTI, Pallavi. Leniency applications are “not going up”, says DG Comp official. *Global Competition Review*, 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1159219/leniency-applications-are-%E2%80%9Cnot-going-up%E2%80%9D-says-dg-comp-official>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁶⁷⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cade em números*. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁶⁷⁹ BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World

Entende-se que uma perspectiva macro, além da consideração sobre as leis de *whistleblowing*, deverá explorar a própria política pública de *whistleblowing* de um país, oportunidade em que poderão ser analisados: i) o potencial de complementariedade em relação aos mecanismos de Justiça Negociada⁶⁸⁰; ii) a adesão à política de *whistleblowing*; iii) a qualidade das informações prestadas para fins de deflagração de investigações; e iv) a recuperação de valores aos cofres públicos.

O primeiro poderá ser avaliado pela medida em que os reportes, em fases de diminuições da celebração de acordos colaborativos, é hábil a manter um elevado número de persecução a certo tipo de infração, em determinado período.

No que se refere ao segundo, serão examinados: i) a quantia de reportes às autoridades, tanto realizados diretamente (v.g. por corregedorias, ouvidorias e autoridades), quanto indiretamente (v.g. oriundo de apurações internas decorrentes de programas de integridade); e ii) a implementação de programas de *whistleblowing* nos setores público, privado (*corporate whistleblowing*) e no terceiro setor.

Quanto ao terceiro indicador, poderá se fazer um comparativo entre o número de reportes arquivados e os que efetivamente ensejaram a deflagração de investigações e/ou processos administrativos/judiciais. A partir desse indicador, poderão ser evidenciadas: i) falsidades; ii) insignificância das informações; iii) insuficiência das informações; iv) falta de clareza do reporte, dentre outros fatores que serão levantados a partir da análise da motivação dos arquivamentos.

A respeito da recuperação de valores aos cofres públicos, tem-se um indicador que demandará maior tempo para ser empregado, considerando: i) a consolidação de uma política pública de *whistleblowing*; ii) a conclusão de procedimentos e processos relacionados à reparação do dano.

Em uma acepção micro, no que se refere especificamente aos canais de denúncia, Kastiel relacionou os seguintes indicadores de efetividade: i) existência de canal de denúncia inserido no programa de integridade; ii) possibilidade de reportes anônimos e confidenciais; iii)

Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180>. Acesso em: 20 mar. 2020, p. 47-54.

⁶⁸⁰ Em 2019, o Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), autoridade concorrencial peruana, lançou um projeto de diretrizes sobre recompensas a *whistleblowers* e dispôs que essa seria uma forma complementar ao programa de leniência peruano, por estender o escopo de possíveis reportantes: “The rewards guidelines is “complementary” to the authority’s leniency programme, as it ‘seeks to extend the scope of possible informants’, the guidelines state.” GLOBAL COMPETITION REVIEW. *Peru publishes draft compliance and whistleblower guidelines*. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1198066/peru-publishes-draft-compliance-and-whistleblower-guidelines>>. Acesso em: 01 jun. 2020, p. 3.

ausência de retaliação; iv) incentivos financeiros e não financeiros (v.g. férias extras) ao reporte⁶⁸¹; v) estímulo de uma cultura que valorize e encoraje o *whistleblowing* (*positive “tone at the top”*); vii) dar publicidade e educar indivíduos sobre o programa; viii) tornar disponível permanentemente os canais de denúncia; xi) alterar a percepção negativa dos *hotlines*, empregando o termo *helpline* (canais de auxílio); x) coletar e analisar estatísticas sobre os reportes; xi) utilizar referências (*benckmarks*) para implementar os programas; xii) implementar canais de denúncia terceirizados; xiii) oferecer múltiplos métodos para submissão de reportes; xiv) avaliação, teste e auditoria periódica de canais de denúncia; xv) ampliar a apresentação dos programas de *whistleblowing* para além dos colaboradores da entidade e garantir acesso aos canais de denúncia.⁶⁸²

Sustenta-se que, em uma perspectiva microscópica, não apenas os canais de denúncia, como também o contexto interno do próprio programa de *whistleblowing* deverão ser considerados.

Nesse sentido, outros indicadores poderão ser adotados, a saber: i) tecnologias e demais aprimoramentos empregados nos canais de denúncias para fins de segurança e efetividade (v.g. utilização de aplicativos de celular e *blockchain* para possibilitar anonimato da fonte e a continuidade do contato para fins de complementação de informações; opções de escolha ao reportante no que se refere ao sigilo de sua identidade; desburocratização e simplificação dos canais, com previsão de múltiplos métodos para a submissão do reporte etc); ii) independência dos canais de denúncia (v.g. terceirização de canais); iii) avaliações periódicas dos canais de denúncia⁶⁸³; iv) extensão dos canais de denúncias para membros de dentro e fora da entidade; v) ausência de retaliação (aferição do número de supostas retaliações em relação ao número de reportes recebidos em dado período); vi) políticas internas de proteção ao *whistleblower* (v.g. previsão de auxílios financeiros em caso de descoberta da identidade e retaliação; medidas para afastar provisoriamente o retaliador; transferência consentida do reportante a outra filial ou função; aconselhamento psicológico; abolição de cláusulas de confidencialidade em caso de

⁶⁸¹ Esse tema será explorado nos tópicos subsequentes, razão pela qual não serão feitas maiores considerações a respeito nessa altura.

⁶⁸² KASTIEL, Kobi. Elements of an effective whistleblower hotline. In.: *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2014/10/25/elements-of-an-effective-whistleblower-hotline/>>. Acesso em: 27 mai. 2020, p. 3-4.

⁶⁸³ Embora não trate especificamente dos canais de denúncia, a Lei nº 13.460, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos usuários dos serviços públicos, regulamenta a avaliação continuada dos serviços públicos, com destaque a aspectos a serem observados, formas e meios de avaliação. Uma vez que a Lei nº 13.608/2018 estabelece que os entes federativos manterão ouvidorias e correições, entende-se ser possível se aplicarem os dispositivos dessa lei para uma avaliação mais ampla dessas unidades, o que compreenderia, indiretamente, os canais de denúncia. Entretanto, não se deve prescindir de uma avaliação mais específica em relação aos canais de denúncia, que considere as suas peculiaridades.

relatório de transgressões; isenção de responsabilidade disciplinar decorrente do relatório); vii) treinamentos periódicos sobre o programa de *whistleblowing* (v.g. conscientização sobre os direitos do *whistleblower*; mecanismos de proteção; e procedimentos de relatório etc); viii) estruturação e atualização do programa a partir de referências (*benchmarks*); ix) prazo máximo para a apuração preliminar dos relatórios (tempo limite para verificação de materialidade e indícios mínimos de autoria para deflagrar investigações); x) ciência ao *whistleblower* sobre os andamentos das investigações.(v.g. *follow-up* com o *whistleblower* sobre os andamentos das apurações e principais decisões); xi) direito de participação ativa do *whistleblower* nas apurações, na medida do possível para não prejudicá-las (v.g. oportunidade de fornecer *inputs* às investigações, direito de esclarecer e complementar provas e informações; direito de pedir reconsideração ou recorrer a órgão superior quanto ao arquivamento); xii) certificação⁶⁸⁴ do programa de *whistleblowing* por auditoria externa (atestado de administração diligente e de adequação do programa aos postulados legais, notadamente com relação às medidas de proteção integral ao *whistleblower*); xiii) apoio jurídico (suporte material para contratação de advogado independente, à escolha do reportante, para aconselhamento e assessoramento jurídico, incluindo sobre medidas de proteção e recompensa, bem como assunção de despesas processuais. Do ponto de vista de política pública, é desejável a assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública, se emparelhada para tanto, inclusive mediante Convênios, com a isenção de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios).

Na tabela abaixo, estão relacionados os indicadores considerados principalmente relevantes por essa pesquisa:

⁶⁸⁴ No Chile, a Ley n. 20.393/2009 estabelece a possibilidade de submissão de programas de compliance a a uma certificação, que atestará que a entidade atendeu todos os requisitos legais. Essa certificação pode ser expedida por auditorias externas ou outras registradas na Superintendência de Valores e Seguros, um espécie de CVM chilena. ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: MARTÍN, Adán Nieto; ZAPATERO, Luis Arroyo (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013. p. 147. No Brasil, o Projeto de Lei n° 1.588/2020 propõe a certificação de programas de *compliance* pelo gestor do sistema de integridade (*compliance officer*) devidamente preparado para a função. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n 1.588/2020*. Altera a Lei n° 12.846, de 10 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), para dispor sobre a exigência de certificação de gestor de sistema de integridade como condição para atenuar sanções administrativas. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2243116>>. Acesso em: 01. jun. 2020, p. 1.

Quadro 4: Indicadores de efetividade de políticas e programas de reporte

Amplitude	Indicador	Especificações
<p style="text-align: center;">Macroindicadores (referentes à política pública de <i>whistleblowing</i>)</p>	Complementariedade à política de acordos colaborativos.	Manutenção da quantidade padrão de investigações em dado período, em relação a infrações específicas, mesmo em fases de quedas de acordos colaborativos.
	Ampla adesão à política do <i>whistleblowing</i> .	Aumento dos reportes recebidos direta e indiretamente pelas Autoridades, em relação a determinado período. Crescente implementação de programas de <i>compliances</i> nos setores público, privado e terceiro setor.
	Qualidade das informações para fins de deflagração de investigação.	Aumento do número de reportes que culminaram na deflagração de investigações e/ou processos administrativos/judiciais, em comparação aos que foram arquivados.
	Recuperação de valores aos cofres públicos.	Considerando: i) a consolidação de uma política pública de <i>whistleblowing</i> ; e ii) a

		conclusão de procedimentos e processos relacionados à reparação do dano.
<p>Microindicadores (referentes ao contexto interno dos programas de <i>whistleblowing</i>)</p>	Emprego de tecnologia e demais aprimoramentos para conferir segurança e efetividade a canais de denúncia.	v.g. Utilização de aplicativos móveis e <i>blockchain</i> para possibilitar anonimato da fonte e a continuidade do contato para fins de complementação de informações; opções de escolha ao reportante no que se refere ao sigilo de sua identidade; desburocratização e simplificação de canais com previsão de múltiplos métodos para submissão do reporte.
	Independência dos canais de denúncia.	v.g. Canais de denúncia terceirizados.
	Avaliações periódicas dos canais de denúncia.	Avaliações, testes e auditorias periódicas para assegurar padrões de qualidade e segurança dos canais de denúncia.
	Extensão dos canais de denúncias para membros de dentro e fora da entidade	v.g. Inclusão <i>stakeholders</i> e membros da sociedade civil.
		Aferição do número de supostas retaliações em

	Ausência de retaliação.	relação ao número de reportes recebidos em dado período.
	Existência de políticas internas de proteção ao <i>whistleblower</i> .	v.g. Preservação da confidencialidade da identidade do reportante; inversão do ônus da prova em relação à retaliação; proteção pessoal ao <i>whistleblower</i> e pessoas próximas; previsão de penalidades para retaliação; auxílios financeiros; medidas para afastar provisoriamente o retaliador; transferência consentida do reportante; isenção de responsabilidade disciplinar pelo reporte; abolição de cláusulas de confidencialidade em relação ao reporte; etc.
	Treinamentos periódicos sobre o programa de <i>whistleblowing</i> .	v.g. conscientização sobre os direitos do <i>whistleblower</i> , mecanismos de proteção, procedimentos de reporte etc.
		Comparativos de programas de <i>whistleblowing</i> entre órgãos públicos e

	Estruturação e atualização do programa de <i>whistleblowing</i> a partir de referências (<i>benchmarks</i>).	entidades do mesmo setor, para fins de atualização e estabelecimento de padrões coesos e uniformes, conferindo maior confiabilidade no sistema.
	Prazo máximo para a apuração preliminar dos reportes.	Tempo limite para verificação de materialidade e indícios mínimos de autoria para deflagrar investigações.
	Ciência, ao <i>whistleblower</i> , sobre os andamentos das investigações.	<i>v.g. follow-up</i> ao <i>whistleblower</i> sobre os andamentos das apurações e principais decisões.
	Direito de participação ativa do <i>whistleblower</i> nas apurações, na medida do possível para não prejudicá-las	<i>v.g.</i> oportunidade de fornecer <i>inputs</i> às investigações, direito de esclarecer e complementar provas e informações, direito de ser informado sobre os andamentos e resultados das investigações; direito de pedir reconsideração ou recorrer a órgão superior quanto ao arquivamento.
	Certificação do programa de <i>whistleblowing</i> por auditoria externa.	Atestado de administração diligente e de adequação do programa aos postulados legais, notadamente com relação

		às medidas de proteção integral ao <i>whistleblower</i> .
	Apoio Jurídico	<p>Suporte material para a contratação de advogado independente, à escolha do reportante, para aconselhamento e assessoramento jurídico, incluindo sobre medidas de proteção e recompensa, bem como assunção de despesas processuais.</p> <p>*Do ponto de vista de política pública (macroindicativo), é desejável a assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública, inclusive mediante Convênios, com a isenção de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios</p>

Fonte: elaboração própria.

O rol não exaustivo de indicadores de efetividade acima elencado se baseia nos guias de melhores práticas e princípios para a formulação de legislações de *whistleblowing* apresentadas por organizações internacionais e especialistas, representando um núcleo mínimo a ser considerado em políticas públicas e programas de *whistleblowing*.

CAPÍTULO QUARTO – QUANDO O CRIME RECOMPENSA: OS DILEMAS DA POLÍTICA PREMIAL

4.1 O SISTEMA DE RECOMPENSAS ECONÔMICAS COMO UMA POLÍTICA DE INCENTIVOS AO *WHISTLEBLOWING*

A utilização de recompensas econômicas como uma política de estímulo ao *whistleblowing* é tendência efervescente em diversos Ordenamentos Jurídicos, estando na linha de frente dos debates em matéria de programa de reportantes para o enfrentamento da delinquência econômica.

A OCDE destaca que, levando em consideração o receio de degradação reputacional e econômica de *whistleblowers*, alguns países têm encorajado reportes de transgressões por uma variedade de incentivos, dentre eles as recompensas financeiras.⁶⁸⁵

A premiação financeira do reportante revela uma tentativa estatal de intensificar a prevenção e a repressão de delitos por meio de um mecanismo dissuasório de vigilância permanente, que compele uma simetria de informações, evidenciando uma “quase privatização” premiada da persecução de infrações.

As recompensas não se confundem com os mecanismos de proteção financeira ao *whistleblower*, dentre os quais estão as indenizações (ressarcimentos por danos morais e materiais, incluindo lucros cessantes) e suportes financeiros provisórios (v.g. auxílio pecuniário para fins de alimentação e pagamento de demais despesas de primeira necessidade em caso de demissão arbitrária ou outro tipo de retaliação decorrente do reporte).

Conforme Souza, quando vinculado à recompensa, o *whistleblowing* passa a ser um instituto de Direito Premial, pois a relação não é estabelecida em decorrência do sancionamento de uma conduta ilícita, mas sim em virtude da premiação e incentivo de dado comportamento almejado pelo Estado.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ “In addition to the stigma that may be attached to blowing the whistle, employees may also fear financial and reputational degradation. In order to curtail these potential losses and encourage individuals to come forward in the detection of wrongdoing, countries have introduced various incentives, ranging from tokens of recognitions to financial rewards.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Committing to Effective Whistleblower Protection*. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/committing-to-effective-whistleblower-protection_9789264252639-en#page68>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 66.

⁶⁸⁶ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 450.

Pode-se afirmar que há, basicamente, dois tipos de recompensa: i) as econômicas e ii) as não econômicas.

As econômicas abrangem todo o tipo de vantagem ou benefício material ao *whistleblower*, tais como valores (em espécie ou não), bens (móveis ou imóveis) e direitos de ordem material, como abatimento de débitos fiscais, promoções no trabalho⁶⁸⁷, crédito e/ou subsídios financeiros para cursos ou aquisição de imóveis.

As não econômicas são aquelas que tendem a conferir um reconhecimento social ao *whistleblower*, tais como condecorações e demais honrarias, agradecimentos e/ou pedidos de desculpas públicos, pontuação em concursos públicos, redução da idade de aposentadoria, recebimento de certificado de idoneidade etc.

Costa afirma que as não econômicas (“não lucrativas”) vão além da monetarização e promovem um reconhecimento honroso ao *whistleblower*, por meio de uma ação de promoção positiva da prática do *whistleblowing*.⁶⁸⁸

Dentre ambas, as recompensas econômicas, em especial as financeiras, é que são matérias controvertidas, inclusive do ponto de vista moral⁶⁸⁹, na literatura especializada do *whistleblowing*.

Muito embora costumem não compor as definições de *whistleblowing*, alguns autores, como Godoy, destacam que as recompensas (econômicas) têm sido apontadas como essenciais à evolução e proliferação do instituto.⁶⁹⁰

No Plano Anticorrupção de Proteção ao *Whistleblower* do G20, a OCDE entende que a adoção de sistemas de recompensas são formas de encorajar o reporte de transgressões.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ A promoção do trabalho, embora em um primeiro momento pareça não material, tem como contrapartida um aumento de salário, trazendo um benefício material ao reportante.

⁶⁸⁸ COSTA, Leonardo Dantas. *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denúncias internas na Administração Pública brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 26, nº 150, p. 189-233, dezembro de 2018, p. 220.

⁶⁸⁹ A presente investigação não tem o objetivo de se ocupar das questões morais em torno da recompensa financeira a reportantes, mas sim analisá-las do ponto de vista estritamente jurídico. A despeito disso, apenas para localizar a crítica moral em torno da matéria, Michel Sandel pontua que, ao pretender importar as lógicas mercadológicas para um ambiente que não lhe é natural, isto é, para outras áreas das relações humanas, é preciso se indagar sobre os “limites morais do mercado”. Em suas palavras: “[...] ao passarem os incentivos a ser encarados como a pedra angular da vida moderna, o mercado surge como uma mão pesada e ainda por cima manipuladora.” E acrescenta: “[...] para decidir se devemos ou não recorrer a incentivos financeiros, precisamos saber se esses incentivos podem corromper atitudes e normas que merecem ser protegidas. Para responder a esta questão, a lógica do mercado precisa transformar-se numa lógica moral”. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 87 e 91.

⁶⁹⁰ GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, p. 269-289, agosto de 2017, p. 278.

⁶⁹¹ “To encourage whistleblowing, some G20 countries have adopted rewards systems, including monetary rewards.” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *G20 Anti-*

Igualmente, Rios e Machado sustentam que a incorporação de um sistema de denúncia traz a necessidade da criação de uma cultura de participação popular e individual e de mecanismos de incentivos para essa participação, tal como a atribuição de recompensas pecuniárias aos denunciantes.⁶⁹²

A *International Bar Association* esclarece que existem duas posições contrastantes sobre a adoção do modelo de recompensas: i) a europeia; e ii) a estadunidense.

Na europeia, especificamente no Reino Unido, as autoridades entendem que encorajar uma cultura de recompensas cria um perigo moral. Adicionalmente, o órgão expõe que há pesquisas que sugerem que a maioria das pessoas reportam transgressões por crerem ser o certo a fazer, apesar da recompensa e, ainda, que essa pode resultar em uma retaliação mais intensa e frequente ao reportante.⁶⁹³

Do ponto de vista estadunidense, a IBA aponta que a estrutura de *whistleblowing* conduziu a significativas recuperações de valores aos cofres públicos, razão pela qual o país tem advogado em torno dos benefícios do sistema recompensas aos *whistleblowers*.⁶⁹⁴

Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 12.

⁶⁹² RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allan Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômenos do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 137, p. 89-123, novembro de 2018, p. 110.

⁶⁹³ “The question as to whether whistleblowers should be rewarded when they have not suffered detrimental action has been controversial and has represented a sharp contrast between practice in Europe and the US. Opponents of the practice contend that the motivation to blow the whistle should not be based on the expectation of receiving a monetary reward but by citizens who wish to protect the public from harm. For example, UK authorities believe that encouraging a culture that rewards greed risks creating an unnecessary ‘moral hazard’. This is particularly so where there has been no empirical study to establish that financial encouragement of whistleblowers is directly proportional to the quantity or quality of disclosures. There is also research that suggests that most persons who report alleged or actual misconduct or wrongdoing are motivated to do so because they believe it is the right thing to do rather than the expectation of any reward. There are also suggestions that a bounty culture can result in more frequent and intense retaliation.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 32.

⁶⁹⁴ “US authorities, however, have been strong advocates of the benefits of financial rewards for whistleblowers. Indeed, the US leads in developing whistleblower frameworks that significantly reward whistleblowers for disclosure that has led to the recovery of government funds.” *Ibid.*, p. 32.

Não apenas os Estados Unidos, como também países como a Nigéria⁶⁹⁵, Coreia do Sul⁶⁹⁶ e Canadá⁶⁹⁷, por exemplo, têm apostado no sistema de recompensas a partir de porcentagens de valores recuperados como fator de estímulo ao *whistleblowing*.

O Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), autoridade concorrencial peruana, lançou, em setembro de 2019, um esboço de diretrizes para *compliance* e recompensa, tornando-se a primeira autoridade latino-americana a adotar diretrizes para o *whistleblowing*.⁶⁹⁸

As recompensas para quem auxiliar o INDECOPI nas investigações de cartel chegam até a 400,000 (quatrocentos mil) *soles* (US\$ 120,000 – cento e vinte mil dólares) e serão baseadas na utilidade da informação, gravidade da conduta reportada, seus efeitos e vantagens auferidas.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ “In December 2016, the Nigerian Federal Ministry of Finance unveiled its whistleblowing policy relating to the violation of financial regulations, mismanagement of public funds and assets, financial malpractice/fraud and government theft wherein whistleblowers are paid between 2.5–5 per cent of whatever is recovered by the government. The Nigerian government estimates that it has recovered more than US\$180m as of April 2017 and has received more than 2,000 tips.” Tradução livre: “Em dezembro de 2016, o Ministério das Finanças da Nigéria divulgou sua política de *whistleblowing* relacionada à violação de regulamentos financeiros, má administração de fundos e ativos públicos, negligência financeira/fraude e apropriação de valores em face da administração pública, na qual *whistleblowers* recebem entre 2,5% e 5% do valor recuperado pelo governo. O governo nigeriano estima que recuperou mais de US \$ 180 milhões em abril de 2017 e recebeu mais de 2.000 denúncias.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdc17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04 abr. 2020, p. 33.

⁶⁹⁶ “Under South Korea’s Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers, the government can pay rewards if the disclosure directly results in the recovery or increase in the income of the government or state agency.” Tradução livre: “De acordo com a Lei da Coreia do Sul sobre a Proteção de Denunciantes de Interesse Público, o governo pode pagar recompensas se a divulgação resultar diretamente na recuperação ou aumento da receita do governo ou agência estatal.” Ibid., p. 33. O programa de recompensas a *whistleblowers* da Coreia do Sul foi instituído em 2002, prevendo contrapartidas que chegavam a 20 milhões de won, agora ampliada à casa dos 100 milhões. RAGAZZO, Carlos. Devemos pagar informantes de esquemas de corrupção? *Jota*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/devemos-pagar-informantes-por-esquemas-de-corrupcao-13052015>>. Acesso em: 20 jul. 2019, p. 01.

⁶⁹⁷ A Ontario Securities Commission estabeleceu que *whistleblowers* podem receber recompensas de até US\$ 1,5 milhões, a despeito dos valores ilícitos serem recuperados, ou até US\$ 5 milhões, quando os valores ilícitos forem recuperados. CANADA. ONTARIO SECURITIES COMMISSION. *Are you a whistleblower*. Disponível em: <<https://www.osc.gov.on.ca/en/whistleblower.htm>>. Acesso em: 01. jun. 2020.

