

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES

**WHISTLEBLOWING, INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS E A MENTIRA
ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA BRASILEIRA**

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES

***WHISTLEBLOWING, INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS E A
MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA
BRASILEIRA***

Porto Alegre

2022

ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES

**WHISTLEBLOWING, INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS E A
MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA
BRASILEIRA**

Tese de Doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção de grau de Doutora em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2022

Ficha Catalográfica

P667w Pires, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca

Whistleblowing, Investigações Internas Corporativas e a Mentira Organizada na Política Criminal Legislativa Brasileira / Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires. – 2022.

306f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.

1. Whistleblowing. 2. Investigações Internas Corporativas. 3. Política Criminal Legislativa. 4. Mentira Organizada. 5. Lei Federal nº 13.964/2019. I. Souza, Paulo Vinícius Sporleder de. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES

***Whistleblowing*, investigações internas corporativas e a mentira organizada na política criminal legislativa brasileira**

Tese de Doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção de grau de Doutora em Ciências Criminais.

Aprovada em 21 de janeiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Profº Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Orientador

Profª Dra. Carolina Costa Ferreira
Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Profº Dr. Giovani Agostini Saavedra
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profº Dr. Fabio Roberto D'Avila
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS)

Profº Dr. Marcelo de Almeida Ruivo dos Santos
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS)

Porto Alegre

2022

*Dedico este trabalho a meus pais, Sérgio (in memoriam) e Cecília Pires, incentivadores incansáveis,
a Evandro, Monique e Andrei Gaieski, a família que construí,
e às mulheres negras que lutam por visibilidade na Academia*

AGRADECIMENTOS

A caminhada para a escrita de uma tese não se percorre sem a acolhida, o apoio e auxílio de muitas pessoas.

Agradeço aos professores Paulo Vinícius Sporleder de Souza, pela orientação respeitosa, cuidadosa e de estímulo à autonomia acadêmica, a Ragués i Vallès e a Mariona Llobet Anglís, pela acolhida como pesquisadora visitante na Universitat Pompeu Fabra (UPF) no ano de 2020.

Sou grata, também, à Claudia Maria Dadico e à Micheli Polippo pelo incentivo e pelo olhar compreensivo acerca da importância da formação de servidores do Judiciário Federal.

De igual forma, é imprescindível agradecer à Ana Maria Prattes Barroso pela leitura dedicada aos originais deste trabalho e pelas observações carinhosas e estimulantes.

Às amigas e colegas de trabalho Cristiane Martins de Paula Luz, Cátia Rosane Silveira, Patrícia de Quadros Jobim e Patrícia Graeff, pelo encorajamento incessante e reconfortante durante todo esse período.

Merecem especial agradecimento as amigas Márcia Cristina de Brum Lopes, o melhor presente que a PUCRS me deu, e Magda de Conto, pela comovente generosidade e por ser uma parceira de longa data junto à biblioteca do Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

Às amigas Adriana Breda e Viviane Hummes, parceiras de Barcelona para vida.

Aos amigos de academia, Emilia Merlini Giuliani, Gustavo de Carvalho Marin, Rodrigo Oliveira de Camargo e Túlio Felipe Januário, pelo auxílio material inestimável à realização desta pesquisa.

A Rosana Pinheiro-Machado, pelo Curso de Escrita Acadêmica.

A Marcus Mitre e a Desirée Santos, pela revisão atenta deste texto.

*Quadro nenhum está acabado,
disse certo pintor;
Se pode sem fim continuá-lo,
primeiro, ao além do quadro
que, feito a partir de tal forma,
tem na tela, oculta, uma porta
que dá a um corredor
que leva à outra e a muitas outras*

(João Cabral de Melo Neto, "A lição de pintura")

RESUMO

Esta pesquisa se refere a uma análise, sob o viés da Política Criminal legislativa, sobre o modo e o contexto em que se deu a inserção do instituto do *whistleblowing* (denúncia privada) no direito brasileiro a partir do advento da Lei nº 13.964/2019 (o conhecido “Pacote Anticrime”). Em paralelo, o estudo é conduzido para o exame das investigações internas corporativas, uma consequência da atuação de um *whistleblower* (reportante) interno (modalidade não normatizada no Brasil) e dos impactos provocados por esses procedimentos sobre o direito à não autoincriminação do indivíduo investigado. Identifica-se, no contexto desses dois sustentáculos dos programas de *compliance* – programas de *whistleblowing* e investigações internas corporativas -, duas situações de vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos: a proteção não concretizável dada ao *whistleblower* por meio da novel legislação e a fragilidade, em razão da ausência de regramento específico e de controle judicial, das condições de defesa de uma pessoa individual sujeita a investigação realizada no interior de uma pessoa jurídica. A hipótese desenvolvida é a de que, como política pública que é, a legitimação democrática da política criminal legislativa brasileira perpassa pela preservação da verdade dos fatos, como condição anterior (pré-política) ao debate político livre, a ser concretizado pela criação de um ato legislativo. O exame da política criminal nacional, em relação a esses dois pilares dos programas de *compliance*, está estruturado a partir do diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, especialmente no que diz respeito ao trato da verdade e da mentira organizada em dois textos de referência da autora - *A Mentira na Política* e *Verdade e Política*. Como eixos de análise, examinam-se os discursos inseridos nas justificativas constantes de projetos de lei em tramitação e no projeto que deu origem à lei vigente, abordando-se, também, as incongruências e omissões da legislação vigente. Propõe-se que, a partir de um reencontro com a verdade factual, o discurso político-criminal seja reorientado em direção a uma racionalidade ética e não eficientista, o que pode permitir a superação da situação de fracasso democrático para o qual foi conduzida a política criminal atual.

Palavras-Chave: *Whistleblowing*; Investigações Internas Corporativas; Política Criminal Legislativa; Mentira Organizada; Lei Federal nº 13.964/2019.

ABSTRACT

The present research refers to an analysis, under the perspective of Legislative Criminal Policy, about the context in which the whistleblowing has inserted in the Brazilian legal system from the enactment of the Federal Act no. 13,964/2019 (named as "Anti-Crime Package"). In conjunction with it, this study is conducted to examine internal corporate investigations, a consequence of an internal *whistleblower* performance (in Brazil this particular mode has not been regulated yet) and the impacts caused by these procedures on the right of non-self-incrimination of a person under investigation. In the context of these two mainstays of compliance programs - whistleblowing programs and internal corporate investigations -, two situations of people vulnerability are identified: the unrealizable protection given to the *whistleblower* through the novel legislation and the fragility of right of non-self-incrimination, due to the absence of specific rules and judicial control, of an individual during an internal investigation process within a corporation. The hypothesis developed is that, as a public policy, the democratic legitimation of the Brazilian legislative criminal policy involves the preservation of the factual truth, as a prior (pre-political) and pivotal condition of a free political debate, which will come out later, through the legal enactment. The examination of national criminal policy, in relation to these two pillars of compliance programs, is based on the dialogue with Hannah Arendt's thought, especially in regard to the dealing with truth and lies in politics in two important essays - "Lying in Politics" and "Truth and Politics". As axes of analysis, it examines political-criminal discourses placed in the justifications within the draft bills in progress and in the current legislation. Alongside, this research focuses on the exam of failures and omissions in Brazilian legislation . It is proposed that, from a re-encounter with the factual truth, the discourse of criminal policy must be reoriented towards to be grounded in an ethical and non-efficiency rationality, which will allow the overcoming of the democratic failure, the current place of Brazilian criminal policy.

Key-words: Whistleblowing; Internal Investigations; Legislative Criminal Policy; Lying in Politics; Federal Act no. 13,964/2019.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	13
2 O DIMENSIONAMENTO DO WHISTLEBLOWING	15
2.1. SOBRE A VERDADE, A MENTIRA ORGANIZADA E A POLÍTICA CRIMINAL: O DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	15
2.2. WHISTLEBLOWER: DEFINIÇÃO, CONTEXTUALIZAÇÃO E DIFERENÇAS ENTRE AS CATEGORIAS DE INFORMANTE, DELATOR, LENIENTE E TESTEMUNHA	18
2.3 PILARES E JUSTIFICATIVAS DE UM PROGRAMA DE WHISTLEBLOWING: SOBRE A DENÚNCIA, A PROTEÇÃO E A RECOMPENSA	31
2.3.1 Denúncia: conteúdo, modalidades e proteção.....	32
2.3.2 Justificações político-criminais.....	39
2.4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA NA COMUNIDADE INTERNACIONAL	46
2.4.1 Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA).....	47
2.4.2 False Claims Act	50
2.4.3 Sarbanes Oxley Act (SOX), de 2002	55
2.4.4 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, de 2010.....	58
2.4.5 Plano de Ação Anticorrupção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).....	62
2.4.6 A normatização do <i>Whistleblowing</i> na União Europeia.....	65
3 WHISTLEBLOWING E INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS: SOBRE O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)...	74
3.1 CONCEITO, ORIGEM E MODALIDADES.....	86
3.2 AS TENSÕES ENTRE O DEVER DE COLABORAÇÃO DA EMPRESA E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE	99
3.2.1 Sobre as diretrizes para a determinação das penas (<i>United States Sentencing Guidelines – USSG</i>).....	105
3.2.2 Sobre o <i>Attorney-Client Privilege</i> e a <i>Work Product Doctrine</i>	109
3.2.3 Diretrizes orientativas do Departamento de Justiça (<i>Department of Justice – DOJ</i>) para a atuação dos órgãos de persecução penal	114

3.3 O PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> COMO LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO COOPERATIVA DA PESSOA FÍSICA ACUSADA EM UMA INVESTIGAÇÃO INTERNA.....	137
3.3.1 Sobre a adoção de um código para os procedimentos investigativos internos	142
3.3.2 Sobre o <i>nemo tenetur se detegere</i> e a promessa do <i>criminal compliance</i>	150
4 A LEI EM QUESTÃO (LEI Nº 13.964/2019): A NORMATIZAÇÃO DO WHISTLEBLOWING NO BRASIL E DEBATE SOBRE A MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA.....	165
4.1 RACIONALIDADE DAS LEIS E O DIREITO À JUSTIFICATIVA	170
4.2 OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO.....	193
4.2.1 Projeto de Lei (PL) nº 1701/2011	195
4.2.2 Projeto de Lei (PL) nº 11.116/2018	204
4.2.3 Projeto de Lei (PL) n. 3506/2012.....	226
4.3 A LEI EM VIGOR – LEI Nº 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”).....	229
4.4 A OPERATIVIDADE DA MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA: SOBRE “PENSAR O QUE ESTAMOS FAZENDO”	249
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	260
REFERÊNCIAS.....	263

1 INTRODUÇÃO

Esta tese busca analisar o *whistleblowing* (denúncia privada) e os procedimentos de investigação interna corporativa, duas atividades vinculadas aos programas de cumprimento normativo (*compliance programs*) sob a ótica das justificações político-criminais. O *whistleblowing* consiste em um mecanismo de denúncia às autoridades superiores de uma pessoa jurídica, às autoridades públicas ou aos meios de comunicação, realizada por quem (*whistleblower*) tenha conhecimento de práticas antiéticas ou ilícitas (seja no âmbito criminal ou não) dentro de uma empresa, pública ou privada. Trata-se de um meio de investigação. Na legislação nacional foi introduzido por meio das alterações que a Lei nº 13.964/2019 promoveu na Lei nº 13.608/2018 (que previa genericamente um sistema de “Disque-Denúncia”). Constitui-se em mais um instituto que corporifica a aposta contínua da política legislativa brasileira em procedimentos de colaboração (v.g. delação premiada) como instrumentos de enfrentamento à corrupção e demais delitos afetos à criminalidade empresarial.

As investigações internas corporativas, a seu turno, são procedimentos de apuração realizados por parte de uma pessoa coletiva, como expressão do seu exercício do poder de vigilância e controle sobre os riscos de sua própria atividade, bem como sobre seus funcionários e contratantes. Tais práticas objetivam, especialmente no Brasil, garantir que a empresa, quando do enfrentamento de sua responsabilização penal ou extrapenal, esteja apta a construir sua defesa perante autoridades públicas. A defesa do ente coletivo desenrola-se a partir da demonstração da efetividade de seu programa de *compliance*.

Tanto o *whistleblowing* como os procedimentos de investigação interna são examinados sob a perspectiva político-criminal. A política criminal é compreendida como política pública e, em razão disso como aparato discursivo definidor de ações estatais relacionadas ao poder punitivo. O trato dado pela ordem jurídica brasileira a esses dois dispositivos (denúncia e investigação) é diverso. Optou-se pela regulação parcial da atividade de *whistleblowing* (apenas o externo) e pela permanência de uma situação de anomia em relação às investigações internas. Compreende-se que essa incongruência da estratégica político-criminal pode ser pensada a partir da obra de Hannah Arendt (1906-

1975), especialmente dos ensaios “Verdade e Política” (1967) e “A Mentira na Política” (1968). Nos textos escolhidos se examina a relevância das articulações que a política realiza com a verdade factual e com a mentira organizada, análise que se entende apropriada para uma avaliação crítica da política criminal legislativa brasileira no que pertine aos discursos político-criminais relativos aos mecanismos sobre os quais se propõe a reflexão.

No primeiro capítulo, inicia-se pela definição e caracterização do instituto do *whistleblowing* até sua configuração mais atual. Faz-se uma digressão histórica sobre sua evolução e seus modelos e contextualiza-se como o desenvolvimento da matéria se deu em ordenamentos jurídicos comparados. Analisa-se, ainda, a legislação comparada, especificamente, as leis federais estadunidenses como a *Sarbanes-Oxley Act* e a *Dodd-Frank Act* e, no contexto Europeu, a nova Diretiva nº. 1937/2019 do Parlamento Europeu. Como esses programas de denúncia remontam, originalmente, às políticas regulatórias norte-americanas, os referentes dogmáticos utilizados foram a doutrina estadunidense e a apreciação crítica da doutrina espanhola, também influenciada pelo direito estadunidense em relação à legislação comunitária europeia mais recente.

No segundo capítulo, inserido no percurso de elaboração e da percepção dos efeitos processuais penais do instituto da denúncia privada sobre a violação de direitos fundamentais, debate-se sobre as investigações internas corporativas, uma das consequências diretas da prática do *whistleblowing*, e a potencialidade vulneradora desses procedimentos em relação ao direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) de um indivíduo investigado. Considerada a apuração, por parte da pessoa jurídica, de fatos relevantes objetos de denúncia, como uma prática através da qual a empresa exerce uma espécie de poder estatal delegado (poder de investigação), é necessário que se questione acerca de como a implementação desses procedimentos afetará a relação da empresa com a pessoa investigada e das limitações à obtenção de informações por meio de declarações advindas desse indivíduo. Aponta-se, como falso, o dilema entre a observância ao princípio da não autoincriminação do sujeito entrevistado durante um procedimento investigativo interno e o direito de a empresa, para promover sua própria defesa, realizar a apuração de fatos ilícitos no seu interior, avaliando-se as restrições possíveis à aplicação de quaisquer deles.

No terceiro capítulo (cujo título é “A lei em questão”) examina-se a política legislativa criminal brasileira, a partir da análise dos mais relevantes projetos de lei anteriores à legislação que internalizou o instituto do *whistleblowing* no Brasil (Lei nº 13.964/2019). Pretende-se demonstrar que a normatização do *whistleblowing* representa uma atuação simbólica (no sentido alegórico) e falaciosa (divorciada da verdade dos fatos) da política legislativa brasileira, uma vez que calcado em discursos de “combate” à criminalidade empresarial e à corrupção, os quais são percebidos como exemplificações concretas do uso da mentira organizada como propaganda de massa. O menoscabo à realidade fática revela a irracionalidade da política criminal e a esvazia de sentido democrático. Assim, assente-se que a recuperação da dignidade da política criminal legislativa brasileira depende da resolução de questões prévias à criação do ato legislativo, ou seja, aflora a partir do (re)encontro da política criminal com a verdade fática.

2 O DIMENSIONAMENTO DO *WHISTLEBLOWING*

2.1. SOBRE A VERDADE, A MENTIRA ORGANIZADA E A POLÍTICA CRIMINAL: O DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

A política criminal, nas palavras de Sanz Mulas, é um modo de realização da política governamental relativo à tomada de decisões sobre o modo de atuação estatal em face das práticas delitivas a fim de mantê-los em cotas toleráveis.¹ Trata-se, portanto, de um conjunto de medidas (jurídicas, sociais, educativas, econômicas) sustentadas por uma base ideológica², que são adotadas por uma sociedade politicamente organizada frente ao delito, ao delinquente, à pena, ao processo e à vítima.³

Como disciplina, a política criminal deve “oferecer aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime”.⁴ Para tanto, não se limita ao exame do delito e da legislação correlata, mas avança para o questionamento acerca da adequação ou inadequação da escolha legislativa, bem como da legitimidade democrática dos meios utilizados e das potenciais alternativas.⁵

Partindo-se da premissa de que se trata de uma política pública⁶, a política criminal constitui-se em um “mecanismo discursivo, social e político importante para

¹ SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 15.

² Segundo Marilena Chauí, ideologia é “a elaboração intelectual incorporada pelo senso comum social, por meio da qual o ponto de vista, as opiniões, as ideias de uma das classes sociais – a dominante e dirigente – tornam-se o ponto de vista e a opinião de todas as classes e de toda a sociedade”. Segundo a autora, “esse sendo comum social é, na verdade, o resultado de uma elaboração intelectual sobre a realidade, feita pelos pensadores ou intelectuais da sociedade – sacerdotes, filósofos, cientistas, professores escritores, jornalistas, artistas, que descrevem e explicam o mundo a partir do ponto de vista da classe a que pertencem e que é a classe dominante na sociedade” CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 174.

³ SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 15.

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

⁵ SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 23.

⁶ Maria Paula Dallari Bucci traz a seguinte proposição: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as

definir os caminhos da criminalização primária e para determinar os limites de aplicação do poder punitivo”.⁷ O conteúdo de seu discurso⁸ traz influências temporais, espaciais, sociais, econômicas e ideológicas, as quais são exteriorizadas, ainda que não devidamente esclarecidas, no texto legislativo penal, o que ocorre com a Lei nº. 13.964/2019, um dos pontos focais desta pesquisa ao lado das investigações internas corporativas. Nessa perspectiva, a fala Díez Ripollés:

a política criminal, como qualquer outro tipo de política pública, aspira a ser um agente de transformação social, mas confinada a um segmento limitado do comportamento social. Colocar em prática qualquer política criminal exige que sejam escolhidos, elaborados e implementados objetivos específicos que sejam coerentes com essa meta. Na eleição desses objetivos existem diversas alternativas, dependentes de modelos ideológicos e sociais diferenciados.⁹

O ponto comum entre as concepções de política criminal acima referidas reside na “ideia de política criminal como promotora de direitos fundamentais”¹⁰, ou seja, na exigência de que as ordens social, política e econômica, a serem consideradas para a sua realização prática em sociedade tenham, como paradigma, o Estado democrático de direito.

atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento do resultado”. Para a autora, o programa corresponde ao delineamento geral da política, onde “a dimensão material da política pública está contida” BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39-43.

⁷ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D’Plácido: 2017, p. 42.

⁸ Adota-se, nesta pesquisa, o conceito de discurso de Sebastião Josué Votré, para quem o discurso constitui-se em uma cadeia de enunciados que “remete ao conjunto de representações sociais, valores e ideologias de um povo, de uma corrente política, religiosa, de uma classe profissional, de uma orientação ética ou moral, que se apresentam aos membros desses agrupamentos de forma naturalizada, permanente”. Já o termo discursos, no plural, “são modos particulares que o enunciador se utiliza para se representar e representar o mundo ao enunciatário”. VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 34.

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Política Criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103-104.

¹⁰ FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2018, p. 32.

A busca de legitimação voltada aos direitos fundamentais persiste porque a justiça criminal brasileira é mais um, dentre tantos outros campos sociais, que retrata o projeto nacional inacabado, sintetizado nas palavras de Chaui - “a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada”.¹¹ Diante disso, enfrenta-se o desafio de democratizar o processo penal brasileiro em cujo programa se inserem normas geradas em contextos¹² discursivos securitários e de emergência¹³, isto é, justificadas a partir de paradigmas de regulação e de controle social. É no cenário do sistema de justiça criminal transformado em “um meio de alcance de novas provas”¹⁴ que se situa a instituição do mecanismo de *whistleblowing*.

O pensar sobre a política criminal legislativa brasileira não prescinde do entendimento acerca da tensão entre a Verdade e a Mentira Organizada, no interior dos discursos político-criminais, que cumprem função ordenadora na construção das normas processuais penais aplicáveis aos programas de *compliance*.

É fundamentalmente a partir da escolha de se refletir sobre a política criminal legislativa brasileira a partir do advento do instituto do *whistleblowing*, uma ferramenta de auxílio à “efetividade investigativa sobre casos de delitos cometidos no âmbito de organizações”¹⁵, que a atualidade do pensamento de Hannah Arendt (1906-1975) se evidencia como parâmetro de compreensão do autoritarismo que caracteriza essa política pública. Os textos escolhidos para a construção argumentativa que fundamenta esta tese são dois ensaios - “Verdade e Política” (1967)¹⁶, “A Mentira na Política” (1968)¹⁷ e o livro a “Condição Humana” (1958)¹⁸-, além de consulta a comentadores da

¹¹ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 32.

¹² Segundo Votre, “a atividade discursiva é simultaneamente condicionada pelo contexto e transformadora dele”. VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 29.

¹³ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma Crítica da Razão Fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 17.

¹⁴ FERREIRA, Carolina Costa. Retomando agendas de pesquisa: aportes criminológicos. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 02, 2021, p. 62-82, p. 74. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/33>. Acesso em: 8 out. 2021.

¹⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 72-99, p. 86.

¹⁶ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 282-326.

¹⁷ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48.

referida autora no sentido de buscar auxílio na elucidação das categorias supramencionadas.

Para o que interessa a esta investigação, cabe mencionar, desde já, a escolha das categorias que norteiam a escrita desta tese. Adota-se a *verdade factual/fática*¹⁹ no sentido pensado por Arendt, que consiste “naquilo que não podemos modificar; metaforicamente, no solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós”.²⁰ Essa verdade possui relevância política porque “informa o pensamento político exatamente como a verdade racional informa a especulação filosófica”.²¹ Ela não é considerada como um conceito político, mas sim anterior à política (“um problema político de primeiro plano”²²) e com potencial de articular-se com ela, possibilidade que se estende à política criminal legislativa.

De modo conjunto, Arendt se ocupa da *mentira organizada*, que exsurge como um estratagema contra a verdade fática, está orientada a “sempre destruir aquilo que decide negar”²³, o que deve ser entendido, modernamente, como “um rearranjo completo de toda a trama factual, a criação de outra realidade”²⁴. Segundo a autora, as mentiras sempre foram consideradas “como ferramentas necessárias e justificáveis ao ofício não só do político ou do demagogo, como também do estadista”.²⁵ Arendt pontua que, dada a sua ínsita contingência, a textura dos fatos está sempre passível de ser “perfurada por mentiras comuns ou pela mentira organizada de grupos, classes ou nações, de ser negada e distorcida, encoberta por camadas de falsidade ou deixada cair no esquecimento”.²⁶ A operatividade da mentira organizada, dá-se, portanto, com a

¹⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

¹⁹ Não se coloca, como um dos vetores desta escrita, os conceitos de verdade no direito penal e/ou no processo penal, tampouco as verdades científicas e filosóficas (verdades não políticas). O que interessa, aqui, é a relevância política da verdade fática, donde se justifica a escolha pela aproximação ao pensamento de Hannah Arendt, ainda que a autora não tenha dedicado a elaborar um conceito de verdade.

²⁰ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 282-326, p. 325.

²¹ *Ibid.*, p. 295-296.

²² *Ibid.*, p. 294.

²³ *Ibid.*, p. 312.

²⁴ *Ibid.*, p. 313.

²⁵ *Ibid.*, p. 283.

²⁶ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48, p. 16.

negação e/ou manipulação deliberada, da factualidade (realidade, concretude) dos fatos.²⁷

A partir de alguns conceitos-chave de Arendt (v.g. mentira organizada, verdade factual, ação, política, mundo, pluralidade), a abordagem desta pesquisa se dá a partir da descrição do modo como se utiliza a mentira organizada (falseamento dos fatos), em contraposição à verdade factual (verdade dos fatos) para se discorrer sobre escolhas de política legislativa. A leitura que se faz é a de que a mentira organizada é utilizada como uma estratégia discursiva da política criminal legislativa brasileira para referendar a formulação da(s) norma(s) que rege(m) o instituto do *whistleblowing*. Ao mesmo tempo, essa manipulação dos fatos apoia o discurso que nega, ou considera menos relevante, a imprescindibilidade de se formular regimentos que garantam o direito de defesa de um sujeito em um cenário de investigação interna corporativa.

Não se identifica um debate público esclarecedor em relação às limitadas condições de possibilidade do instituto do *whistleblowing* no cenário nacional, tampouco em relação à observância ao princípio da não autoincriminação no interior de procedimentos investigativos realizados por empresas. Entende-se que o motivo para o não aprofundamento da discussão sobre esses temas seja a necessidade de se manter as expectativas geradas, na sociedade, por parte discurso que glorifica a instituição dos programas de *whistleblowing* e os propagandeia como uma ferramenta indispensável para o “combate” aos delitos de corrupção e a crimes empresariais. Assim, para que as falas “de combate” e “de luta” se mantenham palatáveis, opta-se por não se revelar, sequer discutir, a proteção deficiente dada pela norma vigente ao *whistleblower*. Já,

²⁷ Esclarece a autora que: “O apagamento da linha divisória entre verdade factual e opinião é uma das inúmeras formas que o mentir pode assumir, todas elas são formas de ação. O mentiroso é um homem de ação, ao passo que o que fala a verdade, quer ele diga a verdade factual ou racional, notoriamente não o é. [...] Difícilmente haverá uma figura política mais passível de suspeição justificada do que o contador da verdade profissional, que descobriu alguma feliz coincidência entre a verdade e o interesse. O mentiroso, ao contrário, não carece de uma acomodação equívoca semelhante para aparecer no palco político. Ele tem a grande vantagem de estar sempre, por assim dizer, em meio a ele. Ele é um ator por natureza. Ele diz o que não é por desejar que as coisas sejam diferentes daquilo que são – isto é, ele quer transformar o mundo” ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 282-326, p. 309-310.

quanto ao sujeito investigado em um procedimento interno corporativo, a escolha é por escamotear a fragilidade provocada pela situação de anomia.²⁸

Assim, a confiança depositada na articulação da mentira organizada com a política criminal interessa aos enunciadores de discursos eficientistas porque, ao obstaculizarem o debate público de orientação normativa democrática, eliminam-se maiores questionamentos acerca de aspectos que não sejam convenientes às práticas autoritárias que caracterizam o processo penal brasileiro.²⁹

Diante da “tensão entre os objetivos econômicos corporativos e as finalidades jurídicas, que poderão ser diametralmente opostas aos fins negociais”³⁰, pretende-se responder aos seguintes questionamentos: (I) como se coloca o problema da mentira organizada na política criminal legislativa brasileira em relação ao *whistleblowing* e às *investigações internas corporativas*? (II) qual o enfrentamento adequado, sob o ponto de vista de tutela de direitos fundamentais, em relação ao princípio que veda a autoincriminação, no âmbito dos procedimentos investigativos internos realizados no cenário corporativo? (III) o discurso que defende a atuação do *whistleblower*, como ferramenta essencial de controle da criminalidade, é legítimo sob o ponto de vista da verdade factual, ou se constitui em mais um exemplo concreto de propaganda de massas? (IV) qual a condição de possibilidade da alegada “inclusão do cidadão na

²⁸ Segundo Arendt: “Como o mentiroso é livre para moldar os seus ‘fatos’ adequando-os ao proveito e ao prazer, ou mesmo às meras expectativas de sua audiência, o mais provável é que ele seja mais convincente do que o que diz a verdade. [...] A mentira política moderna lida eficientemente com as coisas em, em absoluto, constituem segredos, mas são conhecidas praticamente por todo mundo. Isso é óbvio no caso em que a história reescrita sob os olhos daqueles que a testemunharam, mas é igualmente verdadeiro na criação de imagens de toda a espécie, na qual todo o fato conhecido e estabelecido pode do mesmo modo ser negado ou negligenciado caso possa vir a prejudicar a imagem; porquanto uma imagem, ao contrário de um retrato à moda antiga, deve, não bajular a realidade, mas oferecer um adequado sucedâneo dela”. Ibid., p. 311-312.

²⁹ Para Arendt, “uma das lições a serem aprendidas com a experiência totalitária diz respeito à assustadora confiança que os detentores do poder tinham na mentira e na capacidade da mesma de reescrever a história, uma ou outra vez, para adaptar o passado à linha política do momento presente ou eliminar dados que não se ajustam às suas ideologias” ARENDT, Hannah. *A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono*. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 17.

³⁰ ANDRADE, Ana Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos centros legislativos comunitários. In: **Revista de Estudos Criminais**, ano XV, n. 63, p. 95-129, p. 110.

persecução legal, ou seja, da concretização do exercício de uma cidadania ativa”³¹ por meio da instituição do *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro?

2.2. WHISTLEBLOWER: DEFINIÇÃO, CONTEXTUALIZAÇÃO E DIFERENÇAS ENTRE AS CATEGORIAS DE DELATOR, LENIENTE, INFORMANTE E TESTEMUNHA

Whistleblowing (denúncia) é uma metáfora que se refere à atividade de quem, literalmente, “sopra o apito” para sustar uma ação, quando jogadores cometem uma falta durante um jogo. Os *whistleblowers* (denunciantes) são, desse modo, os que sinalizam que algo potencialmente errado está ocorrendo.³² Ramon Ragués faz referência à analogia que concerne a antigos policiais ingleses que, por meio do “sopro do apito”, advertiam os transeuntes sobre a presença de delinquentes.³³

Não há, contudo, uma concepção jurídica uniforme sobre o *whistleblowing*.³⁴ E essa divergência, que fomenta os intensos debates sobre a sua abrangência e definição de seus elementos constitutivos³⁵, orientará o modo como será feita a regulação desse instituto.

Segundo Santoro e Kumar, o *whistleblowing* é o ato de divulgar informação, originária de organizações públicas e privadas, com o propósito de revelar: graves violações de direitos dos cidadãos, falhas nas prestações de contas da atividade governamental (*accountability*), ou a prática de corrupção em órgãos públicos e privados,

³¹ BITTAR, Walter. Capítulo 14. Lei que dispõe sobre o Whistleblower. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 171-175, p. 175.

³² CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 17.

³³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 19.

³⁴ Neste estudo, o uso preferencial é do termo na língua inglesa (*whistleblowing*). Tomam-se, como sinônimos, os vocábulos “denúncia”, “reporte” e “informações”, ainda que não guardem a precisão do enunciado original.

³⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; TAVARES FERREIRA, Ana Lúcia. O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. **Revista Científica do CPJM, [S. l.]**, v. 1, n. 01, p. 43–60, p. 45, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/7>. Acesso em: 27 set. 2021.

desde que apresentem perigo, imediato ou potencial, ao interesse público.³⁶ Brandão acresce, a essa definição, a necessidade de que o reporte do comportamento ilegal, ou irregular, seja realizado por um agente que possua, ou que tenha possuído, vínculo com o ente público ou privado onde o fato tenha ocorrido.³⁷ Essa postura, nitidamente, incentiva a manifestação “daqueles que sejam os melhores conhecedores dos fatos (v.g. trabalhadores, funcionários da Administração)”.³⁸

O sujeito que realiza o ato de denunciar é denominado de *whistleblower*³⁹, reportante ou alertador. Trata-se daquele “membro ou antigo membro de uma determinada organização, pública ou privada, que denuncia práticas ilícitas ou antiéticas levadas a cabo por parte da própria organização, ou por sujeitos que a integram, dando conhecimento de tais fatos a seus superiores, às autoridades ou terceiras pessoas”.⁴⁰ Para García Moreno, é alertador “a pessoa que revela informação negativa sobre uma organização (pública ou privada) com a qual, geralmente, tenha algum vínculo, o que lhe permite ter um maior conhecimento sobre suas práticas e de seu pessoal”.⁴¹

O conteúdo a ser informado, por parte de um empregado ou dirigente da entidade, pode dizer respeito tanto a um ilícito (penal ou extrapenal) como a um comportamento que afronte regramentos éticos impostos, seja praticado de modo negligente ou de maneira intencional.⁴²⁴³

³⁶ SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 1. (tradução nossa).

³⁷ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**. n. 161, Janeiro-Março 2020, p. 99-113, p. 99.

³⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing interno. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dirs.) **Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 459-486, p. 456- 459.

³⁹ Nesta pesquisa, lança-se mão dos vocábulos “reportante”, “informante”, “alertador” e “denunciante” como sinônimos viáveis para retratar a figura do agente que realiza o reporte.

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 20.

⁴¹ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 259.

⁴² GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 259.

A figura do *whistleblower* evoluiu da configuração inicial de um caça recompensas (era do *False Claims Act*, de 1863), passando por sua conformação como *ethical resister* (no período pós-*watergate*), ambas ainda vigentes, mas está cada vez mais atrelada aos sistemas de *compliance*.⁴⁴ De uma forma de dissidência civil - “a desobediência civil da era da informação”⁴⁵ - a figura jurídica do *whistleblower* tem sido estendida à condição de mecanismo de participação da sociedade civil na prevenção e descoberta de ilícitos, com destaque para a criminalidade empresarial e para a corrupção.⁴⁶

Na perspectiva de criminalidade contemporânea, em que, ao Estado, é colocado o desafio de enfrentar as novas condutas típicas surgidas em um contexto econômico globalizado, o direito penal é “convocado a reforçar a busca por uma maior estabilidade em mercados, caracterizados pela incerteza, acerca do comportamento dos agentes econômicos”.⁴⁷ Por tais motivos, a adoção de programas de *compliance*, cujo objeto de

⁴³ Kumar e Santoro destacam que: “Os casos de denúncia geralmente surgem em dois campos: em casos de má conduta profissional (principalmente corrupção na administração pública ou em empresas privadas) e quando se tratam de sérias as violações de direitos dos cidadãos à privacidade e à informação perpetradas pelos governos, muitas vezes sob o disfarce de sigilo. Quanto ao primeiro, a denúncia de irregularidades desempenha um papel importante na prevenção da corrupção, devido a divulgações importantes indisponíveis para o público ou para autoridades competentes, e no restabelecimento, se for o caso, na confiança no bom funcionamento das instituições públicas e das empresas privadas. A segunda forma de denúncia diz respeito a casos de abuso de governo que afeta os direitos dos cidadãos. O abuso do governo não envolve, necessariamente, a violação da lei, mas a atuação de agências executivas de poder, sejam eles, os próprios governos ou as instituições sob seus controles, quando o exercício de poder se dê além de seu mandato constitucional”. KUMAR, Manohar; SANTORO, Daniele. A justification of whistleblowing. **Philosophy and Social Criticism**, SAGE Publications, 2017, v. 43 (7), p. 669–684, p. 669-670 (tradução nossa).

⁴⁴ GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 38-42.

⁴⁵ MADARASZ, Norman. De Chomsky a Snowden: a transição da desobediência civil ao “whistle-blowing”. In: PONTEL, Evandro; TAUCHEN, Jair; REITER, Ricardo Luis. **Democracia e Desobediência Civil**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2019, p. 27-56, p. 36. No mesmo sentido SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 1. (tradução nossa).

⁴⁶ SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeiro. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 38, Maio-Ago 2019, p. 31-44, p. 40.

⁴⁷ “A formação de uma nova cultura organizacional que tem nos programas de *criminal compliance* um elemento nuclear. Estes, por sua vez, consistem em formas de controle procedimental do comportamento empresarial com vistas ao cumprimento de determinados objetivos, comumente vinculados à observância de normas jurídicas e ao delineamento de uma identidade ética corporativa própria. De orientação fundamentalmente preventiva, os programas de cumprimento caracterizam-se por uma maior complexidade normativa no âmbito das normas de conduta, estabelecendo *standards* comportamentais com pretensão de abrangência principalmente sobre aquelas situações de maior risco para a atividade da empresa, aliados a instrumentos internos de investigação e controle”. MARIN, Gustavo de Carvalho.

estudo são as “estratégias de gestão de risco”⁴⁸, surge como um modelo organizacional composto de “medidas destinadas a impedir e esclarecer as infrações dos colaboradores da organização ou, pelo menos, limitar a prática de crimes ao redor da atividade empresarial”⁴⁹.

A esse respeito, é relevante referir que os discursos justificadores do *compliance*, em sua maioria, partem da seguinte premissa: apesar de inegáveis vantagens do regime público de regulação (*public enforcement of regulations*), quais sejam, alta qualificação das autoridades públicas, atividade direcionada a objetivos sociais ditados por uma política pública e a existência de meios mais amplos de detecção e investigação, esses regimes “nem sempre conseguem um nível ótimo de prevenção”⁵⁰. O não atingimento desse nível é atribuído aos custos da burocracia estatal e ao menor nível de eficiência econômica.⁵¹ A “busca por celeridade” e a “insuficiência de recursos econômicos estatais” são, portanto, os pretextos que robustecem e estruturam as posturas efficientistas justificadoras da “importação de institutos negociais” e definidoras de seu desenho.⁵²

Dentre as ferramentas utilizadas para a imposição e regulação de padrões de conduta, a serem seguidos por indivíduos e organizações, encontra-se o estímulo à autogestão da empresa (*enforced self-regulation*), ou seja, a uma “forma de regulação estatal do mundo empresarial, subordinada a fins ou interesses públicos pré-determinados pelo Estado, no interesse de reorientar sua atuação por um intervencionismo à

Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 69-80, p. 73-74.

⁴⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (Coord.). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general y especial**. Barcelona: Atelier, 2020, p. 97-119, p. 98 (tradução nossa). De acordo com a autora, “a gestão de risco se vincula com certas dinâmicas de negócio nas quais, através da promoção do cumprimento normativo, se prioriza, entre outras coisas, a redução dos custos operativos e de auditoria, a redução das perdas operativas e a otimização da cobertura e prêmio de seguros” Ibid., p. 98.

⁴⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. Breves Reflexões sobre o Criminal Compliance. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 73, Abril-Junho 2019, p. 53-76, p. 57.

⁵⁰ Ibid., p. 65.

⁵¹ Ibid., p. 65.

⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano XVIII, v. 19, n. 76, Janeiro- Março 2020, p. 153-173, p. 162 e 166.

distância”⁵³. Ocorre que, consoante destaca Busato, quando se está em uma situação de déficit de cumprimento normativo, não há clareza nas vantagens da autorregulação em detrimento da heterorregulação, especialmente em relação ao motivo pelo qual se pode esperar melhores resultados daquela, haja vista os distintos fins entre o sistema privado e o estatal.⁵⁴

A falta de precisão discursiva é uma característica de muitas das medidas de *compliance*. A ameaça de imputação penal a empresas e a indivíduos, ao exteriorizar uma fala interessada do mercado, explicita que o desenvolvimento das soluções de *compliance*, no Brasil, está limitado à formação de um indústria autorreferenciada.⁵⁵ A função preventiva que é atribuída aos deveres de cumprimento normativo (obrigações de *compliance*), revela uma estratégia regulatória calcada no fetiche do risco (risco

⁵³ COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance**. prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-75, p. 51.

⁵⁴ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance. In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 21-55, p. 24-25. Para Busato, a partir da ideia de responsabilização penal da pessoa jurídica por defeito de organização (um dos elementos de atribuição de responsabilidade ao ente coletivo), a consideração de que uma “boa organização” se baseia na fórmula utilizada em sistemas de cumprimento, acabou por “deposit[ar] a semente a respeito do *compliance* no âmbito da imputação jurídico-penal de responsabilidade às empresas”. O autor se posiciona contrariamente à ideia de que um programa de *compliance* possa, a priori, isentar de pena uma empresa. Argumenta que “o próprio delito é prova contundente da irrelevância ou ineficácia dos mecanismos de cumprimento que se teriam organizado antes de sua ocorrência”. Mas a evidência que preocupa o autor é o fato de que a discussão acerca do *compliance* marginalizou o debate sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica converteu-se em seu eixo, um fim em si mesmo (para retratar isso, o autor usa a expressão “a cauda que balança o cachorro”). Isso significa, segundo destaca o penalista, que, “deixando-se para trás as questões centrais de auto e heterorresponsabilidade, ação, nexos de causalidade e culpabilidade, a discussão do *compliance* tornou-se central no que respeita às métricas de efetividade, deveres de fiscalização e posições de garantia” Ibid., p. 32-34. No mesmo sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 79.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-109, p. 91. A esse respeito, Ivó Coca Vila, ao analisar os efeitos jurídico-penais dos programas de *compliance* no direito penal espanhol trabalha com três grupos de efeitos: (a) o de mitigar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, haja vista a previsão legal (no CP espanhol) de atenuação da pena; (b) a possibilidade de o estabelecimento de programas de cumprimento ser considerado elemento constitutivo do injusto da pessoa jurídica (o delito consistiria no ato de não se autorregular de forma eficaz, a defeituosa configuração de seu âmbito de organização), e (c) a possibilidade de codeterminação da responsabilidade penal das pessoas físicas no marco da delinquência da empresa. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-75, p. 65-66.

compliance) e que, por se tratar de um dispositivo de segurança, exerce funções não declaradas.⁵⁶ Os dispositivos de segurança constituem-se em argumentos de autoridade utilizados para, de forma muitas vezes velada, defender-se a limitação de garantias legais a determinados sujeitos.

Nesse contexto discursivo⁵⁷ o *whistleblowing* é percebido como um mecanismo facilitador da obtenção de informação acerca de condutas antiéticas, irregulares e ilícitas. A sua finalidade vai desde o auxílio em ações preventivas dentro da empresa, como na aferição da efetiva aplicação de um programa de cumprimento que permita, a depender do caso, mitigar ou surprimir eventual responsabilização criminal ou administrativa da pessoa jurídica. Ocorre, contudo, que o excesso de expectativas geradas pelo advento do *criminal compliance*, no contexto jurídico brasileiro, alcança tanto o *whistleblowing* quanto as investigações internas corporativas (a serem tratados no capítulo seguinte), de maneira direta e rotunda.

Como medidas específicas inseridas em uma gama de “pautas organizativas e procedimentais”⁵⁸ relacionadas ao cumprimento normativo, os procedimentos de denúncia e de investigação interna são retratados, nas falas mais efusivas, quase que como substitutos desses programas de cumprimento. As práticas de denúncia e de investigação privada, consideradas “pilares” do *compliance*, são vistas, por seus entusiastas, como métodos suficientes para o manejo do risco da atividade empresarial e para a modificação de comportamento de sujeitos e empresas. Assumindo-se um olhar crítico sobre o fenômeno e refletindo-se sobre suas condições de realização, pensa-se que a alegada “demanda pela implementação de modelos de incentivo a delatores externos,

⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – v.1, n.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 147-172, p. 165.

⁵⁷ Segundo Votre, “contexto é o entorno de um enunciado/discurso, o que vem antes e o que vem depois desse enunciado; pode ser estritamente linguístico, como o contexto fonológico e o sintático; pode ser imediato ou mediato; em sentido amplo, equivale à situação de enunciação e, portanto, pode ser de natureza econômica, ideológica, política, social e cultural”. VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 29.

⁵⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Compliance*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general y especial**. Barcelona: Atelier, 2020, p. 97-119, p. 99 (tradução nossa).

com foco na eficácia investigativa,”⁵⁹ deve ser expressa em melhores e mais precisos termos, sob pena de não se superar a etapa da “etérea crença”⁶⁰, muito influenciada pela boa percepção social do advento da colaboração premiada.⁶¹ Sobre a ideia de cumprimento normativo como redenção, cita-se Víctor Gabriel Rodríguez:

A propaganda funciona muito, então o Estado percebe que houve nova reestruturação natural de sua burocracia, a princípio não intencional: funcionários, antes alocados nas polícias e controladorias em geral, agora fazem parte de uma única força, também enfeixada - a inteligência do sistema de delações. Sua propaganda, sua eficácia, a manutenção dos canais de denúncia e de julgamento, a constante propaganda e as estratégias vindouras. Dentre elas, a de substituir o sistema de valores intragrupos por valores universais e, para isso, nada melhor que o moralismo.⁶²

Propala-se a existência de uma “demanda social” pela estruturação de ferramentas direcionadas à detecção de comportamentos delitivos. Marin e David pontuam que as “irritações nos fluxos tradicionais de informação”, provocadas pelo *whistleblowing*, permitem uma reação mais veloz do ente coletivo frente a um ilícito, superando-se estruturas burocráticas e a opacidade de grandes empresas e, exatamente por isso, servem a um discurso de “efetividade na promoção de segurança negocial e transformação do sistema de justiça criminal”.⁶³ Assim, sob o válido argumento de que os *whistleblowers* podem oferecer informações sobre irregularidades e ilícitos ocorridos no interior das entidades em que trabalham, de modo mais preciso e rápido em comparação a um investigação pública, lança-se mão de um empreendimento discursivo orientado a

⁵⁹ FERREIRA, Luciano Alberto. Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147, setembro 2018, p. 433-458, p. 438.

⁶⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. Breves Reflexões sobre o Criminal Compliance. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 19, n. 73, Abril-Junho 2019, p. 53-76, p. 60.

⁶¹ MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de whistleblowing: da retórica à necessária verificação de efetividade. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 99-116, p. 104. De acordo com os autores, “é no rigor do ‘combate’ à criminalidade empresarial que se depositam expectativas de reorientação de éticas individuais, estimulando-se denúncias ‘de dentro para fora’ como estratégia de incremento da capacidade persecutória do Estado, sobretudo com relação a organizações empresariais e estatais mais complexas” Ibid., p. 104.

⁶² RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.178.

⁶³ MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de whistleblowing: da retórica à necessária verificação de efetividade. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 99-116, p. 101.

camuflar a potencialidade lesiva desse meio de investigação, especialmente no que tange à deterioração das relações intersubjetivas dentro de uma empresa.

Ocorre que, mais do que uma necessidade, um pendor ou uma predisposição social, “a imposição do *whistleblowing* faz parte de um programa entre nações, documentado e expresso em todos os idiomas”⁶⁴, ou seja, reflete a priorização de uma “agenda internacional de padronização dos instrumentos de controle da criminalidade econômica”⁶⁵ em detrimento do impulso à ética, à transparência institucional, à cidadania participativa, à liberdade de expressão e à promoção dos direitos humanos. Trata-se, em verdade, da expansão de um modelo de vigilância.

Ainda que não se possa ignorar a relevância do ato de revelar condutas antiéticas ou ilícitas em um ambiente organizacional, público ou privado, considera-se que a regulação do *whistleblowing*, qualquer que seja a sua modalidade (tópico a seguir), integra uma estratégia de mercado. Isso se explica porque o mercado, desvinculado da “deontologia da normatividade pensada por uma ética geral”, e fulcrado na doutrina do *laissez-faire economics* (Friedman), “justifica a salvação de um modelo de Estado desinteressado no equilíbrio social”.⁶⁶ Em desinteresse parece ser uma das motivações encobertas do discurso político-criminal hegemônico e que ignora os efeitos perniciosos do incentivo a uma cultura da denúncia.

Há vigorosas críticas direcionadas a esse incentivo à suspeita e à desconfiança. Além dos prováveis “prejuízos causados à interação no âmbito organizacional”⁶⁷, a ausência de evidências empíricas acerca dos benefícios da atividade é indicada como

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 6. Outra premissa tomada pelo autor para a delação premiada e que se entende aplicável ao *whistleblowing* é que se trata de prática cujo feito não é o de matéria adjetiva, mas o de conteúdo material ou misto (o que conduz ao direito penal), pois os regramentos que lhe são correlatos influenciam o *se* e o *como* do *criminal procedure*, mas não fazem parte da natureza do mesmo. *Ibid.*, p. 8-9.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-109, p. 92.

⁶⁶ MADARASZ, Norman. De Chomsky a Snowden: a transição da desobediência civil ao “whistleblowing”. In: PONTEL, Evandro; TAUCHEN, Jair; REITER, Ricardo Luis. **Democracia e Desobediência Civil**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2019, p. 27-56, p. 41.

⁶⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; TAVARES FERREIRA, Ana Lúcia. O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 43-60, p. 54-55, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/7>. Acesso em: 27 set 2021.

mais uma desvantagem dessa política pública. Importante, neste ponto, é a reflexão trazida na fala de Sanz Mulas:

Agora a prioridade nas políticas do Estado está nos homens de negócio, que são os que ditam aos governantes as medidas a se adotar, e nas quais certamente importam mais as cifras do que as pessoas. Uma política de dependência absoluta do Estado em relação ao mercado financeiro mundial, e dos poderes privados constituídos em seu amparo, que limita significativamente sua capacidade de governo sobre importantes variáveis da economia mundial. Isto é, neste contexto também se altera a ordem das coisas, ameaçando com o derrubamento do Estado-nação, pois parece se impor um “Governo global sem Estado global”, no qual um punhado de instituições (o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o G8 e a Organização Mundial do Comércio) e uns poucos participantes (os Ministros das Finanças, economia e comércio) são só que controlam o cenário mundial. É a politização da economia de mercado global.⁶⁸

Em sendo manifesto que o poder político engendra o direito, a regulação da atividade de *whistleblowing* está legitimada, eticamente, quando esclarece “o que a política de um Estado pensa dele e sobre ele”.⁶⁹ Contudo é aqui que reside o problema de muitas das normatizações: não está sendo deslindado, de modo suficiente, o que o Estado e as empresas podem esperar do agente reportante (conteúdo de sua denúncia, modo de atuação), tampouco o que o *whistleblower* pode esperar de ambos (processamento do reporte, proteção, medidas de apoio). A dificuldade de resposta a essas questões desvela os enormes desafios para a realização concreta desse instituto.

A forma de se regular a atuação do *whistleblower* é um modo de exteriorização da (ir)racionalidade da política criminal legislativa de um Estado ou de um grupo de Estados. Tal racionalidade depende, segundo a compreensão que norteia essa tese, de uma relação que observe a imprescindível articulação entre a política criminal e a verdade factual. A verdade factual é tida como a condição primeira para a construção de um debate público honesto entre sujeitos realmente informados, ainda que a notória contingência dos fatos os torna passível de manipulação por parte de estratégias discursivas que objetivem o manejo de massas, a criação de um senso comum.

⁶⁸ SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 62.

⁶⁹ AUGUSTO DE LUCA, Javier. Whistleblowers, arrendidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 172–194, p. 184, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/17>. Acesso em: 12 out. 2021.

O tema da verdade e sua relação de tensão no modo de se articular com a política, em relação ao qual Hannah Arendt dedicou parte de sua obra, é resgatado nesta pesquisa para que se discuta *se e em que termos*, a liberdade do sujeito que se propõe a fazer uma denúncia voluntária está sendo sacrificada⁷⁰ ou instrumentalizada para sustentar o desenvolvimento de alguns mecanismos sobre os quais se apoia a cultura do *compliance*. No Brasil, os potenciais efeitos sociais decorrentes desse compromisso podem não ser verificáveis, empiricamente, no momento atual, mas já são perceptíveis como um problema ético e jurídico.

Tem-se, como referência, que não há “desenvolvimento” político-criminal que não contemple a liberdade. Consoante Arendt, “a relação entre a política e a liberdade deve ser entendida como sendo a *política* um meio e a *liberdade* seu objetivo mais elevado”.⁷¹ Ao se enxergar que a mentira organizada “adentrou” ao conteúdo dos discursos que “vendem” o *whistleblowing* como um método de investigação, apto a mitigar a inefetividade e morosidade estatal, depreende-se que o cenário político-criminal brasileiro está inculcado pelo autoengano. A orientação adotada pelo discurso hegemônico é a construção de imagens em favor de uma política criminal que incentiva o *self policing* e, ao mesmo tempo, que pugna pelo afastamento do controle estatal.

A mentira organizada⁷² é entendida, portanto, como orientadora da política criminal legislativa brasileira. Os enunciadores dos discursos eficientistas (impregnados por uma racionalidade que não quer se assumir autoritária) possuem a noção clara, e não declarada, de que a “efetividade” de um programa de reporte (*whistleblowing*) será alcançada às custas de graves lesões a direitos (até mesmo do próprio reportante⁷³). Há um agir político deliberado e orientado ao escamoteamento da verdade factual (daquilo que não se pode modificar), pois, do contrário, o interesse de determinados agentes na

⁷⁰ ARENDT, Hannah. O que é Política? Tradução de Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 51.

⁷¹ Ibid. p. 75.

⁷² ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 287-288.

⁷³ Ceva e Bocchiola afirmam que, na prática, muitos whistleblowers são mais conhecidos pelo público não pela sua atuação contra a corrupção, em prol da responsabilização corporativa ou pelo aprimoramento da transparência governamental, mas pelas trágicas consequências pessoais e reputacionais que sofrem. CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 3-4.

fala que apregoa o alcance da eficiência investigativa a todo custo seria evidenciado, de modo mais ostensivo, para a sociedade. E isso não é interessante para os defensores de práticas autoritárias ou daqueles que os representam, na medida em que desvelaria que o incentivo à cultura da denúncia não é “a solução” para “os problemas” causados pela corrupção e pela criminalidade empresarial.

Partindo-se da premissa de que a discussão acadêmica é um dos “refúgios da verdade”⁷⁴, um ambiente público de resistência da verdade fática, a dimensão que se procura conferir ao *whistleblowing*, por estar muito distante da idolatria e do entusiasmo, não prescinde de uma maior e mais precisa delimitação dessa figura jurídica. O desejado impacto que esse meio de investigação pode causar em um projeto político criminal, que pretenda conduzir atividades negociais para um modo mais ético, depende de uma dimensão mais estrita e analítica do instituto.

Prossegue-se, assim, com as necessárias distinções entre a atividade do *whistleblower* e figuras jurídicas próximas ou aproximadas, sendo de rigor que se faça menção a alguns outros institutos.

A figura do *whistleblower* não se confunde com a do delator, aquele agente que, “por ter coparticipado na realização criminosa, é objeto de investigação penal, mas se beneficia, por colaborar com as autoridades públicas, fornecendo elementos probatórios, informações essenciais ou identificando outros intervenientes”.⁷⁵ A delação, como meio de obtenção de prova, implica “o afastamento do acusado de sua posição resistência, a partir da fragilização de sua defesa e a aderência à persecução penal”.⁷⁶ Os benefícios materiais são os estímulos sem os quais a celebração da avença não se realiza no processo penal.⁷⁷

⁷⁴ Ibid., p. 322.

⁷⁵ SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeiro. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 38, Maio-Ago 2019, p. 31-44, p. 40.

⁷⁶ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

⁷⁷ Essa foi a linha adotada pelas recentes alterações promovidas por meio do artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 (o vulgarmente chamado “Pacote Anticrime”) na Lei nº 12.850/2013 (inserção do artigo 3º-A), estabeleceu que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; [...] e dá outras providências.

Desta feita, em um acordo de delação premiada, exige-se que a “colaboração” abarque a narrativa de todos os fatos ilícitos para os quais concorrera o delator. Tal ajuste deve conter a descrição, da forma mais analítica possível, com todas as suas circunstâncias, indicando-se as provas e os elementos de corroboração (artigo 3º-C, §§ 1º, 3º e 4º). Por fim, cabe referir que, diante da opção legislativa brasileira pela concepção do *whistleblower* como um agente que reporta a prática de ilícitos ou ilegalidades das quais não tenha tomado parte (não há a previsão de *whistleblower* arrependido), as semelhanças entre esses dois institutos se resume à “revelação de fatos secretos (*disclosure*)”⁷⁸ e aos consideráveis problemas na sua realização prática ocasionada pela redação sofrível dos textos legislativos.⁷⁹

A proximidade do *whistleblowing* com o acordo de leniência limita-se à percepção de que o bom funcionamento de ambos os mecanismos, é adotado, em seus próprios contextos, como uma das métricas de efetividade de um programa de cumprimento normativo (*compliance*).⁸⁰ O acordo de leniência constitui-se em um instrumento que concretiza consensos entre entes coletivos e algumas autoridades públicas, permitindo-se, assim, o abrandamento da pena imposta à pessoa jurídica em troca de um conjunto de obrigações.⁸¹ A pessoa física, portanto, não pode ostentar a condição de leniente.

Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 02 nov 2021.

⁷⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-109, p. 101.

⁷⁹ Sobre o tema BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 157, p. 175-208, Jul. 2019. DAVID, Décio Franco. Colaboração Premiada: considerações sobre os avanços e omissões da Lei nº 13.964/2019 – com enfoque sobre os efeitos extrapenais. In: PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza (Org.). **Estudos sobre a Lei Anticrime**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 298-314.

⁸⁰ Utiliza-se “programa de cumprimento normativo” como sinônimo de “compliance program” ou “programa de compliance”. Silveira, em texto contemporâneo ao advento da Lei nº 12.846/2013 (LAC) e anterior ao advento do *whistleblowing* no Brasil, chegou, inclusive, a apontar que, no caso do Brasil, as denúncias no setor empresarial (entendidas como *whistleblowing*), no caso brasileiro deveriam ser compreendidas sob o prisma de Acordo de Leniência (um novo pilar fundamental de um programa de compliance). SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, v. 947, set./2014, p. 157-177, p. 164.

⁸¹ PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020, p. 29-30.

É importante referir que, no Brasil, existe mais de um tipo de programa de leniência: (i) o da lei antitruste (artigo 87 da Lei nº 12.529/2011⁸²); (ii) as avenças específicas no âmbito da regulação financeira e do mercado de capitais (artigos 30 a 32 da Lei nº 13.506/2017⁸³ - os denominados acordos administrativos em processo de revisão) e (iii) aqueles arranjos previstos na legislação anticorrupção (artigos 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013⁸⁴). A falta de regramentos específicos na Lei Anticorrupção (LAC) acerca do processamento desse tipo de negociação (v.g. “multiplicidade institucional entre atores que celebram e controlam acordos e a ideia de ‘balcão único’ que pressuporia alguma coordenação entre eles”⁸⁵) é apontada por Barrilari como fruto de uma má estruturação que responsabiliza, no campo administrativo, a empresa.⁸⁶ De fato, não há, na lei, indicações acerca da necessidade de responsabilização individual, ao mesmo tempo em que se incentiva a denúncia de irregularidades no âmbito da pessoa jurídica⁸⁷.

Está-se, portanto, diante de uma “uma recompensa pela admissão de práticas irregulares, de compromisso em eliminá-las, da colaboração com as investigações e de

⁸² BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 nov 2021.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017**. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; [...] e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 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. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

⁸⁵ PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020, p. 181.

⁸⁶ BARRILARI, Claudia Cristina. Passado e futuro da responsabilidade penal corporativa. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41-63, p. 48. Sobre as falhas da legislação, o não dito pelo legislador, são pertinentes as observações de Pimenta quanto à “existência de negociação [que] embaralha as tarefas de monitorar, investigar e sancionar, tanto em sua dimensão temporal (não são funções sequenciadas, mas feitas ao mesmo tempo), quanto em sua dimensão institucional (os atores tomam para si funções que eram reservadas a outros – por exemplo, o MPF ou a CGU quando negociam acordos, também sancionam as empresas, função que estaria reservada, tradicionalmente, ao Judiciário).” Tal discricionariedade prejudica o desempenho das “funções da rede de accountability” e tornam tais acordos “instrumentos extremamente delicados à política de controle da corrupção” e que, se concretizados por meio de “negociações sem balizas ou sem alguma forma de transparência (ainda que se preserve o sentido das negociações)”, perdem, inequivocamente, sua legitimidade. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020, p. 30.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 30.

processo administrativo, mediante certas condições”⁸⁸ que, ao contrário da leniência concorrencial (Lei nº 12.529/2011), não possui reflexos penais. A seu turno, o *whistleblower*, além de ser, necessariamente, pessoa física, não possui interesse próprio no modo como se desenvolverá a persecução criminal, ou nos termos em que se realizará a redução dos sancionamentos a serem impostos, o que o afasta, peremptoriamente, da figura do leniente.

Já a distinção entre *whistleblower* e uma testemunha reside, em primeiro lugar, na voluntariedade da comunicação realizada pelo primeiro e que não se verifica na atuação de um testigo em juízo. Um indivíduo que ostenta a condição de testemunha é aquele chamado a comparecer frente a uma autoridade judicial para esclarecer fatos em relação aos quais fora espectador. Não há, por parte de quem é testemunha, uma conduta deliberada e orientada para a revelação de fatos a um terceiro. Já o reportante age direcionado a revelar ilegalidades e ilícitos dos quais tenha conhecimento.

A lei processual brasileira, em regra, estabelece que “toda a pessoa pode ser testemunha”⁸⁹, que o indivíduo, salvo exceções legais, não pode se eximir da obrigação de depor e que possui o compromisso de dizer a verdade⁹⁰. O *whistleblower*, deste modo, a par de não ser considerado uma testemunha, quando possível, deverá ter a valoração do seu depoimento segundo as regras atinentes à prova testemunhal.⁹¹

De igual modo não se confunde o *whistleblower* com a figura de um informante. Informantes podem ser considerados como “as testemunhas que não prestam compromisso de dizer a verdade”, em virtude da existência de interesse no deslinde dos fatos, ou de relação interpessoal entre o sujeito que fornece informações, durante um depoimento, e o réu. Diversamente, no que tange ao *whistleblower*, o que deve pautar sua

⁸⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPÍNOLA. Luíza Moura Costa. O whistleblowing como meio de obtenção de prova no direito processual penal brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 14, v. 21, n. 1, Janeiro-Abril 2020, p. 275-293, p. 283.

⁸⁹ Artigo 202 do CPP. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 01 maio 2020.

⁹⁰ Artigo 206 do CPP.

⁹¹ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 63.

decisão de revelar informações é o interesse público, observadas as delimitações de conteúdo impostas por parte da legislação de regência.

Em tendo sido feitas as diferenciações necessárias, retoma-se a definição de *whistleblowing* como um “modo de recolhimento e investigação de conteúdo criminalmente relevante”. Trata-se de uma prática que envolve, ao menos, quatro elementos: (i) o *whistleblower*; (ii) a denúncia (reporte); (iii) a parte a quem é endereçado o relato e (iv) a organização contra a qual o reporte é apresentado.⁹² A esses podem ser acrescidos dois elementos: (v) o objeto da denúncia e (vi) a motivação.⁹³

Entende-se, contudo, que, dado o seu subjetivismo, os motivos da realização do relato não devem ser considerados essenciais para o processamento dos reportes decorrentes da atividade de *whistleblowing*. A razoabilidade do relato, uma condição para o seu processamento a partir de um referencial processual penal (requisitos da denúncia), é que poderá servir de elemento de depuração do conteúdo denunciado por se constituir em um componente de caráter mais objetivo.

2.3 PILARES E JUSTIFICATIVAS DE UM PROGRAMA DE *WHISTLEBLOWING*: SOBRE A DENÚNCIA, A PROTEÇÃO E A RECOMPENSA

A atribuição da condição de *whistleblower* deverá ser restrita a algumas categorias de sujeitos, assim como nem toda a intervenção de particulares na atividade de detecção de um delito será considerada atividade de *whistleblowing*. É necessário que se evite a ampliação do alcance subjetivo dessa figura, o que dificulta a delimitação das consequências jurídicas do instituto.

Inicia-se pelo exame da denúncia em si, de seu conteúdo (o que pode ser denunciado) e dos critérios para sua aceitação e futuro processamento. Em momento posterior, trata-se sobre as possibilidades de proteção reconhecidas e sobre a recompensa como fator de estímulo.

⁹² MICELI, Marcia; NEAR, Janet. Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. **Journal of Business Ethics**, v. 4, n. 1, 1985, p. 2.

⁹³ CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 17.

2.3.1 Denúncia: conteúdo, modalidades e proteção

De início cabe pontuar que, por se conceber, na esteira da definição de *whistleblowing* supramencionada, que essa atividade deve ser voluntária, não se verifica compatibilização possível entre o agir do *whistleblower* e a existência de um dever de denúncia especificamente normatizado.⁹⁴ A colisão de deveres deve ser evitada (v.g. hipótese em que a comunicação de possível infração também possa ser considerada como falta funcional⁹⁵), bem como a possibilidade de que eventual recompensa acabe por desvirtuar a atuação de um sujeito obrigado no desenvolvimento rotineiro de seu mister.

Sobre o conteúdo do relato, é importante que os reportes ultrapassem as narrativas de pouco valor, os boatos, as fofocas e que se evite a coleta de informações que reflitam uma deliberada exposição, por parte do denunciante, de questões de relacionamento interpessoal e que não devam ser divulgadas no ambiente empresarial.⁹⁶

Exige-se que a denúncia feita se constitua em um relato congruente, verossímil e com o fornecimento de indícios mínimos do que se alega, independentemente do canal que será utilizado para o envio do reporte (canal de denúncia interno ou externo, veículos de imprensa), seja de forma anônima, confidencial ou aberta. A congruência mínima a permitir que um relato seja considerado razoável demanda, na prática, que o *whistleblower* possua, ou tenha possuído, algum tipo de vinculação ou liame institucional com a empresa (que tenha sido contratante, fornecedor, prestador de serviço terceirizado, emprego, ex-empregado, funcionário temporário), porquanto é essa relação que lhe proporciona uma aproximação com as condutas irregulares ou ilícitas que deseje, voluntariamente, revelar. Ou seja, esse *membership requirement* é essencial para se distinguir um *whistleblower* de um “espião”, de um infiltrado.⁹⁷

⁹⁴ No Brasil, podem ser tidos, como exemplo, policiais, membros do Ministério Público, pessoas que possuam dever de informação (v.g. Lei de Lavagem de Capitais), servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8.112/90.

⁹⁵ MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante**. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 26.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁷ CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 25.

Sobre o fornecimento de elementos de prova dos fatos reportados, tem-se que tal exigência imporia custoso e dessarazado ônus a quem decide colaborar com uma investigação. A produção probatória é encargo do qual, no mais das vezes, nem mesmo os órgãos de persecução criminal conseguem se desincumbir. Não se deve ignorar, também, que o estímulo a que o *whistleblower* junte provas, no momento em que faz seu relato, é pernicioso porque pode conduzi-lo à coleta de elementos probantes, ou informativos, de modo ilícito.⁹⁸

A respeito dos motivos que levem alguém a denunciar, parecem acertadas as escolhas legislativas, como a brasileira, que não estabelecem a boa-fé como requisito para uma denúncia ser recebida e processada. A dificuldade prática de se diferenciar interesse público e interesse pessoal, ou, ainda, da se compreender a conexão entre ambos, produz desestímulo a um potencial *whistleblower*.⁹⁹ O modo de aferição da boa-fé objetiva, a orientar a conduta de um possível denunciante, se já enfrenta adversidades no direito privado (campo em que o debate sobre a dicotomia interesse privado/interesse público ocorre sob uma perspectiva obrigacional), tornar-se-ia obstáculo de difícil superação na seara criminal ou administrativa.

A relevância da motivação do *whistleblower* deve ser reconhecida em hipóteses restritas, como, por exemplo, nos casos em que a falta de confiança, por parte do denunciante, no início de uma investigação, o conduza a optar pela divulgação pública (órgãos de imprensa)¹⁰⁰. Na busca por uma maior objetividade, crê-se acertada exigência de que a denúncia se constitua em um relato razoável. Se há demonstração de que o *whistleblower* acredita serem verídicos os fatos reportados (crença razoável), a proteção pessoal lhe é devida.

⁹⁸ Vide Caso Falciani (*infra*).

⁹⁹ BACHMAIER WINTER, Lorena. Whistleblowing europeo y compliance: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. **Diario La Ley**, n. 9539, 18 dez. 2019, p.1-8 (tradução nossa).

¹⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing interno. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (dir.) **Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 459-486, p. 477 (tradução nossa).

Além da proteção, as políticas de *whistleblowing* podem estar calcadas em outro eixo: o incentivo.¹⁰¹

Ao mesmo tempo em que posição privilegiada de um potencial *whistleblower* é condição que facilita um conhecimento mais aprofundado dos fatos a serem denunciados, ela também favorece práticas de retaliação contra o mesmo. São essas circunstâncias que justificam a adoção de medidas protetivas a esse reportante.

Em um primeiro momento, há que se fazer referência à maneira de se conceder proteção à identidade do *whistleblower* – o anonimato e a confidencialidade.

As denúncias anônimas conferem maior proteção ao denunciante, pois a sua identidade é protegida até mesmo em relação às pessoas encarregadas do recebimento das denúncias, uma vez que não são fornecidos quaisquer dados do *whistleblower* no momento da realização da denúncia. Esse anteparo mais robusto ao reportante pode provocar um aumento do número de relatos, contudo o volume de denúncias oferecidas pode ser de pior qualidade em termos de conteúdo, uma vez que essa modalidade permite ao reportante agir sem muito compromisso com a razoabilidade do relato.¹⁰²

García Moreno assevera ser possível uma abertura para o anonimato, quando a situação particular do alertador (*whistleblower*) justifique, a saber, nas hipóteses em que se trate de narrativa suficientemente fundamentada ou quando o bem jurídico mereça especial atenção (v.g. integridade física, liberdade sexual).¹⁰³ Magro Servet sustenta que a denúncia anônima pode ser tida como um indício que permita a obtenção posterior de provas diretas, de modo que o risco das denúncias falsas possivelmente seria minimizado diante da eficácia nas descobertas posteriores de fatos ilícitos.¹⁰⁴ De fato, uma denúncia anônima, se considerada relevante, dar início a uma investigação criminal, haja vista que

¹⁰¹ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 273.

¹⁰² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 63.

¹⁰³ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia 2019, In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 279 (tradução nossa).

¹⁰⁴ MAGRO SERVET, Vicente. ¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?, **Diario La Ley**, Madrid, n. 9586, de 4 de mar de 2020, p. 6 e 8 (tradução nossa).

se trata de fonte de conhecimento direto que serve de elemento informativo a ser analisado durante o procedimento investigativo.¹⁰⁵ O problema é que essa garantia não se concretiza por muito tempo, pois sua plena realização afetaria a credibilidade de qualquer sistema de coleta e informação e prejudicaria a defesa daquele que passa a ser objeto da imputação. Não há, pois, condição de efetivação do anonimato, por longo período¹⁰⁶, caso persista a pretensão investigativa que avance ao exame da autoria do fato denunciado. O anonimato pleno limitaria eventual investigação à análise da materialidade de um delito ou de ilícito extrapenal, excluída.

As denúncias confidenciais são aquelas em que os funcionários encarregados de promover a investigação (responsáveis pelo recebimento da denúncia, membros de um comitê gestor do canal receptor ou de outro tipo de unidade de recebimento análoga) conhecem a identidade do denunciante.¹⁰⁷ Essa modalidade permite, em regra, um melhor aproveitamento da estrutura de *compliance*, uma vez que, ao não divulgar a identidade do denunciante, abre-se a possibilidade de que o *whistleblower* seja contatado em momento posterior para, por exemplo, promover a complementação de informações, fornecer de mais elementos que auxiliem na apuração dos fatos narrados e até mesmo para ser informado sobre o processamento e/ou arquivamento do relato. Assim como ocorre em relação ao anonimato, a manutenção da confidencialidade não pode perdurar indefinidamente, sob pena de se chocar com os direitos de defesa da pessoa imputada na medida em que o impedem de contradizer as acusações adequadamente.¹⁰⁸

Como já se defendeu em outro lugar, recomenda-se que o relato confidencial deva ser priorizado, observando-se, contudo, que a proteção da identidade do denunciante, para ser constitucionalmente válida, deve se limitar ao período inicial necessário para a apuração preliminar do fato ilícito relatado.¹⁰⁹ A obrigação de se manter

¹⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 62.

¹⁰⁶ LOBATO, José Danilo Tavares; PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e whistleblowing. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23, n. 275, outubro 2015, p. 4-5, p. 4.

¹⁰⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 65.

¹⁰⁸ Ibid., p. 65.

¹⁰⁹ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 69.

oculta a identidade do alertador em relação a terceiros, dentro e fora da empresa, não se estende às autoridades encarregadas da persecução criminal e da autoridade judicial. Isso é um fator de desincentivo à denúncia, porque não é provável que o reportante deseje se envolver em um procedimento judicial, em que possa, por exemplo, ser arrolado como testemunha (mesmo que na condição de testemunha protegida).¹¹⁰

De fato, a opção pela denúncia anônima ou pela confidencial depende da modalidade de *compliance* implantada em uma entidade. Todavia, como adverte Nieto Martín, a confidencialidade se adapta melhor a um modelo fundado na transparência e no diálogo e orientado em princípios éticos, especialmente porque há uma pessoa de identidade conhecida que pode ser sancionada, por exemplo, em face de uma revelação falsa.¹¹¹ García Moreno, a seu turno, recomenda que, nesses casos, o gerenciamento do canal de denúncias seja realizado por um provedor externo (*outsourcing*), a fim de garantir a lisura de procedimento¹¹², especialmente a cadeia de custódia de informação ou de prova colhida durante a investigação.

Em texto de referência sobre o tema, Ramon Ragués examina os *pros* e os *contras* de uma política criminal que vê e estimula a participação do cidadão como um informante em potencial, o que perpassa pelo estudo do modelo de programa de *whistleblowing* a ser adotado. Como medidas jurídicas para incentivar as denúncias, são sugeridas as seguintes providências: (a) a imposição de deveres de denúncia específicos, com sancionamentos que não sejam simbólicos; (b) a promessa de recompensa, recurso utilizado pelos EUA desde a *False Claims Act* e *Dodd-Franck Act* e (c) oferecimento de benefícios penais (para o caso do *whistleblower* arrependido).¹¹³ O próprio autor lança

¹¹⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 5 (tradução nossa).

¹¹¹ Ibid., p. 5.

¹¹² GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia 2019, In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 278. Na mesma linha de entendimento: NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 6 (tradução nossa).

¹¹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing interno. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (dir.) **Responsabilidad de la**

dúvidas sobre a eficácia desses programas, em termos preventivos, o que se constitui em um atualíssimo debate em termos de criminologia corporativa, uma vez que não existem muitos estudos empíricos que demonstrem a efetividade dos canais de denúncia na detecção de ilícitos ou de seu efeito dissuasório.¹¹⁴

No que diz respeito às demais medidas de proteção ao reportante, cumpre frisar que é imprescindível que esses meios possam ser efetivos, para além de um abstrato rol exemplificativo. Merecem, pois, normatização acurada. Mais do que a previsão de proteção contra despedida arbitrária, remoção peremptória, redução de salário, é exigível que se perquirira a forma de acolhimento do denunciante após a ocorrência de uma prática de retaliação, como, por exemplo, a demissão. Entendimento diverso, torna atribuível ao *criminal compliance* o jargão popular do qual se faz uso para se referir ao sistema de justiça criminal - “uma máquina de moer gente”, isto é, um sistema que propicia a corrosão de subjetividades.

2.3.1.1 *Whistleblowing interno/indireto, externo/direto*

Como bem sintetizou Fauzi Choukr, consideradas as incongruências de quaisquer dos modelos a seguir expostos, “a tomada de posição orientará o desenho das políticas públicas sobre a matéria, especialmente, em países de alto grau de comprometimento ético de suas instituições oficiais”.¹¹⁵

A primeira modalidade de reporte, o *whistleblowing* interno, diz respeito a um sistema de denúncias, implantado dentro das empresas, para o recebimento de

Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 459-486, p. 464.

¹¹⁴ Em pesquisa sobre como *as hotlines* funcionam, na prática, Eugene Soltes coordenou um estudo de campo em 250 empresas para aferir a disponibilidade e a responsividade dos canais de denúncias em dois grandes grupos de temas: reportes relativos a assuntos financeiros e questões concernentes às relações de trabalho. Um dos resultados apurados foi que um quinto das empresas tinham problemas de acessibilidade (v.g. linha telefônica que não funcionava, direcionamento incorreto via *website*), o que dificultou a recepção de relatos. Referiu, ainda, que um percentual de 10% das empresas não responderam, de modo tempestivo, a uma denúncia feita. SOLTES, Eugene. Paper versus practice: a field investigation of integrity hotlines. **Journal of Accounting Research**, v. 58, n. 2, maio 2020, p. 429-470.

¹¹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 131-143, p. 136. 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 30 set. 2021.

informações por parte do *whistleblower* que, nessa hipótese, serão trabalhadores e terceiros próximos aos fatos (ex-funcionários, clientes, acionistas, contratantes, fornecedores, servidores públicos).¹¹⁶

A justificativa político-criminal da denúncia interna é “o reforço à governança corporativa, o aprofundamento de uma ética empresarial”¹¹⁷ e a necessidade de se dar oportunidade à empresa para que tome uma atitude de afirmação da efetividade dos seus sistemas de *compliance*. Trata-se de uma aposta explícita no *compliance* como estratégia que promove o conhecimento da empresa dos ilícitos cometidos em seu interior e, a partir dessa ciência, permite à entidade que intente medidas (preventivas e repressivas) sem a necessidade de uma intervenção prévia de autoridades públicas.

O canal de denúncia é considerado um instrumento valioso, tanto no setor privado como no setor público, porquanto “coloca à disposição da companhia uma fonte de informação de primeira mão, que pode ser efetivamente útil a ponto de elidir uma possível responsabilidade penal”.¹¹⁸ Para tanto, deve a empresa ter condições organizacionais de reagir adequadamente, a partir do estabelecimento de uma estrutura para receber denúncias (eficácia) e, a partir disso, poder atuar como instrumento preventivo de controle social (efetividade), auxiliando não apenas na mudança do ambiente corporativo/empresarial, mas, essencialmente, na modificação das estratégias de detecção e eventual repressão de condutas ilícitas.¹¹⁹

Apesar das reconhecidas vantagens, não se pode ignorar algumas inconveniências dos programas de *whistleblowing* interno para a concretização de políticas públicas direcionadas à prevenção e detecção de delitos. É preciso destacar que: (a) como primeiro conhecedor da denúncia, a empresa potencialmente responsável estará em uma posição de privilégio em relação aos elementos informativos/probatórios

¹¹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 121.

¹¹⁷ Ibid., p. 85.

¹¹⁸ GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia 2019, In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 260

¹¹⁹ MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de whistleblowing: da retórica à necessária verificação de efetividade. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 99-116, p. 112.

colhidos, circunstância que oportuniza eventual manipulação das informações coletadas, por parte do ente coletivo, antes da remessa das mesmas às autoridades públicas e (b) como consequência natural da implantação desses sistemas de detecção, delega-se, às corporações a realização de atividades “policiais” delicadas, como são as investigações internas, com inegável risco de se vulnerar direitos de pessoas denunciadas.

Por tais razões, é pertinente a advertência acerca da imprescindibilidade, para a eficácia de um programa de *compliance*, a existência do que Nieto Martín apontou como “um entorno processual propício e adaptado, pois é o que permite que as empresas realizem investigações internas e que essas possam ser utilizadas no processo penal ou em outro processo público”.¹²⁰ No mesmo sentido, Baer pontua que, durante uma investigação interna, deverão ser estabelecidos regramentos ou protocolos que permitam, às pessoas encarregadas desses procedimentos, estarem aptas a conciliar obrigações e interesses, concorrentes e contraditórios, nessa relação trilateral que se coloca: governo-empresa-empregado investigado.¹²¹ Como se pode inferir, a relação empresa-funcionário e/ou empresa-*external enforcers* será afetada pelo modo como se dará a investigação interna corporativa. Por via de consequência, a demanda por um procedimento investigativo que observe os direitos fundamentais do sujeito investigado depende do desenho organizacional do programa de *compliance* e, por isso, torna o debate sobre a regulação dos procedimentos a serem realizados, no âmbito das práticas investigativas privadas, uma questão premente.

Já o *whistleblowing* externo deve ser compreendido como todo o ato de comunicação, realizado por um empregado ou antigo empregado de uma organização acerca de atividades ilegais ou ilícitas, cometidas no marco da atividade dessa entidade, que seja direcionado a um destinatário (pessoa ou instituição) alheio ao local dos fatos.¹²²

¹²⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. n: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (org.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

¹²¹ BAER, Miriam. When the Corporation investigates itself. **Brooklyn Law School Legal Studies**. março 2018, p. 1-32, p.2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3143725> Acesso em: 24 nov 2021.

¹²² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing interno. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dirs.) **Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 459-486, p. 477.

Esta modalidade não se presta para atender denúncias de pessoas estranhas à organização, mesmo quando possam ser usuários de seus serviços.¹²³ O fator determinante para que se classifique uma denúncia como externa é que o órgão receptor seja diverso do ente que serviu de local para o ilícito. Além disso, é cabível qualificar-se, como *whistleblowing* externo, a divulgação pública a órgão de mídia, o que se fundamenta no temor de que as autoridades públicas estejam comprometidas com a não detecção ou processamento das irregularidades ou das ilicitudes averiguadas.

Para Lobato, essa modalidade tem a capacidade de provocar situações de colisão de deveres e direitos, uma vez que a transmissão de informações pode infringir sigilo privado e profissional, além de mitigar a justificativa prática dos sistemas de *compliance* para a descoberta de fraudes corporativas.¹²⁴ Inevitavelmente, a atuação do empregado que denuncie em órgão externo à empresa chamará atenção, porque, não é raro (v.g. Snowden), que a atuação do *whistleblower* esteja relacionada à violação de algum dever funcional e que isso possa ter repercussão civil, trabalhista, administrativa, além da criminal.¹²⁵ As denúncias que ganham repercussão pública movimentam o imaginário coletivo e trazem ao debate público questões sobre deveres funcionais, lealdade e outros valores morais.

A resistência ao *whistleblower* externo também se funda no argumento de que essa modalidade representa uma subtração do controle empresarial sobre o que se deve comunicar aos agentes de persecução criminal. Não se pode negar que a possibilidade de denúncia externa reduz, significativamente, a importância da estrutura de cumprimento normativo interno, dificultando a futura detecção e dissuasão de fraudes corporativas e outros delitos. O que não se pode ignorar, contudo, é a possível pretensão, por parte de um ente coletivo, de manter o maior controle possível sobre o que será transmitido às autoridades públicas, vantagem que permitirá, inclusive, a escolha de bodes expiatórios.¹²⁶

¹²³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 149.

¹²⁴ LOBATO, Danilo Tavares. Breves reflexões sobre o criminal compliance. Revista de Estudos Criminais, n. 73. abr.-jun. 2019. p. 70.

¹²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 149.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 25.

2.3.1.2 *Whistleblowing* incentivado e não incentivado

O modelo de *whistleblowing* não incentivado remete a uma colaboração cidadã sem a previsão de qualquer recompensa em pecúnia em troca da denúncia feita. É o modelo adotado pela União Europeia na atual Diretiva 2019/1937 (*infra*), que parte de uma concepção de que não se deva incentivar, economicamente, os potenciais *whistleblowers* para que o instituto não se desvirtue de sua orientação original – a atuação a partir de um compromisso ético.

Contrariamente, a modalidade incentivada procura incutir, através de prêmios, uma atitude colaborativa não voluntária em sua origem. É o que as legislações brasileira (Lei nº 13.964/2019) e estadunidense adotam (*v.g Sarbanes-Oxley Act*, de 2002).

2.3.2 Justificações político-criminais

2.3.2.1 *O whistleblower* como caça recompensas

Essa tarefa de *body hunter* foi exercida em um contexto histórico no qual os denunciante (particulares) exerciam funções policiais em determinadas situações como, por exemplo, a de xerife e a de posse *comitatus*, em uma época em que era frequente o recurso à colaboração cidadã na investigação e na repressão de crimes.¹²⁷ Surge, no cenário estadunidense, durante a Guerra da Secessão (1861-1865).

A concepção de *whistleblower*, nesse espectro, tem o sentido de avaliar a privatização de certas funções de segurança e polícia quando não havia, nos Estados Unidos da América, uma Administração Pública minimamente estruturada. Essa modalidade foi impulsionada pelo advento da *False Claims Act*, de 1863, a seguir examinada (2.4.2).

¹²⁷ GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador**: la regulación europea de los canales de denuncia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 39.

2.3.2.2 *O whistleblower como defensor das instituições democráticas - ethical resister*

A atuação do *whistleblower*, como um *ethical resister*, tem relação com uma atitude de resistência ao abuso de poder, seja por parte do governo ou por grandes empresas. A atividade de *whistleblower*, nesta hipótese, funda-se na ideia de se reforçar e/ou de se restabelecer procedimentos de transparência ou de se garantir, em face da liberdade de expressão, o espaço para uma fala dissidente, em relação ao *status quo*, um discurso de reforço aos valores democráticos e constitucionais de um país.¹²⁸

O contexto histórico em que surgiu esse debate está relacionado a período posterior à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o qual foi caracterizado pela imposição de regulações a empresas (públicas e privadas) cuja finalidade foi promover o controle desses entes em relação aos riscos derivados de sua própria atividade. A justificativa para tanto estava fundada na verificação da incapacidade estatal de supervisão e vigilância sobre a atuação das mesmas.

Nesse cenário, merece destaque o surgimento, nos Estados Unidos da América, do *Civil Service Reform Act* (Lei da Reforma do Serviço Público), de 1978. Essa lei federal se dirigiu à proteção de quaisquer funcionários do governo federal que tivessem divulgado, às autoridades superiores, legitimamente, certas classes de informações (não confidenciais).¹²⁹ Havia a previsão de sanções para os agentes que retaliassem os *whistleblowers*, bem como a possibilidade de denúncia anônima.¹³⁰ Não se conferia proteção aos denunciantes que reportassem para imprensa, televisão ou outras formas de mídia pública.

O conteúdo das informações desejadas dizia respeito à ilegalidade, má gestão, desperdício grosseiro de fundos públicos ou perigo substancial para o público.¹³¹ Foi

¹²⁸ SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 4.

¹²⁹ FOX, Richard. Protecting the whistleblower. **Adelaide Law Review**. v. 15, n. 2, Setembro 1993, p. 137-164, p. 138-139.

¹³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Civil Service Reform Act**. Washington, D.C., Outubro, 1978. Disponível em: <https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg1111.pdf>. Acesso em: 02 dez 2021.

¹³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Civil Service Reform Act**. Washington, D.C., Outubro, 1978. Disponível em:

instituído um Conselho de Proteção de Sistemas para fornecer auxílio aos funcionários, em relação às medidas de proteção contra represálias e de compensação (recompensa), mas, apesar de suas boas intenções, a legislação teve pouco impacto no incentivo à divulgação de irregularidades ou ilícitos.¹³² Em 1989, com a promulgação do *Whistleblower Protection Act* 1989, houve um reforço nas medidas de proteção e a modificação (mitigação) na regra relativa ao ônus da prova imposto aos *whistleblowers*.¹³³

A justificativa político-criminal, nesta hipótese, vincula a denúncia a uma atuação que defenda a existência de um limite às práticas institucionais secretas, à usurpação de poder em favor de interesses privados ou às ações estatais que impliquem restrições ilegítimas a direitos ou liberdades.¹³⁴ Trata-se de uma visão relevante no debate político atual, pois a atuação do *whistleblowing*, nestes casos, revela “esquemas que minam o fundamento constitucional pelo qual se legitima o sistema democrático de governo”.¹³⁵ Isso torna perceptível como a intensificação das práticas acima mencionadas pode afetar o ambiente democrático.

Santoro e Kumar reconhecem que a denúncia de irregularidades políticas é um assunto controverso e que, muitas vezes, polariza as opiniões entre aqueles que defendem a liberdade civil, como padrão de responsabilidade pública, e os que tratam essas revelações como simples atos de terrorismo contra segurança nacional.¹³⁶

García Moreno entende que se esse agir, como *ethical resister*, está caracterizado por uma modificação paradigmática: a intervenção do *whistleblower* se distancia de interesses pessoais (recompensa/prejuízo) e passa a ser “impulsionada por

<https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg1111.pdf>. Acesso em: 02 dez 2021.

¹³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Civil Service Reform Act**. Washington, D.C., Outubro, 1978. Disponível em: <https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg1111.pdf>. Acesso em 02 dez 2021.

¹³³ FOX, Richard. Protecting the whistleblower. **Adelaide Law Review**. v. 15, n. 2, Setembro 1993, p. 137-164, p. 139.

¹³⁴ SANTORO, Daniele; KUMAR, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 6.

¹³⁵ MADARASZ, Norman. De Chomsky a Snowden: a transição da desobediência civil ao ‘whistleblowing’. In: PONTEL, Evandro; TAUCHEN, Jair; REITER, Ricardo Luis. **Democracia e Desobediência Civil**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2019, p. 27-56, p. 37.

¹³⁶ KUMAR, Manohar; SANTORO, Daniele. A justification of whistleblowing. **Philosophy and Social Criticism**, SAGE Publications, 2017, v. 43 (7), p. 669–684, p. 669-670.

convicções morais e de consciência social”.¹³⁷ Assinala-se, a título de complementação, que, para além dos valores morais e da consciência social, o interesse do reportante, neste caso, deve também ser percebido como um movimento de ação política, como uma ação livre que se expressa no espaço público e pauta o debate das políticas públicas.

Nesse sentido, cabe a referência à observação de Macedo no sentido de que o atual contexto de vazamentos de informações sigilosas no mundo digital, com a inestimável ajuda da mídia¹³⁸, aponta para a necessidade de governos mais transparentes e que protejam tão somente o que é justificável proteger.¹³⁹ Por força disso, entende-se, como mais acertada, a denominação desse agir do *whistleblower* como uma atividade de *whistleblowing* político. Sua atuação é um exemplo de ação política, nos termos concebidos por Arendt, ou seja, ação livre e direcionada à reorganização da vida pública.

¹³⁷ GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia 2019, In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 261-262

¹³⁸ Em novembro de 2017, o Paradise Papers foi divulgado globalmente através da rede do ICIJ, mas os créditos pela matéria foram de dois jornalistas alemães. A documentação difundida, cuja extensão é de 13,4 milhões de documentos eletrônicos, em um total de 1,4 terabytes, que comprovaria o envolvimento de mais de 120 mil pessoas com paraísos fiscais e empresas *offshore* a fim de, possivelmente, mascarar diversas práticas delitivas (da evasão fiscal à lavagem de dinheiro). Essa divulgação consistiu no segundo maior vazamento de dados confidenciais da história, ficando atrás apenas do Panama Papers, e foi último capítulo de uma série de revelações realizadas pelo Consórcio Internacional de Jornalistas. International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ). **Paradise Papers**. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/>. Acesso em 12 dez. 2021. O Panama Papers, divulgado em abril de 2016, é o maior vazamento de dados da história, por enquanto. Consiste em um conjunto de 11,5 milhões de documentos confidenciais que totalizam 2,6 terabytes em tamanho. Tal documentação aponta detalhadamente para 214 mil empresas offshore que se valiam das vantagens financeiras de um paraíso fiscal para esconder possíveis crimes. O evento tem seu nome em decorrência do vazamento ter ocorrido de dentro de uma sociedade de advogados, Mossack & Fonseca, cuja sede era no Panamá. Essa exposição envolveu desde líderes políticos a celebridades. International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ). **Panama Papers**. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/>. Acesso em: 12 dez. 2021. O ICIJ (Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos, na sigla em inglês) e este jornal digital Poder 360 já realizaram sete outras investigações além dos *Pandora Papers*. Essas séries de reportagens foram publicadas de 2015 a 2020 e revelaram pelo menos 358 casos de *offshores* de brasileiros. Entre outros, estão pessoas citadas na operação Lava Jato, políticos, empresários bilionários, donos de grupos de mídia, artistas e jogadores de futebol. Em 03 de outubro de 2021 começam a ser publicadas as reportagens da série Pandora Papers, investigação jornalística que analisou uma robusta base de documentos (11,9 milhões) International Consortium of Investigative Journalists. **Pandora Papers**. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

¹³⁹ MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores**. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 36.

Os casos de Elsborg, Snowden e Manning podem ser vistos, sob a ótica acima citada, de maneira bastante direta. Tratam-se de denúncias de inegável relevância pública, porquanto revelaram irregularidades institucionais (v.g corrupção política) e abusos por parte do poder público.¹⁴⁰ O comprometimento institucional verificado nas sociedades democráticas onde ocorreram os fatos narrados, bem como os efeitos nefastos dessa corrosão, nas relações dos cidadãos entre si e nas suas relações com essas mesmas instituições, foram tornados públicos. Esse desnudamento realizado por meio do whistleblowing é um ato político, pois o reportante, ao denunciar, inicia algo novo e, em razão disso, inclui novos temas no debate público.

A atuação Daniel Elsborg (*Pentagon Papers*) diz respeito ao vazamento de dados confidenciais, os quais comprovavam que o governo estadunidense estava mentindo para a população sobre o modo como estavam se desenvolvendo as intervenções militares durante a Guerra do Vietnã.

Esse escândalo foi divulgado, inicialmente pelo jornal *The New York Times* e, em um outro momento, pelo *The Washington Post*, os dois únicos jornais a obterem acesso ao vazamento de documentos sigilosos do Pentágono (fotocópias de 7000 páginas de documentos do governo).¹⁴¹ Esse episódio inspirou Hannah Arendt a escrever o ensaio a “Mentira na Política”, texto em que a autora denuncia as decisões tomadas pelos Estados Unidos naquela empreitada de guerra.

As deliberações governamentais eram reconhecidas, por agentes de governo que conheciam a situação real, como equivocadas, mas mantidas para a preservação do discurso “vendido” à população por meio de estratégias publicitárias. As metas das operações empreendidas tiveram que ser constantemente alteradas para salvar no final a imagem dos EUA como poder dominante e, assim, manter a confiança pública no governo.¹⁴² Os *Papéis do Pentágono* revelaram que os Estados Unidos da América,

¹⁴⁰ CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 11.

¹⁴¹ SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing.** Suíça: Springer International, 2018, p. 13-14.

¹⁴² ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República.** Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 16. Aponta a autora: “A dissimulação, a falsidade e o papel da mentira deliberada tornaram-se as questões centrais dos *Documentos do Pentágono*, mais do que ilusão, erro, falhas de cálculo e coisas assim, devido principalmente ao estranho fato de que as decisões incorretas e as declarações mentirosas violaram,

durante a Guerra do Vietnã, construíram um modo de agir oposto à criação da imagem que vendiam (a de que “os EE.UU. era um ‘um competente doutor’ pronto a manter promessas, ser rijo, assumir riscos, ser ferido e ferir o inimigo ao máximo”).¹⁴³ Tanto a imprensa como o Congresso Estadunidense ignoravam o real desenvolvimento da empreitada militar naquela época.

Ellsberg foi denunciado criminalmente por conspiração, espionagem e roubo de documentos do governo, mas restou absolvido pelo advento de alguns acontecimentos posteriores, dentre eles, o escândalo *Watergate*, que veio a público logo em seguida à divulgação dos dados.¹⁴⁴ Tais acusações foram descartadas quando se descobriu que uma equipe secreta da Casa Branca, para desacreditar publicamente Ellsberg, roubou documentos com informações pessoais do escritório de seu psiquiatra.¹⁴⁵

Já as divulgações de Edward Snowden são mais recentes, tendo sido a primeira delas publicada em 05 de junho de 2013 por meio de um artigo escrito pelo jornalista Glenn Greenwald. Snowden, um especialista em computação que trabalhava para a *National Security Agency - NSA* (Agência de Segurança Nacional dos EUA), em regime de terceirização (na verdade, ela era empregado da Dell Inc), tornou públicos detalhes relativos à existência de programas de vigilância em massa estabelecidos pelos governos estadunidense e britânico.¹⁴⁶

Snowden declinou à imprensa que, antes de buscar a mídia, teria compartilhado suas preocupações, internamente, mas, diante da percepção de que nada seria feito,

consistentemente, os relatos factuais da Comunidade da Inteligência, espantosamente exatos, pelo menos como foram registrados na edição Bantam [editora estadunidense]. A questão crucial não é apenas que a política da mentira quase nunca visava ao inimigo (esta é um das razões porque os documentos não revelam segredos militares, que poderiam ser enquadrados no Ato de Espionagem), mas estava destinada, principalmente, senão exclusivamente, ao consumo doméstico, à propaganda caseira, e especialmente, a enganar o Congresso. [...] Os Documentos do Pentágono relatam exatamente o apavorante medo do impacto da derrota, não para o bem-estar da nação, mas para a ‘reputação dos Estados Unidos e de seu Presidente’”. Ibid., p. 22-23.

¹⁴³ Ibid., p. 24.

¹⁴⁴ MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores**. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 38-39.

¹⁴⁵ SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 14.

¹⁴⁶ CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 36.

buscou a via do *whistleblowing* externo aos meios de comunicação.¹⁴⁷ Segundo a versão do *whistleblower*, dentre os vários programas utilizados para o desenvolvimento dessa enorme tarefa, foi mencionado o PRISM (relativo à vigilância de comunicações e de tráfego de informações), que permitiria aos analistas da NSA ter acesso, com detalhes, a várias atividades (áudio, vídeo, *chats*, fotografias, emails e documentos, dentre outros materiais) diretamente de computadores Microsoft, Apple ou do portal Google¹⁴⁸.

O governo dos Estados Unidos acusou-o de roubo de propriedade do governo, de comunicação não autorizada de informações de defesa nacional e comunicação intencional de informações confidenciais (classificadas como de inteligência) para pessoa não autorizada.¹⁴⁹ Além disso, houve o ajuizamento de ação civil por parte do governo estadunidense contra Snowden. Em 2020, foi julgado, em última instância, um processo relativo à publicação indevida de um livro (intitulado *Permanent Record*) e à realização de falas públicas relacionadas à inteligência.¹⁵⁰ Durante o trâmite do processo foram alegadas violações de acordos de confidencialidade assinados por Snowden com a CIA e com a NSA, cujas cláusulas previam, dentre outras obrigações, o envio prévio de qualquer material a ser publicado, às agências supracitadas, para uma revisão pré-publicação.¹⁵¹ O governo procurou recuperar todos os rendimentos obtidos por Snowden em violação de suas supostas obrigações contratuais e fiduciárias.

De sua vez, Chelsea Manning (na época dos fatos, Bradley Edward Manning) era uma ex-analista de inteligência militar do Exército dos Estados Unidos que foi condenada, no dia 21 de agosto de 2012, a uma pena de trinta e cinco anos de prisão.

Segundo a acusação, em 2010, Manning teria entregado documentos confidenciais, diplomáticos e das Forças Armadas dos Estados Unidos da América, ao

¹⁴⁷ Ibid. p. 36.

¹⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. **Portal de Notícias**. EUA grampearam telefone do avião de Dilma Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513286/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 01 dez 2021.

¹⁴⁹ MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal**: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 44.

¹⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Office of Public Affairs**. United States Obtains Final Judgment and Permanent Injunction Against Edward Snowden. Washington, DC, Outubro de 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-obtains-final-judgment-and-permanent-injunction-against-edward-snowden>. Acesso em 02 dez 2021.

¹⁵¹ Ibid.

portal *WikiLeaks* (organização sem fins lucrativos que publica reportagens, documentos e informações de fontes anônimas). A documentação publicizada revelava graves violações de direitos humanos por parte do exército estadunidense em suas missões no Iraque e no Afeganistão, além de tornar públicas as condições dos presos em Guantánamo.¹⁵²

Manning divulgou informações sigilosas que resultaram no escândalo conhecido internacionalmente como *Cablegate* (referência direta aos telegramas diplomáticos estadunidenses - *cables* - que começaram a ser publicados através do portal *WikiLeaks* e de alguns outros periódicos).¹⁵³ Ela teria fornecido mais de 700 (setecentos) mil arquivos secretos, incluindo vídeos de confrontos das intervenções militares dos Estados Unidos e assassinato de civis desarmados.¹⁵⁴ A militar foi acusada de ajudar “inimigos” dos EUA por meio da divulgação proibida de documentos confidenciais da inteligência estadunidense. A soldado foi condenada a uma pena privativa de liberdade de 35 anos por ter violado, por diversas vezes, o *Espionage Act*, ao copiar e disseminar documentos militares confidenciais, telegramas diplomáticos e informações sobre os detidos na prisão da Baía de Guantánamo, em Cuba¹⁵⁵, mas teve a pena comutada em 2017.¹⁵⁶

Os casos acima, para Ceva e Bocchiola, podem ser classificados atividades de *whistleblowing*. As denúncias de Snowden e Manning, ainda que relacionadas a fatos que não estão sob a proteção das normativas que protegem funcionários públicos, estavam vinculados, ainda que indiretamente, a um cargo público exercido. Por outro lado, as pessoas que os auxiliaram na divulgação das informações, Glenn Greenwald (em relação a Snowden) e Julian Assange (no tocante à Manning), não são *whistleblowers*, pois lhes

¹⁵² CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 37.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 38-39.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁵⁵ MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores.** 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 45-46.

¹⁵⁶ Obama comuta pena de Chelsea Manning. **Opera Mundi.** 17, de janeiro 2017. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/46197/obama-comuta-pena-de-chelsea-manning>. Acesso em 15 nov. 2021.

falta o vínculo, atual ou anterior, com os entes de onde se originaram os fatos ilícitos revelados.¹⁵⁷

Por fim, cita-se o caso de Hervé Falciani, então empregado da instituição financeira HSBC Private Bank da Suíça, teria realizado a subtração de dados do sistema privado do banco, protegidos pelo sigilo bancário, e teria tentado vendê-los a outros bancos no Líbano e às autoridades de outros países.¹⁵⁸ Falciani revelou a identidade de milhares de titulares de contas bancárias suíças vinculadas a fraudes fiscais e evasão de divisas.¹⁵⁹ Nesse episódio, conhecido como *SwissLeaks*, a conhecida “Lista Falciani” trouxe interessante debate sobre “a proteção do bem jurídico sigilo bancário em confronto com as denúncias de evasão fiscal, danosas a outros bens jurídicos também tutelados”.¹⁶⁰

A Justiça suíça expediu um mandado internacional de prisão para o *whistleblower*, que foi detido, primeiramente, quando chegou na França e, depois, mais uma vez, na Espanha em 2012. Imputou-se a Falciani a prática dos crimes de espionagem industrial, obtenção não autorizada de dados privados e violação de sigilo bancário (a coleta dos documentos comprobatórios do sistema de dados do banco, por parte de Hervé Falciani, era, expressamente, proibida na Suíça).¹⁶¹ Esta lista provocou intensos debates sobre a validade ou a exclusão de provas obtidas através do cometimento de um delito, tendo sido avaliado se a conduta de Falciani poderia ser considerada justificada.¹⁶²

¹⁵⁷ CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019, p. 36.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Fernando. Denunciante? Ladrão? Herói? A fonte dos dados que balançaram o HSBC. **Uol Notícias. Política.** Blog do Fernando Rodrigues. São Paulo, 08 de fevereiro, 2015. Disponível em: <https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/02/08/denunciante-ladrao-heroi-a-fonte-dos-dados-que-balancaram-o-hsbc/> Acesso em: 12 dez 2021.