⁶⁹⁸ “Peru’s competition authority has released new compliance and rewards draft guidelines, marking the first time a Latin American enforcer has adopted whistleblower guidelines.” GLOBAL COMPETITION REVIEW. *Peru publishes draft compliance and whistleblower guidelines*. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1198066/peru-publishes-draft-compliance-and-whistleblower-guidelines>>. Acesso em: 01 jun. 2020, p. 1.

⁶⁹⁹ “The authority’s draft rewards guidelines explain the necessary criteria for an applicant to receive a financial reward for assisting the authority with a cartel investigation, which can be up to 400,000 *soles* (US\$120,000). [...] The authority will determine the amount of the reward based on how useful an individual’s information is in detecting and prosecuting a cartel. The enforcer will also consider the ‘severity, effects and potential illicit benefits’ that arise from the cartel that the applicant reveals, along with the applicants personal or professional costs as a result of the application.” Ibid., p. 2-3.

No âmbito da administração tributária espanhola, segundo García-Moreno, uma das medidas apontadas para enfrentar a fraude fiscal é o pagamento de recompensas a reportantes que denunciarem tais delitos.⁷⁰⁰

Ragués I Vallès adverte que não é inerente à condição de *whistleblower* o caráter altruísta do reporte, ou seja, sem qualquer expectativa de contraprestação. Isso, porque, na realidade legislativa de alguns países, a possibilidade de auferir benefícios econômicos em contrapartida ao reporte foi e é reconhecida historicamente.⁷⁰¹ Apesar disso, o autor reconhece que a questão é polêmica e expõe os prós e contras suscitados pela doutrina para a implementação de uma política de recompensas.

Alguns defensores, segundo Ragués I Vallès, alegam que a recompensa consiste em um estímulo mais efetivo para a denúncia de práticas ilícitas e que a expectativa desse prêmio tem maior força de persuasão que o risco de represálias.⁷⁰²

Essa afirmação é incoerente, posto que generaliza, sem embasamento teórico ou empírico, a tese de que a proteção seria secundária ao *whistleblower* se comparada à recompensa.

Isso à contramão do que vem sedimentando a doutrina e órgãos internacionais que se dedicam ao tema, os quais têm se pronunciado no sentido de que a proteção é um pressuposto das políticas de *whistleblowing* e uma das principais preocupações dos reportantes.⁷⁰³

Não se pode ignorar, também, que a utilização da recompensa pode reforçar a já prejudicada conotação atribuída ao *whistleblower*, como sendo um oportunista ou um caçador

⁷⁰⁰ “En España, el fomento de la denuncia entre los ciudadanos a través de incentivos económicos no parece plantear demasiados problemas. De hecho, en el ámbito de la administración tributaria, la Organización de Inspectores de Hacienda señalaba ya, entre las medidas necesarias para luchar contra fraude fiscal ‘la denuncia tributaria, con participación del denunciante en el importe de la sanción que se imponga’ y ‘el pago a confidentes para supuestos de denuncia de delitos.’” GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p.58.

⁷⁰¹ “En ocasiones se ha discutido se es consubstancial a la condición de whistleblower el carácter altruísta de denuncia, es decir, el actuar sin esperar contrapartida alguna por la revelación. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho positivo la realidad legislativa de los países donde este fenómeno tiene sus Orígenes obliga a responder negativamente a semejante cuestión, por cuanto tal condición se ha reconocido históricamente – y se reconoce también en la actualidad – a los denunciantes aun cuando, según prevén ciertas leyes, stós puedan obtener importantes beneficios económicos cuando la información que aportan permita imponer determinadas sanciones”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 54.

⁷⁰² “Según los principales partidários de estos incentivos, el ofrecimiento de recompensas es el estímulo más decisivo para lograr que los sujetos se decidan a denunciar aquellas prácticas ilícitas de las que tienen conocimiento. Como argumenta algun autor, si se logra que la expectativa de beneficio tenga para los denunciantes en potencia mayor fuerza de persuasión que el riesgo de las represalias que puedan sufrir, se contará con un importante instrumento para lograr que los sujetos denuncien.” *Ibid.*, p. 57.

⁷⁰³ Cf. Terceiro capítulo, subseções 3.1 a 3.4.

de recompensas (*bounty hunter*), desestimulando a sedimentação da desejada cultura de reportes (*speak-up culture*).

Ragués I Vallès explica que os críticos dessa política afirmam que o que mais move os *whistleblowers* é a vontade de cumprir com seus deveres legais e/ou morais e que a recompensa pode ser inclusive desestimuladora para essas pessoas, que não querem ser vistas como quem se move pelo ânimo de lucro.⁷⁰⁴

Em linha similar, Besley e Gathak apontam uma possível correlação inversamente proporcional entre a identificação com as missões da empresa (*mission oriented*) e a necessidade de estímulos financeiros.⁷⁰⁵

Frey, fazendo referência a teorias da psicologia cognitiva, identificou que, em determinadas circunstâncias, recompensas monetárias de fato minam a motivação intrínseca das pessoas que se orientam pelas normas sociais. Assim, oferecer recompensas para a execução de determinada atividade pode ter a consequência negativa de fazer com que a pessoa reduza os esforços empreendidos naquela ação.⁷⁰⁶

A partir dessas considerações, é também criticável argumentos que trivializem que as motivações internas de cumprir com a etiqueta social são preponderantes a eventuais estímulos pecuniários.

De modo a acomodar as críticas, Bugarin e Bugarin sustentam que a recompensa deve ser utilizada para estimular denúncias, desde que se conceda ao reportante a opção de dela abdicar, o que estimula tanto indivíduos que se orientam predominantemente por questões morais/cívicas, quanto aqueles para os quais o incentivo pecuniário prevalece.⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ “Por parte de los dectadores se apunta, por ejemplo, al hecho de que algunos estúdios señalen que *la expectativa de una recompensa económica no es a menudo lo que mueve realmente a muchos sujetos a informar*, sino que con mayor frecuencia de lo que podría pensarse los informantes obran impulsados por a voluntad de cumplir con sus obligaciones jurídicas y morales. [...] El que se ofrezca algún tipo de premio económico puede ser incluso para ciertos denunciante en potencia un desincentivo, al no querer éstos que pueda pensarse que, en realidade, aquello que les mueve es el ánimo de lucro.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 57.

⁷⁰⁵ “Some agents care about the mission of the organization for which they work. Formally this implies that the payoff of such agents depends on their own type, and the type of the principal for whom they work.” BESLEY, Tim; GHATAK, Maitreesh. Competition and incentives with motivated agents. *American Economic Review*, v. 95, n. 3, p. 616-636, 2005. Disponível em: < <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0002828054201413>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁷⁰⁶ “A second strand of literature stems from psychology. A group of cognitive social psychologists (Deci 1971, Deci and Ryan 1985, Deci and Flaste 1995) identified that, under particular conditions, monetary (external) rewards undermine intrinsic motivation. People have intrinsic motivation when they just like to act in a certain way or because they have internalized social norms. Providing monetary rewards for undertaking an activity may have the negative consequence that people reduce work effort.” FREY, Bruno S. Crowding effects on intrinsic motivation. *Renewal*, p. 91-98, set. 2012. Disponível: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369373>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁷⁰⁷ “Em suma, facultando ao denunciante essa alternativa, os dois tipos de cidadão, aquele para os quais o incentivo pecuniário dominava e aquele para os quais o desincentivo moral dominava, passam a ter maior incentivo em se

Outra crítica apontada, conforme Ragués I Vallès, é o fato de que se a recompensa é calculada tendo em consideração a porcentagem do quanto recuperado, é possível que o *whistleblower* tenda a reportar a transgressão apenas em fases mais avançadas, de modo a aumentar a base de cálculo de sua recompensa.⁷⁰⁸

Essa mesma crítica, que insere o *whistleblowing* na condição de uma atividade profissional e lucrativa, também é aplicável a programas de reportantes que estabelecem um “teto” mínimo a se recuperar para possibilitar o pagamento da recompensa, como ocorre na regulamentação da SEC, que será analisada adiante. Nesses casos, é apresentada a possibilidade de o *whistleblower* aguardar que a transgressão atinja maiores proporções para então reportá-la, em detrimento das vítimas.

Ragués I Vallès apresenta também, como argumento contrário ao sistema de recompensas, a possibilidade de que essas motivem reportes precipitados e falsos, que podem desencadear investigações fadadas ao fracasso e que prejudiquem a reputação dos denunciados.⁷⁰⁹

No que se refere a reportes falsos, notadamente no âmbito corporativo, entende-se que a recompensa poderia estimular a utilização do *whistleblowing* como forma de domínio estratégico de mercado. Em outras palavras, a recompensa poderia incentivar um efeito armadilha (*entrapment*) entre *players*, isto é, a eliminação de *players* do mercado pelo custo reputacional sofrido pelo denunciado alvo do reporte falso.⁷¹⁰

De acordo com o relatório do *Bank of England Prudential Regulatory Authority* e do *UK Financial Conduct Authority*, incentivos financeiros podem conduzir a abordagens

dedicar ao esforço social de controle da corrupção, seja pela expectativa de receber o prêmio, seja pela felicidade de, além de cumprir seu dever cívico, contribuir para a expansão dos programas assistenciais do governo.” BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & Incentivos: devemos recompensar quem denuncia a corrupção? *Revista Direito FGV*. v. 13, n. 2, mai.-ago. p. 390-427. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0390.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2020, p. 404.

⁷⁰⁸ “Además, señalan algunos, existe riesgo de que, si la recompensa ofrecida se calcula sobre un porcentaje de lo finalmente recaudado, el potencial denunciante renuncie a informar rápidamente y deje pasar el tiempo a fin de que aumente el perjuicio y, con ello, la base de cálculo de su recompensa.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 58.

⁷⁰⁹ “Otra crítica frecuente tiene que ver con el riesgo, por así decirlo, de crear una excesiva motivación a denunciar en determinados sujetos con el consiguiente peligro de que se produzca un exceso de denuncias intrascendentes, poco meditadas o directamente falsas, con la consecuencia de que las administraciones tengan que dedicar buena parte de su tiempo a distinguir la información verdadera de la falsa, se abran investigaciones abocadas al fracaso y se lesione injustificadamente la reputación de los denunciados”. *Ibid.*, p. 58.

⁷¹⁰ 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*, ano 26, p. 7-8, n. 309, p. 8.

oportunistas (*malicious reporting*) ou ao envolvimento de pessoas despreparadas que propaguem rumores especulativos, em detrimento de partes inocentes.⁷¹¹

Uma alternativa para evitar reportes falsos, segundo Ragués I Vallès, é: i) condicionar o recebimento da recompensa apenas quando confirmada, em definitivo, a veracidade das informações prestadas pelo *whistleblower* em procedimentos judiciais ou administrativos; ii) manter a aplicação efetiva da sanção já prevista por denúncia caluniosa ou falsa comunicação de crime.⁷¹²

O autor ainda aponta que a recompensa é criticada por supostamente transformar todos os colaboradores de uma empresa em potenciais informantes estatais, reforçando o clima de desconfiança mútua que destrói o ambiente de trabalho saudável.⁷¹³ Essa crítica guarda relação com o passado denunciista, de inspiração totalitária, em que se estimulava uma sistema de intromissão de particulares e de controle por vigilância.

Ainda, em se falando de *whistleblowing* interno, é apontado o grande impasse que a recompensa traz ao *whistleblower*, que deverá optar entre reportar o ilícito interna ou externamente. Nessa “concorrência” entre destinatários do reporte, a premiação financeira seria crucial para atrair o *whistleblower* a realizar o reporte externo, diretamente às autoridades.⁷¹⁴

Essa mesma consideração foi apontada no relatório do *Bank of England Prudential Regulatory Authority*, que concluiu que incentivos financeiros podem prejudicar a introdução e a manutenção de mecanismos internos de *whistleblowing*, notadamente os canais de denúncias dos programas de *compliance*.⁷¹⁵

⁷¹¹ “Malicious reporting: Financial incentives might lead to more approaches from opportunists and uninformed parties passing on speculative rumours or public information. The reputation of innocent parties could be unfairly damaged as a result.” BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. *Financial Incentives for Whistleblowers*. Disponível em: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf?la=en&hash=04316B710E99A192FD08E9D8AF2635473EFCF071>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 3.

⁷¹² “Sin embargo, cabe replicar a semejantes afirmaciones que este riesgo puede reducirse condicionando la efectiva obtención de la recompensa a la confirmación definitiva de la veracidad de la denuncia en el correspondiente procedimiento judicial o administrativo y, en todo caso, manteniendo y aplicando de manera efectiva el castigo ya previsto para los delitos de acusación y denuncia falsa.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 58.

⁷¹³ “[...] convirtiendo a todos los empleados en potenciales informantes del Estado, puede alimentarse un clima de desconfianza mutua que destruya el buen ambiente que conviene que impere en entornos como la empresa o administración.” Ibid., p. 58.

⁷¹⁴ 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*, ano 26, p. 7-8, n. 309, p. 8.

⁷¹⁵ “Incentives offered by regulators could undermine the introduction and maintenance by firms of effective internal whistleblowing mechanisms.” BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. *Financial Incentives for Whistleblowers*. Disponível em: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/financial-incentives-for->

Ragués I Vallès também expôs que há quem entenda que as recompensas podem resultar em um estímulo de reportar diretamente às autoridades (*whistleblowing* externo), em detrimento do reporte a canais interno de denúncia (*whistleblowing* interno), o que seria contraditório com as iniciativas públicas de fomentar a integridade empresarial, ocasionando ainda maior dano à empresa.⁷¹⁶

Nessa hipótese, a recompensa financeira pelo *whistleblowing* direto às autoridades, tal como a da Lei nº 13.608/2018, ao concorrer com os programas internos de integridade, revela uma contradição à Lei Anticorrupção, que condiciona a mitigação das sanções no âmbito da culpabilidade corporativa à existência de programas de *compliance* e canais internos de denúncia (artigo 7º, inciso VIII).

As vantagens do *whistleblowing* interno estão justamente na possibilidade da entidade antecipar o ocorrido e lidar internamente com ele, antes de repassar informações às autoridades.

As organizações, de acordo com seus protocolos de integridade, costumam ser uma primeira instância investigativa⁷¹⁷ para confirmar a veracidade das informações e produzir provas que escorem medidas nas esferas cível, criminal e trabalhista.

Inclusive, é relevante que recebam antes o reporte internamente para obterem benefícios do ponto de vista reputacional e financeiro, sobretudo pela possibilidade de se organizarem para obter o máximo de informações para celebrarem um vantajoso acordo de leniência, caso essa seja a estratégia que adotem, ou mesmo para repararem o dano de maneira menos lesiva para o seu interesse e de terceiros.

[whistleblowers.pdf?la=en&hash=04316B710E99A192FD08E9D8AF2635473EF071](#)>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 2.

⁷¹⁶ “[...] En este mismo sentido, se pone en evidencia cómo el ofrecimiento de recompensas supone una invitación a los denunciantes a acudir directamente a las autoridades y no a canalizar sus denuncias a través de los sistemas internos con los que la empresa pueda contar, de tal modo que se resta sentido a tales procedimientos en contradicción con aquellas iniciativas públicas que pretenden fomentarlos y se agrava el daño ocasionado a la empresa.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59.

⁷¹⁷ Neira Pena adverte que existem inúmeros perigos que as investigações empresariais podem trazer, sobretudo por serem desreguladas e não supervisionadas por Autoridades Judiciais, o que colocaria em xeque os principais direitos fundamentais do processo penal, tais como a legalidade e a imparcialidade. Acrescenta também que pode haver um conflito de interesses entre a entidade e seus colaboradores, o que pode ameaçar a própria privacidade desses. NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal. El peligro para los derechos de los trabajadores? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, p. 147-163, 2015, p. 154-155.

É por essa razão que Ragués I Vallès propõe que a legislação preveja que o *whistleblower* esgote internamente as possibilidades de reporte para, apenas então, não tendo êxito, informar as autoridades externas.⁷¹⁸

A esse respeito, entende-se que não deveria ocorrer uma limitação do *whistleblowing* em relação ao destinatário do reporte, como exposto nos capítulos segundo (2.3.5) e terceiro (3.4.1). O reportante pode não sentir confiança ou dar credibilidade aos canais internos de denúncia e, nem por isso, pode ser prejudicado por reportar diretamente a autoridades. Caso inserida uma disposição no sentido sugerido por Ragués I Vallès, o reporte seria ainda mais burocratizado, à contramão das recomendações de órgãos internacionais, desestimulando o *whistleblowing*. O Ordenamento Jurídico não pode desdenhar esse fator e deixar de conferir proteção ao reportante simplesmente pelo fato de ele não ter reportado o fato internamente antes. A lei pode incentivar o reporte interno, inclusive pelos benefícios que esse traz a entidades, mas condicioná-lo pode ser temerário do ponto de vista de um estatuto amplo de proteção ao reportante. Assim, ainda que seja determinada uma ordem de preferência para fins de estipulação de recebimento de uma recompensa integral, por exemplo, essa opção legislativa não deve impactar nas medidas de proteção ao reportante.

Pelo exposto, constata-se que existem prós e contras para a implementação de um sistema de recompensas financeiras em programas de reportantes, o que recomenda maiores estudos empíricos de criminologia econômica e política criminal.

A despeito disso, além das soluções propostas por Ragués I Vallès com relação às críticas ao modelo de premiação, o autor identificou alguns pontos imprescindíveis para a adoção de uma política de incentivos ao *whistleblowing*, que podem servir de norte para legislações de *whistleblowing*.

São eles: i) limitar as políticas de incentivo (dentre elas a recompensa) a casos de maior necessidade (v.g. condutas delitivas mais graves e que demandem maiores dificuldades para investigação, prevenção e repressão); ii) estabelecer que os reportes sejam apenas um complemento das investigações públicas e não as substituam, já que o cidadão comum está sujeito a maiores retaliações e pode estar embuído de motivações pessoais, pondo em xeque a imparcialidade da persecução do delito; iii) não promover sistemas de denúncia que sejam contraditórios aos valores fundamentais que definem o modelo de sociedade que se pretende preservar (v.g. não incentivar o anonimato, que traz riscos ao direito de defesa, mas não proibir

⁷¹⁸ “Com todo, esta crítica también parece salvarse exigiendo al denunciante, por ejemplo, que antes de informar a las autoridades haya agotado sin éxito las posibilidades internas de denuncia.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59.

denúncias anônimas ou optar por impedir que unicamente delas se inicie uma investigação; admitir o *whistleblowing* externo apenas após resultar infrutífero o reporte aos canais interno de denúncia da entidade).⁷¹⁹

Com exceção ao último exemplo do item “iii”, acima abordado, as diretrizes apresentadas pelo autor se mostram adequadas para que o sistema de recompensas seja delimitado de modo a considerar as críticas a ele endereçadas.

No que se refere ao item “i”, existe compatibilidade com o pressuposto de que o *whistleblowing* se relacione a transgressões não triviais (cf. segundo capítulo, 2.3.3.1) enquanto o item “ii” reconhece o seu caráter complementar aos tradicionais métodos de persecução de infrações (cf. capítulos primeiro, subseção 1.1 e terceiro, subseção 3.4.12). Por fim, o item “iii” corresponde a uma cláusula de compatibilidade do instituto com o respectivo Ordenamento Jurídico, seus objetivos e princípios fundantes, indispensável para que esse modelo prospere.

4.2 A RECOMPENSA FINANCEIRA DO REPORTANTE NO BRASIL

Desde 2018, no Brasil, a Lei nº 13.608 já previa um permissivo genérico à recompensa. Dispõe, no artigo 4º, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações úteis à prevenção, à repressão ou à apuração de crimes ou ilícitos administrativos, incluindo o pagamento de valores em espécie (parágrafo único).

Apenas em 2019, com a Lei nº 13.964, é que foi prevista uma diretriz a respeito da base de cálculo e do teto da recompensa conferida ao reportante. Foi incluído o artigo 4º-C, §3º, na Lei nº 13.608/2018, dispondo que as informações que resultarem na recuperação de produto de

⁷¹⁹ “Una primera cautela elemental pasa por limitar las políticas públicas de fomento de las denuncias a aquellos casos en los que existe una mayor necesidad [...] conductas delictivas graves y, dentro de éstas, aquellas en las que se observen mayores dificultades para su descubrimiento e sanción. [...] Las denuncias ciudadanas pueden ser un complemento de las investigaciones públicas, pero no pueden substituir a éstas [...] el ciudadano médio está mucho más expuesto que las autoridades a posibles represálias y en su decisión de informar (o no hacerlo) es mucho más probable que interfieran motivaciones personales. La perdida de objetividade em la persecución del delito. Una ultima precaución passa por no promover sistemas de denuncia que, por sai proprio diseño, contradigan algunos de los valores fundamentales que definen el modelo de sociedade que pretende preservarse [...] por ejemplo, que no se incentiven las denuncias anónimas, que generan riesgos para el derecho de defesa. [...] Pero que el que no convenga prohibir tales denuncias, o impedir que a partir de ellas se inicie una investigación, no significa que el Estado deba incentivarlas de modo general. [...] A lo sumo, en caso de preserse dichos incentivos deberían limitarse, por las cautelas antes expuestas a delitos graves, de persecución especialmente difícil y siempre que las denuncias orevistas del traajador ante la propia empresa hayan resultado totalmente infructuosas.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80-84.

crime contra a administração pública poderão ser recompensadas em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.

A partir daí, duas passaram ser as fontes para pagamento da recompensa pecuniária: i) recursos disponíveis junto ao Fundo Nacional de Segurança Pública, a ser regulamentada pelo Poder Executivo Federal, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Lei nº 13.756/2018⁷²⁰; e ii) valores recuperados.

Conforme Souza, para a configuração da recompensa se exige apenas uma correlação entre a informação contida no relato e o resultado na recuperação do produto do crime contra a administração pública, não sendo determinante informações a respeito da destinação ou localização do produto do crime. Em outras palavras, basta que as informações tenham sido suficientes e iniciada a apuração do delito.⁷²¹

Para o autor, conforme a lei, tampouco é necessário o trânsito em julgado do processo cível, criminal ou de improbidade administrativa para que o reportante seja recompensado, pois o dispositivo condiciona a recompensa à recuperação do produto do crime, que pode ocorrer antes do trânsito em julgado.⁷²²

Muito embora de fato a lei não faça qualquer ressalva nesse sentido, entende-se que, em préstimo ao modelo acusatório, em que prevalece a presunção da inocência, incoerente não se aguardar o trânsito em julgado, quando haverá a efetiva confirmação do ilícito e a exata apuração do dano.

Caso contrário, além de se estimular reportes falsos, pela facilidade da recompensa, correr-se-á o risco de conferir uma recompensa a partir de uma base de cálculo que poderá ser alterada até o final da ação, em prejuízo ao Estado.

⁷²⁰ “Art. 5º Os recursos do FNSP serão destinados a: [...] premiação em dinheiro por informações que auxiliem na elucidação de crimes, a ser regulamentada em ato do Poder Executivo federal. BRASIL. *Lei nº 13.756, de 12 de dezembro, 2018*. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.615, de 24 março de 1998, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.675, de 11 de junho de 2018; e revoga dispositivos das Leis nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974, 6.717, de 12 de novembro de 1979, 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 9.649, de 27 de maio de 1998, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 13.155, de 4 de agosto de 2015, da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e dos Decretos-Leis nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e 594, de 27 de maio de 1969, as Leis nº 6.905, de 11 de maio de 1981, 9.092, de 12 de setembro de 1995, 9.999, de 30 de agosto de 2000, 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 10.746, de 10 de outubro de 2003, e os Decretos-Leis nº 1.405, de 20 de junho de 1975, e 1.923, de 20 de janeiro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm#art46>. Acesso em: 02 jun. 2020.

⁷²¹ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 476.

⁷²² *Ibid.*, p. 476.

Outra questão é que o mencionado dispositivo, embora a redação do artigo 4º-A disponha que o programa de reportes se destina a “crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”, estipula a base de cálculo (recuperação do produto do ilícito) e o teto da recompensa (até 5%) com referência unicamente a crimes contra a administração pública.

A despeito disso, na mesma linha que Souza⁷²³, acredita-se que, pelo fato da Lei mencionar outros tipos de delitos, como os ilícitos administrativos e demais ações ou omissões lesivas ao interesse público, o §3º do artigo 4º-C também a eles se estende, inclusive pelo comando genérico de recompensa existente no artigo 4º, parágrafo único, da referida lei.

Nesse caso, nada impede que seja examinada, no caso concreto, uma gradação de recompensa entre crimes e demais ilícitos, considerando a sua gravidade, efeitos e vantagens ilícitas auferidas pela conduta delitiva.

Precisamente por essa razão e, por questões de coerência, celeridade e economia processual, embora a lei não tenha disposto expressamente, sustenta-se que a autoridade competente para determinar a recompensa deve ser a autoridade julgadora da ação ou procedimento voltado à recuperação dos produtos do ilícito, uma vez que poderá avaliar, com maior propriedade, qual porcentagem se afigurará adequada ao reportante.

Para Souza, o julgador deverá determinar o pagamento da recompensa, expedindo o comando aos órgãos da administração direta ou indireta, no âmbito de suas atribuições, criando uma obrigação, inclusive orçamentária-financeira, sem a necessidade de observância do processo de pagamento de precatório, uma vez que se afigura como uma política de estímulo.⁷²⁴

Importante destacar que o dispositivo não deixa dúvidas de que a recompensa é uma faculdade (“poderá”). A falta de parâmetros para a elegibilidade do reportante à recompensa tem o potencial de conduzir a arbitrariedades não desejáveis em uma política de reportes.

Ainda que essa política premial tenda a se pautar em uma análise casuística, um núcleo mínimo de parâmetros deve ser estabelecido. A ampla discricionariedade nesses casos, sob a referência a critérios de conveniência e oportunidade, trará obscuridade para a análise de custo-benefício do reportante com relação ao reporte.

⁷²³ SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, p. 447-481, 2019, p. 477.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 477.

A esse respeito, importa a análise da legislação estadunidense e seus parâmetros de elegibilidade para fins de recompensa ao *whistleblower*, notadamente o *Dodd-Frank Act*, como se exporá mais adiante.

4.3 AS RECOMPENSAS ECONÔMICAS A SERVIDORES PÚBLICOS⁷²⁵

Uma questão que costuma suscitar controvérsias é a utilização de recompensas econômicas para estimular o *whistleblowing* na esfera do poder público. Em grande parte das jurisdições, é comum se conferir ao servidor público (efetivo ou comissionado) a obrigação de reportar transgressões, podendo ser contraditório recompensá-lo pelo cumprimento de um dever legal.

Micele e Near sustentam que os *whistleblowers* orientados pelo dever funcional (*role-prescribed whistleblowers*) poderiam ser mais efetivos que os demais, caso lhes fosse conferida a possibilidade de receber recompensa e de desempenhar um papel coercitivo.⁷²⁶

García-Moreno, por outro lado, assinala que recompensas financeiras não se aplicam a servidores públicos na legislação espanhola. A autora esclarece que, apesar de o artigo 22 do Estatuto Básico do Funcionário Público (EBEP) prever retribuições complementares que premiam o desempenho, rendimento e resultados alcançados, há uma proibição de recebimento de qualquer receita da Administração Pública como forma de contraprestação de quaisquer serviços.⁷²⁷

⁷²⁵ Esta subseção se destina, exclusivamente, à análise da aplicabilidade de recompensas econômicas a servidores públicos em sentido estrito, entendidos como uma espécie do gênero “agentes administrativos”, que abrange todos os titulares de cargo público de provimento efetivo ou em comissão, com regime definidos em lei, integrantes da Administração Pública direta ou indireta, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.112/90.

⁷²⁶ “If role-prescribed whistle-blowers are more likely to hold power bases of reward and coercive power than non-role-prescribed whistleblowers, we might expect the former to be more effective than the latter in creating change.” NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Effective Whistle-Blowing. *Academy of Management Review*, 1995, v. 20, n. 03, p. 679-708. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265630110_Effective_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20. mar. 2020, p. 699.

⁷²⁷ “La posibilidad de utilizar este tipo de incentivos, sin embargo, desaparece cuando los denunciantes son empleados públicos. A pesar de que el artículo 22 del EBEP prevé las llamadas retribuciones complementarias, que retribuyen, entre otros ‘el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario’ el apartado 5 de esse mismo precepto advierte que ‘no podrá percibirse participación en tributo o en cualquier otro ingreso de las administraciones públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas.’ GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p. 59.

Por isso, a autora afirma que as recompensas econômicas devem ser descartadas, concedendo lugar a outras estratégias de fomento aos reportes, como, por exemplo, promoções internas.⁷²⁸

No Brasil, muito embora a Lei nº 13.608/2018, com as inclusões da Lei nº 13.964/2019, não tenha feito qualquer ressalva nesse sentido, há outros diplomas legais que demonstram a impossibilidade de sustentação de um regime de recompensas a servidores públicos.

Como exposto no segundo capítulo, subseção 2.3.1.6, servidores públicos têm o dever legal de reportar ilegalidades, omissões e/ou abuso de poder⁷²⁹ e, inclusive, podem responder criminalmente por sua omissão⁷³⁰.

Por força do artigo 117, inciso XII, da Lei nº 8.112/1990, servidores públicos federais são proibidos de receber “vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”.

Embora existam estímulos aos servidores públicos, tais como as gratificações e bônus de desempenho, previstas em decretos, em medidas provisórias ou em leis ordinárias que regulamentam carreiras profissionais específicas dentro do serviço público, essas não representam uma contraprestação pelo cumprimento da função, mas sim, uma remuneração extra para premiar a performance dos servidores.

No caso específico do dever de reportar transgressões, eventual recompensa constituiria uma vantagem direta para o desempenho dessa atribuição e não um adicional a ela.

Por essa razão, nenhuma forma de recompensa econômica, incluindo promoções de trabalho, parece ser compatível com o estatuto dos servidores públicos no Brasil. Nesse caso, mais adequada seria a atribuição de recompensas não econômicas, como condecorações, reconhecimentos e demais honorarias.

4.4 A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE NA PREMIAÇÃO DO *WHISTLEBLOWER*

Há uma consolidada experiência estadunidense na premiação financeira do *whistleblower*, decorrente de uma política de estímulo da participação da sociedade civil no enfrentamento de transgressões (*wrongdoings*), notadamente na esfera dos delitos econômicos.

⁷²⁸ “Descartadas las recompensas económicas, el fomento de la delación entre los empleados públicos deberá basarse en otras estrategias. Su valoración como mérito en los procesos de consolidación de plazas o de promoción interna podría ser una alternativa” Ibid., p. 59.

⁷²⁹ Cf. Artigo 6º da Lei nº 7.347/1985; artigo 2º, inciso XI, da Lei nº 8.027/90 e artigo 116, inciso XII, da Lei nº 8.112/1990.

⁷³⁰ Cf. Artigo 66, inciso I, da Lei de Contravenções Penais.

São apontadas três principais legislações nesse sentido, quais sejam: i) *False Claims Act* de 1863; ii) *Securities Exchange Act* de 1934, emendado pelo *Dodd Frank Act* de 2010; e iii) Código Tributário estadunidense de 1986.

4.4.1 *False Claims Act*

A figura do *whistleblower* remonta, segundo Brandão, ao *False Claims Act* (FCA), lei aprovada em 1863, durante a Guerra Civil estadunidense, como reação às fraudes sofridas pelo governo federal na contratação de meios para esforço de guerra.⁷³¹

A legislação dispôs sobre procedimentos para que quaisquer pessoas, em litisconsórcio ou não, possam demandar em prol dos interesses públicos, ainda que em nome próprio, em face do agente que casou prejuízo ao erário, por meio das denominadas *qui tam actions*. No Brasil, corresponde a uma figura que guarda algumas similaridades com a ação popular.

Qui tam, conforme Garrett, deriva de uma expressão latina “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*”, que se traduz por “aquele que pelo rei ou por si processa sobre a matéria”⁷³²

O FCA vigora ainda hoje, após diversas alterações. No século XX, segundo Ballan, o FCA passou por uma significativa transformação, decorrente das novas oportunidades de fraude por ocasião dos crescentes gastos federais no pós crise de 1929 (Grande Depressão), com o *New Deal*, e durante a Segunda Guerra Mundial.⁷³³

À época, segundo o autor, houve uma preocupação com ações “parasitárias” (*parasite actions*), uma vez que cidadãos ajuizavam ações após o governo acusar pessoas por fraude, com

⁷³¹ BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/89363/1/NB%20-%20Whistleblowing%20RMP%20161%202020.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 100.

⁷³² “*Qui tam* is the commonly used abbreviated form of the Latin phrase ‘*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*,’ which translates into ‘who as well for the king as for himself sues in this matter.’” GARRETT, Nathaniel. *Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act*. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai. 2013, p. 765-795. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 770.

⁷³³ “The twentieth century saw significant transformation of the FCA. Increased federal spending in the wake of the New Deal and during World War II resulted in new opportunities for fraud, and the courts saw a corresponding surge in *qui tam* litigation, accompanied by new controversy.” BALLAN, Evan J. *Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers)*. *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 480.

base nas mesmas alegações e na expectativa de receber recompensa, o que contribuiu pra que esses reportantes fossem vistos como oportunistas.⁷³⁴

Segundo Ballan, após a emenda feita ao FCA, em 1943, houve uma queda no número de ações ajuizadas. Em 1986, houve uma nova emenda no FCA (*Dodd Frank Act*), para atender a uma onda de protestos contra fraudes no governo estadunidense, sobretudo por superfaturamentos no Departamento de Defesa.⁷³⁵

Por essa razão, incluiu-se, pela primeira vez, medidas de proteção a reportantes face a retaliações e se sedimentou um direito privado de ação por retaliações, trazendo à tona a chama “era de ouro do *whistleblower*” nos Estados Unidos.⁷³⁶

Em 1986, explica Rocha, o FCA ganhou mais “musculatura”, sendo reconhecido como a maior ferramenta de detecção da fraude pública e aplicação de penalidades civis no que se refere a ilícitos contra a administração pública.⁷³⁷

Ampliou-se as consequência para atos fraudulentos e, além da multa, passou a ser previsto dano punitivo em três vezes o valor do dano original (*treble damages*), além da condenação por ressarcimento dos danos, custas e honorários.

Se o *qui tam author* passar por retaliação, o Tribunal pode, nos termos da Seção 3.730, (h), (2), determinar que o réu arque com os seus honorários advocatícios, suas custas e o dobro do montante do pagamento atrasado, juros sobre o pagamento atrasado e indenização por danos especiais sofridos como consequência da retaliação.

Após o ajuizamento da ação, há um período de 60 (sessenta dias), prorrogáveis, de sigilo, no interesse do Estado, para preservação da identidade do reportante, para que o

⁷³⁴ “Concerns arose over a growing number of so-called “parasitic” actions: after the government would indict a contractor for fraud, someone would file an FCA lawsuit alleging the exact same conduct that formed the basis of the indictment, in the hopes of receiving a bounty for frauds already known. These actions did little to promote the reputation of whistleblowers and their lawyers, who began to look less like champions of the public, and more like opportunists hoping to get rich quick.” BALLAN, Evan J. Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 480.

⁷³⁵ “Following the 1943 amendment and the end of World War II, FCA litigation decreased significantly. Congress amended the FCA again in 1986, amid a resurgence of public outcry about fraud against the government. Rumors of contracting run amok and extravagant expenditures—including one report that the Department of Defense spent \$640 on a toilet seat—generated widespread criticism of the way that the government was spending taxpayer money and prompted new calls for reform.” *Ibid.*, p. 481.

⁷³⁶ “In response, Congress expanded and bolstered the FCA, ‘usher[ing] in the golden age of the whistleblower.’ Among other changes, the FCA, for the first time, included provisions protecting whistleblowers from retaliation and created a private right of action for retaliation claims.” *Ibid.*, p. 481.

⁷³⁷ ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. *Revista de doutrina do TRF-4*. 65. ed. 2015. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/Autores/Marcio_Antonio_Rocha.html>. Acesso em 10 jun. 2020.

Departamento de Justiça (DOJ) analise a viabilidade do reporte e determine eventuais diligências complementares⁷³⁸.

Ao final desse período, o DOJ avalia se assistirá o *qui tam author* na ação ou se requererá seu arquivamento, sem prejuízo de que o reportante prossiga sozinho no processo.⁷³⁹

Uma vez que qualquer reportante, e não apenas o *whistleblower*, pode ajuizar as ações *qui tam*, não se pode sustentar que se trata de uma legislação puramente de *whistleblowing*.

A despeito disso, o FCA se revela como uma ferramenta legislativa para detectar fraude contra o governo estadunidense, acompanhada de uma promessa de recompensa a partir de uma porcentagem dos valores recuperados aos cofres públicos (*quota litis*).

No início, a legislação previa que qualquer pessoa que ajuizasse ação e, conseqüentemente, desse causa à recuperação de valores aos cofres públicos, poderia receber até metade dos valores recuperados.⁷⁴⁰

Atualmente, os *qui tam authors*, se a ação for bem sucedida, terão direito a uma espécie de participação nos lucros, conforme afirma Doyle, de até 30%, além de despesas, custas processuais e honorários advocatícios.⁷⁴¹

⁷³⁸“A copy of the complaint and written disclosure of substantially all material evidence and information the person possesses shall be served on the Government pursuant to Rule 4(d)(4) of the Federal Rules of Civil Procedure. The complaint shall be filed in camera, shall remain under seal for at least 60 days, and shall not be served on the defendant until the court so orders. The Government may elect to intervene and proceed with the action within 60 days after it receives both the complaint and the material evidence and information.” Tradução nossa: “uma cópia da acusação e a divulgação escrita de substancialmente todas as provas materiais e informações que a pessoa possui devem ser notificadas ao Governo de acordo com a Regra 4 (d) (4) das Regras Federais de Processo Civil. A acusação deve ser mantida em sigilo por, pelo menos, 60 dias e não será notificada ao Réu até que o tribunal ordene. O Governo pode optar por intervir e prosseguir com a ação no prazo de 60 dias depois de receber tanto a reclamação como a evidência material e informações. §3.730, (b), (2).” UNITED STATES OF AMERICA (USA). DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). *False Claims Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁷³⁹ Nesse sentido, §3.730, (b), (4): “Before the expiration of the 60-day period or any extensions obtained under paragraph (3), the Government shall— (A) proceed with the action, in which case the action shall be conducted by the Government; or (B) notify the court that it declines to take over the action, in which case the person bringing the action shall have the right to conduct the action. (5) When a person brings an action under this subsection, no person other than the Government may intervene or bring a related action based on the facts underlying the pending action.” UNITED STATES OF AMERICA (USA). DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). *False Claims Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁷⁴⁰ “An individual who brought suit under the statute would be entitled to onehalf of the amount recovered, plus the costs of bringing the suit, and the government would receive the other half of the award.” BALLAN, Evan J. Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 479.

⁷⁴¹ “If the False Claims Act action succeeds, relators are entitled to a share in the proceeds of up to 30%. [...] In any case, they are also entitled to attorneys’ fees, expenses, and costs, but may be denied any award if they participated in the underlying fraud.” DOYLE, Charles. *Qui tam: the false claims act and related federal statutes*. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 17.

Se o governo não atuou em litisconsórcio, essa recompensa pode variar entre 25% a 30%. Caso tenha participado, o prêmio varia de 15% a 25%, podendo se reduzir a 10% quando o pedido tiver como base informações públicas.⁷⁴²

Havendo duplicidade de ações com o mesmo objeto, a recompensa será concedida ao que primeiro ingressar com a ação e dependerá do valor da causa, que deverá abranger o ressarcimento ao erário, a penalidade civil e a sucumbência.

Além dos programas de recompensa do FCA, viabilizado na esfera judicial, há outros programas de recompensa nos Estados Unidos, que podem favorecer o *whistleblower*, tal como o programa da SEC.

4.4.2 *Securities Exchange* emendado pelo *Dodd Frank Act* de 2010

A Lei de Valores Mobiliário (*Securities Exchange Act*) de 1934 foi, em julho de 2010, emendada pela Lei de Reforma e de Defesa do Consumidor de *Dodd-Frank Wall Street (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)*⁷⁴³, no contexto da crise financeira dos Estados Unidos.

O *Dodd-Frank* adicionou ao *Securities Exchange Act* a “*Section 21F*” (“*Final Rules*”), denominada “*Whistleblower Incentives and Protection*” (Proteção e Incentivos ao *Whistleblower*), bem como criou, para receber denúncias, o *Office of the Whistleblower* (escritório de *whistleblower*).

A finalidade do *Dood-Frank Act* de 2010 é promover maior estabilidade, transparência e segurança a investidores do setor financeiro.

Ao contrário dos reportes com fundamento no FCA, Ballan explica que, no caso de violações à legislação federal de valores mobiliários, o *whistleblower* não ajuíza ações (*qui tam actions*) diretamente em face do infrator, mas sim as relata à SEC, para que essa avalie a necessidade de tomar alguma medida.⁷⁴⁴

⁷⁴² “If the government has not participated in the litigation, they are entitled to an award of from 25% to 30%. If the government has participated in the litigation, they are entitled to an award of from 15% to 25%, reduced to no more than 10% when their claim was based primarily on public information.” DOYLE, Charles. *Qui tam: the false claims act and related federal statutes*. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 17.

⁷⁴³ UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 ju. 2020.

⁷⁴⁴ “Unlike claims under the FCA, there are no *qui tam* provisions that allow the whistleblower to initiate an action in court directly against the alleged violator. Instead, the SEC investigates tips it receives and determines whether to initiate an enforcement action.” BALLAN, Evan J. Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em:

A partir do *Dodd-Frank*, conforme disposto na Seção nº 922, foi estabelecido um novo programa federal de *whistleblower*, com previsão de medidas de proteção⁷⁴⁵ e um sistema de recompensas próprio.

Anteriormente, a SEC tinha um programa de recompensa restrito a casos de *insider trading*, tendo como base de cálculo 10% dos valores recuperados aos cofres públicos após o processamento desse ilícito.

Atualmente, o programa de *whistleblower* da SEC prevê recompensas entre 10% e 30% da quantia recuperada em razão do reporte de violações às leis de valores mobiliários, incluindo-se o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁷⁴⁶, lei que trata de atos de corrupção praticada no exterior.

Na base de cálculo da recompensa são considerados os valores recebidos pela SEC, pelo DOJ (*Department of Justice*), pelas promotorias e pelas agências regulatórias.

Para ser elegível à recompensa, o *whistleblower* deve: i) ser pessoa física⁷⁴⁷; ii) reportar voluntariamente à SEC⁷⁴⁸; iii) revelar informações originais⁷⁴⁹; iv) reportar informações que

<<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020, p. 483.

⁷⁴⁵ Algumas medidas de proteção do programa de *whistleblower* da SEC, como possibilidade de cobertura de estrangeiros e previsão de advogado para o caso de reportes anônimos, foram expostos nas subseções 3.4.1.1 e 3.4.3, respectivamente.

⁷⁴⁶ “The whistleblower provision applies to any SEC judicial or administrative action, which includes FCPA actions.” GARRETT, Nathaniel. *Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act*. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai. 2013, p. 765-795. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22 fev. 2020. p. 768.

⁷⁴⁷ “The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relating to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission.” Tradução livre: “O termo *whistleblower* significa qualquer indivíduo que forneça, ou dois ou mais indivíduos que em conjunto forneçam, informações referentes a violações de leis valores mobiliários à Comissão [SEC], conforme estabelecido, por regra ou regulamento, pela Comissão.” UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 ju. 2020, p. 468.

⁷⁴⁸ Consistem em informações reportadas de forma espontânea, isto é, que não são objetos de intimações, requerimentos, investigações ou demandas da SEC ou qualquer órgão federal, incluindo de deveres legais resultantes de determinações administrativas ou judiciais. Por isso, na hipótese de um pedido de esclarecimentos ser direcionado a determinado setor da companhia, no qual o *whistleblower* trabalha, esse não tornará involuntários os reportes feitos pelo *whistleblower* na sequência, conforme Conway-Hatcher, Griggs e Klein. “The SEC has defined ‘voluntarily’ to require the whistleblower to provide information before receiving subpoena, request, inquiry, or demand from the SEC or any other federal government authority, Congress, or any state attorney general or securities regulatory authority or the Public Company Accounting Oversight Board (‘PCAOB’), and before having a legal obligation owed to one of such government authorities or PCAOB or owed as a result of a judicial administrative order. [...] Thus, requests for information directed to the office of the company where the whistleblower works may not render the whistleblower’s subsequent disclosures involuntary.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. *How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies*. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 254.

⁷⁴⁹ Como exposto no segundo capítulo, subseção 2.3.1.5, informações originais são, conforme a *Regulation n° 21-F* (§240.21F-4, b, 2 e 3): i) derivadas de análise ou conhecimento independentes; ii) desconhecidas da SEC; iii)

conduzam à aplicação bem-sucedida de sanções pela SEC na esfera judicial ou administrativa⁷⁵⁰; v) reportar transgressões que resultem em sanções superiores a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares)⁷⁵¹.

Conway-Hatcher, Griggs e Klein explicam que a recompensa é mensurada a partir dos seguintes critérios: i) relevância da informação para o sucesso da ação da SEC; ii) grau de assistência dada pelo *whistleblower* ou o seu representante legal; iii) interesses programáticos da SEC na repressão de violações às leis federais de valores mobiliários pela utilização de recompensas; iv) participação do *whistleblower* ou cooperação nos programas internos de *compliance* da entidade; v) culpabilidade do *whistleblower* na violação da lei⁷⁵²; vi) se o *whistleblower* infundadamente atrasou o reporte das transgressões.⁷⁵³

Conforme os autores, se *whistleblowers* reportarem perante canais internos de denúncia da entidade, possuirão até 120 (cento e vinte) dias para reportar à SEC e ainda terem suas informações consideradas como sendo originais. Nesse caso, o *whistleblower* tem o ônus de comprovar a data do reporte preliminar para a SEC verificar se houve a observância do prazo de 120 (cento e vinte) dias.⁷⁵⁴

não derivadas de alegação feita em audiências judiciais ou administrativas, em relatórios governamentais, auditorias, investigações, ou mídia, a menos que seja o reportante a fonte da informação. UNITED STATES OF AMERICA (USA). SEC. *Regulation n. 21-F*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020, p. 5-6.

⁷⁵⁰ São consideradas bem-sucedidas informações que resultem na instauração de novas investigações, reabertura de investigações anteriormente arquivadas, ampliação das investigações em curso e se, de qualquer outro modo, contribuir significativamente para o êxito da ação das autoridades. Para Conway-Hatcher, Griggs e Klein: “When an examination or investigation is already under way, whistleblowers may be eligible for an award where their disclosure ‘significantly contribute[s]’ to the success of the action”. CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 256.