¹⁵⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 149.

¹⁶⁰ MACEDO, Cássio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante.** 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 81.

¹⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 148-149.

¹⁶² O Tribunal Supremo, em julgado de fevereiro de 2017 (STS 116/2017) validou a “Lista Falciani” como prova para a condenação de Jacob Benzaquen por delitos fiscais, por entender que a regra de exclusão da prova obtida ilicitamente (artigo 11 da Lei Orgânica do Poder Judicial - LOPJ) possuía aplicação limitada às ações de agentes públicos, em relação aos quais não são admissíveis provas obtidas com violação de direitos fundamentais. Como Falciani era um agente particular, que não possuía qualquer vínculo com os órgãos estatais de persecução, não houve excesso reconhecido a ponto de provocar a exclusão da prova. MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier, *La Prueba Ilícita Tras La Sentencia*

Falciani foi condenado a cinco anos de prisão pelo Tribunal Penal Federal da Suíça. Preso na Espanha em 2018, onde residia, não foi extraditado.¹⁶³ Segundo Ortiz Pradillo, esse fato se explica porque as condutas que lhe foram imputadas - subtração de informação considerada como segredo comercial, violação de segredo bancário e delito de espionagem econômica – não eram considerados delitos na Espanha.¹⁶⁴ A ausência de dupla incriminação foi o argumento utilizado pela Sala Penal da Audiência Nacional em 08 de maio de 2013 para não extraditá-lo, uma vez que a norma penal espanhola não protege, como segredo, informações referidas a atividades suspeitas de ilegalidade, elementantes de tipos penais punidos naquele país (sonegação, lavagem de capitais).¹⁶⁵

2.3.2.3 *O whistleblowing* como mecanismo associados aos sistemas de *compliance*

A vinculação entre os programas de *whistleblowing* e os sistemas de *compliance* dá-se porque os canais de denúncia são parte integrante da estratégia de cumprimento normativo, cuja função é propiciar, à empresa, a comunicação de ações indevidas.¹⁶⁶

A identificação de riscos e práticas irregulares por parte do *whistleblower* otimiza, em tese, os resultados da atividade fiscalizadora do Estado sobre as corporações,¹⁶⁷ especialmente nos ordenamentos em que há previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, v.g. EUA e Espanha.

No Brasil, a inserção das normas de *compliance* possuem uma fenomenologia vinculada ao delito de lavagem de dinheiro, cujo tratamento normativo buscou

Falciani: Comentario a La STS 116/2017, de 23 de Febrero. **InDret, Revista para el Análisis del Derecho**, n. 3. Barcelona, 2018, p. 2-34, p. 30.

¹⁶³ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. **Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia**. Madri: Wolters Kluwer España, 2018, p. 50-51.

¹⁶⁴ Ibid., p. 302.

¹⁶⁵ Ibid., p. 302.

¹⁶⁶ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 42.

¹⁶⁷ GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del alertador al whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese de Doutorado**. Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019, p. 26-27.

compatibilizar categorias penais à práticas preventivas.¹⁶⁸ O momento incipiente do debate acerca do *compliance* esbarra no que Saad-Diniz e Marin colocam como retórica moralizante, que enuncia a defesa do “interesse público” e do “combate à corrupção”, mas que oculta a intenção de eliminação de concorrentes a partir de uma lógica de mercado.¹⁶⁹ Como o discurso moralizante não pode ensejar a realização prática de um sistema efetivo de cumprimento normativo, o único estímulo para fomentar a denúncia acaba sendo o pagamento da recompensa.¹⁷⁰

Como será tratado no último capítulo, a instituição do *whistleblowing* no Brasil é pautada por uma desorientação ética que o esvazia de sentido e que lança questionamentos sobre a legitimidade democrática de uma agenda de *compliance*.

2.4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

As iniciativas globais de estímulo à regulamentação do *whistleblowing* e da proteção dos *whistleblowers* são mais recentes, em relação ao desenvolvimento desse fenômeno no ordenamento jurídico norte-americano, e estão inseridas nas propostas legislativas de enfrentamento global à corrupção.

O Brasil, como era de se esperar, aderiu a essa mobilização da agenda normativa transnacional, sabidamente influenciada pelos Estados Unidos da América e ratificou três convenções internacionais sobre o tema, a saber: a Convenção das Nações Unidas, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (instrumentos de *hard law*) e, ainda, a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

¹⁶⁸ EILBERG, Daniela Dora. Paradoxos da Prática de Whistleblowing. **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 120-133, p. 125.

¹⁶⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 86-87.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 86-87.

Transações Comerciais internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (instrumento de *soft law*).¹⁷¹

Optou-se, aqui, por se fazer referência aos instrumentos internacionais globais, que trazem orientações e recomendações mais genéricas para, em seguida, analisar-se os instrumentos legislativos federais estadunidenses que mais se destacam no que pertine ao *whistleblowing*. O critério de escolha foi o nível de influência no debate público sobre a normatização do *whistleblowing* (definição, proteção e recompensa). Por fim, direcionase ao recente documento internacional orientado ao estabelecimento de normas mínimas comuns de proteção ao *whistleblower* na União Europeia – a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e o Conselho.

2.4.1 Convenção Contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 (assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003) representa uma iniciativa global de enfrentamento à corrupção, uma vez que os anteriores documentos firmados eram de caráter regional (v.g. Convenção Interamericana, de 1996).

O preâmbulo da Convenção pontua as premissas que a regem, destacando-se: (I) o entendimento de que a corrupção é, comumente, vinculada a outros delitos; (ii) que a sua prática compromete a disponibilidade de recursos públicos por parte dos Estados e (iii) a necessidade de que sejam tomadas medidas para preveni-la e combatê-la eficazmente.¹⁷² Desta feita, as finalidades expressamente previstas no artigo 1º da Convenção da ONU são (i) a promoção e o fortalecimento das medidas para prevenir e

¹⁷¹ 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. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm Acesso em: 4 jan 2021.

¹⁷² BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 4 jan 2021.

combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; (ii) a promoção, facilitação e o apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos e (iii) a promoção da integridade, da obrigação de render contas e da devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.¹⁷³

Especificamente acerca do *whistleblowing*, há três artigos que merecem destaque. O artigo 8º traz recomendações para o estabelecimento de códigos de conduta para funcionários públicos. Em seus itens 4 e 5, propõe-se o estabelecimento de medidas e sistemas que facilitem, aos funcionários públicos, a denúncia de atos de corrupção às autoridades competentes quando (i) tenham conhecimento deles no exercício de suas funções¹⁷⁴, ou (ii) se relacionem com suas atividades externas, com empregos, presentes ou benefícios e que possam provocar um conflito de interesses relativo às suas atribuições como servidores.¹⁷⁵

Já o artigo 13, que trata do incentivo à participação da sociedade civil e organizações não governamentais, em seu item 2, traz previsão expressa acerca da indispensabilidade do conhecimento público acerca dos órgãos engajados na luta contra a corrupção, bem como do modo de realização de uma denúncia (inclusive anônima), além do esclarecimento acerca de quais incidentes possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a Convenção.¹⁷⁶

Sobre a proteção aos denunciantes, o artigo 33 propugna que deva ser priorizada a incorporação, ao ordenamento jurídico, de medidas protetivas para o enfrentamento do trato injusto eventualmente conferido aos *whistleblowers* de boa-fé ou àqueles sujeitos que tenham motivos razoáveis para denunciar quaisquer feitos relacionados com os delitos abrangidos pela Convenção.¹⁷⁷

Em momento anterior à Convenção das Nações Unidas, o fomento à participação da sociedade civil, como demanda oriunda da internacionalização do trato normativo da corrupção, já havia sido inserido no texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, datada de 1996.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Art. 8º, 4 da Convenção das Nações Unidas.

¹⁷⁵ Art. 8º, 5 da Convenção das Nações Unidas.

¹⁷⁶ Art. 13, 2 da Convenção das Nações Unidas.

¹⁷⁷ Art. 33, 2 da Convenção das Nações Unidas.

No artigo 3º, item 8, da Convenção está expresso o compromisso dos Estados-Partes direcionado à criação de “sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem, de boa-fé, atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado”.¹⁷⁸

No Brasil, a Controladoria-Geral da União (CGU) criou um “Painel de Recomendações de Foros Internacionais” que congrega as orientações acerca da implementação e avaliação dos conteúdos das duas convenções acima referidas, além da Convenção da OCDE. Em consulta ao nível de implementação do Brasil, medido por convenção, verifica-se que o país cumpriu 22,2% das Recomendações da ONU e 77,8% das Recomendações da OEA.¹⁷⁹

Ao se adentrar à pesquisa por tema, por exemplo, medidas de proteção dos denunciadores, apura-se a existência de nove medidas normativas. Após duas rodadas de avaliação relativas à Convenção da Organização das Nações Unidas e cinco rodadas de avaliação em relação à Convenção da Organização dos Estados Americanos, destaca-se que: (i) nenhuma medida normativa foi considerada totalmente cumprida; (ii) dentre as medidas avaliadas estão: (ii.1) o fortalecimento de normas que imponham, a funcionários, o dever de denúncia sobre atos de corrupção; (ii.2) o fortalecimento de medidas que possam protegê-los contra retaliação (especialmente no ambiente de trabalho), se verificada a boa-fé, e (ii.3) a regulação integral que normatize a atuação de funcionários públicos e cidadãos; (iii) a orientação acerca da prioridade da proteção da identidade do denunciante de acordo com a Constituição do Estado, além do incentivo à cooperação internacional.¹⁸⁰ Aponta-se que a construção das normas, de acordo com as orientações acima, encontra importante óbice na ordem jurídica interna brasileira, o que não é objeto de exame mais aprofundado nas rodadas de avaliação.

¹⁷⁸ BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 02 jan 2020.

¹⁷⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Notícias. CGU lança Painel de Recomendações Internacionais**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/cgu-lanca-painel-de-recomendacoes-internacionais>. Acesso em: 01 dez 2021.

¹⁸⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Painel de Recomendações de Foros Internacionais**. Index. Brasília, 2021. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/recomendacoesinternacionais/index.htm>. Acesso em: 01 dez 2021.

Como se pontuará no último capítulo, existem dificuldades na conformidade constitucional em relação à proteção da identidade do denunciante, na compatibilização entre a concepção de *whistleblower* e a existência de dever de denúncia de um funcionário público, a ser previsto em estatuto próprio, além da improvável realização prática da proteção contra retaliação no ambiente de trabalho.

Assim, a mudança de postura em relação aos programas de *whistleblowing*, que é objeto de compromisso do Brasil em foros internacionais, possui sua condição de possibilidade muito limitada e essa circunstância mereceria mais atenção desses procedimentos do tipo “rodadas de avaliação”.

2.4.2 False Claims Act

Como antecedente mais remoto do *whistleblowing*, há registros, na Roma Antiga, da existência de delatores profissionais, cuja tarefa consistia no envio de informações a funcionários do erário para facilitar a cobrança de impostos. Além da *notícia criminis*, os *whistleblowers* deveriam provar a acusação feita sob pena de serem castigados como caluniadores.¹⁸¹

A configuração atual do *whistleblowing* remonta ao advento da *False Claims Act* (FCA 1863), que dimensionou o *whistleblower* como caçador de recompensas. Trata-se, pois, de uma espécie de “privatização das funções de segurança e polícia em um país praticamente sem administração pública”.¹⁸² De fato, mediante a promessa de recompensa para quem denunciasse fraudes praticadas contra o governo, passou a ser possível, naquele cenário da Guerra Civil estadunidense, a recuperação, por parte do Estado, de valores obtidos pela prática das diversas fraudes que estavam sendo cometidas contra a União naquele período (v.g. empresas que forneciam alimentos e armamento de má qualidade, além da venda de cavalos doentes ao Exército da União).¹⁸³

¹⁸¹ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 260.

¹⁸² *Ibid.*, p. 261.

¹⁸³ Santoro e Kumar destacam que alguns autores consideram Thomas Paine (1737-1809) o primeiro *whistleblower* americano em função de seu papel no Silas Deane affair. Deane foi um congressista

No cenário anterior à promulgação dessa lei, há um episódio marcante ocorrido em 1777, poucos meses depois da declaração de independência estadunidense. Um grupo de marinheiros se reuniu para expor suas queixas relativas aos tratamentos bárbaros e desumanos sofridos pelos soldados ingleses presos, os quais estavam sob a responsabilidade da Marinha Continental (comandante Esek Hopkins).¹⁸⁴ Ato contínuo, foi enviada, ao Congresso estadunidense, uma petição com as denúncias de tais práticas, o que provocou a suspensão de Hopkins que, em retaliação, determinou a prisão de dois denunciadores (Samuel Shaw e Richard Marven). Em suas defesas, os *whistleblowers* alegaram ter agido em cumprimento de seus deveres de ofício e, em 23 de julho de 1778, o legislativo declarou Hopkins culpado, demitiu-o e absolveu Shaw e Marven, tendo havido, ainda, deliberação sobre o ressarcimento dos gastos realizados por parte dos *whistleblowers* para o custeio de suas defesas durante o processo movido por Hopkins.¹⁸⁵

O Congresso, sensível a esse contexto, levou à promulgação da primeira lei norte-americana de proteção aos *whistleblowers* em 30 de julho de 1778.¹⁸⁶ Essa legislação estabeleceu, como dever de toda a pessoa, civil ou militar a serviço dos Estados Unidos, a realização de denúncias ao Congresso, ou a qualquer outra autoridade, o mais breve possível, sobre atividades ilícitas praticadas por representantes estatais das quais tivessem conhecimento.¹⁸⁷

enviado à França pelo Congresso Continental, como representante das colônias americanas na Europa e que levava, consigo instruções secretas para vender bens para os europeus, além de procurar armas e munições para a guerra e recrutar ajuda francesa para o financiamento. Deane enviou armas para as colônias com a ajuda de Beaumarchais, um agente do Rei francês. Paine, que ocupava a posição de secretário do Comitê de Assuntos Internacionais, denunciou Deane por envolvimento em negociações secretas com os franceses, através de uma série de cartas publicadas no jornal *Pennsylvania Packet*, exigiu que se investigasse o financiamento à revolução e foi demitido por sua indiscrição. SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 12. (tradução nossa).

¹⁸⁴ Ibid., p. 12.

¹⁸⁵ TELLES DE SOUZA, R. Comparação entre os regimes jurídicos do *whistleblower* ou informante nos Estados Unidos da América e no Brasil: algumas notas sobre a considerável deficiência da atual disciplina brasileira do Instituto. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 222–242, p. 225 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/20>. Acesso em: 6 dez. 2022.

¹⁸⁶ KOHN, Stephen M. **The Whistleblower's handbook: a step by step to doing what's right and protecting yourself**. Lyons Press, 2011, p. 195-199.

¹⁸⁷ “That is a duty of all person in the service of the United States, as well as all others inhabitants thereof, to give the earliest information to Congress or any other proper authority of any misconduct, frauds or misdemeanors committed by any officers or persons in the service of these sates, which may come to their knowledge” KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018, p. 12.

Retomando-se à *False Claims Act*, também conhecida como *Lincoln Law*, é importante ressaltar a introdução de um procedimento que prevê a possibilidade de os particulares atuarem em prol (*qui tam*) dos interesses patrimoniais das entidades públicas defraudadas. As ações eram intentadas pelo indivíduo, em seu próprio nome e no interesse do ente lesado.¹⁸⁸ A norma fixou uma recompensa (entre 15% e 30%), a incidir sobre o montante recuperado pelo governo, ainda que tal recuperação tivesse sido decorrente de acordo, pois a condição para o prêmio é a denúncia bem-sucedida, ou seja, que conduza à recuperação de valores.¹⁸⁹ Em vigor ainda hoje, essas ações *qui tam*, iniciadas por meio de revelação de *whistleblowers*, tornaram-se “a maior ferramenta antifraude do governo”.¹⁹⁰

A FCA foi desenvolvida para ter um caráter extraterritorial e expansivo, o que resulta: (i) na sua aplicabilidade fora do território dos Estados Unidos da América, desde que haja gastos federais, aquisições ou contratação, (ii) na sua adequação como meio adequado para a construção de processos criminais e civis e (iii) na possibilidade de que pessoa servir como denunciante, incluindo cidadãos não americanos e ONGs.¹⁹¹

Há impedimentos para a propositura das ações *qui tam*, quais sejam¹⁹²: (i) o relator não pode ter sido condenado por violação da mesma lei - § 3730 (d) (3); (ii) quando outra ação, atinente à mesma conduta denunciada já tenha sido arquivada - §3730 (b)(5); (iii) quando a administração já tenha ajuizado ação civil ou administrativa e, por fim, (iv) quando a ação seja baseada em informações e dados que já tenham sido publicizados, seja via judicial ou por qualquer outro meio - §3730(e)(3). Há uma exceção a esse último óbice, qual seja, na hipótese de a pessoa que denuncia ser a fonte original de informação.

¹⁸⁸ BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, p. 99-113, jan.-mar. 2020, p. 100.

¹⁸⁹ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service, Washington D. C., ago. 2009, p. 5

¹⁹⁰ MACEDO, Cássio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante**. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 53.

¹⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Whistleblower Center. **The False Claims Act**. Disponível em: <https://www.whistleblowers.org/protect-the-false-claims-act/>. Acesso em 01 dez 2021.

¹⁹² Ibid.

Originalmente a lei não foi muito utilizada por indivíduos, dado o alto custo do processo a ser suportado pelos sujeitos que iniciassem a demanda. Em 1943, houve uma reforma desfavorável à política de incentivos, uma vez que reduziu a recompensa ao denunciante e limitara a possibilidade de ajuizamento de ação nas hipóteses em que o governo já tivesse conhecimento prévio da informação.¹⁹³

Nos anos 70, no contexto pós-*Watergate*¹⁹⁴, o Senado estadunidense colocou na agenda a reforma do serviço público. Foi estabelecida uma comissão especial de Assuntos Governamentais que, em 1978, emitiu-se um relatório (*US Senate 1978*) com as seguintes ponderações: (a) embora o Congresso estivesse incentivando a denúncia de irregularidades, os meios de comunicação oferecidos eram muito limitados e não forneciam a proteção adequada, e (b) a denúncia exerce um papel primordial para apuração de irregularidades nas áreas de desperdícios e má gestão, sendo uma forma de responsabilizar o Executivo.¹⁹⁵ Naquele ambiente político que, segundo Gueiros, “era marcado pela falta de compromisso com o interesse público ou de políticas de boa governança, os *whistleblowers* constituíram uma forma de ‘resistência ética’”.¹⁹⁶ Essa

¹⁹³ VANDERKERCKHOVE, Win. **Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment.** London: Routledge, 2006, p. 173.

¹⁹⁴ Em 17 de junho de 1972, meses antes da eleição para a presidência dos Estados Unidos da América, um grupo de cinco homens foi flagrado tentando grampear o escritório da sede do Partido Democrata, localizada no condomínio de prédios *Watergate*, em Washington. O grupo foi descoberto porque o segurança do hotel identificou uma movimentação suspeita e chamou a polícia. Foram encontrados equipamentos que serviriam para implantar escutas telefônicas com o objetivo de obter informação para usá-las contra os democratas. Os jornalistas Carl Bernstein e Bob Woodward, do jornal *The Washington Post*, após a divulgação inicial começaram a investigar o caso mais aprofundadamente com o auxílio de uma fonte de dentro do FBI (William Mark Felt, agente do FBI, o “Garganta Profunda”). A investigação realizada revelou uma trama conspiratória extensa que envolvia diretamente ao comitê de reeleição do presidente Richard Nixon, conhecido como CREEP (*Committee for the Re-Election of the President*, em inglês). O procedimento investigativo conduzido pelos jornalistas do *The Washington Post* descobriu que o comitê de Nixon possuía um “caixa dois” usado para financiar as operações de espionagem. A vitória de Nixon em novembro de 1972 não impediu que a investigação continuasse. Em julho de 1973, foi descoberto que as conversas no interior do Salão Oval na Casa Branca teriam sido gravadas e, a partir dos áudios coletados, comprovou-se que o presidente agiu diretamente para obstruir as investigações e que a invasão da sede do Partido Democrata em Washington foi realizada com o consentimento dele. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/escandalo-watergate.htm>. Acesso 14 mar 2021.

¹⁹⁵ VANDERKERCKHOVE, Win. **Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment.** London: Routledge, 2006, p. 169-170.

¹⁹⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In: BARBOZA, Marcia Noll; WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia. (Org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Brasília: 2a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2020, p. 32-53, p. 37.

movimentação política foi o embrião da Lei da Reforma do Serviço Público (*Civil Service Reform Act*, de 1978¹⁹⁷), muito influenciada pela *False Claims Act* (FCA).

O *Civil Service Reform Act* instituiu canais para o recebimento de denúncia para proteger os funcionários federais que denunciasses comportamentos indevidos na Administração Pública, o que redundaria em proteção da própria Administração em virtude do desencorajamento em relação ao reporte direto a órgãos de imprensa. No contexto anterior a esta norma, não havia qualquer abrigo estatal específico para funcionários federais. Fazia-se uso, como matéria de defesa, do comando constitucional da Primeira Emenda (liberdade de expressão).¹⁹⁸

Em 1986, o Congresso dos EUA revisou, mais uma vez, a FCA tornando-a uma ferramenta de sucesso por meio, dentre outras medidas, do aumento da recompensa fixada.¹⁹⁹ Estabeleceu-se uma gradação de pagamento, que variava de acordo com o nível de intervenção do *whistleblower*: se o denunciante ajuíza o processo e o governo decide não intervir na demanda iniciada, a recompensa é de 25 a 30 por cento. Caso haja intervenção governamental, o percentual da premiação é reduzido (varia entre 15 e 25 por cento). Revogou-se a necessidade de que as autoridades governamentais não tivessem conhecimento das irregularidades e/ou ilícitos para que a ação *qui tam* pudesse ser proposta.²⁰⁰ Houve, também, a inclusão de medida para a proteção do denunciante contra assédio, o rebaixamento e a demissão injusta, e, por fim, criou-se uma vedação ao pagamento de recompensas para as alegações que não estivessem acompanhadas de evidências mínimas, que se limitassem a meras suspeitas.²⁰¹

¹⁹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado e Câmara de Representantes (Senate and House of Representatives of the United States of America). **Civil Service Reform Act of 1978**. Washington, DC, 1978. Disponível em: <https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg1111.pdf>. Acesso em: 01 dez 2021.

¹⁹⁸ VAUGHN, Robert G. State Whistleblower Statutes and the Future of Whistleblower Protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, Spring 1999, 581-626, p. 581-582. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**: First Amendment. Estados Unidos da América: [s. n.], 1791. (tradução nossa).

¹⁹⁹ VANDERKERCKHOVE, Win. **Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment**. London: Routledge, 2006, p. 173.

²⁰⁰ U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 31 § 3729-3733. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **False Claims Act**. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁰¹ VANDERKERCKHOVE, Win. **Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment**. London: Routledge, 2006, p. 175.

Desde que essas mudanças foram promulgadas, o Departamento de Justiça (DOJ) registrou a recuperação de US\$ 30 bilhões com a lei.²⁰² Ocorre que, bem critica Laufer, que tais informações não podem ser analisadas fora de um contexto, porque, em muitas das situações, o incremento da quantia recuperada em virtude de denúncias não demonstra a efetividade do *whistleblowing*, mas apenas =um aumento da média geral promovida por poucos casos de sucesso (*blockbusters*).²⁰³

No ano de 1989 foi promulgada a *Whistleblower Protection Act* (Lei de Proteção aos Denunciantes), legislação que protege os denunciante que trabalhem no governo federal (proteção inicialmente tratada pela *Civil Service Reform Act* de 1978) e que reportem as más condutas ocorridas nas agências do governo americano. A intenção foi incrementar a proteção anterior, especialmente quanto às represálias potencialmente sofridas, garantindo-se a confidencialidade, mas proibindo-se o anonimato.²⁰⁴ Merece destaque, por fim, disposição específica que incorpora o direito de o funcionário não obedecer a ordens ilegais (*disobey provision*).²⁰⁵

A lei, em regra, protege os funcionários federais atuais e ex-funcionários federais, além de candidatos a empregos federais, mas não lida com denúncias de funcionários contratados federais, membros do exército ou dos Correios dos EUA, que trabalhem para determinadas agências de inteligência (como a CIA, FBI ou NSA), tampouco com divulgações que são especificamente proibidas por lei (por exemplo, informações necessárias para a defesa nacional).²⁰⁶²⁰⁷ Esta lei não teria o condão de proteger, por exemplo, Edward Snowden.

²⁰² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Department of Justice**. Office of Public Affairs Justice Department Celebrates 25th Anniversary of False Claims Act Amendments of 1986. Washington, DC, 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-celebrates-25th-anniversary-false-claims-act-amendments-1986>. Acesso em : 01 dez 2021.

²⁰³ DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William. Prosecution and punishment of Corporate Criminality. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 453, October, 2019, p. 1-30, p.17-18 (tradução nossa).

²⁰⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Whistleblower Protection Act of 1989**. Washington, DC, 1989. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/20/text>. Acesso em: 20 dez 2021.

²⁰⁵ 5 U.S.C § 1201.

²⁰⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Whistleblower Protection Act of 1989**. Washington, DC, 1989. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/20/text>. Acesso em: 20 dez 2021.

²⁰⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TINEN, José Eduardo. *Whistleblowing* e a regulamentação dos canais de denúncia: a experiência nos sistemas comparados. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 01, p. 1–27, p. 6, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/5>. Acesso em: 27 jul. 2021.

No ano de 2012, com o advento do *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), houve um incremento das medidas protetivas contra a prática de retaliação em relação a funcionários federais que se propusessem a denunciar ilícitos e ilegalidades. Há uma ampliação dos tipos de revelação (*disclosure*) abrangidas pela lei em comento, além do incremento das indenizações cabíveis.

2.4.3 Sarbanes Oxley Act (SOX), de 2002

Em relação ao *whistleblowing*, o que “verdadeiramente o catapultou na esfera internacional”²⁰⁸ foi o advento da Lei Sarbanes-Oxley (SOX) de 30 de julho 2002²⁰⁹, que estabeleceu um regime de proteção aos sujeitos que trabalhassem nas sociedades cotadas em bolsa nos Estados Unidos da América.

O sistema de proteção legal e de incentivos à recompensa era, anteriormente, conferido a *whistleblowers* do setor público.²¹⁰ Assim, as modificações trazidas pela SOX foram o marco legal do alargamento da proteção legal aos denunciante do setor privado, ou seja, “a prevenção da fraude tornou-se responsabilidade de muitos, em vez de alguns poucos em face de terem sido trazidas, para a governança interna, os gatekeepers, incluindo auditores, analistas e advogados”.²¹¹

A SOX, ao alterar o capítulo 73, Título 18 do *United States Federal Code*, inserindo o §1514A²¹², estabeleceu medidas para proteger o *whistleblower* frente a prováveis represálias cometidas em âmbito laboral. A norma trouxe a possibilidade de readmissão do denunciante, de pagamento de indenização, além de sanções aos empregadores que agissem direcionados a prejudicar o *whistleblower* em razão do

²⁰⁸ BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, p. 99-113, jan.-mar. 2020, p. 101.

²⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Sarbanes-Oxley Act of 2002**. Washington, DC, 1989. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763/text>. Acesso em: 20 dez 2021.

²¹⁰ Whistleblower Protection Act (1989) que protegia indivíduos que revelavam práticas ilícitas do governo. A lei sofre muitas críticas, especialmente pelo sistema de méritos (MSPB – Meryt Systems Protections Board) para proteger os empregados federais. Trata-se de um Tribunal de Natureza Administrativa que aplica e revisa as decisões do Office of Special Counsel (OSC)

²¹¹ STOCK, Matthew R. Dodd-Frank Whistleblower Statue: determining who qualifies as whistleblower. **Florida State University Business Review**, 16, 2017, p. 131-152, p. 136.

²¹² BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, p. 99-113, jan.-mar. 2020, p. 101-102.

reporte realizado. Em sua Seção 806, regulou-se a proteção dos empregados que revelassem evidências de fraude, regramentos que se constituem em uma baliza na instituição dos canais de denúncia e de medidas de proteção dos denunciantes.²¹³

A modificação da legislação foi impulsionada pela descoberta das fraudes contábeis na empresa privada Enron reveladas por um *whistleblower*, no caso, Sherron Watkins.²¹⁴ A realidade econômica da "Enron"²¹⁵, uma das maiores empresas de energia do mundo, revelou a fragilidade de mecanismos de controle como os sistemas contábil e de auditoria, uma vez que tais atividades foram utilizados para mascarar perdas patrimoniais, ou seja, para “maquiar” a situação financeira da Enron.

A Enron, então considerada uma potência empresarial, divulgou, em 2 de dezembro de 2001, seu pedido de concordata e, dez dias depois, o Congresso Americano começou a analisar a falência do grupo empresarial da qual ela fazia parte, cuja uma dívida aproximada era de 22 bilhões de dólares.²¹⁶ Não havia, como se soube através das denúncias de Watkins, a adoção de uma política de transparência, como

²¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate and House of Representatives of the United States of America. **Sarbanes-Oxley Act of 2002**. Washington, DC, 1989. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763/text>. Acesso em 20 dez 2021.

²¹⁴ Em entrevista concedida 20 anos depois do escândalo e, tendo sido escolhida como uma das Pessoas do Ano da Revista Time em 2002, Watkins afirma que “ainda dá palestras sobre a Enron e sobre os sinais de alerta da má cultura organizacional”, no entanto se descreve como ‘gravemente subempregada’, acrescentando que tem lutado para encontrar outro emprego no mundo corporativo ou um emprego estável de longo prazo, incluindo oportunidades de ensino. SUN, Mengqi. Former Enron Executive: SEC whistleblower program is a game changer. **The Wall Street Journal**. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/former-enron-executive-sec-whistleblower-program-is-a-game-changer-11625662801>. Acesso em 03 dez. 2021.

²¹⁵ “No Brasil, a Enron mantinha participações na CEG/CEGRio, no Gasoduto Brasil/Bolívia, na Usina Termoeletrica de Cuiabá, na Eletrobolt, na Gaspart e na Elektro, esta última, empresa paulista de energia elétrica que atende aproximadamente 1,6 milhões de consumidores. A Enron atuava, principalmente, em cinco grandes áreas: a) Enron Transportation Services: condução interestadual de gás natural, construção, administração e operação de gasodutos; investimento em atividades de transporte de óleo cru; b) Enron Energy Services: compra, comercialização e financiamento de gás natural, óleo cru e eletricidade; administração de risco de contratos de longo prazo de commodity; gasodutos estaduais de gás natural; desenvolvimento, aquisição e construção de centrais de energia de gás natural; extração de gás natural líquido; c) Enron Wholesale Services: negócios globais da Enron, incluindo a negociação e entrega de commodities físicas e financeiras e serviços de gerenciamento de risco; d) Enron Broadband Services: atividade implementada no ano 2000, que provê aos clientes uma fonte de serviços de telecomunicações; e) Corporate and Others: provê serviços relacionados a abastecimento de água”. CARVALHO, William Eustaquio de. Caso Enron: breve análise da empresa em crise. **Revista Migalhas de Peso**, 09 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6852/caso-enron>. Acesso em 01 maio 2021.

²¹⁶ CARVALHO, William Eustaquio de. Caso Enron: breve análise da empresa em crise. **Migalhas**, 9 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6852/caso-enron>. Acesso em 02 ago 2021.

prática diuturna, na execução da atividade empresarial, atitude que, conseqüentemente, geraria efeitos perniciosos nas relações da referida pessoa jurídica com seus administradores, seus investidores e empregados.

Assim, com a finalidade de evitar alterações fraudulentas nas ações das sociedades cotizadas e, dessa forma, proporcionar uma proteção efetiva aos investidores, a mudança legislativa representada pela Sarbanes-Oxley Act configurou novos padrões de atuação, estabelecendo novos mecanismos contábeis. Passou-se a adotar um padrão regulatório de governança corporativa fundada em quatro pilares: (i) a conformidade legal (*compliance*); (II) a prestação de contas responsável (*accountability*); (III) a transparência (*disclosure*), e (IV) o senso de justiça (*farnesilas*).²¹⁷

A SOX demarca um período de regulamentação mais elaborada de canais de denúncias (internos e externos), com a garantia do anonimato ou confidencialidade ao denunciante, e outros meios de proteção (v.g. danos compensatórios). Prioriza-se o canal de denúncia interno, pois a modificação legislativa tem o escopo de facilitar uma investigação mais imediata e que possa levar à correção da conduta ilícita e minimizar os custos operacionais dentro da organização.²¹⁸ A aposta no *whistleblowing* interno está vinculada a benefícios para a empresa, mas é possível que um empregado de uma companhia informe, por exemplo, diretamente à *Securities and Exchange Commission* (SEC), a ocorrência de fraudes, sem que haja motivo legal para qualquer tipo de sancionamento.

A respeito das medidas de proteção, a SOX estabelece que um funcionário terá direito a todas as compensações necessárias, caso seja demitido ou discriminado por conta de denúncias feitas²¹⁹, o que inclui a sua reintegração com a mesma antiguidade anterior, pagamentos de valores atrasados, acrescidos de juros, além da compensação financeira por quaisquer danos especiais sofridos como resultado da retaliação, incluindo-

²¹⁷ ANDRADE, Adriana. ROSSETI, José Paschoal. Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183.

²¹⁸ DWORKIN, Terry Morehead; ARBOR, Ann. SOX and Whistleblowing. *Michigan Law Review*. n. 8, jun. 2007, p. 1757-1780, p. 1759.

²¹⁹ 18 U.S.C. § 1514A (c) (1)

se custos com o pagamento de advogados e peritos.²²⁰ O prazo prescricional para que sejam requeridas as medidas compensatórias é de 180 (cento e oitenta) dias.²²¹

A disciplina conferida às atividades de *whistleblowing* constante da Lei *Sarbanes-Oxley* influenciou os códigos de conduta internos de empresas ao redor do mundo, inspirando legisladores e reguladores de outros países e instituições internacionais.²²² Isso se explica porque a SOX também exige transparência e novos instrumentos de governança das subsidiárias das empresas listadas em bolsa nos Estados Unidos da América, bem como das sociedades estrangeiras que ofereçam valores mobiliários em algum dos mercados de valores estadunidense. Dentre as exigências estão o estabelecimento de procedimentos para a recepção, a custódia e o tratamento de reportes e a proteção à confidencialidade e ao anonimato.²²³

2.4.4 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, de 2010

A crise financeira de 2008, chamada crise dos derivativos ou subprimes, em virtude do “caráter sistêmico das fraudes empreendidas e da intensa interligação internacional das redes bancárias e financeiras, fez o mundo mergulhar em grave recessão econômica”.²²⁴ Diante de um quadro de “crise do crédito hipotecário”, cuja consequência foi a perda de confiança no sistema financeiro, o Estado interveio para salvar as instituições financeiras, ainda que fosse sabido que, muitas delas, foram responsáveis por operações escusas levaram à catástrofe naquela da época”.²²⁵ Buscou-se evitar que o

²²⁰ 18 U.S.C. § 1514A (c) (2)

²²¹ 18 U.S.C. § 1514A (b) (2) (d)

²²² BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, p. 99-113, jan.-mar. 2020, p. 101.

²²³ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 264.

²²⁴ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Liber Ars, 2016, p. 202.

²²⁵ MACEDO, Cássio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal**: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 90.

ocorrido com um dos maiores bancos de investimentos dos Estados Unidos da América, o *Lehman Brothers*, se repetisse.²²⁶

A resposta do Congresso Norte-Americano à grave crise, apenas comparável à Grande Depressão de 1929, foi o advento de um ato legislativo, a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*²²⁷, de 21 de julho de 2010. Esse ato legislativo trouxe profundas reformas que representaram, em termos de normatividade, uma “virada em prol do *whistleblowing* externo”²²⁸, ou seja, em direção à promoção e incentivo à revelação de crimes e infrações regulatórias às autoridades governamentais.

A orientação é da lei, no que respeita aos programas de *whistleblowing*, é, nitidamente, privilegiar a proteção de investidores mediante o incremento de medidas que tenham o condão de dissuadir entidades a levar a cabo infrações que criem de risco sistêmico.²²⁹ A *Dodd-Frank Act*, em sua Seção 922, altera robustamente a lei anterior, que tratava de atividades mercantis e valores mobiliários (*Securities Exchange Act of 1934*), por meio da inserção, na lei de 1934, da Seção 21F, que trata de incentivos e proteção do denunciante (“*SEC. 21. Securities Whistleblower Incentives and Protection*”).²³⁰ Define, assim, um procedimento específico para a realização de denúncias de um modo mais simplificado, a ser enviado diretamente à SEC sem que tenha promovido, anteriormente, uma denúncia interna.

²²⁶ Segundo Stock, o pacote de resgate às instituições financeiras custou aos contribuintes estadunidenses cerca de 2,25 trilhões de dólares americanos. STOCK, Matthew R. Dodd-Frank Whistleblower Statue: determining who qualifies as whistleblower. *Florida State University Business Review*, 16, 2017, p. 131-152, p. 132.

²²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Senate and House of Representatives of the United States of America. Washington, DC, 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em 01 dez 2021.

²²⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. Breves Reflexões sobre o criminal compliance. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 18, n. 73, 2019, p. 53-76, p. 69-70, 2019.

²²⁹ BERINI, Arturo Gonzalez de Leon. El Criminal compliance en la reforma norteamericana da La Dodd-Frank Act. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 131-142, p. 137.

²³⁰ “SEC. 922. WHISTLEBLOWER PROTECTION. (a) IN GENERAL.—The Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78a et seq.) is amended by inserting after section 21E the following: ‘SEC. 21F. SECURITIES WHISTLEBLOWER INCENTIVES AND PROTECTION [...]’” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Senate and House of Representatives of the United States of America. Washington, DC, 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 21 nov 2021.

A lei traz algumas definições para auxiliar na compreensão de seu funcionamento, quais sejam: (a) Definições, (b) Recompensas, (c) Determinação da quantidade de recompensa e negativa de recompensa, (d) Representação, (e) Desnecessidade de contrato, (f) Alegações, (g) Fundo de Proteção, (h) Proteção dos whistleblowers, (i) Previsão de informações falsas, e (j) Autoridade competente para legislar.²³¹

A *Dodd-Frank Act* previu um sistema independente e ampliado de proteção ao consumidor (através da criação do Bureau de Proteção Financeira ao Consumidor), a supressão do mecanismo de *bailout* (uso do dinheiro público para resgate das companhias), um modelo avançado de prevenção para identificar e enfrentar riscos sistêmicos, uma maior garantia de transparência, a possibilidade de que os acionistas decidam sobre os salários dos executivos, além de uma robusta regulação em termos de contabilidade financeira.²³² Destaque-se, no, ponto, a possibilidade de a SEC compartilhar dados e informações obtidas com outras autoridades federais, estaduais e internacionais.

Sobre a atividade de *whistleblowing*, a quem é atribuído uma tarefa fundamental para o funcionamento de um programa de *compliance*, dentre as definições de relevância está o conceito de “informação original”²³³, que é aquela que é derivada da atividade do

²³¹ Sobre as definições que a lei adota, cita-se Macedo; “(1) ação judicial ou administrativa; (2) fundo; (3) informação original; (4) sanções monetárias; (5) ação conexa, e (6) *whistleblower*. A ação judicial ou administrativa vinculada a essa lei significa qualquer ação judicial ou administrativa trazida à conhecimento da Comissão através da Lei de Valores Mobiliários e que resulte em sanções monetárias que excedam um milhão de dólares americanos. Fundo é o próprio Fundo de Proteção da Comissão de Valores Mobiliários. Basicamente, a informação original é aquela cuja única fonte possível é o *whistleblower*, sem o qual a Comissão jamais teria conhecimento De acordo com a lei, as sanções monetárias consistem em qualquer valor pecuniário (sejam a título de multas, depósitos judiciais, juros) ao qual alguém foi ordenado a pagar. Conforme se depreende, a ação conexa nada mais é do que uma ação relacionada àquela iniciada a partir da informação prestada pelo *whistleblower*. Por fim, a definição legal do termo *whistleblower*: um ou mais indivíduos (agindo em conjunto) que fornecem à comissão informações relativas à violação das leis de valores mobiliários, na forma estabelecida por lei.” MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores**. Dissertação de Mestrado. PUCRS, Porto Alegre, 2018, p. 92.

²³² ESPÍN, Rosa. **El Canal de denuncias Internas em la actividad empresarial como instrumento del compliance**. 418f. Tesis Doctoral (Programa de Doctorado em Derecho Público Global). Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, 2017, p. 140-143.

²³³ “SEC. 21F: (a) DEFINITIONS.—In this section the following definitions shall apply: [...] (3) ORIGINAL INFORMATION.—The term ‘original information’ means information that— (A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; (B) is not known to the

whistleblower como fonte de conhecimento e de informação. Também não é considerado original o elemento informativo que derive de uma declaração promovida em ato judicial ou administrativo (audiência), de um procedimento de auditoria, de reporte da mídia, a menos que o *whistleblower* seja uma fonte direta de informação.²³⁴ A confidencialidade é preservada até o momento, por exemplo, em que a denúncia redunde em um processo criminal, haja vista a necessária confrontação da defesa com as provas colhidas pela acusação.²³⁵ Já o reporte anônimo exige que o denunciante seja representado por um advogado constituído para auxiliá-lo na formulação da denúncia.²³⁶

O prêmio pago ao *whistleblower*, que não precisa ser residente tampouco cidadão dos EUA, é custeado por um fundo público (*Securities and Exchange Commission Investor Protection Fund*). Para a realização de qualquer pagamento, serão levadas em consideração a relevância da informação para o sucesso da ação judicial intentada contra os responsáveis, montante que não será inferior a 10% do total até 30% de todas as sanções.²³⁷ Não haverá prêmio se as informações originais, dadas pelo reportante, tenham sido adquiridas junto a uma agenda regulatória do DOJ, a uma organização de autorregulação ou, ainda, obtida através do desempenho de auditoria de demonstrações financeiras sujeitas à regulamentação estatal.²³⁸ A informação falsa, ou o uso de escrita ou documento com declaração fictícia, caso sejam utilizados, intencionalmente, por parte do *whistleblower*, retirar-lhe-ão o direito à recompensa.²³⁹ Outro regramento a ser destacado é que determina que os *whistleblowers* que tenham vinculação com o fato denunciado não possam ser anistiados.²⁴⁰

Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and (C) is 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 the whistleblower is a source of the information. [...]” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Senate and House of Representatives of the United States of America. Washington, DC, 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 21 nov 2021.

²³⁴ Sec 922 21 F (a) (6)

²³⁵ Sec 922 21 F (h) (2) (A)

²³⁶ Sec 922 21 F (j)

²³⁷ Sec 922. 21F (c) (1) (b) determination of amount of award.

²³⁸ Sec 922.21 F (c) (2).

²³⁹ Sec 922 21 F (j)

²⁴⁰ BERINI, Arturo Gonzalez de Leon. El Criminal compliance em la reforma norteamericana da La Dodd-Frank Act. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.).

Como o texto da lei continha muitas pautas gerais, a SEC propôs uma série de audiências públicas para a coleta de sugestões direcionada a uma regulamentação mais específica de certas disposições, mas a aprovação das sugestões, em 2011, não se deu com grandes modificações.²⁴¹ Não se avançou, portanto, rumo ao detalhamento necessário acerca de medidas tipificadas de modo genérico, como, por exemplo, o processamento das denúncias recebidas.

Sobre as práticas de retaliação que a lei busca evitar, citam-se as seguintes: demissão, rebaixamento, suspensão, assédio (direito ou indireto), ameaça ou qualquer outra forma de discriminação do denunciante no emprego, por quaisquer atos que tenha praticado o *whistleblower* (fornecimento de informações, testemunho ou auxílio em investigações baseadas no seu relato).²⁴² Incluem-se, dentre os meios de proteção, a recontração do denunciante demitido com o pagamento do dobro dos salários durante o período de seu afastamento, mais custos com a contratação de advogados.

A diferença mais importante e controvertida entre as disposições do programa é o meio de realização do reporte. Não se exige o uso prévio dos canais internos da empresa, permitindo-se ao denunciante que recorra diretamente à SEC.²⁴³ Em favor da prioridade ao *whistleblowing* externo, argumenta-se a possibilidade de otimização de recursos, por parte da SEC, diante da possibilidade de contratar diretamente os denunciantes, ainda que seja perceptível o enfraquecimento que essa regra implica para todo um arcabouço discursivo e institucional que advoga pela necessidade de reforço dos programas de *compliance*.

Cabe referir, ainda, que não podem ostentar a condição de *whistleblower*: (a) advogados externos, que prestem consultoria jurídica a entidades financeiras; (b) funcionários que obtenham informações no desempenho do seu cargo; (c) pessoas que tenham conhecimento da infração por serem integrantes de sistema de *compliance*, de auditoria ou que tenham funções similares e servidores de governos estrangeiros. Tais

Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 131-142, p. 139.

²⁴¹ Ibid., p. 131

²⁴² Sec 922.21 F (h) (1) (A)

²⁴³ BERINI, Arturo Gonzalez de Leon. El Criminal compliance em la reforma norteamericana da La Dodd-Frank Act. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance:** prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 131-142, p. 138-139.

regramentos se impõem para que se possam obstar situações de conflitos de interesses entre o desejo de denunciar e o sigilo profissional que se exige de um indivíduo.

O interessado em atuar como *whistleblower* não precisa ajuizar uma demanda perante o Poder Judiciário, como na hipótese das ações *qui tam* (SOX, por exemplo), sendo suficiente o envio de comunicação a agências administrativas.²⁴⁴ O *Dodd-Frank Act* amplia para seis anos o prazo para reporte, contados da data em que o denunciante tomou ciência da violação, podendo chegar até o máximo de dez anos a contar da ocorrência do fato.

Diante desse rápido exame das principais diretrizes da *Dodd-Frank Act*, o que se pode assinalar é que a promoção da denúncia direta externa às autoridades públicas espelha um certo abandono do discurso que compreende o *compliance* como uma estratégia estruturada de autorregulação, condicionada, externamente, pelos poderes públicos.²⁴⁵ Ainda que essa lei esteja dirigida a determinado setor da economia, há, aqui uma revelação inequívoca de que a festejada interação entre o setor público e privado cedeu espaço ao pragmatismo, ou seja, à obtenção direta e, em certas vezes, mais rápida da informação sobre e irregularidade, ilegalidades e ilícitos.

2.4.5 Plano de Ação Anticorrupção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)

De início, não houve previsão legal acerca de proteção a agentes denunciadores na Convenção da OCDE, concluída no ano de 1997, em Paris. Tal menção ocorreu tão somente na Recomendação de 2009 (*The 2009 Anti-Bribery Recommendation*), momento em que foram definidas linhas de recomendação aos Estados-Partes no que tange àqueles

²⁴⁴ TELLES DE SOUZA, R. Comparação entre os regimes jurídicos do whistleblower ou informante nos Estados Unidos da América e no Brasil: algumas notas sobre a considerável deficiência da atual disciplina brasileira do Instituto. *Revista Científica do CPJM*, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 222–242, p. 225 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/20>. Acesso em: 6 dez 2022.

²⁴⁵ SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

que informam práticas de corrupção. Reconheceu-se a necessidade de que os países adotem medidas de proteção de denunciante do setor público e privado.²⁴⁶

Em 2010, em Seul, foi aprovado um Plano de Ação Anticorrupção que destacava a necessidade de proteção de *whistleblowers*, diante da aferição de que a prática de atos de corrupção é significativamente mais elevada em ambientes em que os potenciais denunciante não sejam incentivados ou protegidos.²⁴⁷

Na cúpula do G20, realizada na cidade de Seul em novembro de 2010, dentre os debates acerca da agenda global anticorrupção, a elaboração de normas de proteção aos denunciante de boa-fé contra ações discriminatórias e retaliatórias foi erigida como uma das prioridades. Foi elaborado um documento denominado “Estudo para a proteção dos *Whistleblowers*: compêndio de melhores práticas e princípios de orientação para a legislação”. Esse documento é dividido em quatro partes: introdução, principais características dos mecanismos de proteção, proteção do *whistleblower* do setor público e proteção no setor privado.²⁴⁸

Defende-se a construção de uma relação de confiança entre o indivíduo que seja um potencial *whistleblower* e o sistema estatal de proteção. Parte-se da essencialidade da proteção ao denunciante para se definir as diretrizes mais eficazes ao encorajamento da atividade de *whistleblowing* direcionada ao relato de fraude, má-conduta e corrupção, pois a eficácia de um programa de *compliance*, no setor público e no setor privado, em termos de monitoramento e detecção de violações das leis depende de um ambiente que garante a proteção a quem se propõe a realizar uma denúncia.²⁴⁹

Como boas práticas legislativas são consideradas e sugeridas: (i) uma legislação robusta e abrangente; (ii) que se observe o devido processo legal para ambas as partes

²⁴⁶ OCDE. Conselho da OCDE, **Recommendation of the 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: 11 out 2021.

²⁴⁷ OCDE. G20. **Plano de Ação Anticorrupção – Proteção de denunciante**. Estudo sobre legislação de proteção de denunciante, coletânea de melhores práticas e princípios orientadores, 2011. Disponível em <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>. Acesso em 11 out 2021. Na época foi acordada a adoção e implementação de regras até 2012 e, como subsídio à adoção dessa normatização, foi iniciado um estudo das principais características dos regramentos de proteção em vigor nos países integrantes do G20 para ajudar a efetivação do que constava no plano de ação com as melhores práticas a serem adotadas e auxiliar esses mesmos países a implementarem, concretamente, o que se comprometeram.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 3.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 3.

(denunciante e demandado), incluindo, a necessidade de proteção da confidencialidade; (iii) a proteção contra qualquer forma de ação discriminatória ou de retaliação, seja pessoal ou no ambiente de trabalho, tais como: a demissão, a suspensão ou rebaixamento; outra ação disciplinar ou corretiva; a transferência compulsória; o prejuízo ao denunciante em avaliação de desempenho ou nas decisões relativas a salários, benefícios, prêmios, educação ou treinamento, além de qualquer outra mudança significativa nos deveres, responsabilidades ou condições de trabalho; (iv) proteção contra o assédio, estigmatização, ameaças e qualquer outra forma de ação retaliatória; (v) responsabilização civil por atos de retaliação; (vi) proteção de identidade por meio da disponibilidade de denúncias anônimas; (vii) ônus da prova ao empregador acerca das medidas tomadas em detrimento do denunciante; (viii) proteção contra divulgações indevidas que um indivíduo razoavelmente acredita revelar irregularidades, mesmo se o denunciante estiver incorreto; (ix) proteção aos funcionários que os empregadores, erroneamente, acreditem ser denunciantes.²⁵⁰ Em 2015, a OCDE chegou a publicar documento com orientações especificamente direcionadas ao Brasil, no sentido de “corrigir as deficiências que ainda existem em seu arcabouço legislativo” e destacar a demanda por uma “efetiva proteção aos denunciantes”²⁵¹.

No ano de 2021 foi atualizada a Recomendação Antissuborno no contexto de transações comerciais internacionais. Em seu item XXII (*protection of reporting persons*), há uma orientação para o desenho de medidas que, dentre outras providências²⁵²: (i) assegurem recursos suficientes para que autoridades implementem a estrutura legal para a proteção de denunciantes; (ii) ofereçam proteção ao maior número possível de denunciantes em um contexto relacionado ao trabalho; (iii) assegurem a adoção de medidas apropriadas para garantir a confidencialidade, de maneira compatível com as leis nacionais, em particular em investigações por autoridades competentes ou

²⁵⁰ Ibid., p. 31.