⁷⁵¹ “The term ‘covered judicial or administrative action’ means any judicial or administrative action brought by the Commission under the securities laws that results in monetary sanctions exceeding \$1,000,000.” Tradução livre: “O termo ‘ações judiciais ou administrativas cobertas’ significa quaisquer ações judiciais ou administrativas, trazidas pela Comissão [SEC], de acordo com lei de valores mobiliários, que resulte em sanções monetárias superiores a um milhão de dólares.” UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 ju. 2020, p. 467.

⁷⁵² Ao contrário do que se sustenta nesse trabalho, a SEC considera *whistleblower* aquele indivíduo que é sujeito ativo da transgressão. Maiores considerações sobre a posição adotada nesta pesquisa estão no segundo capítulo, subseção 2.3.2.1.2.

⁷⁵³ “In determining the amount of the award, the SEC may consider (1) the significance of the information provided to the success of the SEC action or related action; (2) the degree of assistance provided by the whistleblower and the whistleblower’s representatives in SEC action or related action; (3) the SEC’s ‘programmatic interest’ in deterring violation of the federal securities laws by making whistleblower awards; (4) the whistleblower’s participation in or interference with the company’s internal compliance system; (5) the whistleblower’s culpability for the securities violations; and (6) whether the whistleblower unreasonably delayed reporting the violations.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. *op. cit.*, p. 255.

⁷⁵⁴ “If whistleblower provide information regarding violation of law to their employers through an internal compliance reporting program, they have a 120-day period thereafter during which they can alert the SEC and still be considered to have provided original information as of the date the information was initially provide. The

Inclusive, continuam elegíveis os *whistleblowers* que reportarem a canais internos de denúncia e a respectiva entidade posteriormente reportar as informações à SEC, como resultado de auditoria ou investigação interna iniciadas, pelo menos em parte, em virtude da informação fornecida pelo *whistleblower*. Nesse caso, a SEC pode atribuir toda a informação fornecida pela entidade ao *whistleblower*, a despeito de ter ou não ter sido ele quem originalmente reportou a transgressão.⁷⁵⁵

Essa é uma forma melhor elaborada para que o sistema de recompensas não concorra com os canais internos de denúncia e, ainda, para que se incentive esse tipo de reporte interno, uma vez que a participação e a cooperação do *whistleblower* com relação aos programas de *compliance* pode levar a maiores recompensas. A despeito disso, conforme Garrett, não há uma obrigação legal de reportar violações internamente antes de fazê-la à SEC.⁷⁵⁶

No segundo capítulo, subseção 2.3.1.7, foi exposto que, no programa de *whistleblower* da SEC, são inelegíveis à recompensa: i) alto escalão de organizações (*principals*); ii) pessoal de *compliance* (*compliance personnel*); iii) contadores (*accountants*) da entidade que obtiveram informações no exercício da profissão; e iv) advogados que obtiveram a informação em virtude da sua representação legal.

Entretanto, existem exceções se esses sujeitos: i) crerem que a revelação da informação possa afastar danos financeiros e patrimoniais à entidade ou seus investidores; ii) entendam que a empresa criará óbice em investigações; ou iii) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias⁷⁵⁷ se

whistleblower has the burden of proof and must establish the effective date of any prior disclosures to the SEC's satisfaction." CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinacional companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 251-269, 2013, p. 255.

⁷⁵⁵ "Whistleblowers may be eligible for an award if they report the original information through a company's internal compliance program before or at the same time it is reported to the SEC and the company then reports to the SEC the information or the results of the audit or investigation initiated at least in part in response to the original information. In such instances, the SEC may attribute to the whistleblower all of the information provided by the company to the SEC, regardless of whether it was originally reported by the whistleblower" *Ibid.*, p. 256.

⁷⁵⁶ "Whistleblowers do not have to report the violations internally to their company before reporting to the SEC." GARRETT, Nathaniel. Dodd-Frank's whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai. 2013, p. 765-795. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22 fev. 2020. p. 769.

⁷⁵⁷ Conway-Hatcher, Griggs e Klein apontam que, ainda que a SEC tenha afirmado que a regra dos 120 (cento e vinte) dias não cria nenhuma obrigação especial de revelação de transgressões, as organizações podem reportar as possíveis violações à SEC para reduzir o número de reportes a esse órgão e demonstrar a seriedade a qual levam em consideração os reportes de funcionários. No literal: "Although the SEC has said that the 120-day provision 'is not intended to, and does not, create any new or special duties of disclosure on entities to report violations or possible violations of law to the [SEC]', companies may, in fact, report to the SEC more possible violations in order to reduce the incidence of whistleblower reports to the SEC and to demonstrate the seriousness with which they consider any employee reports of concerns or complaints." CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. *op. cit.*, p. 259.

passarem desde o reporte de informações do *whistleblower* a seu supervisor, comitê de auditoria, diretor jurídico ou diretor de *compliance*; iv) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias decorrerem desde que o *whistleblower* relatou a informação, que já era conhecida das pessoas referidas.⁷⁵⁸

Outros sujeitos inelegíveis à recompensa são indivíduos condenados criminalmente por violações relacionadas à área de atuação da SEC, ou a elas relacionadas. Entretanto, Conway-Hatcher, Griggs e Klein apontam que nem o *Dodd-Frank Act* ou o *Final Rules (Regulation 21F)* desqualificam outros *whistleblowers* ainda não condenados, tanto que o *Final Rules* expressamente prevê situações em que *whistleblowers* participam da violação da lei de valores mobiliários e que esse é um fator de redução da recompensa [17 C.F.R. § 240.21f-6(b)(1)(i)].⁷⁵⁹

Garrett sustenta que também são excluídos do recebimento de recompensas: i) servidores do DOJ ou da SEC e seus familiares; ii) servidores de governos estrangeiros, incluindo de empresas estatais.⁷⁶⁰

Além das recompensas, o programa de *whistleblower* da SEC também prevê, conforme Skinner, medidas de proteção contra retaliação laboral e possibilidade de reportes confidenciais ou anônimos, nesse último caso com representação de advogados.⁷⁶¹

⁷⁵⁸ “(4) The Commission will not consider information to be derived from your independent knowledge or independent analysis in any of the following circumstances: [...] (v) Exceptions. Paragraph (b)(4)(iii) of this section shall not apply if: (A) You have a reasonable basis to believe that disclosure of the information to the Commission is necessary to prevent the relevant entity from engaging in conduct that is likely to cause substantial injury to the financial interest or property of the entity or investors; (B) You have a reasonable basis to believe that the relevant entity is engaging in conduct that will impede an investigation of the misconduct; or (C) At least 120 days have elapsed since you provided the information to the relevant entity’s audit committee, chief legal officer, chief compliance officer (or their equivalents), or your supervisor, or since you received the information, if you received it under circumstances indicating that the entity’s audit committee, chief legal officer, chief compliance officer (or their equivalents), or your supervisor was already aware of the information.” UNITED STATES OF AMERICA. SEC. *Regulation n. 21-F*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020, p. 7.

⁷⁵⁹ “Under the Final Rules, any whistleblower who is convicted of a criminal violation related to the SEC’s action or related action is ineligible for an award. Neither the Dodd-Frank Act nor the Final Rules, however, categorically disqualify any other culpable whistleblowers from collecting an award. In fact, the Final Rules expressly contemplate situation in which whistleblowers engage in culpable conduct and still receive awards.” CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. op. cit., p. 259-260.

⁷⁶⁰ “Several individuals are excluded from receiving an award, such as employees of the DOJ or SEC and their family members, and foreigner government officials, including employees of state-owned enterprises.” GARRETT, Nathaniel. Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai. 2013, p. 765-795. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22 fev. 2020. p. 768.

⁷⁶¹ “The program is based on incentives, of which there are three. One is a cash bounty. [...] The second incentive is protection from workplace retaliation. Recently, the SEC has made clear that it intends to vigorously pursue employers that retaliate. [...] The third incentive is confidentiality; a whistleblower’s identity will not be disclosed to the public, absent limited exceptions. A whistleblower can also submit information anonymously through an attorney” SKINNER, Christina Parajon. Whistleblowers and Financial innovation. *North Carolina Law Review*. v. 94. n. 3, p. 862-926, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570667>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 880-881.

4.4.3 *Internal Revenue Code*

A Receita Federal estadunidense, o *Internal Revenue Service* (IRS), possui um programa de reportantes (incluindo *whistleblowers*) próprio, para obter informações sobre ilícitos fiscais. Os reportes podem ser realizados via formulário eletrônico (denominado “*form 211*”), que deve conter a “denúncia” a ser submetida à apreciação da IRS, não sendo aceitos reportes anônimos.

Além disso, o reporte não será admitido se for realizado por funcionário público ou prestador de serviços públicos que tenha tido, de alguma forma, acesso aos dados fiscais do contribuinte denunciado.

No *Internal Revenue Code* (Código Tributário dos Estados Unidos)⁷⁶² de 1986, especificamente na Seção nº 7623 (b), intitulada “*Whistleblower Rules*” (Regras ao *Whistleblower*), há previsão no sentido de que o reporte sobre infrações contra a ordem tributária devem dizer respeito: i) a valores – incluindo tributo, multa e juros - superiores a US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares); ii) em se tratando de fraudes envolvendo pessoas físicas, há a ressalva de que o sonegador apresente renda bruta anual superior a US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares). Em qualquer dos casos, o *whistleblower* receberá uma premiação de 15% a 30% dos valores recuperados pela Receita Federal.⁷⁶³

A recompensa, nesses casos, poderá ser reduzida em até 10% em casos baseados principalmente em reportes resultantes de: i) audiências judiciais ou administrativas; ii) relatórios governamentais, audiências, auditorias ou investigações; iii) mídia; iv) se planejou ou iniciou a infração.⁷⁶⁴

⁷⁶² No Título 26 (“U.S. Code: Title 26 - Internal Revenue Code”), “Subtítulo F – Procedimento e Administração (§§ 6001 a 7884)”, “Capítulo 78 – Descoberta de Responsabilidade e Execução de Título (§§ 7601 a 7655)”, “Subcapítulo B – Poderes e Deveres Gerais (§§ 7621 a 7624)”, “Seção § 7623 – Despesas de detecção de pagamentos a menor e fraude, etc.”, “Subseção (b) Premiações para os denunciantes”. UNITED STATES OF AMERICA. *Internal Revenue Code IRC*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/compliance/whistleblower-informant-award>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 1.

⁷⁶³ “The law provides for two types of awards. If the taxes, penalties, interest and other amounts in dispute exceed \$2 million, and a few other qualifications are met, the IRS will pay 15 percent to 30 percent of the amount collected. If the case deals with an individual, his or her annual gross income must be more than \$200,000. If the whistleblower disagrees with the outcome of the claim, he or she can appeal to the Tax Court. These rules are found at Internal Revenue Code IRC Section 7623(b) - Whistleblower Rules.” Ibid.

⁷⁶⁴ “A reduced award amount of up to 10% in cases based principally on disclosure of specific allegations resulting from: i) judicial or administrative hearings; ii) from a governmental report, hearing, audit or investigation; iio) or from the news media; iv) an appropriate reduction if the whistleblower “planned and initiated” the non-compliance.” Ibid., p. 1.

O IRS também possui um programa para reportantes, na Seção 7623 (a), do Código Tributário, caso as infrações reportadas não se enquadrem nos requisitos objetivos acima mencionados.

Nesses casos, a recompensa, embora baseada nos valores recuperados em processos administrativos e judiciais, é discricionária e não é fundada em um “teto” mínimo, não podendo o reportante disputar judicialmente o valor recuperado na esfera tributária.⁷⁶⁵

4.5 “NO MONEY, NO HONEY”: O QUE SE SABE ATÉ O MOMENTO SOBRE OS RESULTADOS DA POLÍTICA PREMIAL

A política premial, notadamente as recompensas financeiras aos *whistleblowers* e demais reportantes, deve ser analisada à luz da experiência comparada, sem perder de vista as peculiaridades da realidade brasileira, sob pena de mera aplicação simbólica e publicitária.

De fato há Ordenamentos Jurídicos muito avançados em matéria de recompensa a reportantes, o que não pressupõe, necessariamente, que devem ser importadas as suas políticas de maneira irrefletida e ilimitada.

Além disso, não se pode ignorar que mais relevante que a estruturação de estratégias para fins de recompensa, é a consecução de um programa consistente de proteção⁷⁶⁶ que, mais que um estímulo, é um verdadeiro pressuposto para consolidar um programa de reportantes.

⁷⁶⁵ “The law provides for two types of awards. If the taxes, penalties, interest and other amounts in dispute exceed \$2 million, and a few other qualifications are met, the IRS will pay 15 percent to 30 percent of the amount collected. If the case deals with an individual, his or her annual gross income must be more than \$200,000. If the whistleblower disagrees with the outcome of the claim, he or she can appeal to the Tax Court.” UNITED STATES OF AMERICA. *Internal Revenue Code IRC*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/compliance/whistleblower-informant-award>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 1.

⁷⁶⁶ Em sentido oposto, Lombard sustenta que o modelo de recompensa pode ser considerado um incentivo maior ao *whistleblower* em comparação a medidas antirretaliatórias, pois seria uma forma melhor de compensar o risco sofrido pelo *whistleblower*. No entanto, a autora parece confundir a recompensa financeira com as medidas de proteção financeira ao *whistleblower*, dentre elas as indenizações, que efetivamente ressarcem o dano sofrido pelo *whistleblower*. A recompensa é um adicional e não uma reparação de danos materiais e morais. Em suas palavras: “The bounty model is regarded as being better able to encourage whistleblowing, as it ‘divert[s]’ with whistleblower’s desire that the problem be resolved through its imposition of penalties, and also because it is better at compensation the whistleblower against risk, compared to anti-retaliatory measures.” LOMBARD, Sulette. *Regulatory Policies and Practices to Optimize Corporate Whistleblowing: A Comparative Analysis*. LOMBARD, Sulette. et. al. In: *Corporate Whistleblowing Regulation: Theory, Practice, and Design*. Singapore: Springer, 2020, p. 3-36. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=8m_JDwAAQBAJ&pg=PA10&lpg=PA10&dq=Whistleblower,+as+used+in+Dodd%E2%80%9393Frank,+means+any+individual+who+provides,+or+2+or+more+individuals+acting+jointly+who+provide,+information+relating+to+a+violation+of+a+securities+laws+to+the+Commission,+in+a+manner+established,+by+rule+or+regulation,+by+the+Commission.+15+U.S.C.A.+%C2%A7+78u+6\(a\)\(6\)+\(West+2010\).&source=bl&ots=SrqY0mqLze&sig=ACfU3U0kK8s98_9USK6F5yXAOytrLaeK2Q&hl=pt-BR&sa=X&authuser=1#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=8m_JDwAAQBAJ&pg=PA10&lpg=PA10&dq=Whistleblower,+as+used+in+Dodd%E2%80%9393Frank,+means+any+individual+who+provides,+or+2+or+more+individuals+acting+jointly+who+provide,+information+relating+to+a+violation+of+a+securities+laws+to+the+Commission,+in+a+manner+established,+by+rule+or+regulation,+by+the+Commission.+15+U.S.C.A.+%C2%A7+78u+6(a)(6)+(West+2010).&source=bl&ots=SrqY0mqLze&sig=ACfU3U0kK8s98_9USK6F5yXAOytrLaeK2Q&hl=pt-BR&sa=X&authuser=1#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 22. mar. 2020. Endereçando as mesmas críticas feitas acima, Stephan, em aderência a Lombard, sustenta que as medidas antirretaliação não são suficientes e

Em qualquer política de reportes de transgressões deve haver uma priorização da salvaguarda do *whistleblower* face a represálias, bem como a sua indenização pelos prejuízos suportados, independentemente de recompensas.

Feitas essas considerações preliminares, na análise da *International Bar Association*, jurisdições que possuem uma estrutura de recompensa ou experiência de incentivo experimentaram um aumento na quantidade e qualidade de revelações.⁷⁶⁷

A política de *whistleblowing* do Reino Unido, que não prevê recompensas, experimentou uma queda no número de reportes entre os anos de 2016-2017 (1340 para 900), enquanto no mesmo período os Estados Unidos tiveram um crescimento de 16%. A IBA considerou, ainda, que valores recuperados no âmbito das políticas estadunidense e nigeriana sugerem que pode existir uma vantagem nesse tipo de sistema de recompensa para ambos os países.⁷⁶⁸

Nessa mesma linha, para García-Moreno, a experiência demonstra que os melhores sistemas de reportes são aqueles que preveem uma contraprestação a partir de uma porcentagem dos valores recuperados, tal como ocorreu com o *False Claims Act* estadunidense.⁷⁶⁹

Em um estudo específico sobre a viabilidade de recompensa na esfera da defesa da concorrência, notadamente para fins de detecção de cartéis, Stephan sustenta que a oferta de

falham na criação de incentivos para o reporte. Na visão do autor, os custos que envolvem o *whistleblowing* são altos e devem ser compensados com a recompensa, que abrangeria riscos de demissão, falta de realocação no mercado de trabalho e repercussões a familiares e a vida pessoal e social do reportante, fazendo com que a recompensa tenha de ser particularmente alta para compensar esses riscos: “Measures designed to protect whistleblowers from the retaliatory actions of their employers do not go far enough and fail to create a sufficient incentive for individuals to come forward in the first place. The act of whistleblowing is associated with a number of very significant costs that must be compensated for by the informant reward. These include the risk of dismissal and lack of re-employment, not to mention the very serious repercussions for family, personal and social life. In order for the informant reward to counter these costs and risks, it must amount to a lottery win for the informant” STEPHAN, Andreas. *Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool? CCP Working*. 15 jan. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2405933>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 22-23.

⁷⁶⁷ “From what we have been able to determine, jurisdictions that have a framework for reward/incentive experience a rise in the quality and quantity of disclosures.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abcdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04. abr. 2020, p. 33.

⁷⁶⁸ “For example, in the 2016–2017 fiscal year, the whistleblower cases probed by the UK Financial Conduct Authority fell from 1,340 to 900, while over the same period, the number of cases investigated by the US SEC rose by 16 per cent. The amount of revenue returned to government accounts in a short period of time in the US and Nigeria suggests that there may be some value in an incentive system for both the government and whistleblowers.” *Ibid.*, p. 33.

⁷⁶⁹ “De hecho, la experiencia demuestra que los sistemas de denuncia que tradicionalmente mejores resultados han obtenido son aquellos que ofrecían a cambio de la información un porcentaje de los fondos recuperados gracias a la denuncia. La *False Claims Act* estadounidense es el mejor ejemplo dello.” GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al.* (Coord.) *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014, p.58.

recompensas é mais legítima que os próprios acordos de leniência, porque foca mais no benefício de indivíduos do que de empresas e pode não se destinar a autores da infração. Para o autor, a experiência coreana com o oferecimento de recompensa demonstra considerável atratividade, mesmo em quantias mais baixas.⁷⁷⁰

Essa tese não é, porém, pacífica. Ragués I Vallès cita que, em 2010, foi publicada uma pesquisa empírica na *Texas Law Review*, por Feldman e Lobel, sobre a efetiva contribuição de cada um dos incentivos para reportes de transgressões.⁷⁷¹

Os resultados foram que as 2.081 (duas mil e oitenta e uma) pessoas entrevistadas apontaram que o fator chave para o relato de transgressões seria, em ordem de relevância: i) a previsão de dever legal de denúncia; ii) a existência de sanção pecuniária; iii) o oferecimento de proteção; iv) recompensas elevadas (mais de US\$ 1 milhão); e v) recompensas baixas.⁷⁷²

Em outras palavras, a promessa de recompensa financeira mostrou-se como fator de menor relevância se comparada a outras circunstâncias, como a imposição de um dever legal de reportar e uma efetiva proteção. Caso considerada, porém, possui predominância as que forem elevadas.

Em 2014, após a análise dos programas de incentivo financeiro nos Estados Unidos, o *Bank of England Prudential Regulatory Authority (PRA)* e o *UK Financial Conduct Authority (UK-FCA)* confeccionaram um relatório que concluiu que não há evidências empíricas de que os incentivos financeiros a *whistleblowers* aumentem o número de denúncias e, tampouco, que melhorem a transparência e a integridade nos mercados financeiros.⁷⁷³

⁷⁷⁰ “Informants will potentially uncover cartels not revealed through leniency or ordinary investigations. The use of informant rewards is arguably more legitimate than the use of leniency, because they benefit individuals and not whole undertakings, and may go to those not directly involved in an infringement. [...] The levels of informant reward offered by the United Kingdom, Hungary and Pakistan appear particularly inadequate as an incentive to whistleblow, although Korea has shown that it is still possible to attract some informants with significantly lower sums.” STEPHAN, Andreas. *Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool?* CCP Working. 15 jan. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2405933>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 22-23.

⁷⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 73.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 73.

⁷⁷³ “We consider that providing financial incentives to whistleblowers will not encourage whistleblowing or significantly increase integrity and transparency in financial markets. There is no empirical evidence to suggest that the US system raises either the number or the quality of whistleblowing disclosures within financial services. Nor do the incentives in the US model appear to improve the protection available to whistleblowers. What whistleblowers tell us they would like is better protection for all whistleblowers rather than large payments to a tiny minority.” Tradução livre: “Consideramos que fornecer incentivos financeiros para *whistleblowers* não os encorajará a reportar ou aumentará, de forma significativa, a integridade e a transparência em mercados financeiros. Não há evidências empíricas que sugiram que o sistema dos EUA eleva o número ou a qualidade de divulgação de condutas irregulares no âmbito do setor financeiros. Tampouco os incentivos do modelo dos EUA parecem melhorar a proteção disponível para reportantes. O que eles nos dizem que gostariam é uma proteção mais eficaz, em vez de grandes pagamentos para uma pequena minoria.” BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. *Financial Incentives for*

Dentre as conclusões apresentadas no relatório, destacam-se as seguintes constatações⁷⁷⁴:

- 1- A introdução de incentivos financeiros foi acompanhada por uma complexa e, portanto custosa, estrutura de governo;
- 2- Em razão das premiações se destinarem apenas a reportes que conduzem à condenação dos envolvidos e à recuperação de quantias aos cofres públicos, o que representa 1% dos casos, uma vasta maioria de *whistleblowers* nada recebe;
- 3- O incentivo financeiro em nada contribui para a efetiva proteção dos *whistleblowers*.

No relatório do programa de *whistleblower* da Receita Federal estadunidense (*Internal Revenue Service*), de 2019, constou um aumento no número de reportes, dentro dos parâmetros do § 7623 (b), entre os anos de 2017 a 2019 e, paralelamente, uma diminuição no número de recompensas efetivamente ofertadas:

Quadro 5: Recompensas ofertadas pelo IRS entre 2017 a 2019

Quantias recuperadas e recompensas do § 7623 do IRC dos Anos Fiscais de 2017 a 2019

	FY 2017	FY 2018	FY 2019
Total de reportes relacionados a recompensas	367	423	510
Quantidade total de recompensas	242	217	181
Total de recompensas ref. ao IRC 7623(b)	27	31	24
Quantia total de recompensas	\$33,979,873	\$312,207,590	\$120,305,278
Recursos arrecadados	\$190,583,750	\$1,441,255,859	\$616,773,127
% de recompensa em relação à arrecadação	17.8%	21.7%	19.5%

Nota: Dados reportados em 30 de setembro de 2019.