²⁵¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Brazil Policy Brief**, nov. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/policy-briefs/brasil-reduzindo-os-riscos-de-suborno-em-transacoes-comerciais-internacionais.pdf>. Acesso em 12 dez 2021.

²⁵² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**, nov 2021. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378#mainText>. Acesso em: 12 dez 2021.

processos judiciais; (iv) considerem a possibilidade de denúncias anônimas e a garantia de que todas as proteções relevantes estejam disponíveis para aqueles que forem, posteriormente, identificados e, em face disso, possam sofrer retaliações; (v) garantam que medidas apropriadas estejam em vigor para proibir, ou invalidar, quaisquer disposições contratuais destinadas a permitir a renúncia às proteções legais; (vi) ampliem a definição da categoria retaliação, com vistas a abarcar ações que possam resultar em danos à reputação, profissionais, financeiros, sociais, psicológicos e físicos; (vii) garantam que os recursos apropriados estejam disponíveis aos *whistleblowers* para compensar as consequências, diretas e indiretas, da ação de retaliação após uma denúncia, incluindo-se compensação financeira e medidas acautelatórias em processos judiciais; (viii) prevejam sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, para quem retaliar os denunciantes; (ix) transfiram o ônus da prova, em processos administrativos, cíveis ou trabalhistas, a entidades acusadas de retaliação; (x) garantam que os denunciantes não estejam sujeitos a processos disciplinares e de responsabilidade, com base na elaboração de relatórios que se qualifiquem como ensejadores da proteção legal; (xi) considerem a introdução de incentivos para que os denunciantes façam relatórios que os qualifiquem para proteção; (xii) aumentem a conscientização e as ofertas de treinamento, sobre o desenho e implementação das estruturas, legais e institucionais, de proteção dos potenciais denunciantes, o que exige o incremento dos recursos disponíveis; (xiii) revisem, periodicamente, a eficácia das estruturas legais e institucionais para a proteção dos denunciantes, e (xiv) respeitem as regras de proteção de dados e os direitos de privacidade.

Em que pese seja de reconhecida importância um estudo comparativo para que seja aprofunde o debate acerca dos efeitos práticos da adoção de um programa de *whistleblowing*, em especial, incluídos os prováveis danos a serem suportados pelo denunciante, não se pode ignorar que os enunciados propostos pela OCDE servem a interesses de atores hegemônicos no campo econômico, ou seja, lança-se mão de um “reforço da *soft law* para legitimar normas penais - *hard law* por excelência”.²⁵³

²⁵³ SILVEIRA, Renato J; Saad-Diniz, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

Em verdade, a plataforma de comparação entre as políticas econômicas de cada país, realizada com o escopo de propor solução de problemas comuns e promover “o reforço da legalidade do sistema econômico”²⁵⁴ retira, em parte, o papel central dos Estados na produção normativa. Essa “policentricidade que marca a globalização”²⁵⁵ ignora as especificidades sociais e econômicas dos Estados²⁵⁶ e afeta as condições de possibilidade do instituto do *whistleblowing*.

2.4.6 A normatização do *whistleblowing* na União Europeia

A proteção dos denunciantes, ainda que não esteja expressa no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), identifica-se na base legal da qual se pode extrair a principiologia que orienta a Diretiva.²⁵⁷

Em 23 de outubro de 2019, o Conselho da União Europeia aprovou a Diretiva (UE) 2019/1937²⁵⁸ do Parlamento e do Conselho²⁵⁹ relativa à proteção das pessoas que

²⁵⁴ Ibid., p. 56.

²⁵⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, ano 56, n. 221, jan./mar. 2019. p. 169-193, p. 173.

²⁵⁶ No mesmo sentido é a atuação da Transparência Internacional. A partir da adoção de um conceito amplo de *whistleblowing*, com uma abrangência maior de condutas e de agentes, além do entendimento do papel essencial que os denunciantes desempenham ao expor atos de corrupção, a organização Transparência Internacional, que se define como um “movimento global que busca libertar governos, empresas e o cotidiano das pessoas da corrupção, e cuja luta objetiva a justiça social, a realização dos direitos e a paz”, recomenda alguns princípios a serem adotados por legislações a respeito do denunciante. Dentre eles, podemos citar: (i) proteção ao *whistleblower* contra qualquer tipo de retaliação (*protection against retribution*); (ii) criação de sistemas e órgãos internos de delação (*incentives internal reporting* e *whistleblower complains authority*); (iii) mecanismos ou incentivos para estimular a delação (*rewards systems*); (iv) proteção da identidade do delator (*protection of identity*); (v) inversão do ônus da prova na comprovação da delação (*reversed burden of proof*); (vi) imunidade civil, penal e administrativa para o delator de boa-fé (*waiver of liability*); (vii) punição àquele que fizer retaliações ao delator (*penalty for retaliation and interference*); (viii) ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto (*no sanctions for misguided reporting*); (ix) invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante (*no circumvention*). TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Sobre a Transparência Internacional: quem somos**. Berlin, 2013. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/sobre-a-ti/> Acesso em 10 ago. 2021. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **International Principle for Whistleblowing Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest**. Berlin, 2013. Disponível em: https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_whistleblowerprinciples_en. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁵⁷ ESPÍN, Rosa. **El Canal de denuncias Internas em la actividad empresarial como instrumento del compliance**. 418f. Tesis Doctoral (Programa de Doctorado em Derecho Público Global). Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, 2017, p. 149.

revelam informações sobre do Direito da União. O objeto é o fortalecimento de políticas públicas em âmbitos específicos diante o estabelecimento de normas mínimas comuns que sirvam de complementação à legislações relativas ao direito derivado²⁶⁰ e que já contivessem legislação setorial.²⁶¹

O objetivo da Diretiva²⁶² pode ser resumido em dois pontos: (i) estimular o reporte de violações às leis europeias por meio da *obligatoriedade* de implementação de canais de denúncia em empresas e organizações, privadas e públicas, que tenham mais de 50 funcionários e (ii) estabelecer normas mínimas comuns que garantam uma proteção

²⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁵⁹ O artigo 13 do tratado da União Europeia enumera as sete instituições dentre eles o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e o Conselho. O Parlamento é a única instituição política com legitimidade democrática direta, sendo que, desde 1979, seus membros se elegem por sufrágio universal e direto. Trata-se de órgão-chave para a atividade política e legislativa da União Europeia sede em Estrasburgo, Bruxelas e Luxemburgo. Exerce, junto com o conselho o poder legislativo da União (o Parlamento representa os cidadãos e Conselho, os Estados-membros). Não possuem capacidade para apresentar iniciativas legislativas (o que cabe à Comissão) Conselho da Europa, reunião do Chefes de Estado e de governo dos Estados – membros não possui função legislativa. Difere do Conselho que possui funções legislativas. O Conselho Europeu com sede em Bruxelas possui função mista porque pode adotar decisões individuais cuja afinidade é com a atividade executiva (sede Bruxelas) SARMIENTO, Daniel. **El Derecho de La Unión Europea**. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 70-73.

²⁶⁰ Segundo Sarmiento, o Direito da União constitui-se em um ordenamento pleno que reúne todas as características necessárias para que se possa falar em Direito: normatividade, aprovação formalizada, aplicabilidade e tutela judicial possui características que o diferenciam de um ordenamento jurídico estatal (a norma fundacional não é uma constituição mas sim um tratado internacional firmado e ratificado pelos Estados-membros). De igual forma, não faz parte do Direito Internacional, mas trata-se de um direito autônomo. A Diretiva é um ato de direito sem efeito direto, contudo possui regimentos vinculantes e conteúdo baseado em resultado. SARMIENTO, Daniel. **El Derecho de La Unión Europea**. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 215, 250 e 306.

²⁶¹ Vide: Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento e do Conselho, de 16 de abril de 2014 (abuso de mercado), Regulamento (UE) n.º 376/2014 do Parlamento e do Conselho, de 3 de abril de 2014, (aviação civil), Diretiva 2013/30/UE do Parlamento e do Conselho, de 12 de junho de 2015 (operações *offshore* de petróleo e gás). Diretiva 2015/849/UE do Parlamento e do Conselho, de 20 de maio de 2015 (conhecida como a 4ª Diretiva Anti-Branqueamento de Capitais e Contra o Financiamento do Terrorismo), Diretiva 2016/943/EU do Parlamento e do Conselho, de 8 de junho de 2016 (regime legal de proteção de segredos comerciais).

²⁶² No artigo 288 TFUE, parágrafo 3º declara que “a diretiva obrigava o Estado-membro destinatário quanto ao resultado que se deva conseguir, deixando às autoridades a escolha da forma e dos meios” (TFUE). Trata-se de um instrumento de colaboração entre ordenamentos, na medida em que necessita da participação ativa do Direito do Estado-membro para que suas disposições resultem efetivas. Ou seja, é uma técnica de intervenção indireta (não cria normas jurídicas), sendo seu efeito, a assinatura dos Estados-membros dos objetivos que devem ser concretizados em medidas legislativas Há liberdade dos meios e das formas (instrumento jurídico mais adequado). Os Estados são livres para eleger o conteúdo ou a técnica normativa necessária para dar cumprimento aos objetivos da Diretiva. SARMIENTO, Daniel. **El Derecho de La Unión Europea**. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 254-256 (tradução nossa).

efetiva ao denunciante em áreas que demandem um reforço de *enforcement* (serviços financeiros, meio-ambiente, segurança alimentar e de transporte, terrorismo, segurança nuclear, prevenção à lavagem de dinheiro, contratações públicas, proteção de dados, saúde pública, proteção do consumidor, segurança dos animais).²⁶³ A finalidade é superar a fragmentação normativa existente entre o Estados-membros provocada pela desigual regulação entre os mesmos.²⁶⁴ Não foram incluídas violações que envolvam questões relativas à defesa nacional ou à segurança nacional.

A Diretiva, na sua parte inicial, traz algumas definições que são importantes para seu entendimento, das quais se destaca o conceito de *whistleblower* como “uma pessoa física que comunica ou revela publicamente informação sobre infrações que tenha sido obtida em um contexto de suas atividades de trabalho”.²⁶⁵ Esse documento, com acerto, exclui da possibilidade de serem reconhecidas, como denunciante, pessoas que não tenham relação laboral, contratual ou profissional com uma entidade, seja pública ou privada que, eventualmente, intervenha no fato delituoso.²⁶⁶

Dentre os mais de cem “Considerandos” deste documento, merecem ser destacados os que possuem um caráter estruturante do modelo de *whistleblowing*. Acerca do âmbito subjetivo de aplicação, por exemplo, tem-se os Considerandos 36 e 39, que mencionam a necessidade de proteção jurídica específica aos *whistleblowers* e de ampliação subjetiva da mesma para além dos trabalhadores das empresas (fornecedores, contratantes, prestadores).²⁶⁷ Para que uma pessoa seja reconhecida como denunciante,

²⁶³ Artigo 2º expressa o âmbito material da Diretiva.

²⁶⁴ Artigo 1º e Considerando nº 5.

²⁶⁵ “Art. 5º [...] 4) denúncia interna: a comunicação verbal ou por escrito de informação sobre infração dentro de uma entidade jurídica dos setores privados ou público; 5) denúncia externa: a comunicação verbal ou por escrito de informação sobre infrações perante as autoridades competentes; [...] 7) denunciante: uma pessoa física que comunica ou revela publicamente informação sobre infrações obtida em um contexto de suas atividades de trabalho; [...] 9) contexto laboral: atividades de trabalho, presentes ou passadas, no setor público ou privado através das quais, independentemente da natureza dessas atividades, as pessoas podem obter informações sobre infrações e que nela possam sofrer represália se comunicarem dita informação [...]” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁶⁶ RODRÍGUES-MEDEL NIETO, Carmen. La protección de los informantes – whistleblowers – y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la unión europea y en España de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes. **Revista de Estudios Europeos**. Extraordinário monográfico 1-2019, p. 225-245, p. 231.

²⁶⁷ Considerando nº 36: Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de

deven concorrer duas condições, quais sejam: (i) o reportante deve acreditar que a informação revelada/a ser revelada é verídica, sendo primordial que a mesma já não esteja disponível para o público no momento da denúncia e (ii) o *whistleblower* deve fazer uso dos canais adequados, dando preferência às denúncias internas, externas e divulgação pública, nessa gradação.²⁶⁸

A Diretiva coloca a denúncia interna como padrão (Considerando nº 69), mas, ao mesmo tempo, abre brechas para que o *whistleblower* possa eleger o meio do qual fará uso para o reporte. A título exemplificativo, cita-se a regra que retira a obrigatoriedade do uso de um canal interno quando tal mecanismo já tenha sido utilizado em momento anterior e de modo não exitoso.²⁶⁹ A Diretiva impõe que o reportante atue de boa-fé, sob pena de responsabilização nas esferas criminal, administrativa e civil.²⁷⁰

A instauração de um canal de denúncias passou a ostentar a condição de dever jurídico para empresas do setor público e privado que tenham, no mínimo, 50 (cinquenta)

represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad. La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales. Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias. Considerando nº 39: La protección debe extenderse también a otras categorías de personas físicas que, sin ser «trabajadores» en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones del Derecho de la Unión y que puedan encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica en el contexto de sus actividades laborales. Por ejemplo, en lo que respecta a la seguridad de los productos, los proveedores están mucho más cerca de la fuente de información sobre posibles prácticas abusivas e ilícitas de fabricación, importación o distribución de productos inseguros; y respecto de la ejecución de los fondos de la Unión, los consultores que prestan sus servicios se encuentran en una posición privilegiada para llamar la atención sobre las infracciones que presencien. Dichas categorías de personas, que incluyen a los trabajadores que prestan servicios por cuenta propia, los profesionales autónomos, los contratistas, subcontratistas y proveedores, suelen ser objeto de represalias, que pueden adoptar la forma, por ejemplo, de finalización anticipada o anulación de un contrato de servicios, una licencia o un permiso, de pérdidas de negocios o de ingresos, coacciones, intimidaciones o acoso, inclusión en listas negras o boicot a empresas o daño a su reputación. Los accionistas y quienes ocupan puestos directivos también pueden sufrir represalias, por ejemplo, en términos financieros o en forma de intimidación o acoso, inclusión en listas negras o daño a su reputación. Debe concederse también protección a las personas cuya relación laboral haya terminado y a los aspirantes a un empleo o a personas que buscan prestar servicios en una organización que obtengan información sobre infracciones durante el proceso de contratación u otra fase de negociación precontractual y puedan sufrir represalias, por ejemplo, en forma de referencias de trabajo negativas, inclusión en listas negras o boicot a su actividad empresarial. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁶⁸ AMÉRIGO ALONSO, José. Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing. **Diario La Ley** n. 9699, Seção Tribuna, Madrid: Wolters Kluwer, 18 de set. de 2020, p. 2-3.

²⁶⁹ Ibid., p. 231.

²⁷⁰ Artigo 6º, I.

empregados. O prazo para acusar o recebimento de uma denúncia é de sete dias e, para que seja dada uma resposta ao *whistleblower*, não se deve ultrapassar o lapso de três a seis meses.²⁷¹ Não há uma obrigação legal de o setor privado contar com procedimentos internos de denúncia, mas, na prática, ao menos na Espanha, uma entidade corre grande risco reputacional, frente às autoridades públicas, sejam ou não encarregadas da persecução criminal, se não providenciar a estruturação de um canal²⁷², especialmente diante desse contexto comunitário de ampliação normativa.

Não havia, na Espanha, antes da Diretiva, uma obrigação de que as diversas administrações (municipal, regional) adotassem medidas de proteção a quem denunciasse atos de fraude e corrupção, uma vez que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não as atinge (excetuadas a agência tributaria ou a seguridade social).²⁷³ A modificação legislativa promovida pela Diretiva poderia ter estabelecido uma gradação, em termos de exigência, para os diferentes níveis de administração, pois é notório que municípios pequenos possuem menor capacidade de regulação do que os maiores.²⁷⁴ Há regramento que exime municípios, com população inferior a 10 mil habitantes, da obrigação de instituir esses sistemas de denúncia, mas abre-se a possibilidade de que esses entes federativos menores compartilhem, entre si, um canal de denúncias externo. O prazo de transposição até dezembro de 2021, excluídas, desse termo final, as empresas que tenham entre 50 a 249 empregados, hipótese em que o prazo se amplia para quatro anos.²⁷⁵

Bachmaier Winter aponta, como um grande avanço, que se tenha passado de uma recomendação de implementação de canais, internos e externos de denúncia, a uma exigência, ainda que limitada, em âmbito material, ao Direito da UE.²⁷⁶ Trata-se, portanto, de uma inédita interiorização.²⁷⁷ A esse respeito Ramon Ragués pondera que não parece razoável que, na prática, as empresas tenham sistemas paralelos para o direito

²⁷¹ Artigo 9.1

²⁷² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El tratamiento Jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937 La Ley Compliance penal nº11 abril-junho 2020, nº 1, 1 abr 2020, p 1-22, p. 4.

²⁷³ Ibid., p. 6.

²⁷⁴ Ibid., p. 6.

²⁷⁵ Artigo 261.

²⁷⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena. Whistleblowing europeo y compliance: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. **Diario La Ley**, n. 9539, 18 dez. 2019, p. 8.

²⁷⁷ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, Janeiro-Março 2020, p. 99-113, p. 113.

da UE e para o direito interno e essa percepção, provavelmente conduzirá os Estados à ampliação concreta da abrangência dos sistemas de denúncia, a partido do “marco jurídico de maior intervenção, que é o da Diretiva”.²⁷⁸

A tramitação das denúncias externas²⁷⁹ foi regulada detidamente (modo de denúncia, estágios de recepção e tratamento, divulgação das condições de relato, regime de confidencialidade²⁸⁰ e os mecanismos disponíveis contra represália).²⁸¹ Os canais devem ser externos, independentes, autônomos, seguros e confidenciais, sendo a confidencialidade obrigatória. Não houve qualquer regulação quanto a denúncias anônimas.²⁸²

²⁷⁸ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. El tratamiento Jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937 La Ley Compliance penal nº1 abril-junho 2020, nº 1, 1 abr 2020, p 1-22, p. 4.

²⁷⁹ Considerando nº 33: En general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público. Al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso. [...] UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁸⁰ Artículo 18 - **Registro de las denuncias**. Los Estados miembros velarán por que las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes lleven un registro de todas las denuncias recibidas, en cumplimiento de los requisitos de confidencialidad contemplados en el artículo 16. Las denuncias se conservarán únicamente durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con los requisitos impuestos por la presente Directiva, u otros requisitos impuestos por el Derecho de la Unión o nacional. Cuando para la denuncia se utilice una línea telefónica u otro sistema de mensajería de voz con grabación, a reserva del consentimiento del denunciante, las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes tendrán derecho a documentar la denuncia verbal de una de las maneras siguientes: mediante una grabación de la conversación en un formato duradero y accesible, o a través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratar la denuncia. Las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes ofrecerán al denunciante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de la llamada. [...] Las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes tendrán derecho a documentar la reunión de una de las maneras siguientes: mediante una grabación de la conversación en un formato duradero y accesible, o a través de un acta pormenorizada de la reunión preparada por el personal responsable de tratar la denuncia. Las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes ofrecerán al denunciante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma el acta de la reunión. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁸¹ RODRÍGUES-MEDEL NIETO, Carmen. La protección de los informantes - whistleblowers - y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la unión europea y en españa de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes. **Revista de Estudios Europeos**. Extraordinário monográfico 1-2019, p. 225-245, p. 233-234.

²⁸² Artigo 12.

Exige-se, ainda, que canais para denúncia de condutas fraudulentas sejam separados dos canais gerais (ouvidoria).²⁸³ Admite-se que a identidade do denunciante seja revelada quando for necessário e proporcional para o exercício da ampla defesa das pessoas envolvidas. Foi prevista a proteção dos *whistleblowers* que queiram fazer “divulgações públicas”, desde que haja reclamação prévia via canais internos ou diretamente pelos canais externos e que, após o recebimento dos reportes, não tenham sido tomadas as medidas cabíveis a respeito da apuração dos fatos. Também é possível a divulgação externa quando a pessoa que se proponha a denunciar tenha motivos razoáveis para acreditar que a infração pode constituir perigo, iminente ou manifesto para o interesse público, ou que haja perigo de retaliação.

Nuno Brandão destaca a relevância das normas protetivas, especialmente para as áreas que ainda não conhecem esse tipo de regulamentação, pois passa-se a lidar, normativamente, com as prováveis sanções que o *whistleblower* possa vir a sofrer em razão da denúncia em seu ambiente de trabalho, seja a despedida ou outras sanções disciplinares.²⁸⁴ É importante observar que a previsão normativa de inversão do ônus da prova, para a pessoa acusada de atos de retaliação, não se aplica em termos processuais penais, o que reduz a sua aplicabilidade.²⁸⁵ A lista das práticas que configuram retaliação não é exaustiva.²⁸⁶

No que concerne à imputação de responsabilidade ao denunciante, a mesma está regulamentada no art. 21.2 da Diretiva.²⁸⁷ A norma estabelece que, aos *whistleblowers*,

²⁸³ Considerando nº 73.

²⁸⁴ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**. n. 161, Janeiro-Março 2020, p. 99-113, p. 111.

²⁸⁵ Artigo 21.5. Ragués i Vallès. El tratamiento Jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937 La Ley Compliance penal nº1 abril-junho 2020, nº 1, 1 abr 2020, p 1-22 Editorial Wolters Kluwer

²⁸⁶ Artigo 19.

²⁸⁷ Artículo 21 **Medidas de protección frente a represalias [...] 2.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, apartados 2 y 3, no se considerará que las personas que comuniquen información sobre infracciones o que hagan una revelación pública de conformidad con la presente Directiva hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y estas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva. 3. Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada a revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito. En el caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable. [...] En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación,

não será imputada qualquer tipo de responsabilização, desde que os mesmos tenham motivos razoáveis para crer que a comunicação ou divulgação pública de suas informações foi necessária para revelar uma violação (especialmente em matérias previstas no art. 21.7: difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou que tenham, por objeto, pedidos de indenização com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho).

No caso de retaliação, as medidas compensatórias devem ser integrais, incluindo-se a indenização por danos morais e materiais sofridos pelo *whistleblower* (tais como as despesas com advogados, custas processuais, serviços médicos) que tenham sido desembolsadas em razão da denúncia.²⁸⁸

Outro ponto importante é que os Estados-membros, ao transporem a Diretiva, podem estender a aplicação do texto a outras áreas em nível interno. A esse respeito, Caro Catalán entende que se trata de uma importante oportunidade de que, ao se transpor a Diretiva, a Espanha estabeleça um regramento geral e integral, com a devida adaptação de aspectos-chave para evitar a dispersão regulatória sobre o assunto.²⁸⁹ O autor considera positiva a ausência de regulação de denúncias anônimas porque evita “o uso fraudulento de canais de denúncia e promoção de um ambiente de desconfiança mútua nas organizações”.²⁹⁰ Além disso, mostra-se favorável à ausência de regulação atinente à concessão de prêmios, dado o risco de que os denunciantes sejam transformados em caça recompensas.²⁹¹ Manifesta-se no sentido de que, apesar das vantagens do modelo

violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva. [...] UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Directiva 2019/1937 UE**. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

²⁸⁸ Artigo 21.7 da Diretiva 2019/1937.

²⁸⁹ CARO CATALÁN, José. La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 7, n. 3, p. 2155-2200, p. 2188, set./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.552>. Acesso em 26 dez 2021.

²⁹⁰ *Ibid.*, p 2188.

²⁹¹ *Ibid.*, p 2189.

construído sob o viés utilitarista, eventuais regulações relativas ao pagamento de prêmios trazem consequências nefastas para a sociedade sob o ponto de vista ético.²⁹²

Dentre as críticas doutrinárias a respeito da redação da norma, citam-se as pertinentes ponderações de Ramon Ragués: (i) a justificativa da lei dada para fundamentar a a preferência pela denúncia interna é inócua; (ii) os mecanismos de proteção chegam tarde, quando o denunciante já foi demitido ou afastado, de modo que são necessárias medidas mais concretas; (iii) a inversão do ônus da prova, para a pessoa acusada de retaliação, afronta a presunção de inocência; (iv) na prática há muitos freios sociais e culturais à denúncias a serem considerados.²⁹³ Sobre este último ponto, o autor refere que, “para que o fato de denunciar na Espanha não seja um ato heroico, são necessárias profundas mudanças culturais que não se produzem de um dia para o outro”.²⁹⁴

Dessa breve análise da Diretiva da 2019/1937 da União Europeia, verifica-se que, seja em âmbito nacional, seja em nível comunitário, os desafios se iniciam desde a escolha por uma regulação uniforme, as diretrizes para o dimensionamento do programa e a demanda por soluções concretas para um dos mais graves problemas colocados pelo *whistleblowing* - a proteção efetiva ao *whistleblower*.

Acresce-se a essa observação de necessidade de que se reflita, também, sobre o modelo social e econômico de cada país, sob pena de que algumas das ferramentas de *compliance* tornem-se meios vazios de sentido ou, o que é por, de eliminação de subjetividades. Esse debate ultrapassa o instituto do *whistleblowing* e se expande para um outro instrumento de cumprimento normativo, de íntima vinculação com o *whistleblowing* – as investigações internas corporativas, objeto de exame capítulo a seguir.

²⁹² Ibid., p 2196.

²⁹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El tratamiento Jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937 La Ley Compliance penal n. 1, abril-junho 2020, 1 abr 2020, p 1-22, p. 10-12.

²⁹⁴ Ibid., p. 6.

3 WHISTLEBLOWING E INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS: SOBRE O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

No presente capítulo, examinam-se os impactos sobre o direito à não incriminação de uma pessoa investigada provocados pela realização de investigações internas corporativas, que tenham sido impulsionadas por denúncias de um *whistleblower* (reportante), seja via canal de denúncias ou por outro meio idôneo de reporte interno (considerados os informes cujo conteúdo tenha ultrapassado um primeiro juízo de procedência).

É importante destacar que, nada obstante a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro esteja limitada aos delitos ambientais²⁹⁵, o fenômeno das investigações internas possui relevância no Brasil, pois se insere em uma conjuntura da política legislativa nacional que tem reforçado a necessidade do estabelecimento de um sistema de *compliance* por parte das empresas.²⁹⁶ A ovacionada “cultura do *compliance*”, ainda com problemas de justificação sob a perspectiva empírica²⁹⁷, situa as investigações internas como parte essencial para a aferição da

²⁹⁵ O Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro – PLS n. 236/2012, de autoria do Senador José Sarney (MDB/AP), propõe a instituição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito privado por “atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (*caput* do art. 41). Essa proposta legislativa, aguarda, desde 18/02/2021, a designação de novo relator. BRASIL. **Projeto de Lei nº n° 236, de 09 de julho de 2012.** Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 01 nov 2021.

²⁹⁶ Aqui é importante referir as considerações de Montaner Fernández acerca da diferença entre as definições de cumprimento normativo (utilizado como sinônimo de *compliance*) e cumprimento legal. Para a autora, “como no *compliance* se prioriza o enfoque baseado no risco, as exigências em matéria de cumprimento podem ir bem além do ponto de vista estritamente legal. Dessa forma e, mesmo para fins de concretização de hipóteses de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, toma-se em consideração parâmetros de diligências dispostos em normas não jurídicas (normas técnicas) e inclusive em princípios de ética empresarial (responsabilidade social corporativa)”. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Compliance*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general y especial.** Barcelona: Atelier, 2020, p. 97-119, p. 97-98 (tradução nossa).

²⁹⁷ O presente trabalho alinha-se à crítica de Saad-Diniz sobre a maturação do debate acerca do tema: “O que falta é a revisão criminológica do regime brasileiro de prevenção às infrações econômicas. A cultura do *compliance* se constitui em uma das principais representações deste regime, mas o problema não consiste somente no domínio sobre o conhecimento sobre a matéria. Há uma deficiência mais básica na verificação empírica das evidências sobre as reais necessidades do *compliance* (v.g. perfil dos ofensores,

efetividade de um programa de cumprimento.²⁹⁸ Exige-se que tais procedimentos sejam, como destaca Mossmayer, “justos, eficientes e profissionais”, haja vista a relevância “dos problemas jurídicos postos em todas as suas fases - preparação, execução e conclusão”.²⁹⁹

Em que pese a recente aposta legislativa brasileira tenha se limitado a uma regulação *sui generis* de um *whistleblowing* externo (relato de informações sobre “crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”³⁰⁰), como será melhor analisado no capítulo final desta pesquisa, é preciso dizer que o incentivo a denúncias, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma realidade jurídica³⁰¹ e legislativa anterior ao advento da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”).

quem e como se dá a vitimização, qual a dimensão do dano provocada pelo comportamento corporativo socialmente danoso, quais as alternativas preferíveis de restauração). E é precisamente a partir daí que a investigação criminológica pode fazer diferença”. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Derecho Penal y Criminología**. Ano IX, n. 03, abril 2019, p. 252-267, p. 253 (tradução nossa).

²⁹⁸ O instrumento normativo que regulamenta a Lei Anticorrupção (Decreto nº 8.420/2015) traz, em seu artigo 42, alguns parâmetros genéricos para a avaliação de um programa de integridade (em uma tradução mal-feita do termo *compliance program*), dentre os quais consta a existência de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé” (inciso X do referido artigo). 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. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 02 nov 2021.

²⁹⁹ MOSSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 137-144; p. 137-138 (tradução nossa).

³⁰⁰ Artigo 4º -A, *caput*, da Lei nº 13.608/2018, alterada por meio da Lei nº 13.964/2019. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, n. 80, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.964-de-24-de-dezembro-de-2019-317063439>. Acesso em: 01 nov 2021.

³⁰¹ Na lição de Feldens: “Investigações particulares são uma realidade, ainda que não externalizadas sob essa nomenclatura. Seja sob o rótulo de auditoria ou algo similar, atividades investigatórias são há muito desenvolvidas, inclusive por empresas dedicadas exclusivamente a essa finalidade. Sobretudo no ambiente corporativo, são comuns apurações destinadas à revelação dos fatos (ilícitos ou não) ou à contenção de riscos, em ordem a garantir, por exemplo, a segurança, a proteção da marca (reputação) e a preservação e segredos comerciais. Até mesmo a constatação de falta grave de funcionários celetista (executivo) demanda algum nível de investigação interna. Essas apurações eventualmente alimentam ou mesmo fundamentam demandas cíveis e contendas arbitrais, chegando à esfera criminal direta ou reflexamente. Ultimamente, sobrevalorizam-se as investigações internas sob a rubrica da conformidade empresarial. Ou seja, já não é novidade que entes particulares ‘investigam’” FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 122.

As *internal investigations* constituem-se, portanto, em um problema concreto oriundo da “agenda nacional anticorrupção [que] desencadeou um processo de construção e implantação de programas de integridade, no setor público e privado, [cujos] pilares de sustentação são o canal de denúncia e a investigação interna”³⁰². Trata-se de um instituto destinado “a colaborar com a formatação do novo sistema”.³⁰³

A ordem jurídica brasileira é omissa quanto à regulação específica do *whistleblowing* interno.³⁰⁴ No entanto, ao introduzir mecanismos estratégicos de controle direcionados à condução da empresa na prevenção, detecção e reação a infrações econômicas em outros diplomas legislativos vigentes, torna impositivo o debate acerca da limitação de poder no âmbito das investigações internas desenvolvidas a partir de um relato efetivado internamente.

A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), institui um sistema de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. Estabelece, ainda, a possibilidade de isenção de sanções³⁰⁵ para as sociedades que celebrarem acordos de leniência com autoridades públicas (autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública).³⁰⁶ Tais pactuações buscam promover a colaboração efetiva da pessoa

³⁰² BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152; p. 133.

³⁰³ SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345.

³⁰⁴ Vide capítulo final desta pesquisa.

³⁰⁵ O art. 16, § 2º da LAC prevê que a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das seguintes sanções: (I) publicação extraordinária da decisão condenatória (Art. 6º, II); (II) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (Art. 19, IV); e (III) redução da multa em até 2/3 (Art. 6, I, da mesma lei prevê que a multa pode variar entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos). Já o art. 17 do mesmo diploma legislativo prevê que a administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos nas Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93) para o fim de obter isenção ou atenuação de sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da mesma lei (multa de mora, multa, advertência, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação). BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 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. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

³⁰⁶ O §10 do art. 16 da Lei nº. 12.846/2013 determina a competência da Controladoria-Geral da União (CGU) para celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal e nos casos de atos

jurídica com as investigações e com o processo administrativo, eventualmente instaurados, para identificar os envolvidos nas infrações previstas na referida lei.³⁰⁷ Tanto a cooperação do ente coletivo na apuração de infrações (art. 7º, II)³⁰⁸ como a existência de um efetivo programa organizativo (*compliance program*), que a LAC denomina de “mecanismo e procedimento interno de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades” (art. 7º, VIII)³⁰⁹, são consideradas na aplicação de sanções.

Já a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011), que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seu artigo 87³¹⁰, estabelece que, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, nos demais delitos diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 e no art. 288 do Código Penal, a eventual celebração de acordo de leniência possui o condão de determinar a

lesivos contra a administração pública estrangeira. Para um aprofundamento acerca do arranjo institucional brasileiro relativo à construção dos acordos de leniência, ver PIMENTA, Raquel Mattos. **A Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020.

³⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 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. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

³⁰⁸ Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: (I) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (II) ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; (III) admitir sua participação na infração administrativa; (IV) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e (V) fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa. § 1º O acordo de leniência de que trata o *caput* será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato; § 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR (Processo Administrativo de Responsabilização). 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. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 02 nov 2021.

³⁰⁹ Conforme, Davi Tangerino, “em que pese a não previsão de isenção de sanção como benefício em função de Programas de *Compliance* (PC) no Brasil, é possível que sua implementação gere impactos similares, acarretando indiretamente a própria isenção, pois a LAC prevê que um programa de clemência de sucesso — diretamente relacionado a mecanismos de *compliance* efetivos — possa acarretar não apenas mitigações das sanções de multa, mas também a isenção de algumas sanções (art. 16, § 2º, da LAC)”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Responsabilidade de pessoas jurídicas e programas de *compliance* quanto a atos de corrupção em Brasil e Argentina. **Revista Electrónica de Direito**, fevereiro 2020, n. 01, v. 21, p. 179-198, p. 193.

³¹⁰ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 nov 2021.

suspensão do curso do prazo prescricional, bem como de obstar o oferecimento da denúncia em relação ao sujeito beneficiário do acordo. Assim, em tendo sido cumpridas as condições do pacto, será extinta a punibilidade dos delitos referidos do *caput* do mesmo artigo.³¹¹ O exame das duas leis de regência acima referidas levou Silveira e Saad-Diniz a apontarem a “explícita incidência penal” da legislação antitruste, em contraponto com a lei anticorrupção, ainda que ambos os diplomas tenham sido construídos a partir de uma “racionalidade penal”, o que, por certo, implica o reconhecimento das repercussões criminais para as pessoas físicas.³¹²

No entanto, é preciso mencionar que, em lugar de se centrar a análise no conteúdo das leis ordinárias citadas, Lei Antitruste e a Lei Anticorrupção, o foco desta pesquisa é pôr em relevo a situação de vulnerabilidade de um sujeito investigado em um procedimento dirigido por um ente privado em relação ao qual haja vínculo de caráter laborativo. Esse tipo de liame é caracterizado pela subordinação jurídica³¹³ (v.g. empregado, diretor-empregado).

Parte-se, portanto, da premissa de que as investigações internas são potencialmente vulneradoras dos direitos fundamentais do investigado que, na maioria das vezes, é um funcionário da empresa. Compreendido o risco que esse tipo de atividade privada representa à observância do direito à não autoincriminação do indivíduo (*nemo tenetur se detegere*), um direito que se apreende “estruturado normativamente como uma norma do tipo princípio”³¹⁴, ou seja, como “norma finalística que exige a delimitação de

³¹¹ Um outro exemplo de incentivo à colaboração encontra-se na Lei Federal nº. 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e que prevê, em seus artigos 30 a 32, a possibilidade de o BACEN celebrar o que a lei denomina de “acordos administrativos em processo de supervisão”, cujos objetivos se assemelham aos da Lei nº. 12.846/2013. BRASIL. **Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017**. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; [...] e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

³¹² SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345.

³¹³ De acordo com Sérgio Pinto Martins, a subordinação jurídica decorre da atividade do empregado, do contrato de trabalho, ou seja, da sujeição do empregado às ordens do empregador em decorrência do pacto laboral. MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14.

³¹⁴ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não incriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 135. O autor pontua que no Código de Processo Criminal, de 1832, o interrogatório era tratado como meio de defesa, postura adotada pela Constituição de 1891, a qual assegurava ao acusado a plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela (art. 72, § 16).

um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”³¹⁵, questiona-se acerca do esmorecimento desse princípio no âmbito das relações entre particulares no contexto já mencionado. Esse estado de coisas almejado diz respeito à preservação do indivíduo contra métodos que o obriguem a colaborar com a acusação ou com qualquer ato persecutório.

Neste ponto, a fim se salientar as implicações normativas dos princípios, faz-se remissão ao texto de Humberto Ávila:

Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes. O ponto decisivo não é, pois, a ausência de prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso.³¹⁶

Como, em sede de investigações internas, não serão raros os casos em que o acervo colhido por investigador privado possua grande influência na construção da materialidade do delito a ser objeto de imputação criminal futura, potenciais máculas à defesa de uma pessoa investigada merecem ser objeto de detida ponderação. No mesmo sentido é a fala de Estrada i Cuadras, para quem há dois pilares que fundam a impossibilidade de se autoincriminar: o direito à dignidade, que serve de obstáculo ao tratamento do investigado como mero objeto do processo de investigação e lhe confere a possibilidade de intervenção, e a necessidade de que a verdade processual, dirigida a impor uma pena, se obtenha mediante um procedimento justo.³¹⁷

Diante de tal influxo, a controvérsia sobre a extensão da eficácia do *nemo tenetur se detegere* às declarações de um empregado obtidas em investigações internas

Contudo, antes da uniformização, em 1941, os códigos de processo penal de alguns estados-membros (DF, RS e PR) permitiam que o silêncio do réu fosse interpretado em seu desfavor (Ibid., p. 94-95).

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 118.

³¹⁶ Ibid., p. 64-65.

³¹⁷ ESTRADA I CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho n. 4**. Barcelona, 2020, p. 228-272, p. 255.

corporativas e a sua validade, como prova em futuro processo penal, está em pleno vigor. A falta de normatização dessas práticas não permite que seja olvide da existência de limites aos poderes de investigação do empregador. Essas restrições se assentam na exigência de resguardo dos direitos fundamentais, ainda que os resultados colhidos nesses procedimentos sejam efetuados sem o controle jurisdicional.

Analisa-se esses procedimentos em duas situações. A primeira hipótese diz respeito à investigação que se desenvolve a partir da notícia de possível cometimento de um delito no interior da pessoa jurídica. Já a segunda ocorre quando, em tendo sido confirmada a prática de um ilícito penal, seja com investigação pública ou com processo penal em curso, a empresa se encarregue da execução de um procedimento investigativo interno, mediante a coleta de provas a serem remetidas às autoridades incumbidas da persecução penal.

O ente coletivo, ao enviar para as autoridades públicas o acervo probatório colhido em um procedimento investigativo interno, tem a intenção de atuar colaborativamente com as mesmas. E essa cooperação não é desinteressada, porquanto as informações a serem reunidas são fundamentais para sua defesa em um processo criminal, seja de forma isolada ou de modo conjunto com empregado eventualmente apontado como responsável individual.³¹⁸ As diligências realizadas e os seus respectivos resultados são direcionados à pretensa verificação de efetividade do programa de cumprimento normativo da empresa (*compliance program*)³¹⁹ e, em face disso, servem como elemento orientativo para a mitigação ou isenção da responsabilização criminal corporativa por delitos cometidos por seus agentes.

O mal estruturado modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica é considerado vicariante³²⁰, ou seja, vinculado à atuação dos sujeitos que a

³¹⁸ Nas hipóteses em que a lei autoriza a persecução penal das pessoas jurídicas.

³¹⁹ Como referido alhures, os incentivos legais à colaboração, no Brasil, estão inseridos em diplomas não explicitamente penais, mas povoados por uma lógica penal.

³²⁰ De acordo com Estellita, “a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica exige a indicação clara dos crimes praticados por pessoas naturais - ações típicas e antijurídicas, com todos seus elementos (quem, quando, onde, como, com quais meios etc.) que se pretende atribuir à PJ”. A autora destaca que a proibição de responsabilização direta do ente coletivo por parte do modelo brasileiro sofre importantes críticas, a saber: “frustra a justificativa político-criminal de punição dos crimes praticados em grandes corporações, estabelece responsabilidade penal objetiva por fato alheio e apresenta alto risco de contaminação da responsabilidade penal das pessoas naturais”. ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. **JOTA: Penal em Foco**, 10 de fevereiro

gerenciam e a integram em favor (benefício ou interesse) da entidade coletiva (heterorresponsabilidade).³²¹ Observa-se que, embora estejamos sob a restrição desse regime responsabilização aos delitos ambientais, há inequívoca propensão à ampliação das possibilidades de se imputar às empresas a prática de uma gama de delitos mais extensa, o que se verifica, concretamente, pela tramitação de proposta de reforma do Código Penal.³²² No entanto, independentemente de qualquer tipo de mudança na legislação acerca desse tema, o advento da agenda anticorrupção no Brasil, na qual se inserem tanto a normatização da atividade de *whistleblowing* quanto o impulso às investigações internas, torna substantiva a discussão sobre como o direito à não autoincriminação, garantia em cuja “evolução [encontra-se] a ideia de equilíbrio de poder”.³²³ A proibição da autoincriminação está posta, sem concessões, como limite à legitimidade dessas modalidades de procedimento interno corporativo (confirmatórias e defensivas).

Nesse contexto, uma reflexão crítica acerca dos limites jurídico-criminais das investigações internas corporativas deve estar direcionada à construção de sua significação prática como fenômeno. A fim de se estruturar o marco regulatório aplicável ao *whistleblowing* no Brasil, Bechara e Saavedra pontuam a imprescindibilidade do resguardo da segurança jurídica, da relevância de se proteger o *whistleblower* e de se atentar para “os desdobramentos possíveis na interface que se estabelece entre a investigação privada e a oficial, seja no âmbito administrativo, civil ou penal”.³²⁴ Por conseguinte, os termos em que se dará o ordenamento desses sustentáculos dos programas de *compliance* (*whistleblowing* e investigação interna) não podem representar

de 2020, p. 14-4. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/levando-a-serio-os-supostos-da-responsabilidade-penal-de-pessoas-juridicas-10022020>. Acesso em: 01 nov 2021.

³²¹ Lei nº 9.605/98, Art. 3º: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

³²² Vide nota 264.

³²³ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não incriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

³²⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 133.

qualquer concessão relativa à condição de sujeito de direitos do investigado³²⁵, seja empregado ou empresa, mas, principalmente, da pessoa física.

No momento em que uma empresa dá início a diligências investigativas internas, está-se diante da probabilidade de que a mesma já esteja submetida a um procedimento investigativo público ou na iminência de ser imputada³²⁶. Em razão disso, em relação a ela devem ser observados todos os direitos de defesa inerentes a qualquer acusado³²⁷, tais como o direito de defesa e o direito à não autoincriminação (afastamento de deveres de colaboração). Acontece que a relativização desse direito, ponto fulcral deste capítulo, é mais gravosa para a pessoa individual, pois o sujeito é o detentor de menores vantagens estratégicas, de menor capital nos campos social e econômico, dentro do espaço social, em comparação à pessoa jurídica.³²⁸

³²⁵ Cabem, também para o direito penal brasileiro, a menção às palavras de Bernd Schünemann no sentido de que “a posição de sujeito de direito do acusado é uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal na Europa”. SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261, p. 253.

³²⁶ Bechara e Saavedra mencionam que, na realidade brasileira, a relação colaborativa entre as empresas e os órgãos de fiscalização somente ocorre quando a pessoa jurídica já está sendo investigada em sede policial ou em decorrência de procedimento administrativo sancionador instaurado previamente. BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 137.

³²⁷ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 143.

³²⁸ A palavra *campo* é utilizada no sentido teorizado por Pierre Bordieu (1930-2002), qual seja, a de um arena social de disputas, microcosmo autônomo de atividade na sociedade (campo social, campo jurídico, campo econômico), o local onde o *habitus* se expressa (estrutura estruturada pela condições materiais de existência que também é estruturante de práticas, crenças, percepções e sentimentos; não é somente um marca social, mas um fator de mobilização do indivíduo no meio social). BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 64-69. Segundo Michael Grenfell, em relação ao termo campo, são válidas as analogias feitas com campo de futebol (discussão da vida social a partir da metáfora do jogo, em que agentes - pessoas e instituições – ocupam determinadas posições); campo de ficção científica (atividades do lado de dentro do campo seguem padrões regulares e com certa previsibilidade/existência de uma ordem social hierarquicamente estruturada) e campo de forças na Física (constituído por forças opostas). Para o autor: “o que está em jogo no campo é a acumulação de capitais; eles são tanto o processo em um campo quanto o produto desse processo, tendo Bordieu nomeado quatro formas de capital: econômico (dinheiro e bens), cultural (formas de conhecimento, linguagem, preferências de gosto, estéticas e culturais), social (afiliações e redes, herança familiar religiosa e cultural) e simbólico (coisas que representam todas as outras formas de capital e podem ser ‘trocadas’ em outros campos, por exemplo, credenciais)” GRENFELL, Michael. **Pierre Bordieu**: conceitos fundamentais. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 110-117. O capital pode ser entendido como a posição em um campo, o recurso eficiente do exercício do poder (tanto meio como fim das disputas que ali se dão), sendo nomeado de capital simbólico, o formato que todo o capital assume quando reconhecido como marca de autoridade, poder e prestígio (posições que as pessoas ocupam na sociedade estão relacionadas ao capital simbólico – frações dominantes e

Como um dos eixos de um programa de *compliance*, esses procedimentos constituem-se como “um sistema privado, paralelo ao sistema estadual de controle, que não só tende a impedir a perpetração de conduta criminosa das empresas, mas também confia à entidade uma espécie de trabalho ‘pseudo-policial’”.³²⁹ Em estando ou não vinculadas com a atividade de *whistleblowing* (reporte), as investigações internas são, como adverte Kuhlen, uma “questão candente” no contexto dos programas de cumprimento normativo, especialmente sob a perspectiva do deslocamento da tarefa da persecução penal, que é intrinsecamente pública, para as empresas.³³⁰ Atribui-se, pois, a um ente privado o poder de intervir, quase que como um ator estatal, sobre um elemento de formação de juízo futuro acerca de sua reprovabilidade em relação aos riscos penais de sua própria atividade, do seu entorno e do seu modelo organizativo.

Essa chancela estatal a rotinas investigativas privadas não apenas incentiva as autodenúncias por parte das corporações, mas aviva as potenciais práticas autoritárias realizadas dentro de uma empresa, o que significa que viabiliza situações de exceção³³¹, fragiliza o direito de defesa e subverte o Estado Democrático de Direito. Em razão disso, é indispensável o rompimento com as convicções que legitimem sacrifício de direitos fundamentais de um investigado em nome da necessidade de a pessoa coletiva atingir um padrão de efetividade de um programa de *compliance*, público ou privado.

Nessa perspectiva, compreende-se que os discursos justificadores de uma interpretação restrita do princípio do *nemo tenetur se detegere*, no contexto de investigações privadas, podem ser tidos como manifestações de defesa de práticas

dominados). PETERS, Gabriel. O social entre o céu e o inferno; a antropologia filosófica de Pierre Bordieu. **Tempo Social**. Revista de Sociologia da USP, v. 24, n. 1, junho de 2012, p. 229-261, p. 237. Entende-se que tanto no campo econômico como no social, a empresa possui um espaço de força maior do que o de um empregado sem que seja provável que haja modificação em sua posição nesses espaços.

³²⁹ NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 328.

³³⁰ KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-76, p. 75-76.

³³¹ O presente estudo parte do pressuposto estampado na obra de Rafael Valim sobre a relação de não exclusão entre as categorias “Estado de Direito” e “Estado de Exceção”. O autor ressalta que, a despeito de que o uso sistemático da exceção possa levar à ruína o Estado de Direito, a exceção o tem como referente. Menciona, ainda que, “em rigor, não existe *um* estado de exceção, mas sim ‘estados de exceção’, ou seja, *parcelas de poder* que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito” VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora contracorrente, 2017, p. 22.

propagadoras de uma mentira organizada direcionada a fins político-criminais. A ideia de mentira organizada, como já apontado no capítulo inicial deste estudo, é adotada na significação dada por Hannah Arendt – o de um fenômeno relativamente recente da manipulação, em massa, de fatos e opiniões, que se torna convincente porque, lançando mão da reescrita da história e da criação de imagens, expressa o empenho em livrar do mundo fato controverso baseado na crença de sua não existência.³³²

O prestígio e a autoridade de que gozam as falas justificantes supramencionadas demonstram que a luta pelo poder simbólico está sendo vencida pela fração dominante da classe dominante, cujo poder se assenta no capital econômico, condição que lhe permite impor a legitimidade de sua dominação simbólica por meio do discurso.³³³ O poder simbólico, segundo Bordieu, é uma forma de manifestação de poder exercida de maneira tão invisível que sua existência é esquecida, principalmente por aqueles que o sofrem “já que ele só se exerce por se ignorar a sua existência”³³⁴, o que significa que sua efetividade é diretamente proporcional à sua invisibilidade.

Assim, no contexto deste capítulo, a leitura que se faz é a de que, no campo econômico, são as empresas, calcadas no discurso em defesa da boa governança corporativa que dizem o que pode ser feito e o que não pode ser feito nesse campo. A força do discurso está na crença na legitimidade das palavras e daqueles que as pronunciam, de modo que o potencial aniquilamento das subjetividades individuais, em um cenário de investigação interna, pode nem sempre ser percebida pelos atores

³³² ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 311. ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48, p. 21.

³³³ O poder simbólico é o poder de construir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo, a ação sobre o mundo, o mundo. Esse conceito é elaborado por Bordieu para explicar como as relações de desigualdade e de dominação no mundo social são percebidas, produzidas ou legitimadas O autor trabalha com frações dominantes e dominadas dentro das classes dominantes e dominadas. O seu conceito de classe não é o mesmo de Marx (não é uma questão puramente econômica), mas sim um conceito relacional - frações dominantes e dominadas dentro das classes dominantes e dominadas. Assim, na classe dominante há uma fração dominante (alta burguesia) e uma fração dominada (professores universitários). Na classe dominada há uma fração dominante (pequena burguesia) e dominada (trabalhadores manuais) BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 12 e 14.

³³⁴ BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad. Rosa Freire D’Aguiar. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 224.

sociais.³³⁵ A destruição do poder simbólico somente é possível a partir da tomada de consciência de sua arbitrariedade, quando se verifica como as relações de força são relações de sentido e de comunicação, o que leva ao aniquilamento da crença.³³⁶ Ao se questionar a naturalização do poder, a manutenção das desigualdades, pode-se avançar no debate sobre a legitimidade democrática da atuação de certos agentes/grupo de agentes sobre os demais sujeitos mais expostos à dominação.