Whistleblowers. Disponível em: < <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf?la=en&hash=04316B710E99A192FD08E9D8AF2635473EF071>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 7.

⁷⁷⁴ “Introducing incentives has been accompanied by a complex, and therefore costly, governance structure. [...] Awards can be made only when information from a whistleblower leads directly to a successful regulatory or criminal case and appropriate funds are recovered. This means that very few whistleblowers are eligible to be considered for awards (no more than a handful since Dodd-Frank came into force in July 2010). Most disclosures made to the FCA and PRA lead to supervisory rather than enforcement outcomes, and less than 1% of whistleblowing cases lead to financial penalties being imposed. [...] These schemes reward a few individuals very significantly, but provide little or no protection to whistleblowers whose information does not lead to an enforcement outcome.” BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. *Financial Incentives for Whistleblowers*. Disponível em: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf?la=en&hash=04316B710E99A192FD08E9D8AF2635473EF071>>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 2-4.

Fonte: Relatório anual do IRS (traduzido).⁷⁷⁵

Não se verifica uma relação diretamente proporcional entre o número de relatos e o número de recompensas e, tampouco, em relação ao valor total das recompensas.

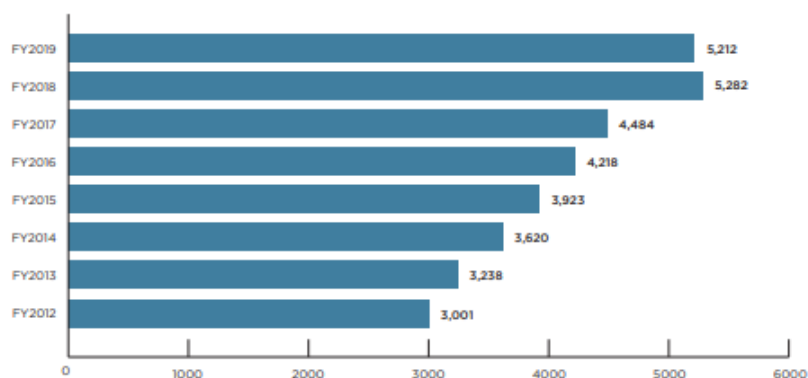
Em 2018, por exemplo, houve um aumento no número de reportes, uma diminuição na quantidade de recompensas e um aumento no valor total de recompensas ofertadas, em relação a 2017.

Por sua vez, em 2019, houve um aumento no número de reportes, uma diminuição na quantidade de recompensas e, igualmente, uma diminuição no valor total das recompensas ofertadas, em relação a 2018.

No relatório do programa de *whistleblower* da SEC, de 2019, também é possível constatar que, entre 2018 e 2019, em que pese o sistema de recompensas, houve uma tímida queda no número de reportes, embora se observe uma tendência ascendente do número de reportes anualmente, desde 2012:

Gráfico 3: Reportes à SEC entre 2012 a 2019

Number of Whistleblower Tips



Fonte: Relatório anual do programas de *whistleblowers* da SEC.⁷⁷⁶

Um recente experimento realizado pelo Grupo Público de Direito da Fundação Getúlio Vargas, por meio de uma *survey online* anônima, com agentes públicos, funcionários de

⁷⁷⁵ UNITED STATES OF AMERICA. INTERNAL REVENUE SERVICE. *Whistleblower Program*. Fiscal year 2019. Annual report to Congress. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5241.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 8 - tradução própria.

⁷⁷⁶ UNITED STATES OF AMERICA. SECURITIES EXCHANGE COMMISSION. *2019 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/whistleblower/reports-and-publications/annual-reports/2019-whistleblower-annual-report>>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 26.

empresas, estudantes, profissionais que se relacionam com o Poder Público, “elites políticas e sociais”, 76% (setenta e seis por cento) dos respondentes se mostraram contrários ao recebimento de recompensa pelo reporte.⁷⁷⁷

Dentre os 24% (vinte e quatro por cento) favoráveis, 45% (quarenta e cinco por cento) consideraram que a base de cálculo deve ser o valor recuperado aos cofres públicos, enquanto 42% (quarenta e dois por cento) consideraram que a relevância do relato para o resultado deve ser a base de cálculo mais adequada. Ainda, dos respondentes favoráveis, 41% (quarenta e um por cento) consideraram que o valor deve ser 5% (cinco por cento) sobre a base de cálculo.⁷⁷⁸

Em outro formato de perguntas, foi apresentada uma situação hipotética de dois funcionários que relatam um esquema de desvio de recursos públicos superior a R\$ 50 (cinquenta) milhões e operante há mais de 8 (oito) anos. Enquanto o funcionário A não recebeu recompensa, o B foi premiado com 10% da quantia recuperada. Para 60% (sessenta por cento) dos respondentes, tanto A quanto B agiram de forma ética, enquanto para 40% (quarenta por cento) considerou que apenas o funcionário A foi ético.⁷⁷⁹

Como conclusão, o grupo de pesquisa considerou que a recompensa reforça um viés negativo ao *whistleblower*. Entretanto, constatou-se que, para 71% (setenta e um por cento) dos respondentes, o funcionário B teria mais propensão para relatar, indicando a recompensa como um incentivo de fato. Dos respondentes contrários à recompensa, 64% (sessenta e quatro por cento) indicaram que o funcionário B teria maior propensão de reportar. No grupo dos favoráveis, 91% (noventa e um por cento) indicaram essa maior propensão:

Quadro 6: Relação da recompensa e a propensão de reportar⁷⁸⁰

Funcionário com maior propensão a relatar		
Maior propensão a relatar	Respondentes contrários a prêmios para reportantes	Respondentes favoráveis a prêmios para reportantes
<i>Funcionário A (sem prêmio)</i>	12%	5%
<i>Funcionário B (com prêmio)</i>	64%	91%
<i>Funcionário A e funcionário B</i>	21%	1%
<i>Nenhum dos funcionários</i>	3%	3%

Fonte: GRUPO PÚBLICO, FGV Direito SP

Nota: 241 respondentes assinalaram que reportantes não devem receber prêmios pelo relato, enquanto 78 deles são favoráveis aos reportantes receberem prêmios.

⁷⁷⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. GRUPO PÚBLICO DE DIREITO. *Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?* SUNDFELD, Carlos Ari. PALMA, Juliana Bonacorsi. (Coords.). São Paulo, 2020, p. 231.

⁷⁷⁸ Ibid., p. 231.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 232.

⁷⁸⁰ Ibid., p. 233.

Portanto, embora os estudos empíricos sobre os resultados da política premial sejam ainda muito incipientes, a recompensa financeira, em boa parte das vezes, é apontada como um incentivo ao reporte, ainda que não o principal.

Existem várias questões, inclusive de entorno cultural, que devem ser consideradas em cada Ordenamento Jurídico que adota o sistema premial. Isso, porque existem estudos que evidenciaram ser possível que a recompensa financeira reforce um viés negativo do *whistleblower* (“*whistleblowers* profissionais”), sobretudo considerando o estigma do denunciante típico de tradições totalitárias, o que pode igualmente impactar a decisão de reportar.

Em consideração aos impactos negativos que podem emanar desse sistema, deve-se limitar a sua abrangência a hipóteses de transgressões programaticamente tidas como mais sérias e graves em dado Ordenamento Jurídico, dentro de parâmetros previamente estabelecidos (v.g. supraindividualidade do bem jurídico, impacto do dano aos cofres públicos etc) e que se adéquem à política persecutória adotada, sob pena de banalização desse sistema.

Em todo caso, a orientação dessa política de incentivo a transgressões mais sofisticadas, como os delitos econômicos, que, conseqüentemente, demandam maiores esforços investigativos, preventivos e repressivos configura-se como critério objetivo que pode vir a justificar a sua aplicação.

Adicionalmente, conceder ao reportante a alternativa de optar ou não pela recompensa, parece ser um caminho mais moderado para se mitigar eventual cultura de estigmatização, considerando a ausência de estudos mais definitivos sobre os impactos desse sistema de recompensas.

Ainda, inspirando-se no programa de *whistleblowers* da SEC, entende-se que a recompensa também deve abranger aqueles que reportarem a transgressão internamente e a entidade encaminhar o reporte às autoridades (v.g. como resultado de auditoria ou investigação interna), de modo a não se desestimular o *whistleblowing* interno.

CONCLUSÃO

A conclusão geral da presente pesquisa é a de que a regulamentação e a formatação de um programa de reportantes no Brasil ainda enfrenta desafios relacionados aos seus próprios pressupostos e à adoção de mecanismos de incentivo.

No que se refere aos primeiros, não existe uma delimitação da definição do instituto do *whistleblowing* e, no mais, as medidas de proteção dispostas em lei ainda se mostram tímidas, em vista das recomendações internacionais.

Quanto à última, o sistema de recompensas financeiras demanda uma análise mais aprofundada sob a perspectiva de vantagens e desvantagens, tendo em conta as considerações apresentadas pela doutrina e as conclusões de pesquisas empíricas em nível nacional e internacional.

De modo específico, conclui-se que a otimização do enfrentamento da delinquência econômica, mediante a adoção de um programa de reportantes, requer: i) a compreensão de quem é o *whistleblower* e em que medida ele se diferencia das demais espécies de reportantes, de modo a localizá-lo no espaço normativo e se estabelecer direitos e deveres que observem as suas particularidades; ii) um detido exame dos problemas inerentes à proteção integral de reportantes, com vistas à elaboração de um estatuto mínimo de tutela, que considere o especial contexto em que se inserem; e iii) um exame crítico da política premial, em especial da recompensa financeira, considerando: a) o viés que reforça em relação ao reportante na sociedade; b) a necessidade de delimitação; c) eventual incompatibilização com o *whistleblowing* interno.

1. Identificou-se, no primeiro capítulo, que falência do modelo regulatório tradicional, constatada sequencialmente às crises econômicas e megaescândalos de corrupção, reforçou a inabilidade estatal no cenário globalizado em obter uma simetria de informações, sobretudo no âmbito corporativo, o que acarretou impactos diretos na agenda político-sancionatória de diversos Ordenamentos Jurídicos.

Esses novos desafios decorrentes da interação entre mercado e Estado, que transcendem a esfera individual e deflagraram inéditos contornos de arquitetura infracional, típica dos delitos econômicos no contexto da sociedade de risco, trouxeram à tona a necessidade de se aprimorar a persecução de infrações.

Para recuperar a confiabilidade nos mercados e nas instituições, uma série de mecanismos foram adotados para reforçar a integridade e a credibilidade da atuação de agentes econômicos e órgãos públicos. Foi constatado que o modelo clássico de apuração de delitos foi

reformulado para inaugurar uma era de estímulo à participação privada, por meio de: i) programas de *compliance*; ii) consensualização administrativa do processo sancionador; iii) expansão da consensualização na esfera criminal.

1.1 É nesse contexto que se apresentou uma nova forma de regulação, a “autorregulação regulada/forçada”, representada pelos programas de *compliance*, como instrumento de reforço das normas administrativas que orientam atividades econômicas, destinado a promover a transparência nas organizações e a favorecer a apuração e a sanção de ilícitos de difícil persecução.

Ao mesmo tempo, foram levantadas contundentes críticas a esse modelo, notadamente: i) o patrocínio de um mecanismo dissuasório de vigilância permanente, típico de tradições totalitárias; ii) a privatização do processo de investigação, que pode comprometer a sua neutralidade; iii) a instituição de um reforço à regulação pública, impondo maior restrição à liberdade de ação empresarial, sem prever limites à responsabilização corporativa; iv) o reforço à responsabilidade objetiva, que parte de uma presunção de gestão corporativa irregular; v) o superdimensionamento de um ativismo regulatório que reclama por um alargamento da responsabilidade corporativa.

1.2 Na sequência, foi exposto o fenômeno da consensualização como ferramenta para adequar as tarefas administrativas a padrões de eficiência e legitimidade e, em tese, diminuir a verticalização da relação entre Estado e sociedade. Na prática, porém, foram identificadas incongruências na sua aplicação.

1.2.1 Na esfera da defesa da concorrência, foi apresentada a consensualização administrativa do processo sancionador como sendo materializada nos acordos de leniência antitruste e no termo de compromisso de cessação de prática (TCC).

Tradicionalmente, o acordo de leniência demanda a colaboração do signatário e a sua confissão e, em contrapartida, prevê a imunidade de sanções na esfera administrativa e criminal. No termo de compromisso de cessação, em regra, não há necessidade de cooperação nas investigações ou processo administrativo e, tampouco, de confissão. Na hipótese de TCCs envolvendo cartéis, porém, comprovou-se uma aproximação entre os acordos, uma vez que é exigido do signatário a confissão e a colaboração, sem qualquer contrapartida nas esferas cível e criminal, o que desestimula a celebração do acordo.

Foi demonstrado que o TCC-cartel traz as obrigações dos acordos de leniência, sem a previsão dos seus benefícios, criando uma onerosidade desproporcional que falseia consensos e demonstra um caráter eminentemente sancionatório, retirando a horizontalidade das negociações, em tese, típicas do cenário de consensualização.

1.2.2 Na esfera criminal, expôs-se que a consensualização impõe um encerramento antecipado da persecução, como contrapartida a uma colaboração, tal como ocorre na transação penal, na suspensão condicional do processo, na colaboração premiada e no acordo de não persecução penal.

Em que pese se pautar nos sedutores discursos eficientistas, sustentou-se que essa consensualização escora-se em uma instrumentalização do processo penal por meio da concordância com uma inquisitorialidade que: i) delega ao investigado/acusado o *status* de objeto de prova e não sujeito de direitos; ii) promove a inversão probatória; iii) sumariza garantias fundamentais, limitando o contraditório, a ampla defesa e a presunção da inocência; iv) distorce os papéis dos atores do sistema de Justiça Criminal; v) funda-se na ameaça penal e na desigualdade de condições entre as partes.

2. Tomando por base esse contexto de privatização das persecuções estatais e expansão de espaços de consensualização, explicou-se, no segundo capítulo, que *whistleblowing* aparece igualmente como complemento ao enfrentamento da delinquência econômica, que conta com a participação da sociedade civil.

Muito embora haja controvérsia sobre o local e o período de surgimento do instituto, expôs-se que após grandes episódios de corrupção, notadamente nos Estados Unidos, houve um avanço legislativo em matéria de *whistleblowing* no setor público, com o *Civil Service Act* (1978) e, de modo mais abrangente, com o *False Claims Act*, alterado pelo *Dodd-Frank Act* de 1986. No início do século XX, uma maior preocupação em relação ao setor privado capturou a pauta do *whistleblowing*, com o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 e, no período pós-crise do *subprime*, em 2010, com o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que teve como foco o mercado financeiro.

Mais adiante, com a celebração da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, de 1996, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003, mostrou-se que o *whistleblowing* começou a ser discutido com mais recorrência no Brasil, não obstante já existissem legislações com previsões sobre reportantes, como a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e a Lei de Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92).

2.1 Foi demonstrado que a definição de *whistleblowing* não é pacífica na doutrina, o que dificulta a sua localização no espaço normativo e, conseqüentemente, a formulação de um estatuto de direitos, sobretudo no campo das medidas de proteção, e deveres próprios.

A partir da pesquisa teórica, foram estabelecidos elementos mínimos que devem estar presentes na definição de *whistleblowing*, quais sejam: i) revelação; ii) sujeito; iii) conteúdo da revelação; iv) alvo da revelação; e v) destinatário da revelação.

2.1.1 Sustentou-se que ação praticada pelo *whistleblower* deverá ser: i) uma revelação de transgressão; ii) obtida por meio lícito, sob pena de nulidade; iii) consciente e intencional; iv) de boa-fé; v) a partir de uma crença razoável de ocorrência da transgressão; vi) independentemente de motivação interna; vii) que não viole o sigilo profissional (v.g. advogados e contadores sobre informações obtidas no exercício da profissão), observadas as ressalvas legais; viii) tida por original, isto é, derivada da análise ou conhecimento independentes, que o reportante suponha não ser de conhecimento das autoridades; ix) que abranja as pessoas que possuam o dever funcional de reportar.

A respeito da voluntariedade do reporte, em sua acepção de espontaneidade, sustentou-se que, uma vez que na prática do *whistleblowing* estão abrangidas pessoas com o dever de reportar, como os servidores públicos, é dispensável a sua utilização na definição de *whistleblowing*. Por outro lado, a utilização do conceito de intenção é mais adequada para externar, com menos ambiguidade, todo ato que não pode ocorrer acidentalmente ou mesmo por qualquer forma de coação.

Especificamente quanto à boa-fé, demonstrou-se que há controvérsias sobre a sua aplicação à definição de *whistleblowing*. Isso, porque há quem entenda que a boa-fé impõe um ônus demasiadamente genérico, focando nas motivações, e que exige um grau de certeza da transgressão. Defende-se que, ao menos no Brasil, boa-fé não é sinônimo de grau de certeza e, tampouco, confunde-se com as motivações do reporte (“altruístas”, “egoístas” ou “neutros”). Afirmou-se que, caso adotada na definição de *whistleblowing*, a boa-fé deverá ser explicada mediante uma “exposição de motivos” ou acréscimos na legislação, para se evitar concepções genéricas. Foi sustentado que a boa-fé é o oposto do “*malicious whistleblowing*”, que guarda relação com a apresentação, consciente, de informações ou provas falsas. A utilização do critério da “crença razoável” (*reasonably believes*), que igualmente se entende que deve integrar o conceito de *whistleblowing*, leva em consideração a crença de um “cidadão médio”, na posição do *whistleblower*, sobre a ocorrência da transgressão. Portanto, tende mais a coibir a exigência de um grau de certeza (substituindo-o por um grau de razoabilidade). Ainda, sustentou-se que ao *whistleblower* não deverá ser atribuído o ônus de provar a sua boa-fé ou a razoabilidade de sua crença.

2.1.1.1 Como inelegíveis ao papel de *whistleblower*, com base na experiência comparada do programa de *whistleblowing* da SEC, foram apontados o: i) alto escalão de

organizações, dada a maior influência na entidade, em termos decisórios e econômicos e, conseqüentemente, maiores chances de ser implicado na transgressão; ii) pessoal de *compliance* ou que exerça a função de investigação, auditoria e reporte de transgressões, que obteve a informação em decorrência de trabalhos internos; iii) contadores que obtiveram a informação em virtude do exercício da profissão; e iv) advogados que obtiveram a informação em virtude da sua representação legal. Adicionalmente, entendeu-se como igualmente inelegíveis os policiais, corregedores, auditores fiscais, promotores de justiça/procuradores da república, ouvidores, dentre outros agentes públicos com a obrigação legal de tomar medida investigativa ou repressiva.

Como exceção à exclusão do alto escalão, entende-se que deverá ser feita uma análise casuística (v.g. supervisor de um setor distinto obtenha informações da transgressão por maneira independente).

Adicionalmente, defendeu-se que, caso se façam ressalvas à inelegibilidade do pessoal de *compliance*, tal como ocorre na legislação estadunidense, deverão ser consideradas: i) a existência de crença razoável de que a empresa criará óbice às investigações; e ii) a omissão da entidade em relação às descobertas oriundas da investigação interna. Em ambos os casos, seriam necessários estudos mais aprofundados, inclusive em termos de responsabilidade empresarial e princípio da não autoincriminação.

2.1.2 No que se refere ao elemento “sujeito”, foi estabelecida a premissa de que o *whistleblower* é um ator juridicamente desinteressado que pratica o *whistleblowing* e, portanto, não se confunde com: i) informante policial; ii) informante do juízo; iii) colaborador sujeito ativo da transgressão (*cooperating offender* - relacionado aos termos de compromisso e acordos colaborativos, nas esferas criminais, anticorrupção, antitruste, da CVM, do BACEN, dentro outros); iv) vítima (sujeito passivo) da transgressão (em sua acepção individual quando se referir a bens jurídicos supraindividuais); v) testemunha; v) pessoa jurídica (por ser alvo da revelação, pode ostentar papel de acusada ou vítima).

Adicionalmente, sustentou-se que *whistleblower* é: i) pessoa física; ii) que não tem a autoridade de impedir as irregularidades ou sobre quem as comete (por isso que quanto maior a posição hierárquica ocupada por alguém, menores são as chances de ser um *whistleblower*); iii) que tem ou teve acesso privilegiado a dados ou informações sensíveis de uma entidade pública ou privada (v.g. todo trabalhador, incluindo empregados, consultores, *trainees*, estagiários, voluntários, trabalhadores temporários, terceirizados, ex-empregados; fornecedores; clientes; depositários; investidores e outros parceiros e colaboradores; familiares/indivíduos próximos a essas pessoas).

2.1.3 Quanto ao conteúdo da revelação, entendeu-se que são as transgressões (*wrongdoings*), as quais abrangem práticas ilícitas (criminais ou não), irregulares e antiéticas, comissivas ou omissivas. Especificamente, sustentou-se que essas transgressões: i) não sejam triviais, isto é, sejam mais sérias e graves (de um ponto de vista de política de persecução), de difícil investigação e que prejudiquem terceiros; ii) estejam sobre o controle da entidade; iii) sejam existentes ou iminentes (respectivamente manifestam as funções repressivas e preventivas do *whistleblowing*).

2.1.4 O elemento “alvo da revelação” é a própria entidade e deve ser analisada em três aspectos: i) a entidade deve ter uma relação de confiança com o *whistleblower*, o que justifica o acesso privilegiado a dados e informações; ii) a entidade deve ser o cenário do objeto da revelação, o local ou a fonte da transgressão; iii) a entidade é o alvo da revelação e pode ser por ela acusada.

2.1.5 No que diz respeito ao destinatário da revelação, foi exposto que podem ser os programas de *compliance* da entidade (pública, privada ou do terceiro setor) ou o pessoal responsável por lidar com os reportes, o que caracteriza o *whistleblowing* interno. Ainda, podem ser as autoridades ou terceiros (v.g. meio de comunicação), desde que sejam capazes de promover uma apuração em relação ao reporte ou o endereçar às pessoas que possam fazê-lo, o que configura o *whistleblowing* externo.

2.1.6 Sobre o resultado, entendeu-se não ser elemento essencial da definição de *whistleblowing*. A doutrina aponta que o resultado seria o reporte adentrar na esfera pública, porém nem todo *whistleblowing* interno culmina em ilícitos e, conseqüentemente, é endereçado às autoridades públicas. Adicionalmente, há quem sustente que a recompensa, enquanto resultado do reporte, é inerente à definição. Entretanto, concluiu-se que a recompensa é uma política de incentivo e, em alguns ordenamentos jurídicos, é facultativa ou possui restrições para aplicação, o que não lhe confere o *status* de essencialidade necessário para compor a definição.

2.2 A partir da análise e problematização sobre os elementos mínimos que devem compor a definição de *whistleblowing*, foi realizada uma atualização da definição existente na doutrina, tendo sido formulada a seguinte: consiste em uma revelação de boa-fé e tida por original, consciente e intencional, a partir de crenças razoáveis, realizada por pessoa física juridicamente desinteressada, que tem ou teve acesso privilegiado a dados ou informações sensíveis de uma entidade pública ou privada, sobre a ocorrência de transgressões não triviais, existentes ou iminentes, de pessoa a ela relacionada, para indivíduos ou entidades aptos a promoverem uma apuração ou a darem o devido encaminhamento para tanto.