O reforço das falas que sustentam o estabelecimento mais claro de limites às corporações e preservação dos direitos de defesa dos sujeitos investigados é uma forma de resistência a essa “ética que se alastra segundo o regime de governança, cujo interesse estratégico é o de formar uma cultura de *compliance* e ampliar o controle econômico”.³³⁷³³⁸ A superação de um modelo político-criminal autoritário depende do

³³⁵ Ibid., p. 225.

³³⁶ BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 15.

³³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – v.1, n.1 (jan./jul 2014). Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 147-172, p. 164. Nesse ensaio sobre a relação entre a instituição das obrigações de *compliance* e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, os autores identificam tais deveres como dispositivos de segurança “imersos na grande rede de governamentalidade na sociedade pós-disciplinar” e que, em virtude dessa condição, ocasionaram “mutações no sistema de justiça criminal” porque “ofuscam os códigos de legalidade próprios da justiça criminal” como, por exemplo, em relação ao direito a não autoincriminação. A citada mutação ocorre porque tais deveres “subordinam a lógica jurídica a uma lógica atuarial” (de racionalidade instrumental). Ibid., p. 165-166. Em relação às investigações internas, um dos sustentáculos de um programa de *compliance*, entende-se que a citada abordagem é, igualmente, aplicável porque se trata de mecanismos de gestão do crime, ou melhor, de gestão dos sujeitos por meio de uma atuação estatal indireta, ou seja, de uma organização/organismo não estatal (no caso específico, a empresa).

³³⁸ O conceito de governamentalidade (nota acima) é encontrado no pensamento de Foucault apresentado por meio de três definições, sendo a mais adequada a este texto a seguinte concepção: “conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem, por alvo principal, a população, por principal forma de saber, a economia política e, por instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança” FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 143. Segundo Lorena Oliveira, Foucault elabora o conceito de governamentalidade “para explicar o processo que possibilitou o surgimento do Estado de governo com suas diversas práticas governamentais”, isto é, “um conceito que denomina o regime de poder e as características de sua tecnologia que, no decorrer das obras foucaultianas, refere-se, também, à maneira como foram conduzidas a conduta dos homens”. Para a autora a tecnologia que é fruto do biopoder está relacionada de modo intrínseco ao desenvolvimento da governamentalidade, “uma vez que esta surge justamente devido à emergência dessa tecnologia de poder, que irá dispor de táticas e/ou técnicas e saberes específicos, para regular e bem gerir os homens, mas agora compreendidos enquanto espécie”. OLIVEIRA, Lorena Silva. O conceito de governamentalidade em Michel Foucault. **Revista Ítica**. [Online], n. 34. Rio de Janeiro: PPGF/UFRJ, 2019, p. 48-72, p. 49-59.

aprofundamento do debate público sobre os programas de *compliance*, a ponto de se sobrepujar “as narrativas corporativas de auto-emulação que alimentam a retórica da *good corporate citizenship*”, as quais servem “à retórica política de autoridades públicas fortemente inspiradas por certo fanatismo moral e obsessão por megaoperações punitivas”.³³⁹

3.1 CONCEITO, ORIGEM E MODALIDADES

As investigações internas constituem-se em “esclarecimentos de fatos que podem dar lugar à responsabilidade da empresa ou de seus órgãos de representação (direção e gerência, por exemplo)”³⁴⁰. Trata-se de mecanismos essencialmente reativos, ainda que se conceba que também sirvam, sob um outro viés (na modalidade preventiva), para detectar falhas no funcionamento do programa de *compliance*³⁴¹ de uma sociedade empresarial.³⁴² Iniciam-se a partir da notícia de uma irregularidade ou de ato potencialmente ilícito, o que se dá, em regra, por meio de um canal de denúncias.

³³⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Derecho Penal y Criminología**. Ano IX, n. 03, abril 2019, p. 252-267, p. 253 (tradução nossa).

³⁴⁰ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 245-259, p. 246 (tradução nossa).

³⁴¹ Raquel Montaner se refere à existência de estruturas minimamente comuns no desenho de um programa de cumprimento normativo, ainda que se reconheçam enfoques diversos. Há três grandes eixos, apontados pela autora como pilares de um programa de *compliance*, a saber: a prevenção (identificação de riscos da atividade empresarial e formação e sensibilização em matéria de cumprimento ético e normativo); a detecção (abrange o sistema de informação da empresa e a conseqüente atividade de investigação das irregularidades detectadas) e a reação (estabelecimento de um sistema de sanções, de verificações pontuais e de ações corretivas que tenham a finalidade de garantir a contínua melhora do sistema de *compliance*). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dirs.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa**: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020, p. 97-119, p. 101-102.

³⁴² Sobre o objeto das investigações, Nieto Martín assinala que a prevenção e a detecção de possíveis delitos que possam conduzir à responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma das faces das investigações. Para o autor: “As investigações internas podem ser utilizadas, portanto, para esclarecer delitos que podem dar lugar à responsabilidade penal da empresa, mas também para delitos cometidos contra ela (v.g. apropriação indevida, espionagem industrial), contra outros trabalhadores (assédio sexual) ou outras infrações ao código de ética que não constituam, necessariamente, fatos delituosos”. NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 293-334, p. 293-294 (tradução nossa).

Investigações internas são o gênero do qual a investigação preventiva, confirmatória e a defensiva são espécies.³⁴³ Neste estudo, foca-se no exame das limitações ao direito à não incriminação do empregado nas investigações corporativas que a doutrina nomeia como confirmatórias e defensivas, pois são aquelas relacionadas a um fato delituoso já noticiado ou praticado³⁴⁴. A primeira modalidade tem, como objetivo, a verificação de possível ocorrência de um ilícito penal noticiado, cujos elementos colhidos, caso permitam a conclusão de que houve a prática de um ilícito,

³⁴³ Adota-se, aqui, a classificação de Colomer Hernández, que aponta a existência de três tipos de investigações a partir da finalidade específica desses procedimentos como, por exemplo, o momento em que se iniciam: (a) preventivas - possuem, como objetivo, a detecção de vícios ou incongruências da aplicação das medidas de controle integrantes do sistema de *compliance* da pessoa jurídica sem a pretensão de se verificar eventual perpetração de um delito; (b) confirmatórias - ocorrem depois de se ter conhecimento, por meio de denúncia, de reclamação ou de procedimento investigatório preventivo, da possível prática de um ato delituoso. O escopo é, ao menos, coletar elementos indiciários da prática de crime em seu interior e poder fazer uma autodenúncia às autoridades a fim de obtenção de benesses; e (c) defensivas – aquelas realizadas pelo setor de *compliance*, ou por qualquer outro órgão de administração da empresa, quando já existe um processo criminal iniciado, com o objetivo de obter provas relacionadas à prática do ato criminoso em que a pessoa jurídica esteja sendo imputada de forma isolada ou conjuntamente com a pessoa física. Esse objetivo de coletar informações e evidências visa à (c.1) mitigação da pena nos ordenamentos jurídicos em que existe previsão de responsabilidade penal da empresa e (c.2) à obtenção de provas da conduta de um indivíduo dentro da empresa, atuação que esteja direcionada a se evadir de controles e medidas de vigilância implementadas na entidade. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance, p. 609-652. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.); MADRID BOQUÍN Christa M. (Coord.). **Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 609-652, p. 611-613. Já Juan Pablo Montiel aponta o valor prático de dois modelos: (a) as investigações internas pré-judiciais, que ocorrem a partir de meros indícios de prática de crime, sem que se tenha chegado ao conhecimento de autoridade judicial; e (b) as parajudiciais, as quais iniciam como consequência de um ato ou rede de atos ilícitos terem sido veiculados publicamente em um processo judicial. MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 251-277, p. 260-261 (tradução nossa).

³⁴⁴ Estrada e Llobet Anglí apresentam seis classes de investigações corporativas internas: (a) quanto ao objeto de investigação - sobre ilícitos penais, ilícitos extrapenais e descumprimento contratuais; (b) podem dirigir-se a fatos ilícitos já consumados, que estão sendo praticados ou em grau de preparação; (c) em função do grau de suspeita sobre a pessoa sobre a qual se dirige a investigação – sobre um trabalhador presumidamente infrator (responsável pelo perigo) ou não presumivelmente infrator (não responsável pelo perigo); (d) em relação ao sujeito passivo: (d.1) infração cometida por trabalhador contra a empresa; (d.2) ilícito cometido por empregados uns contra os outros; (d.3) delitos cometidos através da empresa (“em nome e por conta desta”); (d.4) quando o empresário deseja controlar e investigar seus empregados; (e) quanto às consequências jurídicas dos resultados obtidos em uma investigação - trabalhista, processual ou penal e (f) investigações penalmente típicas, investigações penalmente atípicas, mas antijurídicas no âmbito extrapenal, e investigações lícitas na seara penal e extrapenal. ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 197-228, p. 201-203 (tradução nossa).

poderão integrar uma futura autodenúncia.³⁴⁵ O segundo tipo diz respeito aos procedimentos realizados por parte da pessoa jurídica para, diante da consumação de um ilícito cometido em seu interior, propiciar a coleta de provas, relativas ao fato objeto de persecução criminal, e que possam servir de auxílio em sua própria defesa junto às autoridades estatais. Para tal desiderato, a corporação age dirigida à identificação ou à busca de elementos que auxiliem na responsabilização individual de um funcionário (dirigente, representante, empregado de menor escala hierárquica) mediante fornecimento de informações e de relatórios produzidos ao final da investigação.

Esses procedimentos internos, sejam confirmatórios ou defensivos, diferenciam-se das usuais atividades de controle gerencial e estratégico de uma atividade empresarial, pois abrangem, tal como as normas processuais penais, “atividades destinadas a tentar reconstruir o passado e adotar medidas a partir dos fatos verificados”.³⁴⁶³⁴⁷ Simbolizam a possibilidade estratégica de a empresa demonstrar a eficácia do seu programa de *compliance*, e, em razão disso, em face de eventual processo judicial contra si, obter do Estado uma atenuação ou isenção de responsabilidade criminal (v.g. Código Penal Espanhol³⁴⁸). O desempenho da empresa nessas investigações tem repercussões

³⁴⁵ A pertinente crítica de Bechara e Saavedra, nesse específico ponto, diz respeito à falta de orientação normativa acerca do “como” deve ser feito o reporte, por parte da empresa, às autoridades públicas competentes ao final de uma complexa investigação iniciada a partir da descoberta de um delito perpetrado em prol da empresa por um funcionário ou terceiro. Nesse sentido, os autores apontam a necessidade de se superar a seguinte incongruência: “as melhores práticas de *compliance* exigem que esse fato seja reportado às autoridades competentes e que a empresa colabore com as investigações que venham a ser realizadas por esse órgão”, no entanto, “a maneira como esse reporte deve ser feito e suas consequências jurídicas nem sempre são claras” BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 136-137.

³⁴⁶ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** XL. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 251-277, p. 258-259 (tradução nossa).

³⁴⁷ Algumas etapas de investigação sugeridas pelo Manual da ACFE (*Association of Certified Fraud Examiners Manual*) mencionadas por Bechara e Saavedra constroem um trajeto que se inicia desde a descoberta de uma fraude, elaboração de hipóteses, análise de dados, definição do objeto da investigação e as metodologias utilizadas, elaborar um esquema de coleta de declarações orais e de evidências até a análise dos documentos e observações realizadas. BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 136.

³⁴⁸ A Lei Orgânica nº. 05/2010 introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico espanhol, mas com limitações (a responsabilidade penal da pessoa jurídica abrange entes de direito privado, excluídos o Estado, órgãos da administração pública e certos entes não governamentais, além de estar limitada a um rol fechado de crimes). No dizer de Estrada I Cuadras e Llobet Anglí, essa

importantes na determinação das sanções impostas ao ente coletivo, na fixação do seu “*score* de culpabilidade” e na provável imputação de responsabilidade criminal a uma pessoa física denunciada (v.g. funcionário da pessoa jurídica).

Tais práticas, no atual cenário de correção entre Estado e empresas³⁴⁹, traduzem um incremento em relação ao estímulo inicial à autogestão empresarial na esfera penal, impulsionada mais fortemente no plano da responsabilização criminal das pessoas jurídicas, de cuja previsão se extrai sua “ancoragem normativa”.³⁵⁰

De uma etapa anterior, representada pela transferência da atribuição de fiscalização e de controle dos riscos decorrentes da condução dos seus negócios, “os

lei internalizou a figura das investigações penais internas sob dois aspectos: de uma perspectiva *ex ante*, a responsabilidade penal da pessoa jurídica dependerá da existência de um sistema de investigação idóneo para a prevenção e detecção dos delitos e, sob um viés *ex post*, o modelo contempla, como circunstância atenuante, dentre outras, o fato de a empresa colaborar com a investigação do fato, trazendo provas a qualquer tempo que sejam decisivas para a aferição das responsabilidades dele decorrentes. CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, 197-228, p. 200-201. Com a reforma ocorrida em 2015, passou-se a estabelecer a possibilidade de isenção de responsabilidade criminal se demonstrar a efetividade de seu modelo de cumprimento (*compliance program*). De acordo com Orsi e Rodríguez-García, “a aplicação das eximentes e das atenuantes do artigo 31 bis (2.1 e 4) do CP espanhol não se condicionam a um resultado (prevenir efetivamente os delitos), mas a um fazer (adotar os meios idóneos para reduzir riscos)”. ORSI, Omar G.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (eds.) **Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 293-383, p. 306 (tradução nossa).

³⁴⁹ Conforme Ivó Coca Vila: “a autorregulação regulada ou correção alude à forma de regulação estatal do mundo empresarial caracterizada pela incorporação do ente privado no processo de regulação, mas de forma subordinada aos concretos fins ou interesses públicos pré-determinados pelo Estado”. Genericamente, o autor aponta três variantes da autorregulação regulada: (i) a autorregulação delegada (*delegated self-regulation*) quando o Estado delegue pontualmente a faculdade de regulação, mas mantenha a faculdade de revisão, supervisão e sanção, ou, ao inverso, que o Estado seja o que regule, mas delegue à própria empresa a aplicação e fiscalização (*enforcement*); (ii) autorregulação transferida (*devolved self-regulation*), quando o Estado mantém o poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém a potestade de revisão do que fora normatizado e de como se leva a cabo o *enforcement*, e (iii) correção (*cooperative self-regulation*), quando há procedimentos em que o Estado trabalha, lado a lado, com as empresas na elaboração de sistemas específicos de regulação, sendo o Estado o que acaba aprovando o sistema de regulação e as empresas e os terceiros interessados se envolvem no processo, pondo à disposição do estado toda aquela informação que o estado precisa e permitindo, assim a obtenção de sistemas específicos e individualizados de regulação”. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, 43-76, p. 51 (tradução nossa).

³⁵⁰ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? **InDret. Revista para el Análisis del Derecho n. 2**. Barcelona, 2020, p. 270-303; p. 270.

programas de *compliance* projetam-se no processo penal em nome da realização da justiça e da descoberta da verdade”.³⁵¹ Essa projeção a um novo patamar resulta na privatização da atividade de investigação criminal. Os atos de investigação de delitos, cujo desenvolvimento é atribuição de agentes estatais (polícias em regra), passam a ser desenvolvidos por entes privados de forma autônoma, sem uma regulamentação procedimental definida previamente e sem um controle efetivo por parte do Estado.

Montiel reconhece essa privatização do processo penal e a concebe como inevitável diante da já iniciada privatização do controle de criminalidade.³⁵² Desta forma, em defesa do cumprimento da função de prevenção geral (positiva), defende que “os programas de *criminal compliance* e as investigações internas devem servir de ‘equivalentes funcionais’, respectivamente, da legislação e do processo penal em âmbito público”³⁵³, sob pena de, caso isso não seja feito, legitime-se o desenho de mecanismos cosméticos. O que o autor não esclarece são os termos em que ser dimensionada essa equivalência e da suficiência da mesma em relação aos direitos de defesa da pessoa investigada.

Os motivos pelos quais se transfere aos agentes privados as atividades de investigação na seara empresarial são, reconhecidamente, de viés econômico. Espelham mais um exemplo da colonização do sistema punitivo por parte da racionalidade econômica³⁵⁴ fundada em um argumento tido como utilitarista³⁵⁵, mas que, em verdade,

³⁵¹ ANTUNES, Maria João Privatização das Investigações e Compliance Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ano 28. n. 1, jan-abr 2018. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, p. 119-127, p. 119. A compreensão de verdade, neste contexto, adota a premissa indicada por De-Lorenzi e Ceolin acerca da viabilidade de se aceitar a ideia de verdade “como um dos objetivos do processo” sem que isso significa consentir que sua busca exprima a perseguição a “um fim que justifique todos os meios”. DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 177. ano 29, p. 71-132, p. 82.

³⁵² MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** XL. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 251-277, p. 252.

³⁵³ MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz. **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 224 (tradução nossa). O autor critica a instituição dos programas de *compliance* para dar uma aparência de transparência e distrair a atenção pública para eventuais ilícitos cometidos no contexto empresarial, ou seja, sem que haja um verdadeiro compromisso da organização com a legalidade. *Ibid.*, p. 224.

³⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito, v. 1, n.1, Jan/Jul 2014 – Brasília: Universidade de

se limita à defesa de uma lógica custo-benefício³⁵⁶, embasada nas alegadas vantagens que essa “delegação” representa para a coletividade - redução do uso de recursos públicos e do período de tramitação das investigações. Acontece que, como um cálculo utilitarista não deve renunciar ao exame aprofundado também das desvantagens oriundas dessas práticas (v.g. intervenção de um agente sem independência na sua condução do procedimento e o seu desenvolvimento em ambiente privado e desregulado³⁵⁷), o emprego do adjetivo “utilitarista” nesse discurso colonizador nos parece um equívoco.

Em verdade, a retórica da eficiência do *compliance* no “combate” às infrações penais empresariais está calcada no argumento de que a complexidade das estruturas empresariais as tornam pouco permeáveis às investigações externas/públicas. Sustenta-se, também, que o objetivo de se economizar recursos públicos pode ser mais facilmente

Brasília, Faculdade de Direito, p.147-172; p. 166. Na interpretação de Maroto Calatayud, o argumento tecnocrático ou da eficiência constitui-se como um dos grandes discursos que circundam o debate da autorregulação, desenvolvido a partir de uma lógica utilitarista de maximização da produção e rendimento da organização, cuja ênfase está calcada na ideia de que os negócios funcionam com maior eficiência sem intromissões estatais. Destaca o autor que “a vagueza do conceito de eficiência permite que o argumento tome distintas formas que, em geral, se sustentam na ideia de que o Estado se encontra em uma situação de inferioridade frente ao setor privado em sua capacidade para controlar determinadas realidades sociais”. MAROTO CALATAYUD, Manuel. Liberalismo *versus* Neocorporativismo: los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 413-441, p. 423-425 (tradução nossa).

³⁵⁵ Segundo a ética utilitarista, o princípio da maior felicidade estabelece que as ações praticadas devem ser capazes de trazer a máxima felicidade para o maior número possível de indivíduos (humanidade) – o objetivo principal da filosofia utilitarista. A ideia de utilitarismo perpassa pela avaliação de uma regra, não a partir de sua essência, mas de suas consequências para a coletividade (felicidade geral). Isto significa dizer que o sacrifício representado pela observância de uma norma justifica-se pela quantidade e qualidade de felicidade que ela produz. O valor da ação estará nas vantagens que for capaz de trazer ou nas consequências de sua concretização, o que não implica dizer que a ética utilitarista seja mesquinha, ou seja, que permita a preferência à felicidade ou ao bem-estar individual. O padrão imposto será moralmente incorreto se os resultados trazidos não forem favoráveis à maioria. MILL, John Stuart. Utilitarianism. In: **Great Books of the Western World. American State Papers. The Federalist**. v. 43, Robert Maynard Hutchins editor. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1952, p. 450-459, p. 448-450.

³⁵⁶ Sharon Oded destaca que a política de estímulo à adoção de programas de *compliance* reflete a assunção de uma postura defendida pelo movimento *Law and Economics*, a Teoria da Dissuasão (*Deterrence Theory*), segundo a qual um agente decide acerca da obediência ou violação à lei a partir de uma análise de custo-benefício, a saber, compara a utilidade da infração à norma com a da sua observância e decide de acordo com a utilidade esperada. ODED, Sharon. Inducing corporate compliance: a compound corporate liability regime. **International Review of Law and Economics**, n. 31, agosto 2011, p. 1-12, p. 1. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1928485>. Acesso em: 15 maio 2020.

³⁵⁷ NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 343.

atingido por meio da transferência dos custos da investigação para as empresas.³⁵⁸ Diante disso, o deslocamento da gestão e do controle do risco de cometimento de delitos, a partir de uma delegação normativamente controlada (autorregulação regulada), desponta como solução aos problemas político-criminais que se originam do advento da responsabilização penal da pessoa jurídica.³⁵⁹

Como fenômeno jurídico, a responsabilidade penal dos entes coletivos irrompe, majoritariamente, vinculada à institucionalização dos programas de *compliance*.³⁶⁰ O propósito desse regramento é “coagi-los à autorregulação do mesmo modo que a prevenção geral e especial são os fins da pena”.³⁶¹ Observa-se, contudo, que no Brasil “o desenvolvimento dos institutos do *compliance*, das investigações corporativas e da justiça criminal negocial aconteceu de maneira independente”³⁶², de modo que a eficácia de um

³⁵⁸ FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org) et al. **Direito Penal Econômico e Empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e FGV Direito/SP**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 45-60; p. 48. Os autores entendem que os incentivos conduzem a empresa a um papel colaborativo, ainda que existam motivos para uma postura de resistência das mesmas a essa delegação: o reconhecimento de que a assunção da delegação tem, como consequência, a aceitação dos riscos de um desenvolvimento deficiente dessa atividade; a possibilidade de responsabilização civil pelos excessos cometidos em relação aos direitos dos empregados (v.g. violação da intimidade, sigilo das comunicações) e o fato de que a ineficiência pública na investigação e prevenção da criminalidade empresarial não legitimariam esse tipo de delegação a particulares Ob. Cit., p. 49-50. No mesmo sentido: SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”. **Revista do Ministério Público**. n 158, Abril-Junho 2019, p. 9-36, p. 16; MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** XL. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 251-277; p. 263-264.

³⁵⁹ GOMÉZ MARTÍN, Victor. Compliance y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.125-146; p. 126.

³⁶⁰ SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

³⁶¹ NIETO MARTÍN, Adan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008, p. 81 (tradução nossa). O autor pontua que uma das objeções tradicionais postas à responsabilização penal das pessoas jurídicas é a incapacidade das mesmas para serem destinatárias dos fins da pena. Reconhece que os conceitos como prevenção geral e prevenção especial, desenvolvidos e pensados para o homem, sejam difíceis de projetar para as pessoas coletivas, mas não há dúvida que a auto-organização é um fim específico e distinto aos fins clássicos da pena. Ob. Cit., p. 81-82.

³⁶² No cenário brasileiro, o *criminal compliance*, como fenômeno, vincula-se à persecução de crimes econômicos, “pois, apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente, surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades”. SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre *Criminal Compliance*. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 218, ano 18, p. 11, jan. 2011.

programa de cumprimento normativo é avaliada no momento da aplicação de sanções administrativas à pessoa jurídica.³⁶³

A autorregulação, como tendência da política criminal, encontra, portanto, justificativa na suposta deficiência do Estado no seu papel de regulador da atividade empresarial³⁶⁴, cuja atuação, tanto estratégica quanto normativa, tem sido desafiada permanentemente na contemporaneidade.

Em verdade, a possibilidade de que a pessoa jurídica dê início a uma investigação interna (confirmatória ou defensiva) para verificar a ocorrência de ilícitos que lhe foram reportados retrata a práxis desregulamentadora e seletiva que evidencia como o neoliberalismo orienta a política criminal atual. No mesmo sentido se direciona a fala de Maroto Calatayud, para quem “a ideia de autorregulação apela, de forma mais ou menos explícita, à tradicional aspiração liberal de indivíduos e organizações a determinar livremente sua conduta, suas formas de funcionamento, evitando interferências por parte dos poderes públicos”.³⁶⁵ De modo semelhante, Neira Pena destaca que essa concepção neoliberal se encontra calcada no discurso da necessidade do estabelecimento de um espaço de atuação em que as entidades estejam isentas de um controle estatal ou, no máximo, que o Estado se limite a fixar um parâmetro normativo e de ação mínimos a partir do qual as empresas desenvolvem mecanismos internos.³⁶⁶ Em sendo presumida a incapacidade estatal, permite-se a inserção de particulares e, logicamente, de seus

³⁶³ Segundo Davi Tangerino, no Brasil há “um estranho arranjo em que é possível, apenas para crimes ambientais, a responsabilização penal da pessoa jurídica, como um verdadeiro veículo de responsabilidade penal objetiva”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Responsabilidade de pessoas jurídicas e programas de *compliance* quanto a atos de corrupção em Brasil e Argentina. **Revista Electrónica de Direito**, fevereiro 2020, n. 01, v. 21, p. 179-198, p. 182. O autor pontua, também, que com a superveniência da Lei nº. 12.846/2013 houve um “incremento da responsabilização [que] ocorreu por meio do direito administrativo sancionador, cuja legislação afirma a responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas, entretanto prevê elementos de natureza subjetiva tanto no que toca à descrição de condutas ilícitas como, principalmente, nos critérios para a fixação da sanção, com especial importância quanto aos programas de *compliance*”. *Ibid.*, p. 194.

³⁶⁴ NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 326.

³⁶⁵ MAROTO CALATAYUD, Manuel. Liberalismo *versus* Neocorporativismo: los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 413-441, p. 413 (tradução nossa).

³⁶⁶ NEIRA PENA, Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 326 (tradução nossa).

interesses privados em um âmbito como o da justiça penal, que é regido pelo interesse público.³⁶⁷

A investigação interna, segundo Nieto Martín, “será o vestíbulo da investigação penal, um complemento da mesma, quando não simplesmente um substitutivo”.³⁶⁸ A gravidade dessa circunstância se dá pelo fato de que, por conta da anomia relativa a esses procedimentos, possibilita-se uma atuação estatal que “se afasta das regras do jogo, aplicáveis ao processo penal, para tentar investigar ‘por meio da própria empresa’ em um marco jurídico mais flexível”³⁶⁹, o que nada mais é do que a burla às garantias processuais próprias da instrução penal.

Maria João Antunes pontua que a aliança entre pessoas coletivas e as autoridades públicas, para facilitar a investigação “reconhecidamente difícil da criminalidade econômico-financeira”, traz benesses “não negligenciáveis” como o fato de a entidade não se ver envolvida em um processo criminal.³⁷⁰ A pessoa jurídica depara-se com um conflito entre, de um lado, a preservação de seu direito de defesa³⁷¹, que inclui o direito de “construir sua própria versão dos fatos”³⁷², bem como o de não se autoincriminar - não produzir ou colaborar na produção de quaisquer provas contra si - e, por outro lado, a necessidade de renunciar aos mesmos a fim de alcançar vantagens juntos aos órgãos de persecução penal.

Sobre o que *nemo tenetur engloba*, a fala de Giacomolli:

(a) a negativa em declarar, ou seja, de permanecer em silêncio ou responder somente ao questionado que não resulte em autoincriminação; (b) condutas

³⁶⁷ Ibid., p. 325-326.

³⁶⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 293-334, p. 297.

³⁶⁹ Ibid., p. 297.

³⁷⁰ ANTUNES, Maria João Privatização das Investigações e *Compliance* Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ano 28. n. 1, jan-abr 2018. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, p. 119-127, p. 122.

³⁷¹ Feldens explica que o direito de defesa abrange situações que ultrapassam a ação penal, alcançando a própria fase investigatória, independentemente da condição do sujeito (investigado, interessado, indiciado etc.), tampouco do rótulo atribuído à investigação (investigação criminal, civil, parlamentar), inserindo-se nos espaços de consenso. FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 34.

³⁷² NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 6 (tradução nossa).

ativas, tais como o comparecimento à reconstituição de fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos e assoprar no etilômetro; (c) comportamentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (*nemo tenetur se ipsum accusare*), tais como a submissão ao reconhecimento e à extração coativa de material para ser analisado (coleta de sangue, de esperma, de saliva, urina, *v. g.*); (d) a invasividade interna, como a introdução de agulhas para extração de sangue ou outros líquidos do corpo, a introdução de substâncias químicas via sondas (eméticos, *v.g.*), a intervenção cirúrgica, com o objetivo de obtenção de prova (implante subcutâneo, *v.g.*); (e) a invasividade externa, por manter relação com a interna, como a extração de cabelos, pelos, unhas; (f) a impossibilidade de interpretar-se o silêncio ou não fazer contra o sujeito, não só nos interrogatórios, nos momentos das abordagens policiais, mas sempre que a conduta possa produzir autoincriminação.³⁷³

Retomando-se a abordagem sobre o manejo dos elementos colhidos, é imperioso reconhecer-se que, diante da demanda de que a contribuição exigida do ente coletivo seja precedida de uma investigação interna, não é improvável que a empresa conduza-a do modo que mais lhe convenha, selecionando informações que influenciem o resultado a ser obtido e a ser entregue às autoridades públicas.³⁷⁴ A pessoa jurídica que venha a realizar investigações para defender sua posição jurídica como possível responsável por um crime, logicamente, não terá uma atuação imparcial.³⁷⁵ A conexão entre a investigação interna e o processo penal autoriza a empresa a fazer uso de instrumentos que garantam a sua defesa, cujo enfoque é provar da efetividade do seu programa de *compliance* a partir da identificação da cadeia de responsabilização individual.

Nota-se, nesse contexto, a face mais potencialmente nefasta das investigações internas, desvelada pelo alargamento das tensões próprias das relações laborais no âmbito empresarial. A colaboração para o descobrimento de ilícitos penais praticados no ente corporativo poderá implicar a responsabilização individual dos sujeitos que atuem no seu interior. Além do já mencionado risco de que o agir da empresa seja direcionado à

³⁷³ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 233-234.

³⁷⁴ SILVA, Ana Paula Gonzatti. Investigações internas e processo penal: direito de defesa do ente coletivo *versus* direito à não incriminação dos administradores. In: D'AVILA, Fabio Roberto et al. **Direito Penal e Constituição**: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 409-446, p. 425.

³⁷⁵ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de *compliance*, p. 609-652. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.); MADRID BOQUÍN Christa M.(Coord.). **Tratado sobre Compliance Penal**: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 609-652, p. 620.

manipulação do resultado do procedimento investigativo a seu favor, a situação se agrava se um relatório final de investigação é direcionado a alguns tipos de indivíduos, tais como empregados titulares de funções de nível inicial ou intermediário, com vistas, por exemplo, a conseguir a exoneração dos exercentes de altos cargos.³⁷⁶

Existe a tensão entre o direito/dever da empresa de conhecer, denunciar e evitar a comissão de delitos e a necessária observância aos direitos dos trabalhadores referentes à privacidade, ao segredo de suas comunicações³⁷⁷ e a vedação da prática de interrogatórios que os ameacem, do tipo *talk or walk* (fale ou “caia fora”).³⁷⁸ Há duas perspectivas de defesa a serem consideradas - a da pessoa jurídica e a do indivíduo -, sendo que a ambas se reconhece o direito à não autoincriminação. Essa garantia alberga tanto condutas ativas como, por exemplo, a apresentação de documentos³⁷⁹, o que interessa, em princípio, à empresa, quanto o direito do empregado de não produzir prova contra si, deixando, por exemplo, de prestar declarações que o incriminem (direito ao silêncio como modalidade do *nemo tenetur*).

Concretamente, as *internal investigations*, como manifestações da cooperação empresarial, expõem a dificuldade prática que o exercício desse poder de investigação e/ou cumprimento de uma obrigação por parte da empresa traz em si: a observância dos deveres decorrentes dessa atividade em face da fragilidade do indivíduo investigado. Em situações de não convergência de interesses ou de conflito de direitos, adota-se a linha de entendimento de Maria João Antunes, segundo a qual as garantias a serem asseguradas pelo processo penal, às pessoas coletivas e individuais, não são necessariamente as

³⁷⁶ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 232. No mesmo sentido: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento nº 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n.1, jan.- abr. 2020, p. 283-328, p. 301.

³⁷⁷ GOMÉZ MARTÍN, Victor. Compliance y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.125-146, p. 126.

³⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 305.

³⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 110.

mesmas, tampouco de igual conteúdo.³⁸⁰ Ainda que se possa reconhecer que a pessoa jurídica esteja sob coação econômica, o que transforma um estímulo em uma quase obrigatoriedade de atuar colaborativamente com as autoridades públicas, tal situação é incomparável com a vulnerabilidade da pessoa física frente a uma provável condenação criminal.³⁸¹ Nesse contexto negocial, são identificadas “zonas de perigo” para o sistema de garantias do potencial acusado: as entrevistas/interrogatórios e o direito à intimidade, ao segredo das comunicações³⁸² e à proteção de dados.³⁸³

A verificação dessa situação de debilidade do indivíduo motiva a que se traga à tona a discussão acerca da eficácia de direitos fundamentais entre particulares, nas suas relações mútuas³⁸⁴, e os limites demarcados às investigações internas no que se refere ao direito à não autoincriminação do funcionário. A ausência de leis e regras específicas a esse respeito pode ser avaliada como uma situação caracterizadora da política de silenciamento, uma política que, “ao dizer algo, apaga outros sentidos possíveis mais indesejáveis em uma situação discursiva dada”³⁸⁵. A anomia, em termos de garantias processuais penais, constitui-se em uma instância significativa: promove-se o incentivo à autodenúncia das empresas (dito) e deixa-se de dizer (não dito) sobre como lidar com os potenciais efeitos perniciosos das investigações internas frente ao direito à não autoincriminação. Ao não se desvelar as desvantagens dessas práticas, a estratégia discursiva político-criminal torna-se mais palatável.

³⁸⁰ ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e *Compliance* Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 28. n. 1, jan-abr 2018. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, p. 119-127, p. 127.

³⁸¹ NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 82.

³⁸² Diferentemente da hipótese que se examina nesta pesquisa, a análise da violabilidade da intimidade dos empregados (email corporativo) e o poder fiscalizatório do empregador foi recentemente apreciada pela Justiça do Trabalho (TST – Recurso de Revista nº 1347-42.2014.5.12.0059 – Palhoça – 4ª Turma – Rel. Des. Alexandre Luiz Ramos – DJ 26.06.2020) e pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EDcl no REsp 1860178/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 26/06/2020.) 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (REsp 1875319/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020).

³⁸³ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 7.

³⁸⁴ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 362.

³⁸⁵ ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio: no movimento dos sentidos**. Campinas: Editora Unicamp, 2007, p. 73.

Para o exame das questões relativas às agruras enfrentadas pela empresa e pelos funcionários no âmbito de investigações internas confirmatórias e defensivas, é recomendável que se proceda a uma análise da experiência internacional no que atine à colaboração empresarial.

A influência estadunidense na política-criminal é incontestável, assim como evidentes, segundo Neira Pena, “os desafios sistêmicos do processo penal estadunidense, no qual todos os acusados enfrentam pressões para se declararem culpados, renunciando aos seus direitos processuais”.³⁸⁶ O modo como os órgãos de persecução penal atuam nos Estados Unidos da América, através da estratégia *carrots* (cenoura/estímulo) *and sticks* (vara/castigo), prática consolidada há muito tempo para a redução da criminalidade corporativa deve ser avaliada criticamente conquanto não se possa estabelecer conclusões definitivas das experiências de outro ordenamento jurídico, mas sim discutir suas características e erros cometidos.³⁸⁷

Cabe assinalar, também, que a crítica da doutrina espanhola acerca do ordenamento jurídico estadunidense antecipa problemas a serem objeto de discussão no Brasil. A diferença de tradição normativa e jurisprudencial entre sistemas jurídicos de *common law* e continentais traz dúvidas quanto à operatividade da adoção/internalização de institutos jurídicos.³⁸⁸ É precisamente nas perspectivas interpretativas oferecidas sobre o tema, mais próximos à realidade de um direito continental, que a apreciação doutrinária europeia é de grande utilidade.

A tensão entre empresa e o Estado, que a coloca em uma situação de debilidade, não justifica que, em favor de seu direito de defesa frente as autoridades encarregadas da persecução criminal, argumente-se em prol da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* em relação ao empregado. O funcionário da entidade, seja detentor ou não de

³⁸⁶ NEIRA PENA, Ana María **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 81.

³⁸⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 333-412, p. 391.

³⁸⁸ GOENA VIVES, Beatriz. La atenuante de colaboración. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 229-263, p. 252.

informações vitais ou privilegiadas para a apuração de delito cometido no interior da corporação, está em posição de maior desamparo que o da corporação em relação às autoridades públicas. Existe uma espécie de cadeia de vulnerabilidade (Estado-empresa-indivíduo) em que a posição mais desvalida é a da pessoa individual.

3.2 AS TENSÕES ENTRE O DEVER DE COLABORAÇÃO DA EMPRESA E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE

No ordenamento jurídico norte-americano, cuja adoção da responsabilização criminal das pessoas jurídicas remonta há mais de um século³⁸⁹, a exigência de colaboração da empresa em procedimentos de investigação interna tem sido uma prática mais recente, consolidada nas tratativas relativas aos acordos de diversão processual/acordos pré-processuais (*pre-trial diversion agreements - PDAs*).³⁹⁰ Tratam-se de alternativas ao processamento criminal em que se suspende (*deferred prosecution agreement - DPA*) ou se impede a persecução (*non-prosecution agreement – NPA*).

A realização dessas convenções dá-se, normalmente, a partir do pagamento de uma sanção pecuniária, combinado com outros termos apontados no acordo firmado e, em caso de não cumprimento das cláusulas acordadas, iniciam-se ou se retomam os atos

³⁸⁹ Em 1909, a Suprema Corte americana, por ocasião do julgamento do caso *New York Central & Hudson River vs. United States*, reconheceu que as corporações são responsáveis pelos atos de seus empregados, desde que estes tivessem sido tomados dentro do âmbito de atuação dos mesmos dentro da empresa. A Corte, adotando a doutrina da *Respondeat Superior*, permitiu que fossem aplicadas condenações criminais às corporações, reconhecendo a culpabilidade das mesmas em relação às condutas de seus empregados, ainda que este empregado tenha agido contra expressas ordens do superior hierárquico. Reconheceu-se que uma empresa é criminalmente responsável pelos atos ilícitos de seus agentes que atuem no âmbito da autoridade a eles conferida por parte da corporação. A importância desse caso reside no fato de o julgamento ter retirado a imunidade das empresas em relação a processos criminais, reconhecida em decisões pretéritas. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **New York Central & Hudson River Railroad Company (Plaintiff) versus United States, 212 U.S. 481, 494-495 (1909)**. New York, 1909. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/212/500>. Acesso em 30 out. 2020.

³⁹⁰ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D'ARGENTINE, Camilla (ed.). **Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 91-109, p. 94.

de persecução.³⁹¹ Em ambas as modalidades, os entes coletivos não se declaram culpados – as sanções impostas não são precedidas de condenação formal e, nem sempre, as avenças contam com supervisão judicial.³⁹²

Na realidade estadunidense, esses acordos de diversão processual são menos onerosos do que a negociação via *plea bargaining*³⁹³, por meio da qual há confissão de culpa e a empresa sofre uma condenação formal, com a consequente imposição de sanções por parte de uma autoridade judiciária. A instauração de um processo criminal contra a empresa, assim como para qualquer indivíduo, pode ser devastadora, mesmo em caso de absolvição. Dentre os efeitos que o início de uma persecução criminal gera para um ente corporativo estão a possível suspensão de contratos e subvenções, a redução do seu valor em bolsa, além de estar sujeita às *class actions* (ações coletivas) por parte dos investidores.³⁹⁴

Em um acordo do tipo DPA, o promotor apresenta acusações, mas concorda em não buscar a condenação por um determinado período avençado (uma espécie de

³⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Justice Manual**. Pretrial Diversion Program (Title 9, 9-22.010). Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-22000-pretrial-diversion-program>. Acesso em 15 nov 2021

³⁹² ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D'ARGENTINE, Camilla (ed.). **Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 93. Disponível em: https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/Arlen.NegotiatedJustice.Milan.2018.Final._OF4AA7B7-F8C6-C1E6-BA095714D724A3F1.pdf. Acesso em 21 jul 2021. Segundo Neira Pena, “tratam-se de formas alternativas de acordos criminais, uma terceira via entre a renúncia (*declination*) e a acusação formal (*indictment*)”. NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 88.

³⁹³ Segundo Garret, “o *plea bargain* não é uma confissão ou uma admissão de culpa, ele é muito mais uma espécie de declaração do tipo ‘eu fiz isso’, sendo o ‘isso’ a definição legal do crime, mas não o que foi realmente feito, como foi praticado ou o motivo pelo qual foi praticado”. GARRET, Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61-86; p. 66 (tradução nossa). Trata-se, segundo Langbein, de um tipo de procedimento sem julgamento, com sérios inconvenientes, dentre eles, o fato de o acusado não poder apresentar defesa ou ter a sua culpa provada perante um júri, para além da dúvida razoável (sua maior salvaguarda contra condenações equivocadas). No entanto, “devido à sua eficiência, ganhou o endosso da Suprema Corte como ‘um componente essencial da administração da justiça’”. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260, 1971”. LANGBEIN, John H. Compreendendo a curta história do *plea bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 115-126, p. 116 (tradução nossa).

³⁹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 393.

suspensão condicional do processo). Trata-se de um negócio unilateral em que os promotores redigem e decidem sobre as hipóteses de sua violação. Segundo Gómez-Jara Díez, em geral, a empresa reconhece que produziu um ilícito e concorda em cooperar com os órgãos de persecução na investigação em curso, em pagar altas multas, em reestruturar sua operação empresarial e aceitar condições que podem incluir um custoso supervisor/monitor empresarial.³⁹⁵ Encerrado esse “período de prova” (um a três anos), o promotor retira as acusações que recaem sobre a empresa, caso entenda que não houve infração aos termos do acordo. Já na modalidade de acordo de não persecução (NPA), o encarregado da persecução criminal (*prosecutor*) concorda em não apresentar acusações formais contra a empresa.³⁹⁶ Os NPAs não exigem que a empresa admita qualquer tipo de culpa porque não há acusação a ser apresentada, o que justifica sua elaboração informal (em forma de uma carta redigida pelo procurador público e firmada por ambas as partes)³⁹⁷.

Em ambos os tipos de negociação, a pessoa jurídica admite, formal e expressamente, a ocorrência de ilícitos no seu interior (sem reconhecer culpa), paga multas e outras penalidades pecuniárias de valor substancial, concorda em cooperar com os promotores por meio da realização de uma custosa investigação interna e, por fim, assente que, caso rompa com aquilo que fora negociado, tais fatos podem ser usados contra si em eventual processo penal e apuração extrapenal.³⁹⁸

A constatação do agir colaborativo de uma pessoa jurídica, a ponto de evitar que lhe seja imputada uma acusação criminal, é uma decisão dos órgãos de persecução penal, que deliberam pautados pelo princípio da oportunidade.³⁹⁹ Nessa conjuntura negocial, a

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 392.

³⁹⁶ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops. In: DI ARGENTINE, Camilla Beria. **Criminalità D'impresa e Giustizia Negoziata: Esperienze a Confronto**. ed. Giuffrè, 2017, p. 91-109, p. 95.

³⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 393

³⁹⁸ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops. In: DI ARGENTINE, Camilla Beria. **Criminalità D'impresa e Giustizia Negoziata: Esperienze a Confronto**. ed. Giuffrè, 2017, p. 91-109, p. 95.

³⁹⁹ “o conteúdo do princípio da oportunidade é constituído, exclusivamente, pelos casos em que o MP, tendo notícia do crime, possa ainda decidir sobre a abertura do inquérito e aqueles em que, tendo

existência de um programa de *compliance* bem avaliado surge como um fator a ser considerado pelos referidos entes e/ou agentes dentre as condições impostas à pessoa jurídica.

Os Estados Unidos da América são o exemplo paradigmático de como cultura da renúncia (*culture of waiver*) implica violação aos direitos de defesa. A pretexto de deter ou evitar os delitos corporativos, a orientação governamental se direciona no sentido de induzir as empresas à detecção, autodenúncia e cooperação integral a ponto de garantir que os responsáveis individuais sejam sancionados, ou seja, a se tornarem “policiais corporativos” (*corporate cops*).⁴⁰⁰ As investigações internas constituem-se em verdadeiro inquérito público custeado pela empresa e controlado, remotamente, pelo Ministério Público (*prosecutors*).⁴⁰¹ O poder discricionário conferido aos órgãos de persecução estadunidenses é uma “ferramenta para pressionar as pessoas jurídicas a denunciar delitos cometidos em seu seio, a realizar investigações e a entregar responsáveis individuais”.⁴⁰² Isso reforça a crítica de John Hasnas no sentido de que “o propósito da responsabilidade penal da pessoa jurídica não é punir as corporações, mas forçá-las a cooperarem na persecução de seus empregados”.⁴⁰³

Na Espanha, o ordenamento jurídico, assim como o brasileiro, é de origem continental e regido pelo princípio da legalidade, o que explica a menor intensidade dessa “privatização”.⁴⁰⁴ A doutrina espanhola reconhece, já há algum tempo, a americanização

indícios suficientes relativamente ao autor do crime, possa ainda decidir sobre a dedução da acusação”. CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. **Revista do Ministério Público**. n. 84, out dez 2000, p. 31-47; p. 32.

⁴⁰⁰ ARLEN, Jénifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D’ARGENTINE, Camilla (ed.). **Criminalità d’impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 100.

⁴⁰¹ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 6.

⁴⁰² NEIRA PENA, Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 62-63.

⁴⁰³ HASNAS, John. The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability. **American Criminal Law Review**, v. 46, n. 4, p. 1329-1358, p. 1329, set. 2009. Disponível em: <http://law-journals-books.vlex.com/vid/centenary-mistake-hundred-corporate-74572316>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁴⁰⁴ “Condição determinante da maior ou menor margem de negociação será o grau de oportunidade (*versus* legalidade) reconhecido à iniciativa processual do ministério público. Em grande medida, a negociação tende a ser proporcional ao grau de oportunidade que se reconheça na investigação penal”. SOUSA,

do Direito Penal econômico, cujo efeito mais perceptível é “a recepção dos discursos legitimadores (‘as lutas’) e estratégias de política criminal incomuns aos sistemas públicos de controle social da Europa”.⁴⁰⁵ A mencionada crítica também se amolda à realidade brasileira e é complementada pela advertência de Ayala González no sentido de que, ainda que não reconheça uma habitualidade das investigações internas na Espanha, esses procedimentos “começam a se estabilizar como instrumento de indagação e de tomada de decisões corporativas”⁴⁰⁶, dada influência estadunidense nas decisões legislativas sobre o tema.

Analisando o contexto estadunidense, Harry First assente com o fato de que a empresa se tornou uma “sucursal dos órgãos de persecução/agências estatais de investigação” (*Branch Office of the Prosecutor*) e que, do exercício dessa função, decorrem substanciais benefícios para as pessoas jurídicas e para os órgãos de persecução (*prosecutors*). A partir da exploração do antagonismo entre os interesses da corporação e de seus funcionários, são proporcionados ganhos de eficiência (*efficiency gains*) ao Ministério Público.⁴⁰⁷ Em desacordo com essa visão, William Laufer aponta, criticamente, a escalada dos tensionamentos entre empregados e empregadores, a partir da possibilidade dos promotores de coagirem as empresas a isolarem e pressionarem funcionários suspeitos, o que compromete as relações entre a alta administração e os

Susana Aires de Sousa. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”. **Revista do Ministério Público**. n. 158, abril -junho 2019, p. 9-36, p. 17.

⁴⁰⁵ NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? In **Revista Penal**. v. 19, janeiro 2007, p. 120-136. p. 121 (tradução nossa).

⁴⁰⁶ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? **InDret. Revista para el Análisis del Derecho n. 2**. Barcelona, 2020, p. 275 (tradução nossa).

⁴⁰⁷ FIRST, Harry. Branch Office of the Prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions. **North Carolina Law Review**. v. 89, 2010, p. 23-98, p. 31. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss1/5>. Acesso 15 maio 2021. O autor define a evolução do papel das empresas em três períodos: (a) período inicial (1970 - final da década de 1990) quando os papéis principais foram desempenhados pelos SEC (*Security and Exchange Commission*), a Comissão de Condenação dos Estados Unidos (*U.S. Sentencing Commission*) e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ); (b) a "Era Enron" (2001-2006), momento em que o DOJ articulou diretrizes para processos criminais e desenvolveu uma nova ferramenta de acusação, o acordo de não persecução (*Non-Prosecution Agreements - NPA*) e acordos de persecução diferida (*Deferred prosecution agreement - DPA*); e (c) o período atual, quando o entusiasmo do Ministério Público pelo crime empresarial com relação aos processos podem ter esfriado, mas a função da filial (*branch-office*) permanece inalterada. *Ibid.*, p. 31.

funcionários de nível inferior.⁴⁰⁸ Instala-se um ambiente de desconfiança e de denunciamento.

A estruturação dessa posição de “filial” (*Branch Office*) tem origem no impulso dado às práticas de monitoramento da atividade empresarial⁴⁰⁹ na década de 70 do século XX, momento em que foram aperfeiçoados os programas de *voluntary disclosure* (revelação voluntária) exigidos das empresas por parte da *Securities and Exchange Commission* (SEC)⁴¹⁰ no contexto pós-Watergate.⁴¹¹

A racionalidade econômica⁴¹² pautou a modificação do comportamento institucional da SEC.⁴¹³ Apontam Estrada e Llobet Angl  que a colabora o da empresa

⁴⁰⁸ LAUFER, William S. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. *Iowa Law Review* n. 87, 2002, p. 643-667, p. 652.

⁴⁰⁹ Segundo First, no que respeita a comportamentos impr rios, as tentativas de controle da atividade empresarial, por parte de legisladores e encarregados da persegua o criminal (*prosecutors*) nos Estados Unidos da América, iniciou-se com o advento do *Sherman Antitrust Act*, em 1890, lei que previa a puni o tanto da pessoa individual quanto da empresa pela realiza o de acordos que tivessem a forma de *trust* ou similar e que implicassem restri o do comércio (monopólio). Essa decisão de política legislativa, segundo o autor, não anteviu, sequer cogitou, acerca dos problemas que seriam criados (em que situa es seria mais útil punir ambos ou escolher um deles). Ressalta, ainda, que nas décadas que se seguiram   promulga o da *Sherman Act*, o uso do direito penal para o controle do comportamento econ mico chegou a recuar, o que teria sido, inclusive, objeto de crítica, por parte dos acad micos ao comportamento negligente dos denominados *prosecutors*. Essa situa o perduraria até o final dos anos 70, quando sobreveio a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, de 1977). FIRST, Harry. Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions. *North Carolina Law Review*, v. 89, 2010, p. 23-98, p. 25-26. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1765065>. Acesso em 15 maio 2021 (tradu o nossa).

⁴¹⁰ “Na conjuntura das medidas tomadas pelo então presidente Roosevelt, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque (*New Deal*), foi criada a Security and Exchange Commission (SEC), institui o que passou a estabelecer controles internos (*self-policing*), com o fim de evitar o uso indevido de informa es privilegiadas, sendo que, na década de 50 em diante, a ado o de programas de cumprimento normativo tornou-se política generalizada entre as institui es financeiras norte-americanas e na década de 70, o caso Watergate impulsionou a superveniência da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, 1977), legisla o que reforçou a importância dos programas de cumprimento normativo para a preven o de delitos”. MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econ mico contemporâneo: criminal compliance, delinq ncia empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das institui es financeiras**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2018, p. 206.