2.3 Considerando que a Lei nº 13.608/2018 refere-se ao “informante” e que esse é, na realidade, um gênero do qual o *whistleblower* é espécie, dadas as suas particulares características, há outros dois atores que são confundidos com *whistleblowers*: i) os *bell-ringers*; e ii) os *leakers*. Foi exposto que os *bell-ringers* possuem quatro elementos essenciais: i) revelação intencional por indivíduos que não sejam jornalistas ou editores, já que esses têm por função a disseminação de notícias e informações e, portanto, mais se assemelham a um receptor/canal de denúncias; ii) transgressões sob o controle de organizações; iii) ausência de vínculo atual ou anterior com as organizações alvo; iv) reporte para indivíduos que possam fazer cessar as transgressões ou disseminá-las amplamente. Por sua vez, entendeu-se os *leakers* como sendo pessoas que revelam informações tidas como confidenciais ou secretas (v.g. envolvendo segurança nacional).

Uma vez que a Lei nº 13.608/2018 se refere a “qualquer pessoa” que relate informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A), entendeu-se que estão abrangidos vários outros atores para além dos *whistleblowers*, tais como os *bell-ringers*, *leakers* e demais reportantes, que igualmente deverão ser objeto de proteção.

3 No terceiro capítulo da pesquisa, foi levantado que a proteção de *whistleblowers*, na esfera internacional, está prevista em: i) legislações domésticas gerais (Constituições, Códigos e/ou Leis); ii) legislações domésticas setoriais; iii) legislações voltadas a servidores públicos; iv) legislações voltadas a trabalhadores do setor privado.

A legislação estadunidense, adotada como parâmetro pela ampla experiência com o *whistleblowing*, teve como marco legislativo de proteção o *Civil Service Reform Act* (CSRA), de 1978, destinada aos servidores públicos federais que reportassem condutas irregulares no âmbito de suas atribuições. Em 1989, foi promulgado o *Whistleblower Protection Act* (WPA), criando ferramentas mais sofisticadas de proteção. Já em 2012, ocorreu nova reforma na legislação federal de proteção do *whistleblower*, que resultou no *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), cujo objetivo era dar maior eficácia ao programa de tutela. Nos anos seguintes, outras legislações setoriais foram promulgadas, abrangendo as esferas pública e privada em setores como saúde, meio-ambiente, segurança, alimentação etc.

3.1 Foram também mapeados os diplomas normativos de proteção de reportantes (incluindo os *whistleblowers*) no Brasil, dentre os quais, em ordem cronológica: i) Lei nº 8.112/90; ii) Lei nº 8.443/1992; iii) Lei nº 9.807/1999; iv) Decreto nº 6.029/2007; v) Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014; vi) Lei nº 13.303/2016; vii) Lei nº 13.460/2017;

viii) Decreto nº 9.492/2018; ix) Lei nº 13.608/2018; x) Portaria nº 292/2019 do CADE; xi) Decreto nº 10.153/2019; e xii) Lei nº 13.964/2019.

3.2 Foi analisada a tutela de reportantes da Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019, por consistir no diploma mais completo de proteção a reportantes no Brasil, com enfoque no: i) sigilo de dados, abrangendo o exame da Lei de Acesso à Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados; ii) medidas da Lei de Proteção às Testemunhas; iii) previsão de falta disciplinar grave e demissão pela retaliação; iv) isenção de responsabilização civil e criminal do reportante; v) ressarcimento em dobro por danos materiais, sem prejuízo dos danos morais.

3.2.1 A respeito do sigilo de dados, que abrange a preservação da identidade, concluiu-se que representa um dos principais pilares de proteção do informante e que deve ser aplicado imediatamente após o reporte, a despeito do juízo de sua admissibilidade.

Estabeleceu-se que a preservação da identidade do “informante”, prevista na Lei nº 13.608/2018, deverá ser interpretada em conjunto com o artigo 10, §7º, da Lei nº 13.460/2017, que prevê a proteção com a restrição de acesso, conforme a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), por consistir em informação pessoal. Além disso, foram examinadas as disposições da Lei de Acesso à Informação sobre o acesso, divulgação e tratamento da informação sigilosa.

Foi sustentado que a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) é aplicável no contexto do *whistleblowing* interno, por não haver qualquer ressalva legal que a afaste, nas seguintes hipóteses: i) atividades de apuração preliminar das informações reportadas internamente; ii) investigação interna de infrações que não configuram infrações penais; iii) apuração preliminar ou investigação interna de informações que configurem infrações penais, uma vez que a entidade não tem a atribuição de realizar a investigação e a repressão da infração penal, em virtude do *jus puniendi* estatal. Caso contrário, os dados ficariam desprotegidos durante apurações e investigação internas, aguardando a investigação e repressão pelas autoridades para serem protegidos. Por outro lado, a partir do momento em que passam ser apuradas as informações pelos órgãos públicos competentes, segue-se a regra do *whistleblowing* externo, para o qual haverá regência por lei específica, observado o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD.

Sobre a identidade do reportante, afirmou-se que as autoridades não a podem revelar, espontaneamente ou mesmo após requisição, a menos que reconhecido o “interesse público” ou “interesse concreto para apuração dos fatos”. Reforçou-se que os reportes feitos diretamente à mídia, outra modalidade de *whistleblowing* externo, nos termos do artigo 71 da Lei nº 5.250/67,

não precisam ser relevados, graças ao direito de jornalistas e radialistas manterem o sigilo de sua fonte. Defendeu-se, ainda, que o levantamento da preservação do sigilo da identidade do “informante” leve em consideração a verificação das consequências práticas da decisão, demonstrando a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas, em observância ao artigo 20 da LINDB. Foi analisado que a Lei nº 13.608/2018 trouxe conceitos abertos a justificar o levantamento do sigilo da identidade do reportante, o que pode gerar insegurança e desestimular o reporte. Por essa razão, foram apresentadas as definições de interesse público ou interesse concreto dispostas no Projetos de Lei nº 1116/2018 e 65/2019, apensados ao 9167/2017, e que podem aprimorar o modelo de proteção da identidade do reportante no Brasil. Adicionalmente, foi exposto que a revelação da identidade do “informante” não implica o levantamento do sigilo de seus dados, que está previsto em dispositivo próprio e que a Lei nº 13.608/2018, com as alterações da Lei nº 13.964/2019, optou por uma política de incentivo ao reportante. Destacou-se que as referidas leis dão ao magistrado vetores legais para determinar a revelação da identidade do reportante e possibilitam que, após a sua decisão, seja dada a esse a palavra final sobre a revelação de sua identidade, para que melhor avalie os eventuais riscos de retaliação que possa vir a sofrer em decorrência do reporte. Foi diagnosticado, por outro lado, que o veto ao direito de opção anteriormente previsto no Anteprojeto de Projeto de Lei Anticrime, enfraquece o contraditório e a ampla defesa do acusado pelo reporte, uma vez que esse, ainda que em uma decisão judicial se entenda ser caso de levantamento de sigilo, terá de se conformar com a decisão do “informante”, sem que haja qualquer contrapartida em termos de valoração da prova para fins de conferir paridade de armas entre acusação e defesa. Por fim, também se criticou o veto à regra da corroboração, uma vez que foi retirado o dispositivo que previa que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”.

O compartilhamento da identidade do reportante foi apresentado como exceção ao sigilo de dados do reportante e abrange: i) o compartilhamento desses dados com as demais autoridades; ii) o compartilhamento desses dados com instituições privadas. Foram exploradas as disposições da LGPD e da Lei de Acesso à informação sobre o compartilhamento. Na LGPD é autorizado o compartilhamento de dados pessoais para fins de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos públicos. A partir disso, foi exposto que, considerando o controle interno inerente a cada órgão, abre-se margem ao compartilhamento para fins de apuração interna. Além disso, outro dispositivo da LGPD possibilita a transferência de dados pessoais a entidades privadas no caso de se “objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades”, o que pode trazer implicações práticas, por dar margem ao levantamento da

preservação da identidade do reportante. Com relação à Lei de Acesso à Informação, foi demonstrado que as ressalvas à necessidade de consentimento para fins de levantamento da restrição de acesso das informações pessoais são incompatíveis com a Lei nº 13.608/2018, alterada pela Lei nº 13.964/2019, que exige a concordância formal do reportante para a revelação de sua identidade. Apesar disso, foi apontado que remanesce dúvida no que se refere ao compartilhamento, uma vez que a Lei nº 13.608/2018 dispõe sobre “revelação” e não sobre compartilhamento de dados propriamente dito, conceitos esses diferenciados em normas como a Lei de Acesso à Informação, LGPD e o Decreto nº 10.153/2019. Foi sustentada a aplicação, à Lei nº 13.608/2018, do artigo 8º do Decreto nº 10.153/2019 em casos digam respeito a ilícitos contra a administração pública federal, no que se refere ao prazo de 20 (vinte) dias para o reportante dar sua concordância formal sobre o encaminhamento dos elementos de sua identificação entre as unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, contados da data da solicitação, e à previsão de interpretação do silêncio como favorável à manutenção do sigilo. Expôs-se, ainda, que na esfera da Administração Pública Federal, por força do Decreto nº 10.046/2016, poderá ocorrer retransmissão ou recompartilhamento de dados recebidos por compartilhamento específico com outros órgãos ou entidades a critério do gestor de dados. Embora a sistemática da legislação federal de compartilhamento da identidade disponha que esse ato não implica a perda de sua natureza restrita, é fato que, quanto mais disseminado esse dado, maiores as complexidades em torno do seu tratamento e gerenciamento, aumentando as chances de retaliação do reportante e, via de consequência, diminuindo a sua proteção.

3.2.2 Foi identificada uma omissão da legislação brasileira com relação ao ônus da prova para a comprovação de retaliação, não observando as recomendações de órgãos internacionais a esse respeito, que consideram as dificuldades materiais e psicológicas do reportante reunir provas da retaliação que, por vezes, ocorre de forma indireta.

3.2.3 Identificou-se que, ao contrário do que previu o artigo 126-A da Lei nº 8.112/90, não foi prevista na Lei nº 13.608/2018 a isenção da responsabilidade administrativa do reportante, incluindo a disciplinar, também à contramão das recomendações de órgãos internacionais para fins de proteção de reportantes.

3.3 Considerando a incipiente (e ainda retraída) regulamentação do *whistleblowing* no Brasil e o fato de que a legislação brasileira deixou de observar algumas recomendações internacionais, ainda no terceiro capítulo da pesquisa, foi proposto o conteúdo mínimo de um estatuto de proteção de reportantes, com o objetivo de analisar criticamente as recomendações e oferecer substratos para o aprimoramento do modelo de proteção no país.

Foi identificado, com base em uma pesquisa realizada pelo Grupo Público de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que diminuem ou impedem o reporte, os seguintes fatores: i) proteção insuficiente; ii) provas não serem aceitas; iii) ser acionado constantemente; iv) ônus da prova de retaliação ao reportante; v) ausência de medidas para cessar a retaliação; vi) canais frágeis para o recebimento do relato; vii) perda do sigilo e identificação do reportante.

Foram levantados mecanismos de proteção que pudessem “blindar” os reportantes em relação a esses fatores: i) ampliação da cobertura de proteção; ii) aplicação das medidas de proteção a *whistleblowers* estrangeiros; iii) existência de órgãos independentes para o recebimento dos reportes; iv) proteção da identidade em observância às legislações de proteção de dados; v) consideração de um conceito mais abrangente de retaliação; vi) inversão do ônus da prova quanto à retaliação; vii) eliminação de cláusulas de confidencialidade sobre transgressões ocorridas na entidade (*gag clauses*); viii) sanções legais para retaliadores; ix) proteção financeira, compreendendo indenizações e suporte financeiro provisório; x) disponibilização de assistência jurídica gratuita para *whistleblowers*, em especial os com o dever legal de reportar, como os servidores públicos; xi) isenção de responsabilização administrativa, civil e criminal pelo reporte (*waiver of liability*); xii) transparência sobre as apurações e possibilidade de revisão de decisões a seu respeito; e xiii) medidas liminares de amparo ao reportante.

3.3.1 A respeito da cobertura de proteção, demonstrou-se que deve ser ofertada no momento do recebimento do relato e deve abranger reportantes: i) cujos relatos não se confirmem (*v.g.* quando se constata, posteriormente, a inocorrência de transgressão), desde que de boa-fé; ii) caso se demonstre que não existia um embasamento mínimo (não havia razoabilidade na crença de ocorrência de transgressão), desde que de boa-fé; iii) na hipótese de reporte de informação não original (*v.g.* de conhecimento das autoridades em investigação sigilosa), desde que de boa-fé; iv) a despeito do destinatário do reporte, ainda que haja uma ordem de preferência entre canais internos ou externos de denúncia; v) independentemente das motivações (altruístas ou “egoístas”) do reporte; vi) independentemente de o *whistleblower* estar no exercício de suas funções no momento do reporte; vii) a despeito do tempo transcorrido desde a transgressão; viii) independentemente da qualidade da informação, caso se enquadre em transgressão não tribal (*v.g.* transgressões internas de organizações de considerável gravidade); xi) e pessoas que os auxiliem ou que forem chamadas a prestar informações durante apurações, posto que também podem ser retaliadas; x) e pessoas próximas, que podem sofrer represálias diretas e indiretas (*v.g.* parentes, dependentes e cônjuges). Destacou-se que a regulamentação de proteção ao *whistleblowing* interno no Brasil é de grande relevância, uma

vez que o programa de proteção a testemunhas, previsto na Lei nº 9.807/1999, não abrange medidas contra retaliações laborais e são justamente essas que o *whistleblower* poderá sofrer.

Foi sustentado que é o caminho para uma proteção efetiva de reportantes, uma cobertura que leve em consideração uma aceção ampla de: i) sujeitos (sentido mais extenso de *whistleblower* - indivíduos que não estejam somente em uma relação de trabalho tradicional -, abrangência de outros tipos de reportantes e de pessoas relacionadas); ii) setores destinatários (público, privado e terceiro setor); e iii) tipos de transgressão não triviais, incluindo infrações corporativas.

3.3.2 Constatou-se que parte das legislações internacionais sobre *whistleblowing* não mencionam a possibilidade de aplicação das medidas de proteção e da recompensa (quando disciplinada) a estrangeiros. No Brasil, como “informante” é tido como “qualquer pessoa”, entende-se abrangidas pessoas de outras nacionalidades, mesmo que exerçam as suas atividades fora do Brasil, desde que reportem transgressões não triviais aqui ocorridas (cf. artigo 5º do Código Penal), ou que estejam sujeitas à lei brasileira, embora cometidas no estrangeiro (cf. hipóteses de extraterritorialidade dos artigos 7º do Código Penal, 2º da Lei nº 12.529/2011, 28 da Lei nº 12.846/2013). Nesse último caso, as medidas de proteção, especialmente caso se refiram a obrigações de fazer ou não fazer, comportam limitações tendo em vista a jurisdição do Estado soberano estrangeiro sobre o reportante. Nessa hipótese, as medidas de proteção basicamente se resumiriam ao sigilo de dados e a isenções de responsabilidade no país competente a apurar e processar a transgressão reportada, bem como a proteções financeiras.

3.3.3 Em que pese o Brasil não ter regulamentado, na Lei nº 13.608/2018, o *whistleblowing* interno no setor privado, entendeu-se que o fato de estabelecer um órgão independente (Ouvidoria/Correição) para o recebimento dos reportes, promove um tratamento especializado e autônomo, o que pode vir a encorajar o reporte de transgressões. Em matéria de programas de *compliance* (*whistleblowing* interno), de modo a manter a independência, são recomendáveis canais de denúncia terceirizados ou, em sua ausência, departamentos específicos liderados por profissionais experientes e autônomos. Na hipótese de reportes diretos aos órgãos responsáveis pela segurança pública (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civis, polícias militares e corpo de bombeiros e polícias penais federais, estaduais e distrital), sustentou-se que seja aplicada de modo a complementar as disposições relativas à proteção e recompensa de reportantes constatantes na Lei nº 13.608/2018. Além disso, afirmou-se que, não obstante a Lei nº 13.608/2018 seja omissa no que diz respeito à descrição das hipóteses em que os relatos poderão ser arquivados, o que se espera de um órgão independente é: i) a exposição clara da forma como irá lidar com o relato,

sobretudo quanto às hipóteses objetivas que eventualmente conduzirão ao seu arquivamento; ii) a motivação das decisões; e iii) a estipulação de prazos para análise e implementação das medidas de proteção; trazendo maior clareza e, conseqüentemente, estimulando os reportes.

3.3.4 Verificou-se que existem legislações de proteção ao reportante que apenas se aplicam a indivíduos que se identificam, proibindo e/ou ignorando as denúncias anônimas. Entretanto, entendeu-se que, na prática, pode existir uma falta de confiança nos canais de denúncias a ponto de que, caso não sejam possibilitados reportes anônimos, esses sejam desestimulados. Na experiência estadunidense, com o programa de *whistleblower* da SEC, é exigido que os reportantes que fizerem denúncias anônimas sejam representados por advogados que certifiquem terem verificado a sua identidade. Mesmo assim, sustentou-se não se poder ignorar que as denúncias anônimas, ainda que úteis para se iniciar uma investigação, não podem ostentar valor probatório no modelo acusatório: no máximo podem justificar o início das apurações, sem escorar qualquer tipo de medida constritiva em desfavor do investigado. Além disso, verificou-se que o anonimato pode trazer dificuldades à complementação de informações e à realização de esclarecimentos, não obstante a tecnologia do *blockchain* tem sido utilizada para viabilizar um sistema de interação entre reportante anônimo e receptores do reporte.

Os reportes confidenciais são mais incentivados na doutrina, salvo exceções relacionadas à necessidade da revelação da identidade para fins de condução da investigação e acesso à defesa. Isso, porque eventual condenação que tenha se pautado exclusivamente em reporte confidencial, pode ser questionada por não ter sido possibilitada eventual contradita, essencial para a produção de prova sob a perspectiva do contraditório e ampla defesa, bem como por não terem sido colhidas provas adicionais para esse fim. Uma possível alternativa seria admitir a confidencialidade do relato, em caso de temor de represálias, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconhecendo, em contrapartida, a perda do seu valor probatório, sem prejuízo das demais provas constituídas, de modo a garantir uma paridade de armas entre acusação e defesa. Em todo caso, similarmente ao que ocorre com a colaboração premiada no Brasil, não se deve admitir que sejam proferidas sentenças condenatórias com fundamento exclusivo nas declarações do reportante. Sustentou-se que o relato confidencial seja apenas um norte para as investigações, que deverão procurar outras provas para corroborá-lo, em uma regra de tarifação similar às dispostas no artigo 443 do Código de Processo Civil e 227 do Código Civil.

Adicionalmente, defendeu-se que o reportante, de modo a avaliar os riscos do relato, seja: i) informado sobre as hipóteses em que o sigilo de sua identidade poderá ser levantado; ii) explicado sobre por quais meios ocorrerá o levantamento de sigilo; iii) esclarecido sobre a

medida que a sua vontade de manter a confidencialidade do relato será levada em consideração; iv) tenha a possibilidade de recorrer, em prazo razoável, da decisão que levantou o sigilo de sua identidade na esfera administrativa e judicial; v) conferido prazo razoável para as medidas que entender cabíveis, antes de qualquer ato de publicidade de seu nome.

Defendeu-se, como forma de empoderar o reportante e lhe trazer maior segurança, a possibilidade de escolher, quando do reporte, três opções no que diz respeito a sua identificação: i) possibilidade de anonimato (estruturação de canais que não requeiram informações pessoais e assegurem que o IP da máquina por ele utilizada não seja indentificado); ii) oportunidade de identificação com a opção de solicitar confidencialidade em relação a terceiros que não administrem o canal; iii) alternativa de indentificar-se, sem solicitar confidencialidade.

Por fim, sustentou-se que as entidades, quando desenvolverem os programas de reporte, estejam escoradas não apenas nas leis de proteção ao reportante, como também nas leis de proteção de dados, para evitar eventual conflito entre as normas.

3.3.5 No decorrer da pesquisa, identificou-se as formas de retaliação, tendo sido organizadas em dez agrupamentos, não exaustivamente: i) retaliações físicas (v.g. coerções físicas, lesão corporal ou crime mais grave); ii) retaliações psicológicas e morais (v.g. assédio moral, intimidações, ameaça); iii) retaliações direcionadas à propriedade (v.g. dano a bens móveis e imóveis pessoais); iv) retaliações negociais – caso o reportante seja fornecedor/subcontratado da entidade alvo - (v.g. boicote às pessoas jurídicas das quais o reportante é membro, por meio de cancelamento ou revisão de contratos e outros prejuízos comerciais); v.i) retaliações laborais materiais (v.g. redução de remuneração, retirada direta ou indireta de benefícios); v.ii) retaliações laborais relacionadas ao cargo ou função (v.g. suspensão das atividades, alteração injustificada de funções, burocratização das funções, atribuição de atividades em quantidade e dificuldade desproporcionais, não fornecimento de materiais para o desempenho das atividades, inaccessibilidade aos sistemas internos da entidade, inobservância de condições adequadas de trabalho, rebaixamento, extinção do cargo ou função); v.iii) retaliações laborais relacionadas à carreira (v.g. discriminações, exclusão de cursos e treinamentos, barreiras para promoção, transferências de localidade forçadas, avaliações negativas, indeferimento infundado de licenças, demissão arbitrária, negativa de fornecimento de referências profissionais positivas); vi) retaliações voltadas à credibilidade (v.g. campanhas difamatórias para o questionamento da honestidade, saúde mental, competência profissional); vii) retaliações relacionais (v.g. *bullying*, ostracismo pelo pares, tratamento de silêncio, exposição pública); viii) retaliações disciplinares e processuais (v.g. deflagração de investigações e ações disciplinares pelo reporte ou outros motivos que costumeiramente não as

ensejaria); ix) retaliações sancionatórias (v.g. imposição de sanções infundadas ou responsabilização civil, criminal ou administrativa pelo relato); x) retaliações indiretas (v.g. extensão de algumas dessas condutas a familiares e pessoas próximas ao *whistleblower*).

Foi proposta a adoção de uma definição ampla de retaliação para, conseqüentemente, possibilitar-se uma proteção legislativa em sentido amplo do reportante, sob pena de se consolidar apenas uma proteção simbólica e/ou defasada. Para tanto, formulou-se a seguinte definição: retaliação corresponde a toda ação ou omissão, direta ou indireta, dentro ou fora da entidade, em decorrência do reporte de transgressões realizado interna ou externamente, que prejudique direitos e interesses do reportante e/ou pessoas próximas a ele e/ou indivíduo ao qual se tenha equivocadamente atribuído o relato.

Além disso, foram recomendadas as seguintes formas de proteção aos reportantes, pessoas próximas e aquelas que venham a prestar informações durante procedimentos investigatórios, fiscalizatórios ou correccionais, não taxativamente: i) proteção de dados pessoais (v.g. determinação do sigilo de dados e, em casos de ressalvas, a estipulação de exceções que considerem a concordância formal do reportante); ii) proteção pessoal física e psicológica (v.g. alteração de nome, escolta policial, segurança residencial, acomodação provisória, trabalho domiciliar sem prejuízo da remuneração, transferência de cidade, apoio médico e psicológico); iii) proteção funcional (v.g. suspensão liminar de alterações funcionais injustificadas, de burocratização e suspensão das atividades; afastamento do retaliador; proteção contra rebaixamento); iv) proteção à carreira (v.g. garantia contra transferência forçada, indeferimento de licenças, demissão arbitrária, negativa de referências profissionais positivas); v) proteção disciplinar (em face de ações disciplinares); vi) proteção financeira de suporte (v.g. auxílio financeiro temporário face aos prejuízos materiais de natureza remuneratória ou não ainda não ressarcidos); vii) proteção financeira indenizatória (v.g. danos materiais e morais – danos emergentes ou *back pay* -, incluindo os ganhos futuros que teria auferido - lucros cessantes ou *front pay* – e danos punitivos – *punitive damages* -, bem como previsão responsabilidade objetiva da entidade, sem prejuízo da ação de regresso, de modo a assegurar a reparação de danos); viii) proteção contra responsabilização civil, criminal e administrativa pelo relato (*waiver of liability*); ix) proteção indireta (v.g. às pessoas próximas ao reportante – familiares, amigos - ou que lhe auxiliarem no reporte); x) proteção negocial (v.g. suspensão de cancelamento imotivado de contratos com pessoas jurídicas relacionadas ao reportante ou da sua revisão).

Como destaques para fortalecer a política de proteção a reportantes, apresentou-se a: i) previsão de responsabilidade objetiva das organizações privadas pela prática de retaliação ao

reportante, assegurado o direito de regresso contra seus autores e partícipes; ii) extensão da proteção às pessoas próximas ao reportante e/ou que lhe auxiliarem; iii) proteção de pessoas tidas, equivocadamente, como reportantes; e iv) utilização de tecnologia para criar canais de denúncias mais seguros, desburocráticos e funcionais, como aplicativos de celulares, inteligência artificial e *blockchain*, nesse último caso especialmente favorável para balancear o anonimato com a possibilidade de reestabelecimento de contato para informações adicionais, bem como para impedir a exclusão ou adulteração de informações e documentos fornecidos pelo reportante.

3.3.6 Foi disposto que uma legislação de proteção de reportantes deve levar em consideração as dificuldades inerentes à apresentação, investigação e comprovação dos reportes envolvendo a entidade, como também que essa está em uma posição de poder em relação ao reportante. Por essa razão, recomendou-se a inversão do ônus da prova em caso de retaliação, que exija do reportante apenas a apresentação de indícios mínimos de retaliação decorrente do relato (*prima facie case*), expressa pela demonstração da ocorrência de tratamentos desfavoráveis após o reporte. Especificamente, que seja exigido do reportante exposição de, dentre outras: i) deterioração das condições laborais; ii) represálias físicas, psicológicas ou morais; iii) prejuízos decorrentes de danos em sua propriedade; iv) existência de procedimentos disciplinares, processuais e sancionatórios; v) ocorrência de campanhas difamatórias em seu desfavor; vi) comprometimento das relação com seus pares; vii) envolvendo pessoas próximas em quaisquer das categorias anteriores. Para essa mesma finalidade, sugeriu-se que se considerem também os chamados “períodos suspeitos”, que são lapsos temporais após o reporte, a serem adotados pelo legislador, em que se considera uma presunção relativa de retaliação. Para afastar tais presunções, entende-se que o suposto retaliador deverá comprovar que foram asseguradas ao reportante as condições usuais no ambiente de trabalho ou que eventual alteração em seu tratamento teve motivação autônoma, legítima e não relacionada ao reporte.

3.3.7 Para a consecução de uma proteção integral ao reportante, entende-se que devem ser consideradas nulas de pleno direito todas as cláusulas em contratos de trabalho ou de prestação de serviços que imponham restrições ao direito de relatar transgressões (*gag clauses*).

3.3.8 Partindo de uma opção político-criminal de *ultima ratio*, entendeu-se que as sanções legais para retaliadores devem ser predominantemente previstas nas esferas cível (v.g indenizações e obrigações de fazer - *full reparation* ou *make whistleblower whole*) e administrativa (v.g. multa, sanções disciplinares, tais como afastamento, falta grave e demissão

a bem do serviço público), evitando-se, sempre que possível, a criação indiscriminada de novos tipos penais, que não expressam uma verdadeira relação de proteção a reportantes.

3.3.9 Um estatuto de proteção integral ao reportante, segundo exposto, não pode prescindir da previsão de medidas de proteção financeiras, a serem avaliadas no caso concreto, que abrangem tanto as indenizações, que se subdividem em ressarcimento (*compensation*) e indenizações punitivas (*damages*), quanto o suporte financeiro provisório (*financial support*). O ressarcimento compreende a indenização pelos danos materiais e morais sofridos, conhecidos como danos emergentes (*back pay*), bem como o pagamento dos ganhos futuros que o reportante teria auferido caso não tivesse sofrido determinada retaliação (lucros cessantes - *front pay*). Sustentou-se que os direitos ao ressarcimento não devem apenas abranger a retaliação, como também a falha da entidade em exercer o seu dever de proteger o reportante de tratamentos inadequados. Demonstrou-se a tendência de Ordenamentos Jurídicos, como o brasileiro, de adotarem a indenização punitiva (*punitive damage*), que consiste na punição do ofensor pela aplicação de uma indenização superior ao dano patrimonial ou extrapatrimonial causado, de modo a desestimular a reiteração da ação. Por fim, o suporte financeiro é uma medida provisória (*interim relief*) de proteção, destinada a oferecer apoio material ao reportante que sofreu retaliação e não ostenta condições de prover financeiramente a si e sua família.

3.3.10 Como forma de estimular o reporte de pessoas que possuem ou não o dever de reportar, sustentou-se que a Defensoria Pública, inclusive mediante Convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, seja emparelhada para fornecer uma assistência jurídica não apenas em nível consultivo, para fins de apresentação do reporte de transgressões, como também na esfera contenciosa, caso o reportante sofra retaliações e precise obter medidas liminares de amparo ou indenizações, bem como nas hipóteses de serem os reportantes investigados ou processados indevidamente pelo reporte.

3.3.11 Para proteger o reportante de retaliações processuais e sancionatórias, afirmou-se que ele deverá ser isento de responsabilidade criminal, civil e administrativa, incluindo relacionadas a questões disciplinares. Assim, sustenta-se que, além das disposições legais nesse sentido, seja previsto um programa de isenção em relação às infrações dos regimentos internos de organizações, e que seja periodicamente reforçado junto aos colaboradores, de modo a demonstrar o compromisso da entidade em dar um encaminhamento isento do reporte. Por outro lado, importante que essa isenção seja aplicada com cautela no âmbito dos programas de *compliance*, observadas as hipóteses de responsabilidade dos membros da entidade e os interesses da companhia e seus investidores.

3.3.12 Com o objetivo de criar uma política de empoderamento do reportante, reforçando a transparência, credibilidade e confiabilidade no sistema de apuração de transgressões, sustentou-se ser importante, inclusive no âmbito do *whistleblowing* interno: i) o estabelecimento de um prazo, após o recebimento do reporte, para o início das apurações ou o seu arquivamento; ii) a possibilidade de o reportante incluir informações e comentários nos relatórios de apuração, que poderão ser incluídos ou não no relatório final; iii) o *follow-up* periódico com o reportante sobre o andamento do caso, no que for cabível para não comprometer as apurações; iv) a cientificação, ao reportante, das decisões das autoridades ou responsáveis pela apuração; v) a possibilidade de recurso ou pedido de revisão, pelo reportante, das decisões de arquivamento do reporte, bem como no de levantamento do sigilo de sua identidade, à autoridade superior ou outro órgão.

3.3.13 Considerou-se que a demora dos procedimentos de apuração e a variedade das formas de retaliação podem impactar a vida profissional e financeira do reportante, o que torna necessária, após uma análise casuística, a concessão de medidas liminares de amparo, que incluem, não exaustivamente: i) a suspensão de medidas retaliadoras (v.g. transferência temporária do retaliador sem prejuízo da remuneração; transferência temporária do reportante com o seu consentimento, dentro ou fora da unidade de trabalho, sem prejuízo da remuneração e avaliações); ii) a reversão das medidas retaliadoras, quando possível (v.g. reestabelecimento de situações anteriores, como a reintegração do reportante em sua função ou posição similar); e iii) concessão de suporte financeiro, enquanto não o reportante não for indenizado e/ou necessitar.

3.4 Identificou-se, nas pesquisas de órgãos internacionais que se dedicam à formulação de guias de boas práticas e princípios norteadores de uma legislação de *whistleblowing*, uma sofisticação dos tradicionais mecanismos de proteção, como a ampliação da definição de retaliação, a inversão de ônus da prova e a previsão de ampla proteção financeira (indenizações e suportes financeiros liminares). Igualmente, constatou-se a pretensão de criação de uma verdadeira cultura de *whistleblowing*, por meio da desburocratização, transparência e independência dos procedimentos de reporte, incluindo reportes externos, de treinamentos periódicos sobre tais procedimentos, da prevalência de direito ao reporte sobre deveres de confidencialidade e da insenção de responsabilidade pelo reporte. Verificou-se que a maioria das recomendações guardam similaridades entre si, apresentando controvérsias com relação à utilização da “boa-fé” como indicativo para a proteção do reportante, bem como sobre a imposição de sanção criminal de reportes feitos dolosamente. É importante que, antes de mais nada, esses guias e princípios se adéquem ao respectivo Ordenamento Jurídico. Como exposto,

existem países, como a África do Sul, que interpretam a boa-fé como sendo a própria constatação do fato, cujo entendimento não é o mesmo em outros países, que não exigem esse grau de certeza da transgressão, como o Brasil. Outra previsão não compatível com a realidade brasileira é a recomendação de estabelecimento de um órgão específico para simultaneamente receber reportes, investigá-los e julgar retaliações. Isso porque aqui existem órgãos com atribuição específica de realizar apurações de infrações penais, bem como órgãos administrativos e judiciais com competência exclusiva para o julgamento de condutas ilícitas.

3.5 Com fundamento nos guias de melhores práticas e princípios para a formulação de legislações de *whistleblowing* apresentados por órgãos internacionais e especialistas, foram formulados indicadores, não exaustivos, de efetividade de políticas de reportes, considerados em um contexto macro (com relação às políticas/leis de *whistleblowing*) e micro (referente aos programas de *whistleblowing*/canais de denúncia). Na perspectiva macro, são: i) o potencial de complementariedade em relação aos mecanismos de Justiça Negociada (manutenção da quantidade padrão de investigações em dado período, em relação a infrações específicas, mesmo em fases de quedas de acordos colaborativos); ii) a adesão à política de *whistleblowing* (aumento dos reportes em dado período; crescente implementação de programas de *compliance*); iii) a qualidade das informações prestadas para fins de deflagração de investigações e/ou processos administrativos/judiciais, em comparação aos que foram arquivados; iv) recuperação de valores aos cofres públicos. Sob o ponto de vista micro: i) tecnologias e demais aprimoramentos empregados nos canais de denúncias para fins de segurança e efetividade (v.g. utilização de aplicativos de celular e *blockchain* para possibilitar anonimato da fonte e a continuidade do contato para fins de complementação de informações; opções de escolha ao reportante no que se refere ao sigilo de sua identidade, desburocratização e simplificação dos canais com previsão de múltiplos métodos para a submissão do reporte etc); ii) independência dos canais de denúncia (v.g. terceirização de canais); iii) avaliações periódicas dos canais de denúncia para assegurar padrões de qualidade e segurança; iv) extensão dos canais de denúncias para membros de dentro e fora da entidade; v) ausência de retaliação (aferição do número de supostas retaliações em relação ao número de reportes recebidos em dado período); vi) políticas internas de proteção ao *whistleblower* (v.g. previsão de auxílios financeiros em caso de descoberta da identidade e retaliação; medidas para afastar provisoriamente o retaliador; transferência consentida do reportante a outra filial ou função; aconselhamento psicológico; abolição de cláusulas de confidencialidade em caso de reporte de transgressões; isenção de responsabilidade disciplinar decorrente do reporte); vii) treinamentos periódicos sobre o programa de *whistleblowing* (v.g. conscientização sobre os direitos do *whistleblower*; mecanismos de proteção; e procedimentos de reporte etc); viii) estruturação e atualização do

programa a partir de referências (*benchmarks*); ix) prazo máximo para a apuração preliminar dos reportes (tempo limite para verificação de materialidade e indícios mínimos de autoria para deflagrar investigações); x) ciência ao *whistleblower* sobre os andamentos das investigações (*v.g. follow-up* com o *whistleblower* sobre os andamentos das apurações e principais decisões); xi) direito de participação ativa do *whistleblower* nas apurações, na medida do possível para não prejudicá-las (*v.g.* oportunidade de fornecer *inputs* às investigações, direito de esclarecer e complementar provas e informações, direito de ser informado sobre os andamentos e resultados das investigações; direito de pedir reconsideração ou recorrer a órgão superior quanto ao arquivamento); xii) certificação do programa de *whistleblowing* por auditoria externa (atestado de administração diligente e de adequação do programa aos postulados legais, notadamente com relação às medidas de proteção integral ao *whistleblower*); xiii) apoio jurídico (suporte material para contratação de advogado independente, à escolha do reportante, para aconselhamento e assessoramento jurídico, incluindo sobre medidas de proteção e recompensa, bem como assunção de despesas processuais. Do ponto de vista de política pública, é desejável a assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública, se empatelhada para tanto, inclusive mediante Convênios, com a isenção de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios).

4. No quarto capítulo foram abordados os dilemas da política premial, distinguindo-se as recompensas dos mecanismos de proteção financeira ao reportante. Diagnosticou-se que a previsão de recompensas econômicas é uma tendência em diversas jurisdições, sendo tratada como uma política de incentivos aos reportes. Foram explicadas as distinções entre as recompensas econômicas (todo o tipo de vantagem ou benefício material ao reportante) e não econômicas (tendem a conferir um reconhecimento social). Identificou-se que, dentro das econômicas, as recompensas financeiras são as mais controversas, sendo endereçadas críticas como: i) reforço do viés oportunista conferido ao reportante, desestimulando a sedimentação da desejada cultura de reportes (*speak-up culture*); ii) estímulo ao reporte de transgressões em fases mais avançadas, quando a recompensa é calculada com base no percentual recuperado ou quando seja estipulado um teto mínimo de recuperação; iii) motivação de reportes precipitados ou falsos, hábeis a prejudicar a reputação dos denunciados; iv) reforço do clima de desconfiança mútua que destrói o ambiente de trabalho saudável; v) prevalência de reportes às autoridades, em detrimento aos canais internos, tendo em vista as recompensas oferecidas pelas primeiras, desestimulando a política anticorrupção interna das organizações e os benefícios (sancionatórios, financeiros e reputacionais) dela decorrente.

Com relação às críticas “i”, “iii” e “v”, foram identificadas as possíveis soluções, respectivamente: i) não tornar a recompensa obrigatória, conferindo ao reportante a

possibilidade de optar ou não por ela; ii.i) condicionar o recebimento da recompensa após a confirmação da veracidade das informações prestadas, em procedimentos judiciais ou administrativos; ii.ii) aplicar sanções por reportes de informações ou provas falsas; iii) previsão de que as recompensas sejam aplicáveis também em casos de *whistleblowing* interno, a partir do momento em que o relato for encaminhado, pela entidade, às autoridades.

Partindo das considerações de Ragués I Vallès, concordou-se que um modelo de premiação deve: i) limitar-se a casos de maior necessidade (*v.g.* condutas delitivas mais graves e que demandem maiores dificuldades para prevenção e repressão); ii) estabelecer que os reportes sejam apenas um complemento das investigações públicas, de modo a garantir a imparcialidade da persecução do delito; iii) não promover sistemas de denúncia que sejam contraditórios aos valores fundamentais que definem o modelo de sociedade que se pretende preservar (*v.g.* não incentivar o anonimato, que traz riscos ao direito de defesa, mas não proibir denúncias anônimas ou optar por impedir que unicamente delas se inicie uma investigação).

4.1 Entendeu-se que, com as alterações da Lei nº 13.964/2019, as recompensas no Brasil passaram a ter duas fontes de pagamento: i) recursos disponíveis junto ao Fundo Nacional de Segurança Pública, a ser regulamentada pelo Poder Executivo Federal, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Lei nº 13.756/2018; e ii) valores recuperados.

Foi sustentado que, muito embora a referida lei tenha condicionado a recompensa de até 5% (cinco por cento) do valor recuperado, às informações que simplesmente resultarem na recuperação de produto de crime contra a administração pública, sem ressalvas ao momento, deve-se aguardar o trânsito em julgado do processo administrativo ou judicial, quando haverá a efetiva confirmação do ilícito e a exata apuração do dano. Esse entendimento é decorrência da adoção do modelo acusatório, em que prevalece a presunção da inocência. Caso contrário, além de se estimular reportes falsos, pela facilidade da recompensa, correr-se-á o risco de conferir uma recompensa a partir de uma base de cálculo que poderá ser alterada até o final da ação, em prejuízo aos cofres públicos.

Ainda, em que pese o dispositivo mencionar apenas crimes contra a administração pública, acredita-se que os ilícitos administrativos e demais ações ou omissões lesivas ao interesse público, previstos na Lei nº 13.608/2018, estão abrangidos pela recompensa, inclusive pelo comando genérico de recompensa existente no artigo 4º, parágrafo único, da referida lei.

Identificou-se que a lei foi omissa quanto à autoridade competente para determinar a recompensa. Porém, entendeu-se que a competência para determiná-la deve, por questões de coerência, celeridade e economia processual, ser da autoridade julgadora da ação ou procedimento voltado à recuperação dos produtos do ilícito, sem a necessidade de observância do processo de pagamento de precatório, uma vez que se afigura como uma política de estímulo.

Por fim, sustentou-se que a Lei nº 13.608/2018 não deixa dúvidas de que a recompensa é uma faculdade (“poderá”), sendo que essa falta de parâmetros para a elegibilidade tem o potencial de: i) conduzir a arbitrariedades não desejáveis em uma política de reportes; ii) criar óbice a análise de custo-benefício do potencial reportante com relação à realização do reporte.

4.2 Conclui-se que, muito embora a Lei nº 13.608/2018, com as inclusões da Lei nº 13.964/2019, não tenha feito qualquer ressalva, não é possível se sustentar um regime de recompensas a servidores públicos, posto que constituiria uma vantagem direta para o desempenho do dever de reportar transgressões, proibida pelo artigo 117, inciso XII, da Lei nº 8.112/1990. Nenhuma forma de recompensa material, incluindo promoções de trabalho, mostra-se coerente, sendo mais compatível a atribuição de recompensas não materiais, como condecorações, reconhecimentos e demais honrarias.

4.3 Nos Estados Unidos, há uma consolidada experiência na premiação financeira de reportantes, principalmente em três legislações, que foram analisadas nesse aspecto, quais sejam: i) *False Claims Act* de 1863; ii) *Securities Exchange Act* de 1934, emendado pelo *Dodd Frank Act* de 2010; e iii) *Internal Revenue Code (IRC)* de 1986.

4.3.1 O *False Claims Act (FCA)* dispõe sobre procedimentos para que quaisquer pessoas, em litisconsórcio ou não, possam demandar em prol dos interesses públicos, ainda que em nome próprio, em face do agente que casou prejuízo ao governo, por meio das *qui tam actions*. Atualmente, os *qui tam authors*, se a ação for bem sucedida, terão direito a uma espécie de participação nos lucros, de até 30%, além de despesas, custas processuais e honorários advocatícios. Se o governo não atuou em litisconsórcio, essa recompensa pode variar entre 25% a 30%. Caso tenha participado, o prêmio varia de 15% a 25%, podendo se reduzir a 10% quando o pedido tiver como base informações públicas. Havendo duplicidade de ações com o mesmo objeto, a recompensa será concedida ao que primeiro ingressar com a ação e dependerá do valor da causa, que deverá abranger o ressarcimento ao erário, a penalidade civil e a sucumbência.

4.3.2 A finalidade do *Dood-Frank Act* de 2010 é promover maior estabilidade, transparência e segurança a investidores do setor financeiro. Conforme analisado, esse programa, vinculado à Lei de Valores Mobiliários estadunidense, não depende do ajuizamento de ações diretamente pelo reportante em face do infrator, mas sim do reporte à SEC, para que essa avalie a necessidade de tomar alguma medida. São previstas recompensas entre 10% e 30% da quantia recuperada em razão do reporte de violações às leis de valores mobiliários, incluindo-se o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Na base de cálculo da recompensa, são considerados os valores recebidos pela SEC, pelo DOJ (*Department of Justice*), pelas promotorias e pelas agências regulatórias. Para ser elegível à recompensa, o reportante deve: i) ser pessoa física; ii) reportar voluntariamente à SEC; iii) revelar informações originais; iv)

reportar informações que conduzam à aplicação bem-sucedida de sanções pela SEC na esfera judicial ou administrativa; v) reportar transgressões que resultem em sanções superiores a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares). A mensuração da recompensa se dá a partir dos seguintes critérios: i) a relevância da informação para o sucesso da ação da SEC; ii) o grau de assistência dado pelo *whistleblower* ou o seu representante legal; iii) os interesses programáticos da SEC na repressão de violações às leis federais de valores mobiliários pela utilização de recompensas; iv) a participação do *whistleblower* ou cooperação nos programas internos de *compliance* da entidade; v) a culpabilidade do *whistleblower* na violação da lei; vi) se o *whistleblower* infundadamente atrasou o reporte das transgressões. Se os *whistleblowers* reportarem perante canais internos de denúncia da entidade, possuirão até 120 (cento e vinte) dias para reportar à SEC e ainda terem suas informações consideradas como sendo originais. Continuam elegíveis à recompensa os *whistleblowers* que reportarem a canais internos de denúncia e a respectiva entidade posteriormente reportar as informações à SEC, como resultado de auditoria ou investigação interna iniciadas, pelo menos em parte, em virtude da informação fornecida pelo *whistleblower*. Nesse caso, a SEC pode atribuir toda a informação fornecida pela entidade ao *whistleblower*, a despeito de ter ou não ter sido ele quem originalmente reportou a transgressão. Concluiu-se que essa é uma forma melhor elaborada para que o sistema de recompensas não concorra com os canais internos de denúncia e para que se incentive esse tipo de reporte interno, já que a recompensa também é calculada com base na participação e a cooperação do *whistleblower* com relação aos programas de *compliance*. São inelegíveis para recompensa: i) o alto escalão de organizações (*principals*); ii) o pessoal de *compliance* (*compliance personnel*); iii) contadores (*accountants*) da entidade; iv) advogados que obtiveram a informação em virtude da sua representação legal; v) servidores do DOJ ou da SEC e seus familiares; e vi) servidores de governos estrangeiros, incluindo de empresas estatais. Existem exceções para os sujeitos elencados no itens de “i” a “iv”: i) crerem que a revelação da informação possa afastar danos financeiros e patrimoniais à entidade ou seus investidores; ii) entendam que a empresa criará óbice em investigações; ou iii) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias se passarem desde o reporte de informações do *whistleblower* a seu supervisor, comitê de auditoria, diretor jurídico ou diretor de *compliance*; iv) se pelo menos 120 (cento e vinte) dias decorrerem desde que o *whistleblower* relatou a informação, que já era conhecida das pessoas referidas.

4.3.3 Foi examinado que o *Internal Revenue Service* (Receita Federal estadunidense) possui um programa de reportantes próprio, para obter informações a respeito de ilícitos fiscais. Os reportes podem ser realizados via formulário eletrônico, que deve conter a “denúncia” a ser submetida à apreciação do IRS, não sendo aceitos reportes anônimos. Não é admitido reportes

de servidores públicos ou prestadores de serviços públicos que tenham tido, de alguma forma, acesso aos dados fiscais do contribuinte denunciado. Como regra, consta no Código Tributário que o reporte sobre infrações contra a ordem tributária devem dizer respeito a: i) a valores – incluindo tributo, multa e juros - superiores a US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares); ii) em se tratando de fraudes envolvendo pessoas físicas, há a ressalva de que o sonegador apresente renda bruta anual superior a US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares). A recompensa tem a base de cálculo de 15% a 30% dos valores recuperados pelo IRS e poderá ser reduzida em até 10% em casos baseados principalmente em reportes resultantes de: i) audiências judiciais ou administrativas; ii) relatórios governamentais, audiências, auditorias ou investigações; iii) mídia; iv) se planejou ou iniciou a infração. O IRS também possui um programa para reportantes cujos reportes não atinjam os requisitos objetivos acima mencionados. Nesses casos, a recompensa é discricionária e não é fundada em um teto mínimo, ainda que baseada nos valores recuperados em processos administrativos e judiciais, não podendo o reportante disputar judicialmente o valor recuperado na esfera tributária.