⁴¹¹ Vide capítulo 2.

⁴¹² Em 1968, Becker publicou o artigo intitulado “Crime and Punishment: An Economic approach” (Crime e Puni o: uma abordagem econ mica, em tradu o livre), publicado no *Journal of Political Economy*, por meio do qual fez uso do raciocínio econ mico para explicar as variáveis consideradas previamente   decisão de praticar condutas penalmente ilícitas, decisão essa tomada por indivíduos racionais. A ideia central do modelo reside na pondera o realizada por esses mesmos indivíduos entre *custos* da prática delituosa e os *benefícios* esperados (expectativas de lucro). A partir das no es de *prazer* e *sofrimento* já encontradas em Beccaria (1738-1795) e em Bentham (1748-1832), Becker aponta que a decisão do indivíduo em rela o ao crime envolve benefícios e custos. BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An Economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the Economics of Crime and Punishment**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1974, p.1-54 (tradu o

suspeita, com o uso de seus próprios recursos para o esclarecimento dos fatos, passou de uma medida pontual a uma prática rotineira para resolver a situação posta - a necessidade de se otimizar recursos públicos diante de um considerável número de casos de irregularidades nas empresas a serem objeto de apuração.⁴¹⁴

3.2.1 Sobre as diretrizes para a determinação das penas (*United States Sentencing Guidelines – USSG*)

Em outubro de 1984, o Congresso estadunidense aprovou a *Sentencing Reform Act* (Lei de Reforma das Penas), diploma legal que efetuou uma grande reforma do processo federal de imposição de penas e criou um órgão novo – *The United States Sentencing Commission* (USSC), a Comissão de Penas dos Estados Unidos da América (EUA), que se constitui em uma agência independente dentro do Poder Judiciário Federal.⁴¹⁵ Além da atribuição fundamental de promulgar as diretrizes para a determinação das penas (*United States Sentencing Guidelines – USSG*), a essa Comissão foram atribuídas a coleta de dados, a avaliação do impacto das *guidelines* no sistema prisional e o monitoramento de sua eficácia e/ou a contínua necessidade de emendas.

nossa). Disponível em: <https://www.nber.org/books-and-chapters/essays-economics-crime-and-punishment/crime-and-punishment-economic-approach>. Acesso em 2 ago 2020.

⁴¹³ A esse respeito, Walfrido Warde: “A *Securities and Exchange Commission*, a Comissão de Valores Mobiliários Americana, concluiu, em meados dos anos 1970, uma investigação que revelou que mais de quatrocentas empresas norte-americanas haviam pagado aproximadamente US\$ 300 milhões a agentes públicos, a políticos e a partidos políticos de outros países. E o fizeram em troca de benefícios, que as ajudaram a avançar nos seus negócios nesses países, sob a ideia de que era, nesses lugares indômitos (quase selvagens), indispensável azeitar a máquina. A FCPA (1977) responde, precisamente, a essas descobertas, a esse ‘tormento’ pelo qual passavam as empresas do país, forçadas a pagar propina mundo afora. Esteava-se, em princípio, em normas de transparência, impostas pelas leis que disciplinam a emissão e oferta pública de valores mobiliários nos EUA, bem como em regras que tratavam do pagamento, por empresas americanas de propina a agentes públicos estrangeiros. Deflagrou uma drástica expansão da soberania norte-americana. Os EUA se afirmaram como a polícia anticorrupção do planeta, na medida em que a FCPA se aplica a qualquer pessoa que se relacione, observadas determinadas condições, com o país e que se engaje na prática de condutas consideradas corrupção no exterior”. WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: Leya, 2018, p. 110-112.

⁴¹⁴ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 197-228, p. 198.

⁴¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Sentencing Commission**. Disponível em: <https://www.ussc.gov/about-page>. Acesso em 26 jul 2021.

Criou-se um órgão de aconselhamento ao Congresso dos Estados Unidos da América sobre questões de política criminal.⁴¹⁶ A intenção era reduzir as disparidades para casos semelhantes, com vistas a maior segurança jurídica.⁴¹⁷ Em sua versão original, trazia, tão somente, normas destinadas a pessoas físicas porque, quanto às pessoas jurídicas, ainda não havia um consenso.⁴¹⁸ Segundo Gómez-Jara Díez, a implementação desses acordos de diversão processual foi a ação concreta estatal que desenvolveu a responsabilização penal das pessoas jurídicas a partir dos anos 90⁴¹⁹⁴²⁰, tornando-se o instrumento habitual da política criminal.⁴²¹

⁴¹⁶ MURPHY, Diana E. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics. *Iowa Law Review*. n. 87, 2002, p. 697-719, p. 691. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=358741>. Acesso em 15 maio 2021.

⁴¹⁷ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 35.

⁴¹⁸ MURPHY, Diana E. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics. *Iowa Law Review*. n. 87, 2002, p. 697-719, p. 699-700. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=358741>. Acesso em 15 maio 2021.

⁴¹⁹ As primeiras ocasiões em que os programas de *compliance* foram inseridos no contexto da assinatura de um DPA e de NPA ocorreu no início dos anos 90 do século passado. Em 1992, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DOJ) firmou um NPA com a empresa Salomon Brothers. Segundo Oded, após dez meses de investigação realizada por várias agências, imputou-se à empresa a realização de lances falsos e não autorizados em processos licitatórios, em ofensa a leis federais, dentre elas, a *False Claims Act*, além da realização de acordos ilegais de financiamento em afronta às violações da Lei Antitruste (*Sherman Act*). Na hipótese, o DOJ não levou a efeito qualquer acusação formal contra a Salomon Brothers dada a sua “exemplar” cooperação: compromisso de pagamento de \$ 290 milhões de dólares americanos em sanções, confiscos e restituições, além de continuar sua cooperação com várias investigações governamentais e instituir um sistema de gerenciamento de conformidade para evitar a recorrência de violações. ODED, Sharon. Deferred Prosecution Agreements: prosecutorial balance in times of economic meltdown. *Law Journal for Social Justice*. v. 2, 2011, p. 65-99, p. 71-72. O mencionado acordo está disponível para acesso no sítio do Departamento de Justiça estadunidense. Disponível em: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.htm. Acesso 20 maio 2020.

⁴²⁰ O segundo caso importante de DPA foi assinado com a empresa *Prudential Securities* em face de fraude em apólices (Acordo Prudential): “A Prudential não foi a julgamento porque a corporação iniciou uma série de melhorias e reformas para estabelecer dentro da empresa uma cultura de conformidade apropriada e unificada: expansão do departamento de conformidade regulatória para 95 funcionários; provisão de um orçamento anual de 10,4 milhões de dólares; criação de um grupo de gestão de risco composto por executivos experientes que trabalhassem junto com o conselho de administração da empresa para coordenar as funções legais e de conformidade; o estabelecimento de um comitê de revisão das atividades empresariais para avaliar, sistematicamente, todas as transações realizadas; melhoria dos sistemas de treinamento através injeção de dinheiro e na melhoria dos programas de auditoria para detectar e prevenir comportamento ilegal”. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 211-229, p. 221 (tradução nossa).

⁴²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal**

No ano de 1991, a USSC institucionalizou a figura das investigações internas através da reforma das *Sentencing Guidelines* (USSG) com a introdução de um capítulo oitavo relativo à determinação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas (*chapter eight – sentencing of organizations*). Foram estabelecidas providências mínimas para a estruturação de um “programa eficaz de compliance e ética” (§8B2.1 - *Effective Compliance and Ethics Program*)⁴²², que foram concretizadas nos anos subsequentes e incluem a realização de uma análise de risco, a adoção de controles específicos para evitá-los, a implantação de um código de conduta e a criação de um canal de denúncias para seus funcionários.⁴²³

Para a determinação da pontuação de culpabilidade (*score*) o comportamento da corporação é avaliado tanto antes como após a prática do delito.⁴²⁴ O dimensionamento da pena parte, inicialmente, do nível de gravidade que se atribui à ofensa (§8C2.3), determinando-se, em seguida, em qual tipo de categoria de comportamento ofensivo se amolda e, a partir daí seguem-se várias etapas para a mensuração da reprimenda penal e da pena de multa, aplicada cumulativa ou isoladamente.⁴²⁵

económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 392 (tradução nossa).

⁴²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Sentencing Commission. **United States Sentencing Guidelines Manual**. Washington, DC, nov. 2018. Disponível em: <http://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#>. Acesso em: 15 maio 2021 (tradução nossa).

⁴²³ GARCÍA-MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 139 (tradução nossa).

⁴²⁴ Segundo a lição de Davi Tangerino: “Imagine-se que uma empresa tenha cometido algum delito anticoncorrencial. As USSG atribuem, ao referido delito, 12 pontos como nível base de ofensa, o que corresponde a uma multa de US\$ 40 mil dólares. Esse valor será graduado conforme uma régua de culpabilidade estabelecida pelas USSG, cujo ponto de partida é sempre 5 pontos. Se, porém, se constata que o delito ocorreu apesar de a corporação ter implantado, no tempo do delito, um programa de *compliance* efetivo. Além disso, se a organização (a) antes de uma ameaça iminente de ser descoberta ou de uma investigação governamental, e (b) dentro do marco temporal expedito, após tomar consciência do delito, reportou o delito às autoridades governamentais competentes, cooperou totalmente na investigação e claramente demonstrou reconhecimento e aceitação afirmativa da responsabilidade pela conduta criminosa, novos 5 pontos serão subtraídos. [...]”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 86, set./out. 2010, p. 36-60, p. 56-57.

⁴²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Sentencing Commission. **United States Sentencing Guidelines Manual**. Washington, DC, nov. 2018. Disponível em: <http://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#>. Acesso em: 15 maio 2021.

A existência de um efetivo programa de ética e *compliance* (§8C2.5 “f”)⁴²⁶ é um vetor redutor de pena, mesmo que a manutenção desses mecanismos de controle não tenha se mostrado eficaz, no caso concreto, para evitar o cometimento do delito. No item relativo à autodenúncia, cooperação e assunção de responsabilidade (§8C2.5 “g”, 1, 2 e 3), há a previsão de outras circunstâncias atenuantes para as hipóteses de comunicação (*notitia criminis*) às autoridades: (I) quando a autodenúncia ocorre antes que os fatos cheguem ao conhecimento das mesmas ou se tornem públicos ou, ainda, (II) quando a corporação/empresa coopere com sua investigação ou se confesse culpável.⁴²⁷

Laufer aponta que essas diretrizes (*guidelines*) foram delineadas como representação de “um perfeito alinhamento entre o desejo do setor público por justiça e a vontade do setor privado se engajar em uma missão por uma cidadania corporativa responsável”.⁴²⁸ Segundo o autor, o que aparentava ser uma parceria estatal com a comunidade empresarial para o fim de fomentar o autopolicimento, revelou-se uma estratégia de transferência de custos ao setor privado e, ao mesmo tempo, de obtenção facilitada de evidências para a acusação, o que é agravado diante da ausência de prescrições normativas mais específicas acerca do que seriam evidências para uma boa cidadania corporativa.⁴²⁹ Nesse pacto não concretizado, ressalta o autor, às empresas caberia assumir a obrigação de liderar a implementação de valores da boa cidadania, enquanto, ao governo, incumbiria oferecer, à comunidade empresarial, diretrizes regulatórias (v.g. princípios básicos de devida diligência) que serviriam para orientação

⁴²⁶ São circunstâncias atenuantes, previstas no §8C2.5, “g”, 1, 2 e 3, o fato de a organização (a) antes de uma ameaça iminente de divulgação ou investigação governamental e dentro de um tempo razoavelmente rápido, após tomar conhecimento da ofensa, reportá-la às autoridades governamentais apropriadas; (b) cooperar totalmente na investigação e demonstrar claramente o reconhecimento e aceitação afirmativa da responsabilidade por sua conduta criminosa; (c) demonstrar claramente reconhecimento e aceitação afirmativa da responsabilidade por sua conduta criminosa. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Sentencing Commission. **United States Sentencing Guidelines Manual**. Washington, DC, nov. 2018. <https://www.usc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#8c25> Acesso em 15 maio 2021 (tradução nossa).

⁴²⁷ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, 197-228, p. 198-199 (tradução nossa).

⁴²⁸ LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 20 (2017-2018), p. 392-428, p. 400 (tradução nossa).

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 359.

efetiva da corporação para a consecução de seu objetivo de mitigar qualquer possível investigação e/ou julgamento de ilícitos.⁴³⁰⁴³¹

3.2.2 Sobre o *Attorney-Client Privilege* e a *Work Product Doctrine*

No ordenamento jurídico estadunidense, os entes coletivos gozam de dois privilégios: (a) comunicação advogado cliente (*attorney client privilege*) e (b) confidencialidade do material produzido com vistas à defesa (*work product doctrine*)⁴³², mas não podem invocar o direito a não autoincriminação constante na Quinta Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América⁴³³, uma vez que a jurisprudência da Suprema Corte⁴³⁴ considera que esse privilégio é pessoal.⁴³⁵

⁴³⁰ LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 20 (2017-2018), p. 392-428, p. 401-402. O autor faz referência a uma conferência promovida pela *United States Sentencing Commission (USSC)* em 1995, denominada *Corporate Crime in America: strengthening the 'good citizen' corporation* (Crime Corporativo na América: fortalecendo a corporação 'boa cidadã'). O simpósio enfocou as maneiras pelas quais as empresas, setores e funcionários responsáveis pela aplicação da lei responderam aos "incentivos e punições" das diretrizes (*guidelines*) de condenação organizacional e outras mudanças no cenário de aplicação da lei que incentivavam as empresas a desenvolverem programas de conformidade fortes e adotarem medidas de controle do crime (Ibid., p. 400). Para uma visão geral da referida conferência, vide: Proceedings of the Second Symposium on Crime and Punishment in The United States. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-projects-and-surveys/economic-crimes/19950907-symposium/WCSYMPO_opt.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

⁴³¹ “Ainda que as *Guidelines* se constituam na mais importante consolidação normativa para a punição corporativa, nas últimas duas décadas, os acordos de diversão processual (DPAs e NPAs), os quais permitem que os promotores, e não os juízes, resolvam casos de criminalidade corporativa ameaçaram, em conjunto com os julgados da Suprema Corte que conferem caráter consultivo às mesmas, a relevância dessas diretrizes. As USSG permanecem com parâmetro para a aplicação de multas. Diamantis e Laufer pontuam que uma das finalidades das *Guidelines* foi incrementar a severidade da punição corporativa, assegurar a reparação do dano às vítimas, estabelecer disposições para a liberdade condicional (*probation*) aos condenados pelos delitos corporativos”. DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William. Prosecution and punishment of Corporate Criminality. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 453, October, 2019, p. 1-30, p.17-18 (tradução nossa).

⁴³² TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 50 (tradução nossa). Nada obstante se reconheça que as "pessoas" corporativas têm o direito de reivindicar muitos direitos constitucionais, a Suprema Corte estadunidense negou a essas "pessoas" o direito da Quinta Emenda contra a autoincriminação no julgamento do caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69-70 (1906).

⁴³³ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Constitution of the United States**: Quinta Emenda (Fifth Amendment). Estados Unidos da América,

O privilégio advogado-cliente diz respeito à prerrogativa de se proteger e de se impedir a divulgação de comunicações confidenciais feitas entre o advogado e a pessoa, física ou jurídica, assistida em um contexto de aconselhamento jurídico, haja vista a necessidade de segurança e confiança que rege esse tipo de relação.⁴³⁶ De sua vez, a garantia da preservação da confidencialidade do produto do trabalho constitui-se em uma proteção qualificada de notas de entrevistas, de apontamentos e de todo o material que reflita os processos mentais do advogado na construção de suas teses.⁴³⁷

Em julgamento paradigmático, o caso *Upjohn vs United States* (1981), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu que o privilégio advogado-cliente (*attorney-client privilege*) abarca a comunicação feita por funcionários da corporação, via entrevistas, no seio de uma investigação interna. Segundo essa decisão, quando advogados, agindo em nome de uma empresa, entrevistam empregados sobre ações realizadas no âmbito do vínculo empregatício, o privilégio advogado-cliente e a

1791. (tradução nossa). Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>. Acesso em 27 nov 2021.

⁴³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/201/43/>. Acesso em 31 mar 2020.

⁴³⁵ Sanguiné relata que, em um primeiro momento, no caso *Boyd v. United States* (1886), a Suprema Corte adotou um entendimento amplo do direito à não autoincriminação e reconheceu sua aplicabilidade às empresas por considerar que não havia diferença entre obrigar uma pessoa a apresentar seus documentos privados e livros incriminadores e obrigar a pessoa a se autoincriminar por meio de testemunho oral. Duas décadas depois, por ocasião do julgamento no caso *Hale v. Henkel* (1906), a Corte norte-americana limitou o privilégio a pessoas individuais, sob a fundamentação de a Quinta Emenda “somente se aplica quando a pessoa pode se autoincriminar e que, como a corporação existe separada de seus agentes, e porque a corporação mesma não presta testemunho, ela não pode exercer qualquer solicitação do privilégio”. SANGUINÉ, Odone. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas no processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. 2, n. 2, 2014, p. 23-71, p. 35.

⁴³⁶ HENGEMUHLE, Leah. Mea Culpa: Why Corporate Waivers of Attorney-Client Privilege Have Not Increased the Prosecution of Corporate Executives. **Boston College Law Review**. v. 60, Issue 5, 2019, p. 1415-1451, p. 1432-1434. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol60/iss5/5>. Acesso em 10 ago 2021. De acordo com a autora: “Embora o privilégio advogado-cliente tenha sido codificado sob muitas leis estaduais, o Congresso decidiu permitir que os tribunais federais desenvolvessem o privilégio ‘à luz da razão e da experiência’. Para invocar o privilégio advogado-cliente, quatro elementos devem ser atendidos: (1) deve se tratar de uma comunicação; (2) feito entre um advogado e seu cliente; (3) feita em confiança; (4) com o objetivo principal de buscar aconselhamento jurídico”. *Ibid.*, p. 1433 (tradução nossa).

⁴³⁷ ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. **Southern California Law Review**. v. 93, 2020, p. 697-761, p. 721 (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3478298>. Acesso em 11 maio 2021.

doutrina do produto de trabalho protegem as informações resultantes das coletas de depoimentos, independentemente do nível hierárquico do interlocutor do advogado.⁴³⁸

A *Upjohn Company* era uma empresa farmacêutica com sede no estado norte-americano do Michigan que, em 1976, tinha Gerard Thomas como a pessoa que exercia o cargo de Advogado-Geral. A partir de informação, fornecida por uma equipe de auditores independentes, de que uma das subsidiárias da empresa teria feito pagamentos suspeitos (*bribes*) a funcionários de governos estrangeiros para assegurar a consecução dos negócios, após a comunicação à Administração Superior da empresa, Thomas deu início a uma investigação interna com o auxílio de um escritório externo.⁴³⁹

A etapa inicial do procedimento investigatório foi o envio de questionários aos diretores das filiais estrangeiras em busca de dados detalhados sobre todo e qualquer tipo de pagamentos ilegais eventualmente existentes, com a orientação de restringir a difusão do conteúdo dos questionamentos àqueles empregados indispensáveis.⁴⁴⁰ Foi indicado o Diretor da Assessoria Jurídica da pessoa jurídica interessada (Thomas) como o destinatário das respostas.⁴⁴¹ Posteriormente foram efetuadas entrevistas, muitas delas realizadas pessoalmente por Thomas, com funcionários e diretores das filiais estrangeiras, momento em que se demandou que as respostas fossem as mais francas possíveis, tendo sido demonstrado apoio por parte da empresa a eles e reforçado que as comunicações estariam acobertadas pela confidencialidade.⁴⁴²

Encerrada a investigação e produzido o relatório final, que revelara pagamentos superiores a dois milhões de dólares em 22 dos 136 países atendidos pela empresa, em um período de cinco anos, foi providenciada a entrega desse material à *Securities and*

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 721-722.

⁴³⁹ O' SULLIVAN, Julie R. Does DOJ's Privilege Waiver Policy threaten the rationales underlying the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine? A Preliminary "No". **American Criminal Law Review**. v. 45, 2008, p. 1237-1296, p. 1251 (tradução nossa).

⁴⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>. Acesso em 01 maio 2021.

⁴⁴¹ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 179-180 (tradução nossa).

⁴⁴² *Ibid.*, p. 180.

Exchange Commission (SEC) que, na época, havia sido recém criada pela *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, de 1977).⁴⁴³

O documento em questão foi copiado para a Receita Federal estadunidense (*Internal Revenue Service – IRS*), que iniciou uma investigação referente aos efeitos tributários de tal atuação e, ao contrário da SEC, exigiu que a documentação fosse complementada com o conteúdo dos questionários realizados, com memorandos e com as notas tomadas durante as entrevistas feitas pela *Upjohn*.⁴⁴⁴ A pessoa jurídica em pauta se recusou a produzir tal material sob o fundamento de que estaria sob o abrigo do *attorney client privilege* e, levada o caso à Suprema Corte Americana, foi enfrentada a questão acerca da exclusão desse privilégio, tendo sido conferida uma interpretação ampla do mesmo no contexto de uma investigação interna.

A Corte Suprema estadunidense considerou que as comunicações efetuadas pelos empregados da *Upjohn*, no marco das investigações efetuadas, eram confidenciais, uma vez que: (a) foram realizadas por um advogado interno no exercício de sua função; (b) tratavam de temas incluídos no âmbito de competências dos empregados na empresa; (c) seguiram as ordens dos dirigentes da sociedade; (d) a finalidade era a prestação de assessoramento legal por parte do advogado da companhia (*in house*); (e) havia conhecimento suficiente deste último aspecto (f) se mantiveram confidenciais.⁴⁴⁵

A decisão não estabeleceu quais seriam os vetores aplicáveis para todas as situações que envolvessem declarações feitas por funcionários de uma empresa para o advogado da mesma. A Suprema Corte ditou que isso deveria ser decidido caso a caso.⁴⁴⁶ Estabeleceu-se que o privilégio pertence à empresa, não ao funcionário, de modo que é a corporação, e não a pessoa física contratada, que tem a possibilidade de reivindicar ou de

⁴⁴³ O' SULLIVAN, Julie R. Does DOJ's Privilege Waiver Policy threaten the rationales underlying the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine? A Preliminary "No". **American Criminal Law Review**. v. 45, 2008, p. 1237-1296, p. 1252 (tradução nossa).

⁴⁴⁴ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 181 (tradução nossa).

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 185-186.

⁴⁴⁶ HENGEMUHLE. Leah. Why Corporate Waivers of Attorney-Client Privilege Have Not Increased the Prosecution of Corporate Executives. **Boston College Law Review**. v. 60, Issue 5, 2019, p. 1415-1451, p. 1434. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol60/iss5/5>. Acesso em 10 ago 2021.

renunciar ao direito de não revelar essas informações privilegiadas, uma vez que o cliente do advogado que conduz uma investigação interna é a empresa e não seu empregado.⁴⁴⁷

Atualmente se denominam de *Upjohn warnings* ("avisos *Upjohn*") os alertas que o advogado da empresa, no início de uma entrevista feita no bojo de uma investigação interna, dá ao funcionário daquela entidade para informar-lhe que sua atuação ocorre em prol da pessoa coletiva e que a finalidade da entrevista é a coleta de elementos de interesse da companhia.⁴⁴⁸ Como se reconhece que cabe à empresa decidir sobre a renúncia ao privilégio advogado-cliente, em um cenário em que se deseja coletar declarações de fatos relevantes relativos aos ilícitos verificadas, busca-se evitar que os entrevistados possam crer que a atuação do advogado da empresa se dará em seu patrocínio. O escopo dessas advertências, conhecidas como "Regras de Miranda" (*Miranda rules*)⁴⁴⁹ do contexto empresarial é dificultar uma "inadvertida criação de relação jurídica (advogado-cliente) entre investigador e investigado"⁴⁵⁰. A ciência do indivíduo sobre essa circunstância modificará, certamente, o conteúdo da entrevista e a amplitude das informações, irregularidades ou ilícitos a serem revelados.

Considerando-se que as investigações internas se concentram em duas categorias de informações - documentos (v.g. revisão de registros de computador e dados financeiros) e entrevistas com funcionários da empresa e outros agentes, o modo como são conduzidos tais procedimentos afeta a moral dos funcionários e sua confiança, a sua relação de lealdade e a sensação de segurança em relação à entidade.⁴⁵¹ Em verdade, as empresas estadunidenses são "motivadas" pelo Departamento de Justiça a renunciar ao

⁴⁴⁷ Ibid., p. 1434.

⁴⁴⁸ ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. **Southern California Law Review**. v. 93, 2020, p. 722 (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3478298>. Acesso em 11 maio 2021.

⁴⁴⁹ Quando do julgamento do caso *Miranda v. Arizona* (1966), a Suprema Corte estadunidense reconheceu o dever de agentes policiais, que devem fazer a leitura dos direitos do suspeito ao efetuarem sua prisão: direitos ao silêncio e à assistência jurídica durante o interrogatório policial. NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 316.

⁴⁵⁰ MALAN, Diogo. Dilemas e desafios do advogado criminal nas investigações corporativas. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de agosto de 2020, p. 1-9, p. 5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/diogo-malan-advocacia-criminal-investigacoes-corporativas>. Acesso em 20 nov 2020.

⁴⁵¹ O' SULLIVAN, Julie R. Does DOJ's Privilege Waiver Policy threaten the rationales underlying the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine? A Preliminary "No". **American Criminal Law Review**. v. 45, 2008, p. 1237-1296, p. 1261 (tradução nossa).

privilégio advogado-cliente em troca de um DPA ou de NPA e, em verdade, elas não têm uma grande capacidade de resistência quanto a isso.⁴⁵²

Leah Hengemuhle, em recente texto, defende que não deveria ser permitida a possibilidade de renúncia ao *attorney-client privilege* por dois motivos que merecem destaque: a violação dos princípios fundamentais que embasaram criação desse privilégio e os possíveis efeitos prejudiciais aos direitos individuais do empregado que, para se proteger, pode fornecer informações falsas, ou seja, entende que a denúncia está mal colocada e que a postura do Departamento de Justiça atrapalha a realização da justiça.⁴⁵³

A esse respeito, importa referir que, nos Estados Unidos da América, onde a maioria dos trabalhadores do setor privado labora sob um regime de *at-will employment* (emprego por vontade própria, diga-se, do empregador)⁴⁵⁴, ou seja, podem ser demitidos por qualquer motivo e sem aviso prévio, as corporações podem compeli-los a fazer declarações durante as entrevistas efetuadas no interior de um procedimento investigativo, em que se busca o *se* e o *onde* ocorreu uma má conduta.⁴⁵⁵ Diante disso, há quem defenda uma alteração legislativa que proíba tal abdicação em troca de acordos de diversão processual⁴⁵⁶, o que se entende como razoável, especialmente pela incerteza das expectativas do DOJ quanto ao âmbito do que se entende como “colaboração da empresa” no contexto da política de não persecução (*non-prosecution policy*) desenvolvida por aquele órgão.

3.2.3 Diretrizes orientativas do Departamento de Justiça (*Department of Justice – DOJ*) para a atuação dos órgãos de persecução penal

⁴⁵² HENGEMUHLE, Leah. Why Corporate Waivers of Attorney-Client Privilege Have Not Increased the Prosecution of Corporate Executives. **Boston College Law Review**. v. 60, Issue 5, 2019, p. 1434-1435. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol60/iss5/5>. Acesso em 10 ago 2021 (tradução nossa).

⁴⁵³ Ibid., p. 1451.

⁴⁵⁴ Apenas uma minoria dos trabalhadores é sindicalizada.

⁴⁵⁵ ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. **Southern California Law Review**. v. 93, 2020, p. 697-761, p. 719 (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3478298>. Acesso em 11 maio 2021.

⁴⁵⁶ HENGEMUHLE, Leah. Why Corporate Waivers of Attorney-Client Privilege Have Not Increased the Prosecution of Corporate Executives. **Boston College Law Review**. v. 60, Issue 5, 2019, p. 1415-1451; p. 1451. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol60/iss5/5>. Acesso em 10 ago 2021 (tradução nossa).

A decisão corporativa da empresa a respeito da extensão do seu agir cooperativo (o “quanto” colaborar) a conduziu a enfrentar a escolha entre ceder todo o material obtido com a investigação e, em razão disso, auferir benesses junto ao órgão de persecução penal ou, alternativamente, manter algum material consigo (“lavar roupa suja em casa”), por considerar que a divulgação de atos ilícitos arranharia sua imagem junto a clientes e a demais terceiros, bem como o seu valor de mercado, sua reputação.⁴⁵⁷ O inconveniente da situação acima referida é que “a cooperação, concebida inicialmente a partir da voluntariedade, como qualidade essencial, foi, a partir de então, sistematicamente substituída por técnicas coercitivas, desnaturalizando o que, em tese, se concebia como regulação responsiva”.⁴⁵⁸

Jennifer Arlen destaca que como “característica marcante dos PDAs (*pre-trial diversion agreements*) é que eles foram introduzidos e adotados pelos promotores dos EUA sem qualquer ação estatutária ou regulatória formal pelo Congresso”⁴⁵⁹, o que, em verdade, retrata, em relação ao atuar corporativo, “a histórica desorientação ou falta de política criminal dos Estados Unidos acerca da atuação funcional dos órgãos fiscalizadores”.⁴⁶⁰ Nesse particular aspecto, desde já, pode-se perceber a impossibilidade de se reconhecer que essa postura norte-americana possa servir de referência ao Brasil em termos de segurança jurídica no contexto das investigações corporativas.⁴⁶¹

As diretrizes orientativas da atuação dos promotores na fiscalização corporativa são objeto de orientação da divisão criminal do Departamento de Justiça estadunidense

⁴⁵⁷ SILVA, Ana Paula Gonzatti. Investigações internas e processo penal: direito de defesa do ente coletivo *versus* direito à não incriminação dos administradores. In: D’AVILA, Fabio Roberto et al. **Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 423.

⁴⁵⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPYC)**. La Ley. n. 3. Abril, 2019, p. 252-267, p. 265 (tradução nossa).

⁴⁵⁹ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops. In: DI ARGENTINE, Camilla Beria. **Criminalità D’impresa e Giustizia Negoziata: Esperienze a Confronto**. ed. Giuffrè, 2017, p. 91-109, p. 96 (tradução nossa)

⁴⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPYC)**. La Ley. n. 3. Abril, 2019, p. 252-267, p. 264 (tradução nossa).

⁴⁶¹ Em sentido diverso, BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p 137-138.

(*Department of Justice – DOJ*), entidade vinculada ao Poder Executivo nos Estados Unidos, responsável pela aplicação da lei e pela Administração da Justiça.

Os mencionados vetores, denominados Princípios de Persecução Federal das Organizações Empresariais (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*⁴⁶²), foram elaborados, em conjunto com o escritório do Advogado-Geral (*Attorney General*), para servirem aos membros do Ministério Público na avaliação da viabilidade do oferecimento da acusação e conseqüente deflagração da persecução criminal em uma hipótese concreta. Tais princípios abarcam muitos elementos (fatores) orientadores arrolados pelas *Sentencing Guidelines (USSG)*, mas não objetivam a elaboração de uma fórmula que conduza o processo de decisão⁴⁶³. Os conhecidos Memorandos (*Memoranda*) são revisados periodicamente de acordo com o redirecionamento das prioridades de atuação do DOJ.⁴⁶⁴

3.2.3.1 Memorando Holder

No ano de 1999, o denominado Memorando Holder/Holder Memo (Bringing Criminal Charges Against Corporations) anunciou o empenho do Departamento de Justiça em buscar as condenações individuais e, “quando apropriado, a da corporação em cujo benefício tais sujeitos tenham agido”. Uma das premissas de sua elaboração era o fato de que, em regra, os acionistas costumavam arcar com o custo das penalidades impostas às corporações sem que, necessariamente, tenham atuado para o cometimento dos ilícitos que tenham lhes dado causa.

Em grande medida, o *Holder Memo* vinculou a crença na capacidade de se introduzir os órgãos fiscalizadores como possíveis estruturas de governança, a partir da percepção de que a atuação de agentes de *enforcement* propiciaria mudanças

⁴⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Principles of Federal Prosecution of Business Organizations**. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 01 ago 2021.

⁴⁶³ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. In: **Inside**. n 2. v. 27. New York State Bar Association. Albany, Fall 2009, p. 8-11; p. 8 (tradução nossa).

⁴⁶⁴ Por isso, inclusive, são apelidados com o sobrenome dessas autoridades (Advogado-Geral/*Attorney General*).

significativas na condução ética dos negócios.⁴⁶⁵ Foram arrolados oito critérios, genéricos, para auxiliar o exame dos promotores em face da necessidade de decidir sobre a viabilidade de se levar a efeito um processo criminal contra determinado ente coletivo.⁴⁶⁶ Não se estabeleceu vinculação dos *prosecutors* a esses fatores ajustados, tampouco a obrigação de se fazer referência expressa aos mesmos para fundamentar a decisão tomada⁴⁶⁷. Algumas dessas condições assumiram particular importância para a análise do comportamento da pessoa coletiva⁴⁶⁸: (i) se havia um programa de conformidade eficaz; (ii) se a própria empresa relatou a má conduta às autoridades; (iii) se cooperou integralmente com os promotores investigando e fornecendo informações aos mesmos e (iv) se a empresa adotou voluntariamente as reformas necessárias,

⁴⁶⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPYC)**. La Ley. n. 3. Abril, 2019, p. 252-267, p. 265.

⁴⁶⁶ No texto original: “The attached document, Federal Prosecution of Corporations, provides guidance as to what factors should generally inform a prosecutor in making the decision whether to charge a corporation in a particular case. I believe these factors provide a useful framework in which prosecutors can analyze their cases and provide a common vocabulary for them to discuss their decision with fellow prosecutors, supervisors, and defense counsel. These factors are, however, not outcome-determinative and are only guidelines. Federal prosecutors are not required to reference these factors in a particular case, nor are they required to document the weight they accorded specific factors in reaching their decision”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Holder Memorandum**. Washington, D.C., Junho 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. Acesso em 01 ago 2021.

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Dentre os fatores a serem considerados (II. *Charging Corporations – Factors to be considered*): 1. A natureza e a gravidade da ofensa, incluindo o risco de danos ao público, e aplicáveis políticas e prioridades, se houver, que regem a acusação de empresas para categorias específicas de crime; 2. A difusão de atos ilícitos dentro da empresa, incluindo a cumplicidade em, ou tolerância de irregularidades cometidas pela administração corporativa; 3. O histórico de conduta semelhante da empresa, incluindo antecedentes criminais, civis e regulatórios ações coercitivas contra ele; 4. A divulgação oportuna e voluntária de irregularidades por parte da corporação e sua disposição de cooperar em a investigação de seus agentes, incluindo, se necessário, a renúncia do advogado-cliente e privilégios de produto de trabalho; 5. A existência e adequação do programa de *compliance* da corporação; 6. As ações corretivas da empresa, incluindo quaisquer esforços para implementar uma estrutura corporativa eficaz e um programa de conformidade, ou para melhorar um existente, para substituir a gestão responsável, para disciplinar ou demitir infratores, para pagar restituição e cooperar com o que for relevante para as agências governamentais; 7. Consequências colaterais, incluindo danos desproporcionais aos acionistas e funcionários não comprovadamente culpados; 8. A adequação de recursos não criminais, como ações de execução civil ou regulatória. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Holder Memorandum**. Washington, D.C., jun 1999 (tradução nossa). Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. Acesso em: 01 ago 2021.

incluindo a implementação de um programa de *compliance* pós-deteção.⁴⁶⁹ Para tanto, a ferramenta a ser explorada pelos promotores para a persecução dos responsáveis individuais é o uso das informações coletadas via investigações internas, cuja realização passa, a partir daquele momento, a ser contundentemente estimulada.

No que diz respeito às investigações internas, o fator “ações corretivas da empresa” (predisposição para a identificação de culpados, incluídos altos executivos) parecia, em princípio, permitir que a pessoa jurídica exercesse um maior controle sobre seu agir colaborativo.⁴⁷⁰ O quarto fator do *Holder Memo*⁴⁷¹ ganhou relevância ao conter um regramento que dispunha que a colaboração “poderia incluir, se necessário”, a renúncia aos já citados privilégios advogado-cliente (*attorney-client privilege*) e à confidencialidade do material produzido com vistas à defesa (*work product doctrine*). Outro fator extremamente criticado foi o sexto requisito porque direcionava a eficácia da estratégia corporativa à indicação de infratores e ao fornecimento dos resultados dos procedimentos investigativos internos.⁴⁷²⁴⁷³

A discricionariedade dos promotores acerca do peso a ser dado a cada elemento de colaboração, aliada ao poder expresso de “pressionar as empresas a divulgar materiais

⁴⁶⁹ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D’ARGENTINE, Camilla (ed.). **Criminalità d’impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 91-109.

⁴⁷⁰ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. In: **Inside**. n 2. v. 27. New York State Bar Association. Albany, Fall 2009, p. 8 (tradução nossa).

⁴⁷¹ “Holder Memo, Factors to be considered: [...] 4. The corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of the corporate attorney-client and work product privileges (see section VI, *infra*)”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Holder Memorandum**. Washington, D.C., Junho 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. Acesso em: 01 ago 2021.

⁴⁷² “Holder Memo, Factors to be considered: [...] 6. The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies (see section VIII, *infra*)”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Holder Memorandum**. Washington, D.C., Junho 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. Acesso em: 01 ago 2021.

⁴⁷³ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones prácticas nacionales e internacionales**. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 57.

privilegiados antes mesmo que houvesse qualquer descoberta real de transgressão”⁴⁷⁴, motivou contundentes críticas ao Memorando. Por exemplo, a Associação de Advogados Corporativos (*Association of Corporate Counsel* - ACC) reclamou direta e oficialmente a Eric Holder⁴⁷⁵ sobre a prática dos promotores acerca da exigência de divulgação de conversas e documentos confidenciais para demonstrar uma real cooperação durante a investigação.⁴⁷⁶

Além disso, foi sob a vigência do *Holder Memo* que ocorreu, em 2002, a condenação de Arthur Andersen pela prática do crime de obstrução da justiça, uma vez que a ele foi imputada a destruição de documentos relevantes para a investigação do caso *Enron*.⁴⁷⁷ Andersen, sócio da empresa de auditoria que prestava serviços para a

⁴⁷⁴ MARKS. Colin P. Corporate Investigations, Attorney-Client Privilege, and Selective Waiver: Is a Half-Privilege Worth Having at All? *Seattle University Law Review*. N 30, 2006, p. 155-194; p. 171 (tradução nossa).

⁴⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Association of Corporate Counsel. Disponível em: <http://www.acca.com/public/accapolicy/holder.html>. Acesso em 20 dez 2019.

⁴⁷⁶ BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department’s 10-Year War On Corporate Fraud. *Criminal Law Brief*, n. 2, 2007, p. 25-35, p. 26. Segundo os autores, entre 1999 e 2003, os Estados Unidos da América experimentaram uma das eras mais explosivas de processos corporativos, em que nomes antes conhecidos apenas por quem trabalhava na área, como Enron, Tyco e Worldcom, tornaram-se conhecidos nacionalmente. Como os investigadores e promotores tiveram pouca orientação fora do *Holder Memo*, o resultado foi uma confusão de abordagens por promotores, levando a uma ampla gama de resultados, variando entre restituição às vítimas, multas criminais, civis, penalidades, acordos de integridade corporativa e, no caso de Enron, Tyco e Worldcom, tempo de prisão (tradução nossa).

⁴⁷⁷ Como apontado no capítulo 2, o aludido esquema girava em torno de fraudes contábeis. De acordo com William Eustaquio de Carvalho: “Para compreendermos o que a crise da ‘Enron’ representou para a economia mundial, é preciso refletir um pouco sobre a atitude que tomou conta de milhares de investidores que, na busca de lucros rápidos e fáceis, acabaram por apostar em empresas que não foram capazes de corresponder às expectativas. Entendemos que um dos elementos que desencadeou o problema da confiança excessiva dos investidores foi a facilidade de acesso à negociação no mercado de ações. Tal fato tornou possível que, até pessoas sem nenhuma habilidade em perceber as oscilações e riscos dos negócios, investissem suas economias nesse mercado. [...] Há a necessidade de acompanhar o desempenho das atividades dessas empresas, o que, quase sempre, só é possível através da análise das suas demonstrações financeiras, e que, no caso ‘Enron’, não foi suficiente para os investidores terem a segurança necessária em qualquer investimento. A confiança que os investidores possuíam não era despropositada, pois essas manobras foram influenciadas, sobretudo, pelos administradores ao inflarem seus lucros, com as próprias ações da corporação (*Stock Options*). Nesse sistema, os administradores ou funcionários passam a ser proprietários de ações da empresa e podem ou não obter lucros, o que dependerá do desempenho da corporação. Diante de todo esse quadro, o principal questionamento foi acerca do papel desempenhado pela auditoria independente que tinha o dever de informar todas estas operações e do seu dever de transparência com o mercado. No caso da ‘Enron’, a auditoria responsável pelos balanços nos 10 anos anteriores era a Arthur Andersen que também prestava consultoria à “Enron”, sendo que a concomitância dessas duas atividades pela mesma empresa são práticas totalmente incompatíveis (no Brasil, inclusive, a incompatibilidade de tais atividades é disciplinada pelo artigo 23 da instrução normativa nº 308/1999 da CVM)”. CARVALHO, William Eustaquio de. Caso Enron: breve

companhia *Enron*, rejeitou um acordo com o DOJ e foi condenado, sendo um dos efeitos dessa condenação, a perda da licença para operar com empresas listadas nos EUA, o que lhe ocasionou indelével abalo reputacional.⁴⁷⁸ Nada obstante tenha sido absolvida em 2005, por parte da Suprema Corte estadunidense, a entidade já havia falido, com danos a acionistas e perda de milhares de empregos.

Esse escândalo ajudou a reforçar a ideia de que o enfrentamento de um processo ou a mera acusação formal a um ente corporativo pode significar o seu fim (*death penalty*), o que ficou conhecido como *Andersen effect*, que se afigura, atualmente, mais como exceção do que como regra.⁴⁷⁹ Em regra, a maioria das tratativas se relacionam aos acordos de diversão processual.⁴⁸⁰

análise da empresa em crise. **Migalhas**, 9 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6852/caso-enron>. Acesso em 02 ago 2021.

⁴⁷⁸ Segundo narra Bonotto: “Em 15 de agosto de 2001, o empregado Sherron Watkins (*whistleblower*) envia uma carta para o presidente da companhia, Kenneth Lay relatando sobre problemas na contabilidade que poderiam ameaçar a companhia no futuro. No dia seguinte, Lay vende ações no montante de 519 mil dólares e no dia seguinte mais 1,48 milhão em ações. No mês de outubro, a empresa de auditoria independente da Companhia começa a destruir documentos os quais eram evidências de auditoria da organização, a qual segue até novembro, onde a empresa recebe intimação da SEC (Securities and Exchange Commission), acerta da fiscalização de suas condutas. No dia 16 a Companhia publica suas demonstrações financeiras a qual apresenta perdas no terceiro trimestre de 2001 e anuncia uma redução no seu patrimônio líquido. Em 22 de outubro a SEC abre um processo para investigar a empresa. Em janeiro de 2002, o Departamento de Justiça americano nomeia Joshua Hochberg, chefe da divisão de fraudes, para investigar criminalmente a Companhia. Dias depois, a Arthur Andersen demite o executivo David Duncan, o qual era responsável pela auditoria da Enron. No dia 16, as ações da Enron são retiradas da bolsa de Nova York. No dia 23, o principal executivo da empresa, Kenneth Lay, pede demissão. Dois dias depois, o então vice-presidente da empresa, Clifford Baxter, se suicida. A Enron, nos seus 16 anos de atividade, incrementou seus ativos de 10 bilhões de dólares para 65 bilhões de dólares e levou 24 dias para decretar sua falência. Em 2002 a Enron decretou falência, levando consigo a empresa de auditoria externa Arthur Andersen, uma das maiores empresas de auditoria do mundo”. BONOTTO, Pietro Vinicius. **As Fraudes Contábeis da Enron e Worldcom e seus efeitos nos Estados Unidos**. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Contábeis. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: 2010, p. 11-14.

⁴⁷⁹ SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”. **Revista do Ministério Público**. n. 158, abr.-jun. 2019, p. 9-36, p. 14.

⁴⁸⁰ De acordo com Markoff, o “dogma inquestionável” acerca da existência do “Efeito Andersen”, ou seja, a tão alardeada pena de morte corporativa, não se verifica empiricamente porque não há estudos sobre o que ocorre com as empresas grandes e poderosas após a condenação, mesmo porque, na maioria das vezes, há a realização dos DPAs (onde não há o estigma). Segundo o autor, “a pergunta que deve ser feita, da perspectiva do formulador dessas políticas não é se os DPAs ‘funcionam’, mas se ‘funcionam melhor’ do que processos e condenações corporativas reais”. O autor defende que o uso de DPAs deveria ser eliminado em favor das condenações criminais corporativas devido ao seu valor potencial de dissuasão naturalmente mais forte. MARKOFF, Gabriel, Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: Corporate criminal convictions in the twenty-first century. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 15, 2013, p. 797-842; 797-802 (tradução nossa).

Em grande parte por causa da reação causada dos escândalos da *Enron* e da *WorldCom*, o DOJ mudou sua abordagem para fazer cumprir a lei criminal contra grandes corporações, em um movimento que buscava a manutenção da supervisão sobre as empresas com mais rigor.⁴⁸¹

3.2.3.2 Memorando Thompson

Em 2003, o então procurador-geral adjunto Larry Thompson modificou a abordagem do anterior (*Holder Memo*) e editou nova diretriz. Como elemento essencial dessa reformulação, o chamado Memorando Thompson, aponta-se a inclusão da orientação, pela primeira vez, relativa ao cabimento de acordos de persecução diferida (DPAs) para as empresas.⁴⁸² Da previsão inicial de que a cooperação voluntária poderia levar à imunidade ou anistia (*Holder Memo*), passou-se a prever, adicionalmente, a feitura de acordos de diversão processual/acordos pré-judiciais (*pretrial diversion agreements*).⁴⁸³

Esse Memorando representou uma redefinição de como o DOJ escrutinaria as empresas a partir de seus programas de cumprimento normativo (*compliance programs*). Os promotores foram incentivados a obter informações relevantes por parte das pessoas jurídicas, a partir da compreensão de que “o ponto central para a decisão sobre a imputação ou não de uma empresa deveria ser o grau de colaboração e cooperação demonstrado aos promotores”.⁴⁸⁴ O comportamento de uma empresa que, aparentemente, estivesse querendo cooperar era medido, também, pela demonstração inequívoca de que

⁴⁸¹ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: a ten-year anniversary perspective. **NYSBA**. Fall 2009. v. 27, n. 2, p. 2. Disponível em: https://www.paulweiss.com/media/1497187/pw_nysba_oct09.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

⁴⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Thompson Memorandum**, Washington, D.C., Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.hbsslaw.com/sites/default/files/whistleblower/whistleblowerpdfs/2003jan20_privwaiv_dojtomp.authcheckdam.pdf. Acesso em 01 dez 2021.

⁴⁸³ UHLMANN, David M. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the erosion of corporate criminal liability. **Maryland Law Review**. v. 72. October, 2013, p. 1295-1344, p. 1310.

⁴⁸⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 392-393 (tradução nossa).

não houvesse proteção institucional a seus empregados ou de qualquer orientação a uma colaboração restrita e não integral.

Um dos critérios era proibir o pagamento de honorários a um funcionário investigado por se entender que a não observância dos mesmos se converteria em uma cooperação com eventual ilícito praticado pelo empregado.⁴⁸⁵ Houve, portanto, uma capacidade irrestrita conferida aos órgãos de persecução penal para exigirem uma cooperação total por parte da corporação. Havia um desvirtuamento no estabelecimento da referida potestade em relação ao privilégio advogado-cliente, bem como pela exigência de que as empresas não entrassem em acordos de defesa conjunta com potenciais infratores individuais.⁴⁸⁶

No mesmo contexto da modificação acima referida, sobreveio, em novembro de 2004, emenda no capítulo oitavo das *Sentencing Guidelines* que trata dos critérios de avaliação de efetividade de um programa de *compliance* (§8B2.1 - emenda 673). O intuito foi o de incentivar o fornecimento, pelo menos uma vez por ano, de informações, que pudessem ser classificadas como pertinentes, relativas ao programa de *compliance* da empresa, o que, em última análise direciona à renúncia aos seus privilégios constitucionalmente reconhecidos.⁴⁸⁷ Os critérios dessa pertinência não foram estabelecidos, o que implica reconhecer que seriam discricionariamente apreciados pelos encarregados da persecução criminal.

Uma das maiores reações contra o *Thompson Memo* foi o julgamento, por parte da *District Court for the Southern District of New York* dos casos conhecidos como *Stein I* (reconhecida a vulneração dos direitos dos ex-dirigentes da KPMG por violação aos

⁴⁸⁵ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 59. No mesmo sentido: HENNING, Peter J. Targeting Legal Advice. **American University Law Review**, v 54, 2005, p. 669-700, 671.

⁴⁸⁶ BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department's 10-Year War On Corporate Fraud. **Criminal Law Brief**, n. 2, 2007, p. 25-35, p. 27. Destacam os autores que a empresa passou a ser submetida a critérios de referência para a avaliação da qualidade de sua "cooperação" a partir dos seguintes questionamentos: (1) a corporação renunciou a seus privilégios? e (2) a empresa custeou os honorários advocatícios relacionados à defesa de seus atuais ou antigos diretores executivos e funcionários? Ob. Cit., p. 27.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 27. Tejada Plana indica que o comentário aos 12 da seção 8C2.5 das guidelines fora reformado em 2004. TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 47-49.

direitos protegidos pela quinta e sexta emendas constitucionais estadunidenses)⁴⁸⁸ e *Stein II* (judiciário acata o argumento de violação ao direito de não se confessar culpável de nove empregados da KPMG).⁴⁸⁹

Os processos tiveram origem em uma investigação rotineira da Receita Federal dos EUA (a “IRS”) na empresa de consultoria KPMG, que tratava de aferir tanto a saúde financeira quanto eventual uso estratégico de paraísos fiscais. Diante do resultado da investigação, Jeffrey Stein, o ex-vice-presidente da KPMG, e vários outros sócios foram convidados a renunciar aos seus cargos na empresa. No “pacote de demissão” avençado estava incluído o custeio, por parte da empresa, de quaisquer despesas decorrentes de processos movidos contra a KPMG ou contra as pessoas demitidas. A mencionada pessoa jurídica tinha, como prática, arcar com os honorários dos advogados de empregados que viessem a ser processados em face de serviços que lhe tivessem sido prestados.⁴⁹⁰

No ano de 2005, no mesmo período em que a KPMG firmou um acordo de perseguição diferida (*DPA*) com o escritório da promotoria do Distrito Sul de Nova Iorque⁴⁹¹, seis ex-sócios, além do anterior vice-presidente, foram indiciados por conspiração e fraude fiscal. Em outubro do mesmo ano, outros dez indivíduos foram indiciados por conspiração criminal e evasão fiscal.⁴⁹² É importante referir que os órgãos de perseguição tiveram um papel significativo na decisão da KPMG em não arcar com as defesas desses antigos empregados. Ao advertirem sobre a incidência, dos regramentos do *Thompson Memo* e das *Sentencing Guidelines*, os *prosecutors* forçaram-na a modificar sua conduta. O custeio das despesas com honorários da defesa dos seus ex-funcionários

⁴⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Southern District of New York. *United States v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330, 367-73 (S.D.N.Y.2006) (conhecido como “Stein I”). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1278966.html>. Acesso em 15 nov 2021.