4.4 Sustentou-se que a elaboração de um programa consistente de proteção ao reportante é mais relevante que a estruturação de sistemas de recompensa, uma vez que, enquanto esse é um estímulo, aquele é um verdadeiro pressuposto de um programa de reportantes.

Quanto à utilidade da política premial, foi apresentado um relatório do *Bank of England Prudential Regulatory Authority* (PRA) e o *UK Financial Conduct Authority* (FCA) que concluiu não haver evidências empíricas de que os incentivos financeiros a reportantes aumentem o número de denúncias e, tampouco, que melhorem a transparência e integridade nos mercados financeiros.

Por outro lado foram apresentados entendimento de especialistas e outros estudos empíricos, como o recente experimento realizado pelo Grupo Público de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que demonstram que a recompensa financeira é um incentivo à política de reportes, mas não o principal.

Por fim, sustentou-se que, tendo em consideração a incipiente regulamentação da recompensa no Brasil e as críticas feitas a elas decorrentes da experiência de outros Ordenamentos Jurídicos, deve-se: i) limitar as recompensas financeiras a reportes envolvendo ilícitos mais graves e que demandam maiores esforços investigativos, preventivos e repressivos; ii) conceder ao reportante a alternativa de optar ou não pela recompensa; iii) abranger a recompensa àqueles que reportarem a transgressão internamente e a entidade encaminhar o reporte às autoridades, para fins de andamento da investigação e julgamento, de modo a não desestimular o *whistleblowing* interno.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. O movimento de reforma do Direito Penal Econômico – uma retrospectiva. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 35-44.
- ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: MARTÍN, Adán Nieto; ZAPATERO, Luis Arroyo (Orgs.). *El Derecho Penal Económico em la era Compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.
- ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. Revista CEJ, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, abril de 1999.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.
- AMATO, Giovanna. Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 3-4, v. 27, 2014, p. 549-607.
- _____. Whistleblowing and bribery prevention in Italy. A survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Revista de Estudos Criminais*. n. 62, v. 15, 2016, p. 9-57.
- ANDRADE, Adriana; ROSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARAS, Vladimir. *Whistleblowers, informantes e delatores anônimos*. In: ZANELLATO, Viviana Damiani (Coord.). *A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- AUSTRALIA. Corporations Act 2001, Sect 1317 AAA. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s1317aaa.html>. Acesso em: 22 mar. 2020.
- BAGNOLI, Vicente. The big data relevant Market. *Concorrenza e Mercato*, v. 23, nov. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064792>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BALLAN, Evan J. Protecting Whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, v. 116, p. 475-500, 2017. Disponível em:

<<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=mlr>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments (February 1, 2011). In: *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BANK OF ENGLAND PRUDENTIAL REGULATORY AUTHORITY. UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. *Financial Incentives for Whistleblowers*. Disponível em: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf?la=en&hash=04316B710E99A192FD08E9D8AF2635473EFCF071>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Crise e crime: o Direito Penal como um potencial mecanismo de regulação da economia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 125-134.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. 2. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. 3. ed. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Edunesp, 2003.

BESLEY, Tim; GHATAK, Maitreesh. Competition and incentives with motivated agents. *American Economic Review*, v. 95, n. 3, p. 616-636, 2005. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0002828054201413>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloé; SPAGNOLO, Giancarlo. Fines, Leniency and Rewards in Antitrust. *The Rand Journal of Economics*, v. 43, nº 2, p. 368-390, 2012. Disponível em: <<http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp738.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020

BORGIA, Eleonora. The Internet of Things vision: Key features, applications and open issues. *Computer Communications*, v. 54, pp. 1-31, p. 3. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267454881_The_Internet_of_Things_vision_Key_features_applications_and_open_issues>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BORTOLOTTI, Karen. *Metodologia da pesquisa*. Rio de Janeiro: SESES, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O que é compliance no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 15 dez. 2019.

BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 101, março-abril de 2013, p. 125-153.

BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University, 1992.

BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/89363/1/NB%20-%20Whistleblowing%20RMP%20161%202020.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. *Lei nº 6.404/76. Dispõe sobre as Sociedades por Ações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10. mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18027.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

_____. *Lei nº 8.443/1992 de 16 de julho de 1992.*

Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.* Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.* Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. *Lei nº 9.807/1999 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm >. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.* Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

_____. *Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007.* Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 12.683, de 09 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

_____. *Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012.* Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm>. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

_____. *Decreto nº 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 15 dez. 2019.

_____. *Lei nº 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017.* Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm> Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em 10 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.* Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020

_____. *Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018.* Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública federal, institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9492.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.756, de 12 de dezembro, 2018.* Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.615, de 24 março de 1998, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.675, de 11 de junho de 2018; e revoga dispositivos das Leis nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974, 6.717, de 12 de novembro de 1979, 8.313, de

23 de dezembro de 1991, 9.649, de 27 de maio de 1998, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 13.155, de 4 de agosto de 2015, da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e dos Decretos-Leis nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e 594, de 27 de maio de 1969, as Leis nº 6.905, de 11 de maio de 1981, 9.092, de 12 de setembro de 1995, 9.999, de 30 de agosto de 2000, 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 10.746, de 10 de outubro de 2003, e os Decretos-Leis nº 1.405, de 20 de junho de 1975, e 1.923, de 20 de janeiro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm#art46>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Decreto nº 10.046, de 09 de outubro 2019*. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. *Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciadores de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 10 out. 2019.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3565/2015*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1393836&filena me=PL+3165/2015>. Acesso em: 07 mar. 2020.

_____. _____ *Projeto de Lei nº 1116/2018*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C0C4661763>

[8F75D54D3BA8FB49DC5E.proposicoesWebExterno1?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/externo?codigo=1697627&filename=PL+11116/2018) >. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. _____. *Projeto de Lei nº 65/2019*. Institui Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708196&filename=PL+65/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. _____. *Projeto de Lei nº 1.588/2020*. Altera a Lei nº 12.846, de 10 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), para dispor sobre a exigência de certificação de gestor de sistema de integridade como condição para atenuar sanções administrativas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1873514>. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Instrução nº 358/2002*. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Disponível em: <

<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Governo Federal lança canal para receber denúncias de atos ilícitos*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/governo-federal-lanca-canal-para-receber-denuncias-de-atos-ilicitos>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & Incentivos: devemos recompensar quem denuncia a corrupção? *Revista Direito FGV*. v. 13, n. 2, mai.-ago. p. 390-427. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0390.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CAMBRIDGE ACADEMIC CONTENT. *Dictionary*. Disponível em:

<<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/whistle-blower?q=whistle-blowing>>.

Acesso em: 19 ago. 2020.

CANADA. Canadian Public Servants Disclosure Protection Act. Disponível em:

<<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/p-31.9/page-2.html#h-402997>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. ONTARIO SECURITIES COMMISSION. *Are you a whistleblower?*

Disponível em: <<https://www.osc.gov.on.ca/en/whistleblower.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, André Castro. ALVIM, Tiago Cripa. *Whistleblowing no ambiente corporativo: standards internacionais para a sua aplicação*. In: PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção. Integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, p. 121-147, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Como não se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing: principais características e vantagens. O que o Brasil está efetivamente perdendo?* In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). *Corrupção como fenômeno suprallegal*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 73-97.

CERVINI, Raúl. Tomographic approach: concepto y proyección garantista en el campo de la criminalidad económica. *Revista de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 100, janeiro-fevereiro de 2013, p. 503-560.

CHILE. *Ley n. 20.205/2007*. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidade. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=262932>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

COCA VILA, Ivó. ¿programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Memorando de entendimentos 01/2016*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Portaria nº 292 de 24 de abril de 2019*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOr4HTCGwttAStcOeC_FHTc-Mn1Bq2CYz4-u4d9ssHEBfOr_PCAPogoDf-AgN6tQsPNUL6-N9yuZ8cDvmAW3wMc>. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. *Cade em números*. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Anuário do CADE em 2018*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Anuário do CADE em 2019*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-cade-2019.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Programa de Leniência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Requerimento nº 08700.002933/2009-01, referente ao Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53.

_____. *CADE lança nova plataforma para recebimento de denúncias*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-nova-plataforma-para-recebimento-de-denuncias>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. *CADE celebra acordos em investigação da Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Código de Ética Profissional do Contador*. Disponível em: <<https://cfc.org.br/noticias/codigo-de-etica-profissional-do-contador-e-atualizado-saiba-o-que-mudou/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta CRG/OGU nº 01/2014*. Estabelece normas de recebimento e tratamento de denúncias anônimas e estabelece diretrizes para a reserva de identidade do denunciante. Disponível em: <<https://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/legislacao/in/instrucao-normativa-conjunta-n-01-2014-ogu0001.pdf/view>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et. al.* (Coords.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 251-269.

CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare. principio de pasividad? In: BAIGÚN, David. *et. al.* *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 279-301.

COSTA, Leonardo Dantas. *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denúncias

internas na Administração Pública brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 26, nº 150, dezembro de 2018, p. 189-233.

COUNCIL OF EUROPE. *Resolução 1729 (2010)*: Final version Protection of whistleblowers Parliamentary Assembly. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&%20lang=en>>. Acesso em: 20 jul.2019.

_____. *Protection of whistleblowers*: recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum. Disponível em:< https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5>. Acesso em: 20 mar. 2020

DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere*. Il Mulino, 1991.

DAVIES, Nick. 10 days in Sweden: the full allegations against Julian Assange. *The Guardian*. London. Disponível em< <https://www.theguardian.com/media/2010/dec/17/julian-assange-sweden>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

DEL VALE, Carlos Perez. Introduccion al derecho penal econômico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act Burdens of Proof: Ground Rules for Credible Free Speech Rights. *E-Journal of International and Comparative - Labor Journal*. Disponível em <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>. Acesso em: 10 mai. 2020.

DÖLLING, Dieter. Direito Penal, Estado e Sociedade: sobre a privatização das missões da persecução penal. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 29-34.

DOYLE, Charles. *Qui tam*: the false claims act and related federal statutes. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

EIRAS, Larissa. *Sham litigation*: requisitos para sua configuração. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, nº 2, p. 53-75, nov./2019. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/423/238>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ESPAÑA. *Estatuto Básico del Empleado Público*. Disponível em:<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ESTADÃO. *Acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Heinisch v. Germany*. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-105777%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-105777%22]})>. Acesso em: 30 mar. 2020

_____. *Case of Guja v. Moldova*. 2008. Disponível em:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-2266532-2424493%22%5D%7D>>.
 Acesso em: 30 mar. 2020.

EUROPEAN UNION. WORKING GROUP ON DATA PROTECTION. *Opinion 01/2006 – Article 29*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp117_en.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. *Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

_____. *General Data Protection Regulation*. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr/>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

FERNANDES, David Augusto. *Whistleblower: uma proteção para o Estado*. *Revista Jurídica Direito & Paz*, ano X, n. 38, 1º sem. 2018, p. 334-354.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Empresa alemã delata cartel em licitações no metrô de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1310864-empresa-alema-siemens-delata-cartel-em-licitacoes-do-metro-de-sp.shtml>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*. 1982. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004126-direito_penal_negocios.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 21, nº 103, julho-agosto de 2013, p. 132-155.

FREY, Bruno S. Crowding effects on intrinsic motivation. *Renewal*, p. 91-98, set. 2012. Disponível: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369373>. Acesso em: 06 jun. 2020.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. GRUPO PÚBLICO DE DIREITO. *Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?* SUNDFELD, Carlos Ari. PALMA, Juliana Bonacorsi. (Coords.). São Paulo, 2020.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) *et. al. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284.

_____. *Whistleblowing* como forma de prevenção de la corrupção en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán *et. al. (Coord.) Public Compliance: prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, p. 43-60, 2014.

GARRETT, Nathaniel. Dodd-Frank's whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai. 2013, p. 765-795. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175828>. Acesso em: 22. fev. 2020.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive damages* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. V.. 964, fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.964.07.PDF>. Acesso em: 20 mai. 2020.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: a história de um conceito. *Revista do Ministério Público*, nº 49, p. 61-76, 2003. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274904378.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

GIRALDI, Dácio. *Direito, legitimação e disciplina: intersecção Foucault e Luhmann*. 1993. 122 f. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. *Peru publishes draft compliance and whistleblower guidelines*. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1198066/peru-publishes-draft-compliance-and-whistleblower-guidelines>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

GODOY, André Ricardo. *Whistleblowing* no Direito Penal Brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 134, agosto de 2017, p. 269-289.

GOTTSCHALK, Petter. *Whistleblowing: white-collar fraud signal detection*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2018.

GUNIGANTI, Pallavi. Leniency applications are “not going up”, says DG Comp official. *Global Competition Review*, 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1159219/leniency-applications-are-not-going-up-says-dg-comp-official>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

HESS, David. A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing Guidelines. *Michigan Law Review*, v. 105, p. 1781-1816, 2017. Disponível em: <

<file:///C:/Users/Rhasmye/Downloads/Hess2007MichiganLawReview.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em:< <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=abdcd17c-00e9-444b-9315-f71bdc127a7e>>. Acesso em: 04. abr. 2020.

IRS Whistleblower Program Fiscal Year 2016, Annual Report to the Congress. Disponível em <https://www.irs.gov/pub/whistleblower/fy16_wo_annual_report_final.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

ITALIA. *Legge 6/2012, n. 190*. Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012-11-06;190!vig=>>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics* 21, 1999, p. 77-94. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1005922701763>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

KASTIEL, Kobi. Elements of an effective whistleblower hotline. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Disponível em:< <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/10/25/elements-of-an-effective-whistleblower-hotline/>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

LAMY, Anna Carolina C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et. al.* (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 13-27.

LATIMER, Paul; BROWN, A J. Whistleblower Laws: International Best Practises. *University of New South Wales Law Journal*, Austrália, v. 31, p. 766-794, 2008. Disponível em: < <https://core.ac.uk/reader/143859790>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOMBARD, Sulette. Regulatory Policies and Practices to Optimize Corporate Whistleblowing: A Comparative Analysis. LOMBARD, Sulette. *et. al.* In: *Corporate Whistleblowing Regulation: Theory, Practice, and Design*. Singapore: Springer, 2020, p. 3-36. Disponível em:<

[bl&ots=SrqY0mqLze&sig=ACfU3U0kK8s98_9USK6F5yXAOytrLaeK2Q&hl=pt-BR&sa=X&authuser=1#v=onepage&q&f=false](http://www.pucrs.br/tede2/handle/tede/8037)>. Acesso em: 22 mar. 2020.

LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. In: NEVES, C.E.B.; SAMIOS, E.M.B. (Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.

MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores*. 2018. 125f. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio do Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8037>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

_____. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Jurídica Unigram*, Dourados, v. 1, n. 32, p. 25-37, jul./dez.2014, p. 32. Disponível em: <https://www.academia.edu/14081368/M%C3%A9todo_comparativo_e_direito_administrativo>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 2, n. 2, p. 510-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: *Controle da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, p. 45-65, 2016.

_____. Comentários ao artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Coord). *Lei anticorrupção Comentada*. Belo horizonte: Fórum, 2018.

_____. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos e efetividade. In: Oliveira,

Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MCCAUSLAND, Allan S. The displaced employee. Disponível em: <<https://naarb.org/proceedings/pdfs/1995-191.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 191-205.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, p. 115-173, 2010.

MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*Whistleblower*): um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, v. 9, n. 30, p. 22, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5492703>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NEAR, Janet. P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics* 4 (*pre-1986*), fev. 1985, p. 1-16. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/256132631_Organizational_Dissidence_The_Case_of_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____; _____. Effective Whistle-Blowing. *Academy of Management Review*, 1995, v. 20, n. 03, p. 679-708. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265630110_Effective_Whistle-Blowing>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____; _____; DREYFUS, Suelette. Outsider ‘whistleblowers’: conceptualizing and distinguishing ‘bell-ringing’ behavior. *International Handbook on Whistleblowing Research*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 71-94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298095824_Outsider_'whistleblowers'_Conceptualizing_and_distinguishing_'bell-ringing'_behavior>. Acesso em: 20 mar. 2020.

NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del processo penal. El peligro para los derechos de los trabajadores? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 147-163.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar et al. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 26.

_____. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 81-105.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana Contra a Corrupção. 1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

_____. *Staff Rule 101.10: procedures for whistleblowers and protection against retaliation*. Disponível em: <<http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

O'REILLY, Gregory. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblower: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation*. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. *Committing to Effective Whistleblower Protection*. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/committing-to-effective-whistleblower-protection_9789264252639-en>. Acesso em: 20 jul. 2019.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175/view>>. Acesso em 05 mar. 2020.

OLIVEIRA, William Terra. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 493-507.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

_____. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAULRÉ, Bernard. Capitalismo cognitivo e financeirização dos sistemas econômicos. In: FUMAGGALI, Andrea *et. al.* *A crise da economia global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

PENDER, Kieran; CHERKASOVA, Sofya; YAMAOKA-ENKERLIN, Anna. Compliance and Whistleblowing: How technology will replace, empower and change whistleblowers. In: MADIR, Jelena. *Fintech*. Edward Elgar Publishing, 2019. p. 326-352.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática*. 2011. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

PERU. *Ley n. 29.542/2010 - Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal*. Disponível em:< https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ley29542.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

PINTO, Nathália Regina. A prática de *whistleblowing* como mecanismo de *Criminal Compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. Casas, Fábio; Costa, Rodrigo de Souza. *Modernas técnicas de investigação e Justiça penal colaborativa*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, p. 118-127, 2015.

POSNER, Cydney. The Supreme Court and the Scope of Whistleblowing Antiretaliation protections. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Disponível em:< <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/02/23/the-supreme-court-and-the-scope-of-whistleblowing-anti-retaliation-protections/>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*. John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper, n. 106, 2000.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. In: *Boletim do IBCCrim*. São Paulo: n. 159, fev. 2006, p. 10-12.

_____. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, v.1.

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

_____. et. al. *Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019.

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*, ano 26, n. 309, p. 7-8, 2018.

_____; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Consensualização administrativa no antitruste: reflexões sobre os acordos envolvendo cartéis. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena. et. al. (Coords.). *Formas consensuais de solução e conflitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 7-25, 2020. Disponível em:

<<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/150a22r2/923nh90e/5pYHUw1y86rPbEx1.pdf?fbclid=IwAR3VOdO2NxeP3z6eTmPU1Iku6lyIQwW-mnYuqLiHxTHSTRPrYb92IywuHnc>>.

Acesso em: 15 jun. 2020.

RAGAZZO, Carlos. Devemos pagar informantes de esquemas de corrupção? *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devemos-pagar-informantes-por-esquemas-de-corrupcao-13052015>>. Acesso em: 20 jul.2019.

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

REYNOLDS, Glenn Harlan. Ham sandwich nation: due process when everything is a crime. *Columbia Law review*. v. 113, 2013, p. 102-108.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allan Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômenos do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 25, nº 137, novembro de 2018, p. 89-123.

ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de whistleblower no Brasil*. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536078/ROCHA%2c%20M%2c%20a1rcio%20Antonio.%20Subsidios%20para%20programas%20de%20whistelblower.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 mar.2020.

_____. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. *Revista de doutrina do TRF-4*. 65. ed. 2015. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/Autores/Marcio_Antonio_Rocha.html>. Acesso em 10 jun. 2020.

RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SØREIDE, Tina. Beaten by Bribery: Why Not Blow the Whistle? *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE), v. 164, n. 3, 2008, p. 407–428. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40752710>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SÁ, Ana Luíza. *Compliance criminal: reflexos de sua adoção pelo particular*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et. al. (Orgs.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 223-229.

SAAD-DINIZ, Eduardo (et. al). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. Novos Modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et. al. (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 91-98.

_____. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luíza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 79-88.

_____. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal*. AIDP-GB, v. 2, 2014, p. 04.

_____; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza. *Modernas técnicas de investigação e Justiça penal colaborativa*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012.

_____. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCALCON, Raquel Lima. Doutrina do “Direito e Desenvolvimento” e a expansão do Direito Penal Econômico no Brasil: reflexões a partir do crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 22, nº 110, setembro-outubro de 2014, p. 175-197.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 222, maio. 2011.

SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guigo; BAUMANN, Dorothé. apud. SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra *et al* (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem ao Prof. Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 291-318.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 2002.

SKINNER, Christina Parajon. Whistleblowers and Financial innovation. *North Carolina Law Review*. v. 94. n. 3, p. 862-926, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570667>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Renee do ó. Projeto de lei “anticrime” e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SOUZA, Renee do ó.; CUNHA, Rogério Sanches; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 447-481.

SPAGNOLO, G. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, P. *Handbook of antitrust economics*. Cambridge: MIT Press, 2008.

SPINELLI, Mário Vinícius Classen. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 285-292.

STEIN, Jeffrey D.. How to make an innocent client plead guilty. *Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/why-innocent-people-plead-guilty/2018/01/12/e05d262c-b805-11e7-a908-a3470754bbb9_story.html>. Acesso em: 18 fev. 2020.

STEPHAN, Andreas. Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool? *CCP Working*. 15 jan. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2405933>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *A best practice guide for whistleblowing legislation*. Disponível em: <<https://www.transparency.it/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation/>>. Acesso em: 01 mar. 2020, p. 1-78.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

UBERTIS, Giulio. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria. In: *Verso um ‘giusto processo’ penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

UNITED NATIONS (UN). *Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE IN DRUGS AND CRIME (UNODC). *Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Internal Revenue Code IRC*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/compliance/whistleblower-informant-award>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Sarbanes-Oxley Law*. Disponível em: <<http://www.soqlaw.com/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Whistleblower Protection Act (WPA)*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. *Whistleblower Protection Enhancement Act (WPEA)*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-112s743enr/pdf/BILLS-112s743enr.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). *False Claims Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. _____. *Justice Department Recovers Over \$2.8 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2018*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-28-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2018>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. _____. *FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). *2017 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/files/offices/owb-annual-report-2017.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. _____. *2019 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/whistleblower/reports-and-publications/annual-reports/2019-whistleblower-annual-report>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. _____. *Regulation n. 21-F*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. INTERNAL REVENUE SERVICE. *Whistleblower Program*. Fiscal year 2019. Annual report to Congress. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5241.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020

_____. CONSUMER PRODUCT SAFETY COMMISSION. *Whistleblowers protections*. Disponível em: <<https://www.cpsc.gov/About-CPSC/Inspector-General/Whistleblower-Protection-Act-WPA>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

_____. SENATE. *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012: reporte of the committee on homeland security and governmental affairs United States Senate*. Disponível em: <https://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. SUPREME COURT. *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1276_b0nd.pdf>. Acesso em: 20. mai. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VAUGHN, Robert. State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection. *Administrative Law Review*, n. 51, p. 581-625, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40709997?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 mar. 2020.

WENSINK, Wim; VET, Jan Marten de. *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*. PWC. ECORYS and Utrecht University. 2013. Disponível em: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.