⁴⁸⁹ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Editorial Orazandi, Navarra, 2020, p. 64-65 (tradução nossa). Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Southern District of New York. *United States v. Stein*, 440 F. Supp.2d 315 (S.D.N.Y.2006) (conhecido como “Stein II”). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1278966.html>. Acesso em: 15 nov 2021.

⁴⁹⁰ BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department’s 10-Year War On Corporate Fraud. **Criminal Law Brief**, n. 2, 2007, p. 25-35, p. 28 (tradução nossa).

⁴⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. United States Attorney Southern District of New York. **KPMG – Deferred Prosecution Agreement**. Agosto, 2005. Disponível em: <https://www.justice.gov/archive/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgdpagmt.pdf>. Acesso em: 01 abr 2020.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 29.

foi mantido, imposto um limite de quatrocentos mil dólares americanos e condicionado esse pagamento a uma colaboração ampla e irrestrita dos empregados com o governo. Isso incluía, até mesmo, a renúncia desses sujeitos ao direito à não autoincriminação (Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América), além de impor que haveria interrupção desse auxílio em caso de indiciamento.⁴⁹³

A KPMG teria notificado seus ex-empregados acerca da possibilidade de eles prosseguirem prestando declarações sem a orientação de um advogado. Durante a investigação do governo, a corporação continuou agindo para pressionar funcionários (Mark Watson, que fez acordo porque não poderia custear sua defesa), parceiros e sócios (entre eles, Richard Smith, que fora advertido, por carta), a colaborarem sob pena de não terem os honorários de seus advogados pagos.⁴⁹⁴

Nesse ponto específico, Daniel Tejada aponta que o nível de fluidez na cooperação da KPMG com os persecutores era tamanho que, naqueles casos em que os trabalhadores e demais indivíduos não cooperavam com o governo, os fiscais encarregados do caso reportavam isso à auditoria da sociedade empresarial e essa tomava o gerenciamento do assunto como se fosse uma questão interna da empresa.⁴⁹⁵ Houve, inclusive, ajustes na redação de memorandos internos enviados aos empregados por sugestão das autoridades públicas, cujo escopo era facilitar e promover a reunião de seus colaboradores com promotores sem o acompanhamento de advogado.⁴⁹⁶

As pessoas físicas indiciadas perceberam a coação institucional sofrida pela KPMG e alegaram, em juízo, que houve injusta interferência governamental na atuação da empresa e que, em razão disso, foram violadas as normas constitucionais que lhes garantiam o direito a constituir um defensor e a um julgamento justo.⁴⁹⁷ O juiz Kaplan acolheu o argumento que sustentava ter a empresa sofrido coação para modificar sua política interna, de longa data, em virtude de ameaças fundamentadas nas disposições do

⁴⁹³ GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled Cooperation and the new corporate criminal procedure. *New York University Law Review*, v. 82, 2007, p. 101-168, p. 113 (tradução nossa).

⁴⁹⁴ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 65 (tradução nossa).

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 63

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 63

⁴⁹⁷ BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department's 10-Year War On Corporate Fraud. **Criminal Law Brief**, n. 2, 2007, p. 25-35, p. 28-29 (tradução nossa).

Memorando Thompson, bem como os efeitos que delas decorreram, quais sejam: (i) a violação à Sexta Emenda⁴⁹⁸, que dispõe sobre a garantia de assistência de um advogado (*Stein I*) e (ii) as declarações do sócio Smith e do empregado Watson, por terem sido obtidas sob coação, vulneraram o direito à não autoincriminação⁴⁹⁹ (*Stein II*). O julgador reconheceu que essas situações caracterizaram “o exercício de um enorme poder econômico por parte do empregador sobre seus empregados para sacrificar seus direitos constitucionais”.⁵⁰⁰

O acerto das decisões judiciais acima, as quais foram confirmadas pelas Cortes de Apelação em 2008, reside na verificação daquilo que Nieto Martín apontou como “a conversão da empresa em um meio de investigação, em um aliado na obtenção de provas contra a pessoa individual”,⁵⁰¹ uma vez que a obrigação de cooperar nada mais é do que impor à sociedade uma condição abusiva – a de que abra mão de qualquer tipo de estratégia comum de defesa⁵⁰² e que aponte, ainda, os responsáveis individuais.

3.2.3.3 Memorando McNulty

Diante da pressão política sofrida pelo Congresso estadunidense em razão das práticas abusivas dos órgãos de persecução e dos impactos provocados pelos regramentos rígidos contidos no *Thompson Memo*, no dia 12 de dezembro de 2006, a política implementada pelo Departamento de Justiça foi ligeiramente modificada. Com a superveniência do Memorando McNulty, houve uma tentativa de contemplar um modo de depuração das solicitações de renúncia por parte dos promotores para preservar o privilégio advogado-cliente. Criou-se mais uma categoria, genérica, a fundamentar os

⁴⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States. Sixth Amendment.** Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/>. Acesso 15 nov 2021.

⁴⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States. Fifth Amendment.** Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>. Acesso 15 nov 2021.

⁵⁰⁰ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur:** consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 67.

⁵⁰¹ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley.** Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 5 (tradução nossa).

⁵⁰² *Ibid.*, p. 6.

pedidos de renúncia, qual seja, “a necessidade legítima de se obter uma informação privilegiada”.⁵⁰³ Antes de pedirem a renúncia ao *attorney-client privilege*, os promotores deveriam demonstrar que a informação requerida seria “mais do que necessária e desejada”, isto é, que, de fato, se tratasse de elemento substancialmente importante para a investigação e que não pudesse ser obtida por outro meio, observando-se, por fim, a forma menos intrusiva para a corporação envolvida.⁵⁰⁴

O Memorando McNulty veio como resposta a uma iniciativa legislativa do Senador Arlen Specter que, em 07 de dezembro de 2006, propôs a Lei de Proteção do Privilégio de Advogado-Cliente (*Attorney-Client Privilege Protection Act*⁵⁰⁵). A finalidade dessa proposição legislativa é (i) que seja proibida a avaliação negativa de uma empresa quando a recusa à cooperação estiver fundada na alegação do privilégio; (ii) que se condicione qualquer decisão de cobrança ou de crédito de cooperação a uma renúncia ou não renúncia do aludido privilégio; ao pagamento de honorários advocatícios de um funcionário; à manutenção do emprego de uma pessoa sob investigação ou à inexistência de uma defesa conjunta com o empregado.⁵⁰⁶

A redação do *McNulty Memo*, focada em uma maior preservação do privilégio advogado-cliente e da confidencialidade dos produtos de trabalho, estabeleceu uma gradação das informações a serem buscadas por promotores e procuradores em dois tipos: (i) as de categoria I - puramente factuais e que poderiam ou não ser privilegiadas, mas que estivessem relacionadas à má conduta (v.g. memorandos, entrevistas realizadas no âmbito de investigações internas); e (ii) as de categoria II - comunicações realizadas no seio da relação advogado-cliente ou à doutrina do produto do trabalho não relacionado a

⁵⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **McNulty Memorandum**, Washington, D.C., Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf. Acesso em 19 nov 2021 (tradução nossa).

⁵⁰⁴ O' SULLIVAN, Julie R. Does DOJ's Privilege Waiver Policy threaten the rationales underlying the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine? A Preliminary "No". **American Criminal Law Review**. v. 45, 2008, p. 1237-1296, p. 1268-1269 (tradução nossa).

⁵⁰⁵ O atual projeto, versão atualizada até 2009, encontra-se em tramitação (H.R.4326 - Attorney-Client Privilege Protection Act of 2009). Sua última movimentação é datada de 26 de abril de 2010 junto à Subcomissão de Crime, Terrorismo e Segurança Nacional (Terrorism, and Homeland Security). Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4326/all-actions?overview=closed#tabs>. Acesso em: 18 nov 2021.

⁵⁰⁶ GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled Cooperation and the new corporate criminal procedure. **New York University Law Review**, v. 82, 2007, p. 101-168, p. 138 (tradução nossa).

dados fáticos, incluindo, por exemplo, o aconselhamento jurídico dado à corporação, logo consideradas privilegiadas.⁵⁰⁷ Antes de se solicitar a renúncia relativa a um dado de categoria I, os promotores que atuassem em determinado caso deveriam obter a aprovação por escrito de um Procurador-Regional (*State Attorney*) dos Estados Unidos, que por sua vez, deveria consultar membro de hierarquia superior - o Procurador-Geral Adjunto da Divisão Criminal (*Assistant Attorney General of the Criminal Division*). Em se tratando de solicitação de renúncia relativa à informação de categoria II, existia a necessidade de aprovação escrita do Procurador-Geral Adjunto, estando essa hipótese limitada a circunstâncias raras.⁵⁰⁸

O que se pode inferir é que o objetivo da orientação em exame era exigir dos responsáveis pela persecução penal um trabalho anterior e mais especificado, a ponto de permitir que os materiais/documentos, a serem requisitados dos entes coletivos, fossem mais detalhados e atinentes a fatos específicos cuja apuração já estivesse minimamente iniciada. Em que pese a diretriz dada aos promotores fosse a de não valorar negativamente a recusa da pessoa jurídica em fornecer informação privilegiada, tampouco a atuação da empresa atinente ao patrocínio da defesa de seus funcionários, as pressões e confrontações sofridas por parte das corporações permaneceram na prática. Talvez isso se explique porque o *McNulty Memo* manteve os critérios contidos no *Thompson Memo*, sem qualquer modificação, o que reduziu, em concreto, qualquer possibilidade de se reforçar a capacidade de resistência da empresa.⁵⁰⁹

3.2.3.4 Memorando Filip⁵¹⁰

A inconstância na definição das políticas adotadas pelo Departamento de Justiça para estabelecer fatores a serem considerados na decisão de persecução ou de feitura de

⁵⁰⁷ BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department's 10-Year War On Corporate Fraud. **Criminal Law Brief**, n. 2, 2007, p. 25-35, p. 32 (tradução nossa).

⁵⁰⁸ Ibid. p. 32.

⁵⁰⁹ GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled Cooperation and the new corporate criminal procedure. *New York University Law Review*, v. 82, 2007, p. 101-168, p. 138-139 (tradução nossa).

⁵¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Filip Memorandum**, Washington, D.C., ago 2008. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>. Acesso em: 29 nov 2021.

acordos de diversão processual, levou à revisão, em menos de dois anos, do Memorando McNulty. Assim, em agosto de 2008, sobreveio o Memorando Filip (Filip Memo).

A redação alterou a estrutura de solicitação e avaliação de renúncia a privilégios ao determinar que somente “fatos relevantes” devessem ser considerados, por parte dos promotores, como critério para se atribuir à empresa créditos por cooperação.⁵¹¹ Instituiu um apartado ao *Justice Manual* que detalha os critérios de aferição do valor da cooperação (9-28.700 - *The Value of Cooperation*).⁵¹² Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de os advogados das corporações, se entendessem que a conduta dos promotores estivesse sendo abusiva, realizarem denúncias contra as condutas dos mesmos aos seus supervisores/superiores hierárquicos.⁵¹³ Ocorre que, na prática de uma investigação interna, muitas das informações relevantes a serem objeto de apuração relacionam-se aos privilégios advogado-cliente e à proteção do produto do trabalho, o que torna a pretendida proteção, uma tentativa inidônea de se evitar que as corporações renunciem a privilégios em busca de crédito por cooperação.

Anteriormente no mesmo ano de 2008, a seleção de monitores corporativos para atuarem dentro da empresa, com o escopo de aumentar a *expertise* da corporação na área de *compliance* corporativo, foi objeto de regramentos por parte do Departamento de Justiça (DOJ). Diante do altíssimo custo dos monitoramentos e de abusos verificados pela indicação, para monitor, de ex-procuradores-gerais⁵¹⁴, editou-se o Memorando Morford

⁵¹¹ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. In: **Inside**. n 2. v. 27. New York State Bar Association. Albany, Fall 2009, p. 9 (tradução nossa).

⁵¹² TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 72.

⁵¹³ Conforme apartado 9-28.760 do Memorando Filip: “The Department underscores its commitment to attorney practices that are consistent with Department policies like those set forth herein concerning cooperation credit and due respect for the attorney-client privilege and work product protection. Counsel for corporations who believe that prosecutors are violating such guidance are encouraged to raise their concerns with supervisors, including the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General. Like any other allegation of attorney misconduct, such allegations are subject to potential investigation through established mechanisms”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Filip Memorandum**, Washington, D.C., Agosto, 2008. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>. Acesso em: 29 nov 2021.

⁵¹⁴ Como exemplo, cita-se a contratação do antigo *attorney general*, John Ashcroft como monitor independente do rumoroso acordo feito entre a Zimmer e o Departamento de Justiça. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/id/wbna23578534>. Acesso em: 28 jul 2021.

(*Morford Memo*).⁵¹⁵ A finalidade dessa orientação era servir, unicamente, como vetor para a indicação de monitores. O texto é expresso ao apontar que, consideradas as circunstâncias particulares de cada corporação, a utilização de um monitor deve ser pautada pela necessidade, por exemplo, onde o programa de *compliance* da empresa não tivesse se mostrado eficaz ou na área que demande reforço dos controles internos.⁵¹⁶ São indicados possíveis impedimentos para o exercício da função de monitor corporativo em face de eventuais conflitos de interesses, bem como para definir, como parâmetro, que os custos relativos a essa atividade não inviabilizem a operatividade negocial da pessoa jurídica.⁵¹⁷ Normalmente, o processo de seleção para um monitor independente é estabelecido durante as negociações do NPA ou do DPA.⁵¹⁸

É válida a referência ao rumoroso processo que se iniciou sob o advento do *Filip Memo*. Trata-se do caso *United States v. Connolly* (2019)⁵¹⁹, cujos fatos investigados diziam respeito à manipulação do índice LIBOR.⁵²⁰ No mês de outubro 2008, a *U.S.*

⁵¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Morford Memorandum**, Washington, D.C., Março, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 28 nov 2021.

⁵¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Morford Memorandum. Introduction (I)**. Washington, D.C., Março, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 28 nov 2021.

⁵¹⁷ UHLMANN, David M. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the erosion of corporate criminal liability. **Maryland Law Review**. v. 72. October, 2013, p. 1328 (tradução nossa).

⁵¹⁸ Para evitar conflitos de interesse, estabeleceu-se que: (a) os prosecutors que participam do processo de seleção de um monitor devem se atentar para as diretrizes de conflito de interesse estabelecidas me norma própria (18 U.S.C. § 208 e 5 C.F.R. Parte 2635); (b) a criação de uma comissão, permanente ou *ad hoc*, no local onde o caso se originou para considerar os candidatos a monitor; (c) Advogados-Gerais e Procuradores-Gerais Adjuntos não podem fazer, aceitar ou vetar a escolha de um monitor unilateralmente; (d) a aprovação do profissional será feita pelo Gabinete do Procurador-Geral Adjunto; (e) deve ser recusado um monitor que tenha interesse ou relacionamento com a corporação ou seus funcionários, executivos ou diretores, a ponto de tornar questionável sua parcialidade e (f) o governo deve obter um compromisso da corporação de que não empregará ou realizará contratação do monitor por um período não inferior a um ano, a partir da data em que a monitoria é encerrada. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Morford Memorandum. Selection (II)**. Washington, D.C., Março, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em: 28 nov 2021 (tradução nossa).

⁵¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **U.S. v. Matthew Connolly et al**. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

⁵²⁰ “O LIBOR (*London Interbank Offered Rated*) consiste em um conjunto de índices calculado fixado em Londres diariamente, e concerne à taxa de juros dos empréstimos interbancários de curto e médio prazo. Estabelecido por meio da consulta diária feita a uma série de bancos, o LIBOR impacta muito além do

Commodity Futures Trading Commission - CFTC (Comissão de Negociação de Commodities Futuras dos Estados Unidos) iniciou uma investigação sobre manipulação do Libor por parte de algumas empresas, dentre elas, o Deutsche Bank.⁵²¹

Durante o período que durou a investigação pública o Deutsche Bank iniciou a cooperação e conduziu uma investigação interna abrangente, com a contratação de um advogado externo, Paul Weiss, para a realização de entrevistas com empregados.⁵²² Dois executivos do banco, Matthew Connolly (Nova Iorque) e Galvin Black (Londres), foram entrevistados por três vezes (entre 2010 e 2012), sob a ameaça de demissão e sem a assistência de advogados. Houve um aviso, no início da entrevista de ambos, de que os advogados estavam atuando em prol da instituição financeira (*Upjohn Warnings*).⁵²³ A prestação de declarações era uma obrigação em face da política interna da empresa, sob pena de despedida ou outras sanções disciplinares.⁵²⁴

Os advogados externos enviaram para a CFTC e para o DOJ os resumos das declarações dos empregados, o que foi imprescindível para que o Deutsche Bank fosse beneficiado com um acordo de persecução diferida (DPA) junto ao Departamento de

Reino Unido e serve de referência a todas as praças financeiras do mundo. Segundo o Tesouro Britânico, o conjunto de instrumentos financeiros baseados no LIBOR atinge a soma extravagante de 300 trilhões de dólares. Daí o interesse que pauta o assunto desde 2008, quando as primeiras suspeitas de manipulação do LIBOR surgiram nos Estados Unidos. Apavorados com a crise que começava, alguns grandes bancos começaram a alterar sua declaração diária sobre a taxa de empréstimo para simular uma boa situação financeira. Na sequência das denúncias, começaram os processos”. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). Escola de Economia de São Paulo (EESP). **Notícias. Manipulações feitas por bancos causam escândalo de US\$ 300 trilhões.** Disponível em: <https://eesp.fgv.br/noticia/manipulacoes-feitas-por-bancos-causam-escandalo-de-us-300-trilhoes>.

Acesso em: 02 dez 2021.

⁵²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **U.S. v. Matthew Connolly et al.** Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

⁵²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **Memorandum Decision and Order Denying Defendant Gavin Black's Motion for Kastigar Relief.** Maio 2019, p. 03-17. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

⁵²³ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur:** consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 98. O autor pontua que: Em 2009, a American Bar Association publicou um informe intitulado *UpJohn Warnings* (melhores práticas recomendadas para o advogado interagir com empregados da corporação), mas adverte que “não existe um modelo único de *UpJohn Warnings*, devendo a empresa valorar o conjunto de circunstâncias que rodeiem o caso, levando em conta que, quanto mais elaborada seja a correspondente advertência (por exemplo, incluindo a possibilidade de que o empregado esteja assistido por um advogado de sua confiança) menos problemas ocorrerão futuramente como, por exemplo, na hipótese em que empregado sustente judicialmente a violação ao direito de não se confessar culpado Ob. Cit., p. 196-198.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 100-101.

Justiça. Houve pagamento de multa, compromisso com a cooperação com o governo, que incluía a contratação de um monitor de *compliance* durante três anos de duração do DPA.⁵²⁵ Connolly e Black foram acusados de manipulação do LIBOR entre 2005 e 2011 e, em 2018, foram considerados como culpados, incluindo-se uma condenação por fraude eletrônica.⁵²⁶

A condenação foi contestada por Connelly e Black. Alegaram os condenados que a acusação fora baseada em provas contaminadas e, portanto, deveria ser rejeitada. Pleitearam a aplicação de precedente (*Kastigar vs USA*, 1972⁵²⁷) que favorecia sua tese defensiva.⁵²⁸ O caso tramitou no Distrito Sul de Nova York e, em 2 de maio de 2019, a decisão da juíza Colleen McMahon deu-se no seguinte sentido: (i) reconheceu que o Departamento de Justiça “terceirizou” sua investigação por meio do advogado externo contratado pelo Deutsche Bank para conduzir uma investigação interna⁵²⁹ e (ii) em que pese tenha acolhido o argumento de que a motivação das declarações de Connelly e de Black foi o temor de demissão ou outras represálias, manteve a condenação por entender que o DOJ não fez uso do conteúdo das mesmas, o que afastou o caráter relevante daquelas declarações na investigação feita, e, por via de consequência, na apreciação das

⁵²⁵ GRUENSTEIN, Benjamin; LOESER, Charles E. *Conducting Internal Investigations in the shadow of U.S. v. Connolly. Anti-Corruption Report*. Junho 2019, p. 3 (tradução nossa).

⁵²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **U.S. v. Matthew Connolly et al.** Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

⁵²⁷ Nesse precedente, foi examinada a legitimidade da proteção conferida pela Quinta Emenda a *Kastigar*, pessoa que, sob o argumento de que tinha direito à proteção contra a autoincriminação, recusou-se a testemunhar perante o grande júri, embora os promotores lhe tenham concedido imunidade do uso de seu testemunho em procedimentos criminais subsequentes. O Tribunal considerou que o testemunho forçado era legítimo em virtude da anterior concessão da referida imunidade em relação a imputações penais posteriores. Para além do referido anteriormente, entendeu-se que a pessoa depoente pode ser processada pelo crime investigado e sobre o qual depôs forçadamente, desde que a acusação se baseie, exclusivamente, em outras provas que não os depoimentos protegidos ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. **Kastigar v. United States**, 406 U.S. 441. 22 de maio de 1972. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/>. Acesso em: 01 dez 2021.

⁵²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **Memorandum Decision and Order denying defendant Gavin Black's motion for Kastigar relief**. Maio 2019, p. 01-03. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

⁵²⁹ GRUENSTEIN, Benjamin; LOESER, Charles E. *Conducting Internal Investigations in the shadow of U.S. v. Connolly. Anti-Corruption Report*. Junho 2019, p. 1-6, p. 2.

condutas dos ex-empregados.⁵³⁰ Esse argumento foi utilizado para afastar a alegada contaminação da prova.

O que se pode perceber é que, não obstante a decisão desfavorável aos executivos, pendente de julgamento na Corte de Apelação⁵³¹, o debate sobre a tarefa desempenhada pelo Deutsche Bank como *longa manus* do Departamento de Justiça é de extrema relevância, pois trata do *como* deve se dar a cooperação das empresas e a condução de investigações internas. Certamente esse julgamento serve de alerta para a atuação das corporações e do DOJ, órgão que deve evitar “instruir” as empresas sobre os detalhes de suas investigações internas, bem como esperar pelos resultados das mesmas para iniciar as suas próprias.⁵³² Essa mudança pretendida não parece alcançável ou verificável empiricamente dada a deficitária transparência das pessoas jurídicas e do próprio Departamento de Justiça quanto a esses tipos de procedimentos/protocolos de atuação.

3.2.3.5 Memorando Yates (*Individual accountability for corporate wrongdoing*)

Em 2015, a alteração de prioridade do DOJ dá um giro considerável em direção ao retorno da responsabilidade individual, o que se distancia dos debates mantidos durante muitos anos sobre o *ethos* e o *pathos* da pessoa jurídica, bem como acerca das dimensões do que poderia ser conceituado como sua própria cidadania.⁵³³

⁵³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **Memorandum Decision and Order Denying Defendant Gavin Black's Motion for Kastigar Relief**. Maio 2019, p. 47-49. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em 2 dez 2021.

⁵³¹ Segundo atualização do site do Departamento de Justiça, “as sentenças do réu Connolly e Black foram suspensas enquanto se aguarda o recurso. Os recursos estão pendentes no Tribunal de Recursos do Segundo Circuito dos Estados Unidos”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Pending Criminal Division Cases. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-vns/case/connolly-black/update>. Acesso em: 2 dez 2021 (tradução nossa).

⁵³² NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. Program on Corporate Compliance and Enforcement. U.S. v. Connolly: “Outsourcing” a Government Investigation - And How to Avoid It. Summary. **Compliance and Enforcement**, 7 de maio de 2019. Disponível em: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/07/u-s-v-connolly-outsourcing-a-government-investigation-and-how-to-avoid-it/. Acesso em 3 out 2020.

⁵³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Editorial. **Yates Memorandum**. Revista para el Análisis del Derecho. InDret, n.4 ano /2015 (tradução nossa). Disponível em <https://indret.com/yates-memorandum>. Acesso em 13 ago 2021.

A retomada da priorização da persecução penal às pessoas físicas (*individual accountability*), objetivo do Memorando Yates (*Yates Memo*)⁵³⁴⁵³⁵, funda-se na substancialidade de se “manter a confiança da opinião pública no sistema judiciário norte-americano, que certamente recebeu inúmeras críticas por não ter conseguido condenar os responsáveis pelos grandes escândalos financeiros”⁵³⁶. Não há dúvidas de que “o maior risco que a autorregulação traz, em si, é para a responsabilidade penal individual”⁵³⁷ e isso se confirma a partir da verificação de que o *Yates Memo* condiciona qualquer atenuação da penalidade, derivada de colaboração da empresa com as autoridades públicas, à identificação dos sujeitos responsáveis pela prática de ilícitos corporativos (*corporate wrongdoing*).

De fato, essa opção normativa representa uma continuação das orientações relativas à identificação dos indivíduos responsáveis pelos ilícitos que já constavam no Memorando Thompson, mas há um agravamento que se constitui na verdadeira conversão das corporações em delegações do Departamento de Justiça (DOJ)⁵³⁸. Isso se verifica pelas diretrizes estabelecidas: (i) exige-se das empresas que promovam investigações internas e que apontem ao DOJ os indivíduos envolvidos com as práticas ilícitas verificadas, sob pena de não obterem qualquer crédito em acordos de cooperação⁵³⁹; (ii) é obrigatório o fornecimento de informações relativas a fatos

⁵³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Yates Memorandum**, Washington, D.C., setembro 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Acesso em 13 nov 2021.

⁵³⁵ Outro modelo de cooperação plena utilizado pelo DOJ contemporaneamente ao Yates Memo foi um programa-piloto lançado em 2006 pela Divisão de Fraudes, o denominado de “*The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*”, o qual se limita às atuações relativas à FCPA, ou seja, de aplicação fora do território estadunidense, motivo pelo qual não se trata de objeto desta pesquisa.

⁵³⁶ GARCÍA-MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador**: la regulación europea de los canales de denuncia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 144 (tradução nossa).

⁵³⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa**: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 333-412, p. 390 (tradução nossa).

⁵³⁸ GARCÍA-MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador**: la regulación europea de los canales de denuncia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 144 (tradução nossa).

⁵³⁹ FELDENS, Luciano; ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org) et al. **Direito Penal Econômico e Empresarial**: estudos dos Grupos

relevantes, o que normalmente inclui aqueles identificados através de entrevistas realizadas como parte de uma investigação interna não abrangidos pelo sigilo advogado-cliente⁵⁴⁰; (iii) tanto as investigações cíveis como criminais, desde sua instauração, devem ser focadas na responsabilidade individual; (iv) de parte dos procuradores exigem-se medidas para preservar a capacidade de persecução dos indivíduos, somente admitindo-se a exclusão de responsabilidades em circunstâncias excepcionais, mediante a aprovação pessoal do Procurador-Geral⁵⁴¹; (v) existe a possibilidade de uma resolução parcial do caso, em relação à empresa, mediante seu comprometimento com a continuidade das investigações para apuração das responsabilidades individuais, desde que se elabore um plano de atuação⁵⁴²; (vi) os regramentos não visam apenas à recuperação de valores, mas remetem a uma ideia de prevenção geral (dissuadir futuras condutas), de modo que o início do ajuizamento da ação é orientado pela gravidade da conduta, pela suficiência das provas para a obtenção de um julgamento favorável e pela presença, de fato, de interesse federal na causa.⁵⁴³

De acordo com Tejada Plana, essa filosofia do “tudo ou nada” do Memorando Yates tem sido atualizada pela Divisão Criminal do Departamento de Justiça por meio de diretrizes para a avaliação de um programa de *compliance* (*Evaluation of Corporate Compliance Programs*).⁵⁴⁴ Na versão atualizada até junho de 2020, no item específico sobre a estrutura de um relatório confidencial e de um processo de investigação (*confidential reporting structure and investigation process*), está posta, como condição imprescindível para a realização de acordos, a existência de um programa de *compliance* bem projetado e que seja integrado por um mecanismo de relato eficiente e confiável, pelo qual os funcionários façam reportes anônimos e/ou confidenciais.⁵⁴⁵ Os promotores

de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e FGV Direito/SP. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 195-211, p. 199.

⁵⁴⁰ Ibid., p. 199-200.

⁵⁴¹ Ibid., p. 200.

⁵⁴² Ibid., p. 201.

⁵⁴³ Ibid., p. 202.

⁵⁴⁴ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 75 (tradução nossa). Vide, ainda: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. Washington, D.C., junho 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em 13 nov 2021.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 6.

devem avaliar tanto o tratamento das denúncias (*whistleblowing*) por parte da empresa, como os procedimentos para a investigação das mesmas, incluindo as etapas de encaminhamento, tratamento de dados, acompanhamento/monitoramento dos processos, tempo de conclusão e de reavaliações periódicas do programa de cumprimento normativo.⁵⁴⁶

A especulação sobre a possibilidade de as diretrizes fixadas pelo governo norte-americano serem incorporadas por outros países não são desarrazoadas. Consoante apontam Feldens e Araújo, ainda que no Brasil seja possível se firmar acordos de leniência, sem que se imponha às pessoas jurídicas a individualização das condutas individuais relacionadas com eventuais infrações.⁵⁴⁷ O modo de cumprimento “dos acordos de leniência relacionados à Operação Lava Jato, a partir da valorização (e premiação) da prova obtida mediante depoimentos de pessoas físicas, com indicação de fatos e pessoas” evidencia uma caminhada em direção à postura do Departamento de Justiça.⁵⁴⁸

A insensatez regulatória estadunidense gera problemas em termos de insegurança jurídica, haja vista as mensagens erráticas emitidas pelo poder público às empresas. Ao contrário das afirmações de Bechara e Saavedra, para quem há uma política criminal consolidada através de diretrizes estatais bem definidas (tanto por parte dos

⁵⁴⁶ Ibid., p. 6.

⁵⁴⁷ FELDENS, Luciano; ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org) et al. **Direito Penal Econômico e Empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e FGV Direito/SP**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 209.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 209. Sobre o acordo de leniência que a empresa Odebrecht assinou com o DOJ, vide: United States District Court Eastern District of New York. *U.S v. Odebrecht S.A. Plea Agreement*. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>. Acesso em 2 abr 2021. A respeito da criação “de uma conta judicial, sob responsabilidade da 13ª Vara Federal de Curitiba, para que o dinheiro ficasse à disposição do MPF”, vide: Leniência da Odebrecht também transforma MPF em gestor bilionário. Boletim Consultor Jurídico, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/lenienciac-odebrecht-tambem-transforma-mpf-gestor-bilionario>. Acesso em 11 maio 2019. No que concerne ao acordo entre Odebrecht e Ministério Público Federal, em dezembro de 2016, vide: Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. Força-Tarefa Operação Lava Jato. **Termo de Acordo de Leniência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-lenienca-odebrecht-mpf.pdf>. Acesso em 02 jun 2021. Por fim, no que pertine à rotunda ilegalidade do fundo proposto pelos procuradores da força-tarefa, vide: NEVES, RAFAEL. Ministro do STF suspende criação de fundo bilionário da Lava Jato. **Congresso em Foco**, Brasília, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/ministro-do-stf-suspende-criacao-de-fundo-bilionario-da-lava-jato/>. Acesso em: 13 maio 2021.

órgãos de persecução como da justiça norte-americana)⁵⁴⁹, Arlen reconhece que não há um aconselhamento adequado por parte do Departamento de Justiça focado na dissuasão (*deterrence*) como objetivo primário da responsabilidade corporativa (*corporate liability*).⁵⁵⁰ A autora aponta que a enorme discricionariedade concedida aos *prosecutors* acerca da decisão de dar início a um processo criminal ou de fazer acordos de diversão processual⁵⁵¹, retratada pela total liberdade de decisão relativa a qual dos fatores a serem analisados (porte da empresa, gravidade do crime, má conduta prévia, efeitos colaterais do ilícito) será o preponderante, impede que a empresa tenha uma previsibilidade mínima acerca do tratamento que receberá das autoridades públicas.⁵⁵²

Em verdade, a generalidade dos regramentos do DOJ reflete a falta de interesse em se dimensionar, de um modo mais objetivo e a partir de um viés consentâneo com direitos fundamentais da empresa e dos empregados, o que possa ser tido como “colaboração efetiva”. Essa postura política, aliada à amplíssima discricionariedade de que gozam os órgãos de persecução criminal (desmedida mesmo para sistemas jurídicos pautados pelo princípio da oportunidade), não auxilia a almejada modificação do comportamento corporativo.⁵⁵³ Não fosse isso o bastante, a celebração de acordos do tipo NPA ou DPA junto a entes coletivos que ostentem “um maior poder negocial, decorrente da sua maior dimensão (e com maior capacidade financeira para suportar as quantias pecuniárias que venham a ser acordadas), [põe] em causa a igualdade na realização da justiça penal”.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 140.

⁵⁵⁰ ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D'ARGENTINE, Camilla (ed.). **Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 91-109, p. 105-106.

⁵⁵¹ Ibid., p. 105-106.

⁵⁵² Ibid., p. 106.

⁵⁵³ Nessa linha, Saad-Diniz aponta que “a busca por evidências científicas sobre o que exerce real influência na mudança de comportamento ético a partir de iniciativas de *enforcement* segue sendo um problema científico de primeira grandeza”. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPYC)**. La Ley. n. 3. Abril, 2019, p. 252-267, p. 265.

⁵⁵⁴ SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”. **Revista do Ministério Público**. n. 158, Abril-Junho 2019, p. 32.

Assim, a despeito de não se trabalhar com evidências empíricas nesta pesquisa, entende-se que, nem mesmo considerado o contexto estadunidense, a abordagem norte-americana se mostra uma experiência sem problemas estruturais e de legitimidade incontestes. Não parece incorreto se cogitar acerca da existência de uma instrumentalização em cadeia que passa da pessoa jurídica (relegada a instrumento de investigação) para a pessoa física (na condição de objeto de investigação). A transferência da responsabilidade do ente coletivo para determinadas pessoas físicas, em regra de quadros intermediários ou mais baixos de hierarquia em uma pessoa jurídica é uma realidade concreta.⁵⁵⁵ Essa realidade foi percebida por William Laufer ao conceber o conceito de *reverse whistleblowing* (RWB), ou seja, a denúncia reversa utilizada para um direcionamento deliberado da responsabilidade criminal para as pessoas físicas:

Reverse whistleblowing (RWB) ocorre quando uma organização, normalmente por meio de atos de sua alta administração, identifica funcionários culpados e oferece provas contra eles em uma negociação com promotores em busca de leniência ou possível anistia. Ao invés de funcionários identificarem um desvio corporativo, as organizações se envolvem em *RWB* identificando os desvios dos seus empregados. Em organizações que possuem um programa de *compliance*, o *RWB* é parte de uma eficaz, e muitas vezes necessária, estratégia de *compliance* e *enforcement*.⁵⁵⁶

A crítica de Saad-Diniz no sentido de que “a mentalidade obsessiva pela moralização dos costumes empresariais acaba resultando em coerção severa e, colaboração incongruente, obsessão pelo comportamento antissocial e dificuldade na estruturação normativa”, cabe perfeitamente ao sistema de justiça criminal estadunidense.⁵⁵⁷ Ainda que alguns precedentes, como o caso *Upjohn vs United States* e *Stein vs United States* sirvam como importantes pontos de apoio para um estudo crítico dos procedimentos investigativos internos, a proclamada efetividade do modelo estadunidense, em termos de controle da atividade empresarial, é enfraquecida dentro sua própria cena discursiva. E os motivos são vários: ausência de regulação detalhada, a existência de uma diferença de tratamento entre grandes corporações, que podem suportar

⁵⁵⁵ Ibid., p. 33.

⁵⁵⁶ LAUFER, William S. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. **Iowa Law Review** n. 87, 2002, p. 648-659 (tradução nossa).

⁵⁵⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, p 180.

um programa de *compliance* e firmar acordos, e as pequenas empresas, mais propensas a serem processadas até a condenação, além de episódicos e simbólicos processos criminais contra réus de alto perfil, que servem convenientemente para amenizar as preocupações sociais sobre a justiça do mercado.⁵⁵⁸

A esse respeito, Laufer assinala que não se pode defender, seriamente, que as sanções aplicadas às corporações, no momento atual, sejam suficientes para prevenir crimes futuros (*deterrence effect*) ou provocar uma modificação de comportamento corporativo, o que reforça o argumento de que as estruturas postas em funcionamento não passem de “vitrines caras” (*window dressing*).⁵⁵⁹

Assim, qualquer deslumbramento com a prática negocial norte-americana, fundada na investigação célere, facilitada pelo estímulo à cooperação da empresa, e na punição rigorosa aos agentes individuais demonstra uma espécie de “colonialidade jurídica que mimetiza a colonialidade do saber”⁵⁶⁰, ou seja, que “ignora o fracasso em que se traduziram [e se traduzem] as políticas impositivas universais e de desvalorização de contextos”.⁵⁶¹ Nem mesmo as controvérsias dogmáticas sobre o modelo de responsabilização individual dentro de uma organização podem ter, para a realidade brasileira, o modelo estadunidense como ponto de referência.

Nesse cenário de “relaxamento das condições em que a atividade [investigativa] se desenvolve”⁵⁶² e de fragilidade das garantias estabelecidas, se comparadas às oferecidas na seara dos procedimentos públicos, retorna-se ao exame dos reflexos que isso terá na apreciação do princípio da não autoincriminação, no seio de investigações internas confirmatórias e defensivas, em ordenamentos jurídicos fundados na ideia de legalidade, como é o brasileiro.

⁵⁵⁸ LAUFER, William S A Very Special Regulatory Milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 20 (2017-2018), p. 409 (tradução nossa).

⁵⁵⁹ DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William. Ob. Cit., p. 18-19. Segundo os autores, os principais beneficiários do sistema atual parecem ser os *prosecutors*, pois resolvem os casos com um mínimo de precipitações políticas, as corporações, que negociam sanções mais leves, e os demais atores que fazem parte da indústria de *compliance* diante de uma remuneração altamente satisfatória que recebem (Ibid., p. 18).

⁵⁶⁰ ARAÚJO, Sara. O primado dos direitos e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Dossiê Sociologias**. v. 18, n. 43, Set-Dez 2016, p. 88-115, p. 96. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/15174522-018004304>. Acesso em: 01 dez 2021.

⁵⁶¹ Ibid., p. 98.

⁵⁶² GARCÍA-MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador**: la regulación europea de los canales de denuncia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 146 (tradução nossa).

3.3 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO COOPERATIVA DA PESSOA FÍSICA ACUSADA EM UMA INVESTIGAÇÃO INTERNA

Dentre as variadas discussões que exsurtem em torno das investigações internas, examina-se, neste estudo, a sua compatibilização com a garantia do *nemo tenetur se detegere*, que se entende como uma exigência para o reconhecimento da legitimidade dos referidos procedimentos.

Enquanto a garantia da não autoincriminação abarca o direito de não produzir ou colaborar na confecção de quaisquer provas (documentais, periciais ou outras), o direito ao silêncio, espécie do gênero *nemo tenetur*, consiste na possibilidade de o imputado não declarar, de não “colaborar” involuntariamente com a investigação.⁵⁶³ Nenhum dos dois é absoluto, todavia “qualquer restrição há de estar prevista em uma lei adequada à convencionalidade⁵⁶⁴ e à constitucionalidade⁵⁶⁵, ou seja, que não elimine ou afete o conteúdo essencial do direito restringido”⁵⁶⁶, o seu núcleo.

No Brasil, entende-se que o direito ao silêncio abrange “‘direito a mentir’, pois, do contrário, estaríamos reduzindo sensivelmente seu conteúdo, uma vez que, se negamos

⁵⁶³ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 230. Segundo o autor: “Assim é inadmissível a ficta *confessio* no processo penal, e o silêncio não comporta interpretação (art.186, parágrafo único, do CPP), não tendo aderência constitucional o art. 198 do CPP quando admite constituir o silêncio elemento à formação do convencimento do julgador. [...] A observância do *nemo tenetur* não impossibilita a realização da prova, na medida em que há outras alternativas científicas à demonstração da autoria, da materialidade e para convencer o julgador acerca da responsabilidade criminal do sujeito” (ibid., p. 236-237).

⁵⁶⁴ Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, Artigo 8: Garantias Judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a se declarar culpada; [...]. BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 678**. Brasília, 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁵⁶⁵ Vide julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Preceito Fundamental nº 444 (ADPF 444, Relato GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, DJe 22-05-2019).

⁵⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 234-235.

o direito à mentira, o silêncio do acusado é claramente interpretável”.⁵⁶⁷ Manoel da Costa Andrade adverte que a resistência à observância ao *nemo tenetur* é o reflexo de uma postura que não lida bem com os custos dessa submissão e “aposta na prevalência de valores imanentes à hipostasiada eficácia da justiça criminal”, ou seja, está disposta a “sacrificar o *nemo tenetur* como forma de contrariar indesejáveis lacunas de punibilidade”.⁵⁶⁸

Em se tratando de investigações internas corporativas que são, “antes de tudo, processos jurídicos”,⁵⁶⁹ dirigidos por um ente privado, a compatibilização dos procedimentos com as garantias processuais do investigado não é um consenso. Há posicionamentos que, de modo genérico, propugnam “o respeito a critérios básicos assegurados aos acusados em geral, sem que se transforme a investigação interna em investigação estatal, transferindo ao setor privado pesos e responsabilidades que não lhe competem ao ente privado”.⁵⁷⁰ Acontece que, ao se conceber que há uma espécie de delegação de poder investigativo estatal ao setor privado, por certo, fala-se em transferência parcial de atribuições. Por tais razões, o poder investigativo conferido à empresa exige que ela observe as mesmas limitações que a legislação estabelece às investigações públicas (de competência do poder delegante).

Dar início a um procedimento investigativo constitui-se em uma manifestação do direito de defesa da pessoa jurídica em processo criminal (no Brasil, restrita a delitos ambientais) ou em uma condição de possibilidade para a celebração de um acordo de leniência (responsabilidade extrapenal). Em ambos os casos, mesmo diante da imprescindibilidade de se apontar os potenciais autores do ilícito em apuração, “a investigação de *compliance* deverá respeitar os mesmos direitos que possui o acusado em

⁵⁶⁷ FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa**: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 87-88.

⁵⁶⁸ COSTA ANDRADE, Manuel. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. **Boletim de Ciências Econômicas**: homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. v. LVII. Tomo I, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014, p. 385-451, p. 447.

⁵⁶⁹ MOSSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 142 (tradução nossa).

⁵⁷⁰ CERQUEIRA, Cecília Alcon Fadul; RAVAZZANO, Fernanda; GOMES, Marlos Correa da Costa. Investigações internas corporativas: justificativa, fundamentação e desafios para a (des)regulamentação. In CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOIRO, José Maria. **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 1011- 1039, p. 1013.

uma investigação conduzida por um agente público”.⁵⁷¹ Dessa perspectiva, conclui-se que “o zelo da pessoa jurídica em controlar as ações de seus funcionários ou em colaborar com uma investigação em andamento, a fim de ver atenuada sua responsabilidade criminal”⁵⁷² não prescinde de um agir respeitoso, no mais amplo sentido, no tocante aos direitos fundamentais dos indivíduos investigados.

Reconhece-se que os incentivos às empresas, simbolizados pelos acordos (v.g. leniência) com as autoridades públicas, representam, em relação a esses entes, uma mitigação do *nemo tenetur*, do direito ao silêncio e ao devido processo legal.⁵⁷³ Essas proteções lhe são asseguradas de modo análogo ao da pessoa física, observadas as impossibilidades factuais⁵⁷⁴ e as diferenças ontológicas.

As condições fixadas em lei⁵⁷⁵, para se avaliar a atuação colaborativa de uma pessoa coletiva com as autoridades públicas, tornam plausível um cenário em que a corporação conduza o procedimento de investigação de modo a lhe favorecer juridicamente. No dizer de França Júnior, “no âmbito dos programas de *compliance*, teremos provas recolhidas sob a égide de um sistema particular que, uma vez entregues ao Estado, tendem a ser decisivas na formação da convicção sobre a permanência ou não

⁵⁷¹ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524.

⁵⁷² NEIRA PENA, Ana. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 79 (tradução nossa).

⁵⁷³ Citam-se as normas constitucionais que justificam uma interpretação ampla do princípio que veda a autoincriminação: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]” BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 maio 2021.

⁵⁷⁴ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 109. O autor pontua, ainda, que: o *nemo tenetur* abrange também condutas ativas, como o de apresentar documentos, que poderão interferir ou não na incriminação da pessoa jurídica responsável por sua entrega ou exibição e que, no Brasil, não há um estatuto processual da pessoa jurídica (um *bill of rights* dos entes corporativos), aplicando-se-lhe o das pessoas físicas, salvo a impossibilidade fática.

⁵⁷⁵ No ordenamento brasileiro, pode-se utilizar, como exemplo, as Leis nºs. 12.486/2013 e 12.529/2011, já apontadas alhures.

do *status* de inocência do investigado”.⁵⁷⁶ Existe o risco de que, por exemplo, o ente coletivo se dedique a recolher elementos de prova, especialmente, declarações de funcionários, que sejam passíveis de manipulação, ocultação ou construção de uma versão dos fatos apurados que lhe pareça conveniente, inclusive com a responsabilização de “bodes expiatórios”.⁵⁷⁷

No âmbito dos procedimentos corporativos internos, o momento das entrevistas com funcionários é o mais problemático em termos de potencial ofensa aos direitos dos sujeitos indagados não se confessarem culpados, ou de não se autoincriminarem por meio do conteúdo de suas falas. O trabalhador, terceiro distinto do ente coletivo, é colocado diante de uma situação em que se lhe exige a prestação de informações das quais tenha conhecimento, quando existe a possibilidade de que essa conduta possa prejudicá-lo.⁵⁷⁸

Independentemente do nível hierárquico do empregado e da necessidade de que sua conduta diuturna seja lícita, ética e de acordo com as regras de *compliance* de uma empresa, a importância da coleta de depoimentos em um cenário de investigação privada, torna central a discussão sobre “a medida [em que] os direitos de tais indivíduos limitam os poderes de investigação de um empregador”.⁵⁷⁹ Afinal, como sintetiza Giacomolli:

O direito à prova, em sua concepção ampla, não é absoluto, pois encontra anteparo na normatividade convencional, constitucional e ordinária. Foi o mito do encontro do tesouro da verdade real que afastou um regramento consistente e racional acerca da prova. A busca da prova há de considerar a metodologia menos onerosa aos direitos fundamentais, com preservação do núcleo material destes.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, set.-dez. 2018, p. 1.277-1.318, p. 1.297.

⁵⁷⁷ NEIRA PENA, Ana. María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 334-335 (tradução nossa).

⁵⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 314-315 (tradução nossa).

⁵⁷⁹ NEIRA PENA, Ana. María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 340 (tradução nossa).

⁵⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201. Nas palavras do autor, “é objeto de prova a existência do fato e de suas circunstâncias, inclusive da dimensão típica (tentativa ou consumação, concurso material ou formal, simples, qualificado ou privilegiado), sua adequação típica, a causalidade, os aspectos subjetivos de atribuição, fazendo ainda, parte do *thema probandum* os fatos e as circunstâncias que interessam à defesa (presença de escusatórias de tipicidade, ilicitude ou de pena, v.g.)”. *Ibid.*, p. 197.

Outra questão relevante, apontada por Montiel, já há algum tempo, diz respeito à carência de fixação de regras básicas e de procedimentos a serem realizados durante essas práticas (v.g. mecanismos iniciais, pessoas encarregadas, tipo de prova admissível, estrutura dos interrogatórios ou das conversas, uso das informações obtidas)⁵⁸¹. Para Araújo, testemunha-se uma discricionariedade que, ao investigador, permite tudo: análise de documentos, elaboração de laudos e perícias, revisão da comunicação de empregados, consulta a registros e coleta de depoimentos.⁵⁸² Isso retira dos potenciais investigados a mínima “capacidade de previsibilidade” que serve de orientação no exercício de suas atividades.⁵⁸³ Vê-se que se a injustificada afronta ao direito à não autoincriminação leva à exclusão dos meios de prova por meio dela obtidos⁵⁸⁴ e, diante dessa potencialidade vulneradora de direitos que possuem as investigações de *compliance*, existe a demanda por algum tipo de regulamentação.

Não há dúvida, portanto, que “a investigação privada, ainda que dotada de baixa densidade normativa, [não] é impermeável aos limites que lhes estabelecem os direitos fundamentais”.⁵⁸⁵ É indispensável que se reflita e se busque um sentido democrático para as investigações internas, tal como se pretende com o instituto do *whistleblowing*. Para isso, torna-se imprescindível o reconhecimento da ilicitude da prova colhida, porque afronta o direito fundamental da pessoa sobre a qual recai a investigação. E o sentido não pode ser outro que não o da proteção de direitos de todos os envolvidos, guardadas as prioridades estabelecidas pelo ordenamento constitucional.

Tanto a instauração de um canal de denúncias como a consequente realização de investigações internas corporativas, proporcionam, “a depender das circunstâncias, [que]

⁵⁸¹ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz. **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 225 (tradução nossa).

⁵⁸² ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 91.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 197

⁵⁸⁴ ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e Compliance Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ano 28. n. 1, jan-abr 2018. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, p. 126.

⁵⁸⁵ FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org) et al. **Direito Penal Econômico e Empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e FGV Direito/SP**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 57.

o empenho do empresariado, em tentar neutralizar ameaças ao regular funcionamento da pessoa coletiva, possa vir a ultrapassar limites importantes numa democracia”.⁵⁸⁶ Assim, a “necessidade de se potencializar as suas vantagens e reduzir seus riscos penais”⁵⁸⁷ não prescinde de uma postura orientada à superação da racionalidade economicista (instrumental).

3.3.1 Sobre a adoção de um código para os procedimentos investigativos internos

Montiel aponta que, diante dos custos de uma investigação mal conduzida (v.g. afetar o valor das ações da empresa, gerar responsabilidade nas searas penal, trabalhista ou de sigilo de dados), a decisão de dar-lhe impulso exige não apenas uma ponderação materialmente acertada (jurídica e economicamente), mas a criação de condições objetivas para uma pronta reação diante de possível irregularidade ou ilícito a serem examinados.⁵⁸⁸

Em estando posta a demanda pelo início de um procedimento investigativo, a ser realizado por um ente com interesse no seu resultado, acredita-se que a sua higidez pode ser garantida a partir da utilização de uma “metodologia rigorosa e com menor arbitrariedade possível”.⁵⁸⁹ A fim de que se atinja esse objetivo, a doutrina sugere que se regulem os canais de denúncia ou que haja uma codificação para as investigações internas que se fundem, “com as necessárias e lógicas matizações, nas garantias básicas

⁵⁸⁶ FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, set.-dez. 2018, p. 1.291-1.292.

⁵⁸⁷ MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz. **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 242 (tradução nossa).

⁵⁸⁸ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 268 (tradução nossa).

⁵⁸⁹ ORSI, Omar; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando. **Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 293-389, p. 312 (tradução nossa).

do Estado de Direito”.⁵⁹⁰ Tal preocupação se justifica porque se está diante da possibilidade real de que a materialidade do delito noticiado, cuja apuração se inicie em âmbito privado e se encerre diante das autoridades públicas, esteja intrinsecamente vinculada a elementos colhidos no interior da empresa durante uma investigação interna.

Desse modo, em observância ao direito à defesa, que se reveste de “interesse público relevante e indisponível na legitimidade ético-política da jurisdição criminal (*nemo iudex sine defensione*)”⁵⁹¹, desde o momento da apuração até o da confecção de um relatório final, existem determinantes a serem utilizadas para a aferição “da legalidade, integridade e autenticidade das evidências”⁵⁹² de um procedimento investigatório. A potencialidade de determinado elemento de prova para indicar a responsabilização de um agente, embora colhido na seara privada e extrajudicial pode exigir, ainda, a preservação da cadeia de custódia da prova.⁵⁹³

Neste cenário brasileiro de ausência de normatização específica para as investigações internas, em 2018 adveio o Provimento n° 188/2018, emanado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Essa normativa regulamenta o exercício da prerrogativa do advogado na realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.⁵⁹⁴ Canestraro e Januário entendem que, por se tratar de um meio de defesa do ente coletivo, tal ato

⁵⁹⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul. 2013, p. 9 (tradução nossa).

⁵⁹¹ MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.159, setembro 2019, p. 45-67, p. 53. Quanto ao seu conteúdo, o direito de defesa é *complexo* e *multifacetado*, abarcando os seguintes consectários lógicos: (i) direito à defesa técnica *efetiva* (CPP (LGL\1941\8), art. 261, parágrafo único); (ii) direito à *livre escolha* do defensor técnico (STF, HC 67.755-SP); (iii) direito à comunicação *pessoal e reservada* com o defensor técnico (CADH, art. 8.2.d); (iv) direito ao *tempo* e aos *meios adequados* para a preparação da defesa (CADH, art. 8.2.c) – o qual engloba os direitos de acesso aos elementos informativos e probatórios na posse da polícia judiciária e do acusador de ser informado da acusação (CADH, art. 8.2.b) e de produzir contraprova defensiva (CADH, art. 8.2.f); (v) direito à *inviolabilidade* da pessoa, documentos e local de trabalho do defensor técnico (Lei n°. 8.906/94, art. 7º, II); (vi) direito à última palavra (STF, HC 87.926-SP). (Idem, *ibidem*, p. 53).

⁵⁹² BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 143.

⁵⁹³ Artigo 158-A do Código de Processo Penal brasileiro.

⁵⁹⁴ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n° 188**. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 05 dez 2021.

normativo tem aplicabilidade, em relação às investigações internas promovidas por pessoas jurídicas, antes da instauração do inquérito e com a finalidade de constituição de seu acervo probatório em eventual procedimento criminal ou administrativo-sancionador.⁵⁹⁵

A crítica que se faz à norma infralegal dá-se no sentido de que, ao estabelecer regras para a investigação defensiva⁵⁹⁶, poderia ter fixado critérios a serem observados nas entrevistas, o que não ocorreu.⁵⁹⁷ Oportuniza-se, ao defensor, o uso de todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento dos fatos, respeitado o sigilo das informações colhidas e observados os direitos individuais dos sujeitos envolvidos.⁵⁹⁸ Há, contudo, quatro regramentos interessantes, embora genéricos, a serem destacados: os artigos 2º (momentos em que pode ser desenvolvida a investigação defensiva), 4º (diligências investigatórias), 5º (sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas) e 6º (ausência do dever de informar à autoridade competente os fatos investigados) do aludido provimento.⁵⁹⁹ Não há distinção entre uma investigação defensiva a ser orientada

⁵⁹⁵ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n.1, jan.- abr. 2020, p. 283-328, p. 309.

⁵⁹⁶ Artigo 1º do Provimento: “Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188**. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 05 dez 2021

⁵⁹⁷ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 47. No mesmo sentido: CERQUEIRA, Cecília Alcon Fadul; RAVAZZANO, Fernanda; GOMES, Marlos Correa da Costa. Investigações internas corporativas: justificativa, fundamentação e desafios para a (des) regulamentação. In CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOEIRO, José Maria. **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 1011- 1039, p. 1035.

⁵⁹⁸ FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 123-124.

⁵⁹⁹ Artigo 2º do Provimento: “A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer”. Já o artigo 6º do Provimento tem o seguinte teor: “O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados. Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte”. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

por um advogado interno (empregado da pessoa jurídica) ou externo (para o fim específico da investigação), sendo indicado que essa atividade é privativa de advogado.⁶⁰⁰

Acerca do tema, Araújo menciona que o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL nº 8045/2010) trata superficialmente a questão ao não definir, detalhadamente, se pessoas físicas ou jurídicas, vítimas ou interessadas, poderiam ter a iniciativa de identificar fontes de prova, regra essa que terá imediata repercussão, se aprovada, em procedimentos internos conduzidos por pessoas jurídicas.⁶⁰¹ O *caput* do artigo 13 prevê que seja possibilitado, à pessoa investigada, “por meio de seu advogado, de defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive, entrevistar pessoas”.⁶⁰² De qualquer modo, as vedações e limitações constitucionais à produção da prova não poderão ser afastadas e deverão pautar a redação de futura norma.

É importante a referência à doutrina espanhola e aos rumos propostos para um “desenho de *compliance*” cônsono à realidade de um direito penal continental. Nieto Martín pondera que as investigações internas devem observar a alguns direitos: (a) o direito de ser informado claramente sobre o objeto da investigação (em regra, na

Brasil. Provimento nº 188. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-20018>. Acesso em: 05 dez 2021

⁶⁰⁰ Art. 7º do Provimento 188. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188**. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 05 dez 2021.

⁶⁰¹ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 56.

⁶⁰² O projeto de Novo Código Processual Penal, em tramitação da Câmara dos Deputados (PL nº 8.045/2010) prevê, no seu artigo 13, a possibilidade que um investigado, seu defensor ou mandatário, impulse uma investigação defensiva, com a consequente identificação de fontes de prova e realização de entrevistas: “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado seu consentimento. §3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reservas necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010**. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0113n1dpaqblah1fdz69e9b2dd12695812.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 01 maio 2021.

entrevista pessoal)⁶⁰³; (b) o direito de examinar o acervo de provas colhido e registrado contra si; (c) o direito a fazer alegações e apresentar provas; (d) poder contar com o aconselhamento de um advogado durante as entrevistas; e (e) o direito a salvaguardar a sua presunção de inocência, sendo avisado do direito a não se autoincriminar (o uso dos aviso de “Miranda empresarial”/UpJohn Warnings).⁶⁰⁴ Paralelamente a isso, há uma ideia de divisão desses procedimentos em fases, uma espécie de protocolo proposto pelo autor: (i) fase preliminar; (ii) abertura da investigação; (iii) realização da investigação e (iv) comunicação dos resultados e consequências.⁶⁰⁵

Na chamada fase inicial ou preliminar, em tendo sido recebida a denúncia, a partir do reconhecimento de uma suficiência mínima da informação, passa-se à verificação de sua credibilidade. A contar de então, decide-se sobre a abertura (segunda etapa) e a respeito do marco de competências a serem observadas durante toda a sua tramitação (quem dirige, o que se vai investigar, quais os métodos, cronograma, ferramentas, o que pode ou o que não se pode investigar).⁶⁰⁶ Aqui, a diferença entre o anonimato e a confidencialidade definirão a possibilidade de se recorrer ou não ao denunciante para a coleta de elementos complementares que se fizerem úteis ou obrigatórios. Como o impulso inicial se funda no poder diretivo do empregador/administrador (dever de diligência dos administradores e obrigação de evitar riscos legais), a alta administração, em regra, decide sobre a investigação, o que pode, contudo, ser delegado a um comitê de ética ou a um departamento de *compliance*.⁶⁰⁷

⁶⁰³ O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ocupou-se do princípio em seu artigo 14, 3, “g”: [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a se confessar culpada. No Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 01 fev 2020.

⁶⁰⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 297 (tradução nossa).

⁶⁰⁵ Ibid. p. 297.

⁶⁰⁶ ALAPONT, José Leon. Retos jurídicos de las investigaciones internas corporativas y compliances. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. nº 22-04, 2020, p. 1-34, p. 8 (tradução nossa).

⁶⁰⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 300 (tradução nossa).

Já sobre o terceiro momento, o da investigação em si mesma, é preciso destacar que é nesta fase, durante a coleta dos depoimentos de empregados, que se incrementa o risco de que tais atos sejam efetuados mediante ameaças de sanções ou sem o devido esclarecimento acerca do seu posterior uso como prova em processo penal. Exsurgem, neste ponto, situações de conflito para os próprios funcionários entre suas obrigações trabalhistas e seus direitos de defesa⁶⁰⁸, o que será examinado, no próximo tópico (3.3.2), e, ao mesmo tempo, a divergência entre os interesses estratégicos defensivos da pessoa jurídica e o da pessoa física (v.g. depoimento sobre a eficiência dos mecanismos de controle quando isso possa lhe causar prejuízo).⁶⁰⁹

Nessas circunstâncias, o advogado que conduz a entrevista, seja interno (*in-house*) ou externo⁶¹⁰, deve informar ao indivíduo entrevistado eventual conflito de interesses. Isso porque a confidencialidade que incide sobre as comunicações advogado-cliente e que abrange o dever de sigilo profissional (vedação de divulgação de informações recebidas em razão do patrocínio), o *attorney-client privilege* (privilégio da pessoa patrocinada) e a *work-product doctrine* (proteção do material produzido) são aplicáveis, unicamente, à relação do advogado com a empresa.⁶¹¹ Ao empregado cabe direcionar-se em busca de orientação profissional para si.

A esse respeito, Roxin e Assis apontam que, dentre as teses sobre Advocacia Empresarial desenvolvidas pela Câmara Federal de Advogados alemã, existe orientação de que sejam feitas observações, no interrogatório dos funcionários, acerca da

⁶⁰⁸ Ibid., p. 315.

⁶⁰⁹ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 96.

⁶¹⁰ Túlio Januário discorre sobre a controvérsia doutrinária e jurisprudencial europeia acerca do tratamento diferenciado, quanto ao reconhecimento da confidencialidade nas comunicações entre advogados e empresa, dado às hipóteses em que investigações internas corporativas estejam sendo conduzidas por advogados internos/*in-house lawyers* (sem autonomia funcional) e externos (autônomos). Segundo o autor, o argumento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no caso *Akzo Nobel Chemicals v Commision* (2007), qual seja, o de que as comunicações somente são protegidas pela confidencialidade no caso de advogados externos, excluindo-se os internos diante da dificuldade de se verificar a sua autonomia em relação à empresa, não se aplicaria no Brasil. Aqui, a inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil garante suas prerrogativas independentemente de vínculo laboral com uma pessoa jurídica determinada. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 159, ano 27, setembro de 2019, p. 297-339, p. 319 e 324-325. No mesmo sentido: NEIRA PENA, Ana. **María. La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 208-211.

⁶¹¹ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 98.

importância de que sejam acompanhados por advogados.⁶¹² Além disso, reforça-se as advertências relativas ao direito de ler e de aprovar o termo de declaração, advertindo-se, inclusive, que tal documento pode ser eventualmente encaminhado aos órgãos públicos e de que este pode ser utilizado em seu detrimento.⁶¹³

Ao realizar uma entrevista, com esteio na jurisprudência estadunidense (*Upjohn warnings*), Diogo Malan propõe ao entrevistador que, de início, preste explicações sobre:

(i) a identidade do seu cliente (o ente empresarial); (ii) a finalidade da entrevista (prestação de consultoria jurídica ao cliente, havendo dever de compartilhar as declarações com ele); (iii) a titularidade do sigilo profissional (pertencente ao cliente, que pode renunciar a ele independentemente da concordância do entrevistado); (iv) a necessidade de o entrevistado manter a confidencialidade das suas declarações; (v) a sujeição do entrevistado ao poder disciplinar do empregador, pois a não cooperação com a investigação corporativa contraria a política do ente empresarial.⁶¹⁴

Em outro momento, para situações em que perceba estar diante de interesses colidentes da empresa com o entrevistado, o autor destaca a possibilidade de que o entrevistador: (i) advirta ao empregado que a ele cabe decidir sobre realizar ou não o depoimento ao entrevistado; (ii) nada diga ao funcionário, uma vez que é profissional constituído pela entidade que promove a investigação; e (iii) oriente o entrevistado a procurar assistência jurídica.⁶¹⁵

Por fim, quanto à comunicação do relatório final por parte da entidade coletiva às autoridades públicas, a fim de fornecer material que demonstre a eficiência de seu programa de *compliance*, compreende-se que a deliberação estará vinculada ao resultado alcançado pelas investigações, a despeito de não se ter atingido o objetivo pretendido. O conteúdo deve trazer elementos de informação acerca da prova do cometimento de infrações, se há responsáveis (efetivos ou potenciais investigados) e se existe a necessidade de que os resultados sejam enviados integralmente às autoridades públicas (momento em que a empresa enfrenta um dilema acerca do seu direito a não se autoincriminar). Bechara e Saavedra advertem que o relatório final pode se constituir em

⁶¹² ROXIN, Imme; ASSIS, Augusto. Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114, maio-jun 2015, p. 321-338, p. 326.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 326.

⁶¹⁴ MALAN, Diogo. Dilemas e desafios do advogado criminal nas investigações corporativas. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de agosto de 2020, p. 7.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

um “mapa indicador dos caminhos que precisam ser percorridos para que sejam encontradas as evidências necessárias para a responsabilização dos envolvidos em eventual atividade criminosa”, mas que “não deve ser a única fonte de evidências utilizada a embasar a responsabilização de indivíduos”.⁶¹⁶ Além de não poderem fundamentar, isoladamente, uma condenação, a produção dessas provas deve poder ser repetida em juízo.⁶¹⁷

Em que pese a restrita hipótese de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil a delitos ambientais, as investigações internas, especialmente as confirmatórias e defensivas, são uma realidade nas corporações porque visam a mitigar sua responsabilidade administrativa por meio de acordo de leniência. Não há segurança acerca do modo como seriam mediadas as diversas tensões entre a corporação e os indivíduos⁶¹⁸, o que torna o reconhecimento da ilicitude da prova, obtida com a violação ao direito fundamental, uma tarefa de difícil realização nesse cenário.

A relação de assimetria entre a empresa e o indivíduo que nela labora, aliada à colaboração com as autoridades públicas que a entidade se obriga a fazer, impulsiona o debate sobre “a relativização das garantias constitucionais como uma ferramenta de governamentalidade contemporânea”⁶¹⁹, sendo o questionamento sobre o âmbito da garantia da não autoincriminação do empregado em uma investigação de *compliance* um excelente exemplo da priorização do vigilantismo em relação à legalidade.

3.3.2 Sobre o *nemo tenetur se detegere* e a promessa do *criminal compliance*

⁶¹⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152, p. 149.

⁶¹⁷ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n.1, jan.-abr. 2020, p. 283-328; p. 313.

⁶¹⁸ MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 78.

⁶¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal *compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 147-172, p. 166.

Não há dúvida de que, na realização de um procedimento investigativo interno para apuração de ilícitos, a observância aos direitos fundamentais dos trabalhadores deve ser, em tese, de interesse da pessoa jurídica. Ao buscar mitigar ou afastar a sua responsabilização, penal ou extrapenal, junto às autoridades públicas, a entidade somente pode lançar mão de provas recolhidas de modo lícito. Apesar de toda essa promessa de valoração dos direitos de a pessoa investigada não se autoincriminar, o que ocorre, na prática, é uma hesitação por parte da doutrina em reconhecer, em sede de investigações internas, a plena aplicação, para o empregado, do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Erigiu-se a higidez dos *compliance programs* a uma condição de valor. E, em razão dessa crença na reafirmação da fidelidade do ente coletivo à norma⁶²⁰, presencia-se, o que Gloeckner e Silva denunciam como uma “devassa às garantias constitucionais fundamentada por institutos, aparentemente, neutros e sem a pretensão de maximização do controle estatal”.⁶²¹ De fato, como “mais um dispositivo de segurança imerso na grande rede de governamentalidade na sociedade pós-disciplinar”⁶²², a perquirição da conformidade constitucional das regras de *compliance* não deve se afastar dos vetores, doutrinário e jurisprudencial, que reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja pública, mista ou privada (eficácia horizontal), donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política alcançam, também, as relações privadas”.⁶²³ Infelizmente, a compreensão da cooperação

⁶²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 79.

⁶²¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal *compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. p.147-172, p. 166.

⁶²² Ibid., p. 166.

⁶²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1004.745/DF**. Decisão Monocrática. Relator Min. Luiz Fux. DJe nº 242, de 16/11/2016.

autoincriminatória no interior de investigações corporativas internas, como se verá a seguir, está dissociada desses valores constitucionais medulares.⁶²⁴

Sobre o conflito enfrentado por um empregado entre a obrigação de informar e a garantia de não produzir provas contra si, Tejada Plana argumenta que:

a tradução automática dos direitos processuais ao âmbito das corporações internas pode provocar efeitos indesejados. Os direitos do investigado em um processo penal e nas investigações internas não são água e azeite, mas é necessário um bom casamento para proteger todas as partes no jogo e não chegar a soluções apriorísticas que causem, no final das contas, imprevistos desnecessários.”⁶²⁵

Já Montiel assevera que a idoneidade de um *compliance management* depende, intrinsecamente, do conteúdo que se dê àquelas normas atinentes às investigações internas e às demais regulações correlatas.⁶²⁶ De acordo com o autor, o teor desses regramentos deve ser orientado pelo princípio da boa-fé que rege do direito do trabalho e, em razão disso, priorizar: (i) a inclusão dos direitos dos trabalhadores no desenho da autorregulação e (ii) a conciliação das práticas implementadas com o Estado de Direito para promover um comprometimento desses empregados em um processo de “autolimpeza empresarial”.⁶²⁷ Todavia acredita-se que o autor não sustenta os

⁶²⁴ O Supremo Tribunal Federal reconhece a vedação à não autoincriminação como “direta emanção da presunção de inocência”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.289/RS**. Relator Min. Celso de Melo. DJe nº 104, de 04/06/2009.

⁶²⁵ TEJADA PLANA, Daniel. **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur**: consideraciones prácticas nacionales e internacionales. Navarra: Editorial Orazandi, 2020, p. 227-228 (tradução nossa). A esse respeito, cabe referir que a Constituição Espanhola traz a previsão da garantia da não autoincriminação no seu artigo 24.2: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos” ESPANHA, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Constitución Española. Disponível em: [http:// www.boe.es/biblioteca_juridica/](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/). Acesso em 1 dez 2021.

⁶²⁶ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial**: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz. **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 226 (tradução nossa).

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 226.

argumentos acima em relação a todas as suas consequências possíveis, pois titubeia na defesa da transposição das garantias do processo penal aos procedimentos investigativos:

A doutrina que preconiza a aplicação das garantias do processo penal visa a proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores contra a interferência arbitrária do empregador. Desta perspectiva, o princípio *nemo tenetur* governaria e também o trabalhador poderia recusar-se a relatar os fatos. Trazendo para o campo de investigações internas o princípio *nemo tenetur*, em toda a sua extensão, implicaria uma desnaturalização da relação jurídica que une o empregador com seus trabalhadores, já que, por exemplo, um empregado poderia se recusar a dar informações ao chefe, apesar da existência de um dever legal e contratual.⁶²⁸

Entende-se que a fala acima, além de propor uma reconstrução do sentido mínimo do princípio dado pela linguagem constitucional⁶²⁹, contrasta com a afirmação do próprio autor que, em outro texto contemporâneo ao supracitado, em que Montiel pontua que as investigações internas não buscam servir de “mecanismos de colaboração” e não de substituição da justiça estatal (uma vez que as informações coletadas serão instrumentos úteis para que os juízes possam reconstruir o ocorrido em processo judicial futuro).⁶³⁰

Ocorre que uma efetiva observância aos direitos dos funcionários importa, inexoravelmente, reconhecer-se a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* às *internal investigations*, a fim de tornar real a proteção do indivíduo imerso em uma relação de subordinação (relação empregado-empresa). Afinal, se está diante de um procedimento de caráter acessório em relação à investigação pública, não é compreensível, juridicamente, que um ator privado (empresa), imbuído dessa apuração interna, possa, por mera liberalidade, dispor sobre os direitos de defesa de um acusado, quando isso não se faz possível ao Estado, a quem incumbe a investigação pública (principal).

Esse tipo de abordagem que, em nome de uma regra de direito privado - adimplemento de um contrato de trabalho - relativiza o princípio da vedação à autoincriminação, parece não ter em conta que a aplicabilidade desse direito não se

⁶²⁸ Ibid., p. 228-229.

⁶²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, 54.

⁶³⁰ MONTIEL, Juan Pablo. Cuestiones teóricas fundamentales del criminal compliance. **En Letra** ano IV, nº 7, 2017, p. 21-47, p. 36 (tradução nossa).

constitui em uma escolha, ou seja, não há uma deliberação autorizada. Isso implica dizer que o princípio em questão é, conforme Ávila, do tipo que “conforma o conteúdo e os fins da atuação estatal”⁶³¹ e que, em vista disso, deve ser adotado pelos particulares sem que “caiba, ao intérprete, desconsiderá-los como se o princípio, em vez de uma norma, fosse uma simples opinião desprovida de normatividade”.⁶³² Trata-se, portanto, de orientação profundamente vinculada à ordem constitucional estatuída.

Nieto Martín, na mesma linha de entendimento dos autores já citados, pontua que a obrigação de um trabalhador responder a tudo o que lhe é indagado, ainda que lhe possa ser prejudicial, repousa “no poder de direção do empresário que surge com o contrato de trabalho”⁶³³. Entende o autor que, em sendo questionado acerca de sua atividade laborativa específica, é exigível do funcionário que forneça informações, de forma analítica, a quem esteja responsável pela inquirição, sob pena de demissão ou outras sanções análogas (a máxima *talk or walk* ganha sentido em determinados contextos).⁶³⁴ Já, em se tratando de fatos relativos ao ente coletivo, mas que não afetem as funções específicas do sujeito que é submetido a uma entrevista, Nieto Martín alega que o silêncio do empregado poderia, em tese, importar violação à cláusula de boa-fé contratual.⁶³⁵

⁶³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2019, p. 154.

⁶³² *Ibid.*, p. 162. De acordo com o autor: “O simples fato de a aplicação de qualquer norma - seja um princípio, seja uma regra - depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana - se por meio de uma regra ou de um princípio. Assim, quando se estatui regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição”. *Ob. Cit.*, p. 162.

⁶³³ NIETO MARTÍN, Adán. Investigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 315 O autor fornece alguns exemplos: o diretor de vendas tem a obrigação de responder ao empresário se conversou com um dirigente da empresa concorrente e se teriam chegado a algum tipo de acordo. Aqui, não informar a verdade, caracterizaria um descumprimento do contrato de trabalho, que poderia dar lugar à imposição de sanções disciplinares, incluindo a demissão disciplinar. *Ibid.*, p. 315 (tradução nossa).

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 315.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 315.

Diferentemente do entendimento acima, não se cogita da legitimidade de uma postura que acate a existência de um dever de lealdade contratual sobreposto ao direito de um sujeito a não se autoincriminar. Vale referir, inclusive, que o texto constitucional espanhol, assim como o brasileiro, contempla a vedação à autoincriminação no catálogo de direitos fundamentais e liberdades públicas.⁶³⁶

Estrada I Cuadras, de modo semelhante, procura limitar o conteúdo do dever de informar a determinados fatos demarcados pela atividade principal exercida pelo indivíduo submetido à inquirição durante um procedimento investigativo.⁶³⁷ O autor entende que o incremento, conferido pelas declarações dos empregados às investigações internas, não pode ocorrer “às custas dos direitos e de interesses dos trabalhadores das entidades autoinspeccionadas”.⁶³⁸ Em razão disso, propõe uma espécie de restrição à obrigação de informar a funcionários de alto nível de responsabilidade (diretivos com funções de vigilância) ou de grau intermediário (agentes sem um dever qualificado de informação), mas que possuam condições de responder sobre fatos, específicos, relacionados ao seu contrato de trabalho).⁶³⁹ Por fim, o autor mantém um olhar restritivo à aplicação do *nemo tenetur*, porque compreende que, ao se estender a vigência desse princípio para o interior das investigações internas, dar-se-ia lugar a um resultado político-criminal inaceitável: a redução da possibilidade de descoberta da verdade e punição de delitos praticados no interior da empresa.⁶⁴⁰

Em relação aos argumentos acima expostos, a resistência oferecida à postura doutrinária, que defende a relativização do princípio que veda a autoincriminação, está

⁶³⁶ Constituição Espanhola: “Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.” ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española sancionada em 27 de dezembro de 1978**. Madri, 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 01 fev 2021.

⁶³⁷ ESTRADA I CUADRAS, Albert. Confesión o finiquito?: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho n. 4**. Barcelona, 2020, p. 228-272; p. 245 (tradução nossa).

⁶³⁸ Ibid. p. 245-246 (tradução nossa).

⁶³⁹ Ibid. p. 247.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 256.

fundada na concepção de que não há legitimidade democrática em uma política criminal não direcionada à garantia de direitos. Há um inexorável conflito de interesses nas relações de trabalho que, na hipótese em exame, pode ter repercussões criminais para um empregado submetido à investigação. O que se compreende como inaceitável é que gravidade de uma imputação criminal, da sanção penal correlata e do processo investigativo, público ou privado, que conduza à responsabilização criminal de um sujeito (pena), deixe de ser a questão central no âmbito de investigações internas corporativas.

A seu turno, Silva entende que a garantia contra a autoincriminação, em uma sociedade anônima (S.A.), deve ser vista de modo diverso para administradores em relação aos demais trabalhadores desse tipo de empresa. A autora destaca a essencialidade da participação de colabores internos (trabalhadores/administradores) para a realização de uma investigação que se inicia, muitas vezes, a partir do reporte de um *whistleblower*, o que é potencializado em ambientes organizativos complexos como o de uma Sociedade Anônima (S.A.).⁶⁴¹

Deste modo, como o administrador, em uma sociedade anônima, não ostenta a mesma condição de um empregado, seja por força de sua autonomia funcional, de seu poder de decisão ou de seus deveres contratuais e legais específicos, Silva defende o reconhecimento de um “dever de cooperação” fundado na expectativa de que administrador, com cargo de gestor na entidade, auxilie no esclarecimento de fatos em apuração no interior da mesma.⁶⁴² A autora faz algumas ponderações acerca da possibilidade de utilização das confissões prestadas por administradores nas investigações internas como prova em processo penal: (i) os depoimentos colhidos não podem ser utilizados como prova emprestada, porque, para tanto, deveriam ser submetidos a contraditório prévio, o que não ocorrerá na prática⁶⁴³; (ii) esse

⁶⁴¹ SILVA, Ana Paula Gonzatti. Investigações internas e processo penal: direito de defesa do ente coletivo vs. direito à não autoincriminação dos administradores. In: **Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal**. Boutique Jurídica: Porto Alegre: 2018, p. 409-446, p. 419.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 417. No Brasil, a Lei das Sociedades por Ações prevê, em seus artigos 153 a 158 deveres dos administradores (dever de diligência, de lealdade, hipóteses de conflito de interesses e dever de informar). BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 01 set 2021.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 431.

recolhimento, não espontâneo, de declarações do sujeito não pode ser considerado ato de prova, mas ato de investigação, de modo que admiti-las, como prova emprestada, implicaria colaboração do arguido com a justiça penal⁶⁴⁴, e (iii) se o ente coletivo não dispõe de outro modo para excluir sua responsabilidade, pode fazer uso dessas confissões como elementos de convicção passíveis de valoração judicial⁶⁴⁵. Em conclusão, a autora pontua o que parece ser quase uma obviedade - a pressão para que um diretor/administrador deponha em um procedimento investigativo pode provocar uma fala inverídica, ou seja, nada garante que se atinja o objetivo almejado, pois o descumprimento de uma obrigação civil é menos grave do que a confissão de uma prática criminosa.⁶⁴⁶

De um viés que pode ser considerado complementar a esse posicionamento, Araújo percebe que a relação de assimetria que se constrói na seara laboral, entre empregado/entrevistado e empresa/ente, a ser representado pelo entrevistador, compromete “o exercício da autonomia privada da parte mais fraca”.⁶⁴⁷ Nada obstante, pondera que os valores do direito privado são elementos aptos a restringir a eficácia dos ‘polivalentes’ direitos fundamentais frente a terceiros, sob pena de se inviabilizar o desenvolvimento desse tipo de relação privada.⁶⁴⁸ Conclui, portanto, que, “embora seja oportuno proporcionar, aos envolvidos em uma investigação interna, o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, é inadequada a transposição dessas garantias, a procedimento de apuração promovidos por agentes não estatais”.⁶⁴⁹ O autor não deixa claro, contudo, qual o espaço da alegada “oportunidade” que sustenta ser viável e sequer justifica as bases da “inadequação” que sustenta.

É sabido que o ambiente empresarial não é “imune” ao sentido das garantias fundamentais dada pelo texto constitucional, bem como é preciso que se reconheça a ilicitude das informações colhidas, quando não foi informado ao depoente sobre o seu direito ao silêncio. E essa ilicitude não favorece a empresa que pretenda usá-las em sua defesa, ainda que não tenha outro modo de se eximir de responsabilidade que lhe seja

⁶⁴⁴ Ibid., p. 432.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 441.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 417.

⁶⁴⁷ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 94.

⁶⁴⁸ Ibid. p. 94.

⁶⁴⁹ Ibid., p. 120.

imputada. A explicação para tanto reside no argumento de que, ao ente coletivo se reconhece as garantias que estejam em conformidade com sua natureza⁶⁵⁰, mas há uma justificação constitucional do princípio da ampla defesa, que privilegia um estado de coisas a ser promovido em favor do indivíduo.⁶⁵¹ Dessa maneira, em uma confrontação entre direitos de defesa de uma corporação e de uma pessoa física, prioriza-se o desta última, pois, diante da possibilidade de privação da liberdade de um sujeito, sanção de maior gravidade do que qualquer outra que possa ser impingida a uma entidade, o direito de defesa individual se sobrepõe ao da empresa.

Examinadas todas as propostas acima, as quais representam uma postura de resistência ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, entende-se que os juízos nelas contidos não merecem acolhimento. Não é cabível que se conceba que mecanismos de *compliance* possam, em nome dos interesses das empresas, de seus acionistas e em prol do prestígio de dinâmicas sociais privadas, desconsiderar a fragilização de um indivíduo em face de corporações.⁶⁵²

O respeito aos direitos fundamentais dos sujeitos sobre os quais recaia uma investigação interna é o fator de aferição da legitimidade da mesma. A pessoa jurídica, a quem foi transferido parte do poder investigatório, não pode exorbitar dos limites constitucionais impostos ao próprio Estado, ente do qual recebeu uma espécie de “delegação” para o desempenho de tarefas investigativas.

É interessante notar que a situação de opacidade da empresa, como elemento justificador da autorregulação regulada, não sofre muita contestação. Reconhece-se a necessidade de inserção do ente privado no processo de regulação que é orientado por “fins ou interesses públicos pré-determinados pelo Estado”, ou seja, de que “o Estado trabalhe, lado a lado, com as empresas na elaboração de sistemas específicos de

⁶⁵⁰ ANTUNES, Maria João Privatização das Investigações e Compliance Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ano 28. n. 1, jan-abr 2018. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, p. 126-127.

⁶⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2019, p. 161-162.

⁶⁵² MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de *compliance* no Brasil. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (organizadores). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. Editora LiberArs Ltda: São Paulo, 2015, p. 69-80, p. 79.

regulação”.⁶⁵³ Consente-se, portanto, com a fiscalização estatal direcionada ao ente coletivo..

Nessa perspectiva, crê-se que a posição acima pontuada não deveria ser diversa quanto ao controle estatal do processo investigativo empresarial, porque a mesma falta de transparência que dificulta a descoberta de ilícitos, também oportuniza a violação a direitos fundamentais de pessoas individuais. Logo, a definição de um rito procedimental do seio das investigações empresariais, que abranja a incorporação, no seu início, de advertência (a ser levada a termo) relativa à condição da pessoa entrevistada (investigado ou testemunha), bem como acerca do direito ao silêncio e à assistência de um advogado, é um padrão mínimo de superação de uma lógica de extermínio no que se refere à condição de sujeito de direitos dos investigados.

Aury Lopes Jr e Gloeckner, ao examinarem as investigações de *compliance* acentuam que, por se tratar de uma espécie de “delegação” de poderes investigatórios a particulares, há uma relação pública a ser anuída porque: (i) um eventual relatório produzido em investigação pode conduzir à abertura de um inquérito policial e ao início de uma ação penal, se robusta a prova da materialidade delitiva, e (ii) mesmo nas hipóteses em que não se tenha presente a possível prática delituosa, há que se considerar o aspecto negativo do direito de defesa, qual seja, o de não se poder coagir o investigado a se manifestar.⁶⁵⁴

Assim, ao se assentir que o ente coletivo detenha um poder discricionário, na condução de procedimentos investigativos, mais amplo do que se verifica, usualmente, nas já criticadas investigações públicas (v.g. inquéritos policiais, administrativos), avaliza-se que o interesse próprio pode justificar o descumprimento de normas constitucionais por parte das pessoas jurídicas interessadas. Sob essa perspectiva, é válida a referência à crítica de Zaffaroni no sentido de que “o *criminal compliance* como um

⁶⁵³ COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, 43-76; p. 51 (tradução nossa).

⁶⁵⁴ SILVA, Ana Paula Gonzatti. LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 523.

assessoramento para as corporações deslizarem pelas bordas dos tipos penais, sem cair nelas”.⁶⁵⁵

Nessa perspectiva, França Jr. pontua que, ao firmarem um contrato de trabalho, os empregados se comprometem com uma série de obrigações, tanto recíprocas como individuais (zelo, cooperação, lealdade e obediência), mas tal avença não permite que empregadores se valham de atos que ofendam direitos fundamentais básicos.^{656 657} O autor alerta que:

Essa invasão da iniciativa privada nos domínios outrora considerados incontestes dos agentes estatais, impactando decisivamente no processo penal, precisa ser melhor confrontada com os valores democráticos. Daí porque o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, o acesso a instâncias recursais, entre tantos outros, não podem ser critérios *negligenciados* nas investigações internas deflagradas pelas pessoas coletivas.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Para Zaffaroni: “Esses programas de cuidado penal [*compliance programs*] têm altos custos de implementação, o que na prática impedem que pequenas e médias empresas - principalmente de capital local - os desenvolvam, tornando-se um privilégio de grandes corporações e, em particular, de corporações transnacionais. Desta forma, as corporações têm a seu favor um elemento processual que reduz sua vulnerabilidade à criminalização, que, devido ao seu custo, não pode ser acessado por empresas menores. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 79.

⁶⁵⁶ FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Pessoas Coletivas e os Programas de *Compliance*: A Problemática da Prova Compartilhada com o Processo Penal de Pretensão Democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, vol. 4, n. 3, set./dez. 2018, p. 1277-1318, p. 1295.

⁶⁵⁷ No Brasil, a sanção administrativa de demissão é, no mais das vezes, menos grave do que uma condenação criminal, mesmo que a pena criminal aplicada seja a de multa. Além disso, uma das hipóteses de justa causa para a demissão é a condenação criminal transitada em julgado, não havendo, na lei, qualquer referência na lei à gravidade do delito. Desta forma, infere-se que a ameaça concreta de demissão que o empregado enfrenta, por não prestar declarações sobre fatos que dizem respeito à sua atividade, não é pior do que a situação de desemprego decorrente de uma imputação criminal, pois esta última causará rescisão do contrato de trabalho por motivos mais gravosos. Em resumo: entre a decisão de não participar de uma entrevista, e ser demitido, e a decisão de prestar declarações, poder ser imputado criminalmente e, por via de consequência, ser também demitido, a melhor escolha parece ser o silêncio. O artigo 482 da CLT dispõe que: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; [...] g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 02 set 2021. BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5452.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1º de maio de 1943.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 1310.

A incidência da garantia da não autoincriminação é ínsita à própria inserção de determinados sujeitos em uma situação conflituosa, decorrente de uma denúncia feita por um *whistleblower*, e que está em fase de investigação por parte de uma corporação. O nível maior ou menor de responsabilidade do funcionário não mitiga ou retira tal privilégio porque o conteúdo normativo do princípio em questão contém “a definição de um âmbito de poder”.⁶⁵⁹

No contexto brasileiro, em se tratando de investigações internas, há liberalidades prometidas que não se concretizam fielmente ao modo como concebidas. Veja-se que é ardiloso o argumento de que existe a possibilidade de a empresa avaliar a intensidade da sua colaboração, quando direcionada a amparar sua defesa em processo, penal ou administrativo sancionador. Na prática, não há essa opção. A empresa é premiada a colaborar e, caso se insurja com os termos do acordo de leniência, por exemplo, terá que revisá-lo judicialmente. Logo, caso decida colaborar, deverá denunciar potenciais responsáveis, os quais, a par da investigação empresarial já realizada, serão submetidos à investigação pública e à imputação penal, se for o caso. É, no mínimo, muito provável que: (i) a apuração da materialidade delitiva colha alguns elementos do procedimento investigativo realizado pelo ente coletivo e (ii) empregados sejam coagidos a declararem tudo o que souberem sem o prévio alerta acerca do direito ao silêncio e da conveniência de se fazer acompanhar por um advogado.

Diante desse quadro, entende-se que as investigações corporativas, tanto confirmatórias como defensivas (excluídas as preventivas), devem ser “colonizadas”⁶⁶⁰ por todas as normas garantidoras de direitos fundamentais que se confere a uma pessoa investigada em um procedimento público. Ou seja, deve ser tomada, como pressuposto, a centralidade que o direito de defesa ocupa no processo penal (compreendido como um sistema de garantias para o acusado).⁶⁶¹ Neste ponto, alinha-se à crítica de Feldens:

⁶⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2019, p. 161.

⁶⁶⁰ O alerta de França Jr. diz respeito à necessidade de questionarmos “se seria o *compliance* a assumir características penais ou o direito penal a assumir características comuns aos tais programas de *compliance*” FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, set.-dez. 2018, p. 1277-1318, p. 1309.

⁶⁶¹ NEIRA PENA, Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 81. (tradução nossa).

As barreiras impostas ao regular exercício do direito decorrem, em um considerável número de vezes, de interpretações inspiradas por alguma espécie de propósito eficientista estatal, no curso da investigação ou da ação penal. Não se nega que reduzindo os direitos de informação e reação do investigado as “chances de ganho” do Estado são maiores. A questão é que, no Estado de Direito, essa equação não é uma equação válida.⁶⁶²

O que se observa é que a colaboração da empresa em investigação corporativa constitui-se em uma realidade a ser diligentemente questionada em seus termos, condições e limites, especialmente diante da ausência de qualquer disposição legal a esse respeito no Brasil. Em verdade, “a progressiva transferência a organizações privadas de atribuições de investigação, sancionamento e colaboração com o setor público não foi acompanhada de verificação de direitos fundamentais potencialmente afetados por sua operacionalização”.⁶⁶³

Nessa perspectiva, a reverencial internalização das práticas estadunidenses pouco serve ao Brasil, pois despreza a nossa complexidade jurídica e desconsidera as diferenças da ordem jurídica nacional em relação à estadunidense. Como sintetiza Marin, a confiança excessiva em mecanismos formais de controle corporativo (procedimentalização de uma “ética corporativa”), que impõem uma ordem artificial em substituição ou suplementação à ordem natural (composta de fatores culturais e relacionais), gera um desequilíbrio que pode conduzir à construção de uma cultura corporativa autocrática e meramente coercitiva.⁶⁶⁴ Há incompatibilidade entre os regimes jurídicos brasileiro e estadunidense que deve ser reconhecida de modo mais contundente.

Arlen, em texto recente sobre o tema, critica expressamente a legislação brasileira, diante da permissão que se dá aos empregados para que se recusem a comparecer a uma entrevista, ou, caso compareçam, que possam mentir ou se calar

⁶⁶² FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 36.

⁶⁶³ MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Efetividade dos programas de *whistleblowing*. In NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Efetividade dos Programas de Compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch 2021, p. 112.

⁶⁶⁴ MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 78.

impunemente, sem que se possa “pressioná-los” a cooperar.⁶⁶⁵ A autora encara com estranheza o fato de que, no Brasil, a relação de emprego possui um *status* que, automaticamente, confere direitos processuais e materiais que orientem o tratamento a ser dado ao empregado, a saber: o fato de a falha funcional não justificar, necessariamente justa causa para rescisão contratual; a existência de requisitos a serem observados para a demissão sem justa causa, e o ônus da causa recair sobre as empresas e não sobre o trabalhador.⁶⁶⁶ Em definitivo, a jurista pontua que adotar-se o parâmetro estadunidense implica mudança profunda no ordenamento jurídico brasileiro, para além da seara penal e processual penal e isso deve ser compreendido profundamente.

Na ordem constitucional brasileira, sustentar-se, a despeito de nosso desenho constitucional, a aplicação restrita do direito à não incriminação na seara dos procedimentos internos corporativos significa tomar, como possível, a renúncia ao direito fundamental não sujeito à ponderação. É de rigor que se preserve a leitura desse direito fundamental a partir de diretrizes fornecidas “por critérios escrutináveis, em ordem a propiciar ao cidadão um controle racional da arbitrariedade argumentativa, incrementando a controlabilidade judicial sobre a deficiência de defesa”.⁶⁶⁷ Logo, ainda que se pudesse cogitar da redução do alcance do direito ao silêncio nas relações privadas, no contexto dado, sua implementação prática dificilmente se mostraria efetiva.

Pensa-se que nenhum sujeito, se corretamente orientado, irá, de modo deliberado, colocar-se em uma situação de submissão potencial a uma imputação criminal em virtude de obrigação imposta por sua atividade laboral. A realidade dos fatos se impõe nada obstante não seja, facilmente, percebida diante da engenhosidade dos discursos que propalam a busca pela eficiência em procedimentos investigativos.

Entende-se que posicionamento diverso reflete uma opção deliberada por se ignorar que “a conclusão final, acerca da verdade, resulta de um ato discursivo que deverá ser submetido a regras de validade, com suas limitações no próprio ordenamento

⁶⁶⁵ ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. **Southern California Law Review**. v. 93, 2020, p. 697-761, p. 738. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3478298>. Acesso em 11 maio 2021 (tradução nossa).

⁶⁶⁶ Ibid., p 738-739 e 760 (tradução nossa).

⁶⁶⁷ FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa**: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 194-195.

jurídico”.⁶⁶⁸ Assume-se, deste modo, que qualquer postura doutrinária que represente um obstáculo à eficácia do direito de defesa deve ser revista e ter sua orientação modificada.

A esse respeito, a fala de Serrano:

O Estado de Direito se caracteriza pela proteção aos princípios republicano e democrático, como decorrência deles o direito de liberdade, isto é, numa dimensão formal: a prerrogativa de que todos nós temos de agir de acordo com as nossas convicções e desejos, desde que respeitados os limites impostos legitimamente pelo Estado na forma da lei. Agindo dentro desses limites, o indivíduo não pode sofrer ação punitiva do Estado ou qualquer outra forma de sanção corporal. Além do seu conteúdo formal, que apregoa só ser admissível no direito a introdução de limites ao direito de liberdade se e quando veiculados por lei, o direito de liberdade também possui uma dimensão material.⁶⁶⁹

Como se percebe, há questões prévias a serem resolvidas em torno do abalo que as investigações internas corporativas podem provocar nos sujeitos denunciados. Diante da não resolução das mesmas, acredita-se que a desejada melhoria no ambiente corporativo, essencialmente das estratégias de detecção e eventual repressão de condutas ilícitas, está, no presente momento, caminhando em direção a uma retórica vazia, em oposição ao objetivo desejado – a demonstração de sua efetividade concreta.⁶⁷⁰ Talvez a equalização dos problemas aqui mencionados possa ser construída, até mesmo, pela decisão de não se proceder à realização de entrevistas no interior de investigações internas corporativas, uma vez que se evitaria uma situação de vulnerabilidade do indivíduo em um cenário em que não há controle judicial sobre os procedimentos de investigação efetuados.

O importante é que se perceba que a efetividade de um programa de *whistleblowing* depende, dentre outros elementos (estruturais, operativos e de manutenção⁶⁷¹), da eficácia de um procedimento de investigação interna, pois essa se

⁶⁶⁸ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, p.162.

⁶⁶⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A Justiça na sociedade do espetáculo**: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania. São Paulo: Alameda, 2015, p. 26-27.

⁶⁷⁰ Ibid., p.113.

⁶⁷¹ MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Efetividade dos programas de *whistleblowing*. In NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Efetividade dos Programas de Compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch 2021, p. 111.

constitui em uma “resposta concreta ao alertador”.⁶⁷² Infelizmente, do modo como se colocam atualmente, as investigações internas podem, com facilidade, ser identificadas como um produto velado de uma cultura de vigilância que, a serviço do autoritarismo econômico, são, inacreditavelmente, sustentadas por discursos que consentem com normas de exceção, em um estágio de excepcionalidade dos direitos constitucionais.⁶⁷³

Assim, a busca por uma eficácia mínima dos pilares de um programa de *compliance* tão interligados, como são os programas de *whistleblowing* e as investigações internas, necessita de uma compreensão que tenha, como referente, a realização dos direitos de defesa e de todas as demais garantias constitucionais correlatas.

Em paralelo à situação de debilidade/de desproteção que se percebe em relação a um indivíduo sobre o qual se direcione um procedimento de investigação interna corporativa, especialmente em razão da falta de norma específica a regular essas práticas intrinsecamente relacionadas ao *whistleblowing* interno (anomia), no capítulo seguinte, a análise acerca das incongruências do discurso político-criminal será desenvolvida a partir da modalidade de *whistleblowing* que possui regulação expressa na lei brasileira – o *whistleblowing* externo.

⁶⁷² Ibid., p. 110.

⁶⁷³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal *compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. p.147-172, p. 161.

4 A LEI EM QUESTÃO (LEI Nº 13.964/2019): A NORMATIZAÇÃO DO WHISTLEBLOWING NO BRASIL E DEBATE SOBRE A MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA

Em regimes totalitários, o fim buscado pela política criminal é a “erradicação” dos delitos, sem que haja qualquer pudor em não se observar direito ou garantia fundamental. De outro modo, a política criminal de um Estado democrático⁶⁷⁴ orienta-se, em tese, “a um fim bem mais realista e materializado: manter as taxas de criminalidade em níveis toleráveis”.⁶⁷⁵ Nos regimes democráticos, para a caracterização da política criminal desenvolvida em um determinado sistema nacional, é imprescindível que sejam elaborados indicadores confiáveis, com capacidade para identificar traços característicos de seu funcionamento e para verificar os avanços e retrocessos na obtenção de seus objetivos.⁶⁷⁶

A atual política criminal legislativa nacional, dirigida à concretização de instrumentos que auxiliem o monitoramento e sanção de condutas ilícitas no âmbito corporativo, encontra, no delito de corrupção pública⁶⁷⁷, um modelo que torna a

⁶⁷⁴ Cita-se Ferreira, Masiero e Amaral Machado: “A definição de Política Criminal não é unívoca. No seu aspecto amplo, a Política Criminal não se limita aos problemas propriamente penais de controle do desvio (direito penal, direito processual penal, direito penitenciário), mas alcança reflexões, elaborações e execuções de políticas mais extensas de intervenção social. Fala-se aqui, portanto em políticas sociais gerais de enfrentamento às causas do fenômeno criminal, sendo a intervenção essencialmente penal (política criminal em sentido estrito) seu elemento último e mais gravoso. Há uma relação do tipo gênero-espécie. A segunda classificação (política criminal em sentido estrito) coloca no centro da discussão a existência ou não de um estatuto teórico e, portanto, científico, da Política Criminal. O sentido teórico denota o estudo e a elaboração de princípios teóricos que se destinariam a nortear e racionalizar as atividades práticas de combate à criminalidade. No primeiro caso, a política criminal é considerada eminentemente prática e, assim, destituída de caráter científico. No segundo sentido, é definida como atividade teórica destinada a fins práticos e por isso passível de ser considerada uma ciência criminal”. FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2018, p. 27-65, p. 31-32.

⁶⁷⁵ SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 17.

⁶⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Política Criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103-104 (tradução nossa).

⁶⁷⁷ Norberto Bobbio conceitua corrupção nos seguintes termos: “fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1, p. 291-292. Não se tratará aqui do exame de todas as tipificações do delito de corrupção no ordenamento jurídico

comunicação com a sociedade mais eficiente. E isso auxilia na construção de um sentido que valida pregação à “modernização do direito penal”⁶⁷⁸ para o enfrentamento da criminalidade empresarial.

Embora se reconheça que a corrupção é uma das causas da desigualdade social⁶⁷⁹, sua nota característica é, como pontua Zaffaroni, a “de um fenômeno extremamente complexo e multiforme, que sempre acompanhou o capitalismo, cuja história abunda fraudes que produzem catástrofes de todos os tipos”⁶⁸⁰. Dentre as causas do fenômeno em questão, está a “profunda indisciplina jurídica das relações entre Estado e empresa e a falta de um regramento democraticamente, discutido e instituído, sobre o *lobby* pré e pós-eleitoral”⁶⁸¹. Contudo, o modo como a corrupção é abordada por parte da agenda político-criminal nacional não considera adequadamente as características acima descritas.

O percurso da política legislativa tem sido moldado por uma lógica de segurança, de eficácia preventiva e de aumento das formas de controle e de vigilância. A criação legislativa que potencializa a instituição de “ferramentas processuais, principalmente na fase de investigação”⁶⁸², transformou muitas normas processuais em instrumentos de gestão de massas. Nessa senda, o eixo da investigação, nesta parte final

brasileiro, mas sim do desenvolvimento da argumentação a partir dos modelos gerais tipificados: corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e corrupção ativa (art. 333 do Código Penal).

⁶⁷⁸ Segundo Díez Ripollés, “o modelo penal de segurança cidadã se serviu parasitariamente do debate sobre a sociedade do risco e, principalmente, das propostas que defendem uma modernização do direito penal. Este fato, por mais reprovável e digno de lamentação que seja, condiciona, inevitavelmente, o futuro do discurso modernizador, o qual não pode prosseguir como se nada tivesse acontecido”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Política Criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 94.

⁶⁷⁹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão arruinando o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 12.

⁶⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 77. Para o autor, “a polarização atual da riqueza tende a formar sociedades em que, embora não desapareça, a relação entre explorador e explorado perde importância (característica dialética do capitalismo produtivo: não há explorador sem explorado); agora se polariza principalmente entre incluídos e excluídos (isso não é dialético, porque o incluído não precisa do excluído), típico do capitalismo financeiro que sujeita e condiciona o produtivo” (Ob. Cit., p. 45).

⁶⁸¹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão arruinando o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 14.

⁶⁸² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 137, novembro 2017, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89-123, p. 90.

da pesquisa, é tanto a crítica da legislação penal que regula a atividade do *whistleblower*/informante - Lei nº. 13.964/2019 (cuja origem é o PL nº. 889/2019) como o exame de três dos projetos de lei mais relevantes⁶⁸³ em tramitação junto à Câmara dos Deputados – Projetos de Lei (PL's) nºs. 1.701/2011, 3.506/2012 e 11.116/2018. A escolha de tais projetos deve-se ao conteúdo das proposições que estão neles contidas e que pretendem regular, de modo mais analítico, o instituto em questão.

O fio condutor das análises são os discursos de justificação que subjazem às proposições legislativas em tramitação e à lei ordinária que implantou a figura jurídica do *whistleblowing*. Parte-se das seguintes premissas: (I) a dignidade da política criminal legislativa brasileira repousa na sua conformidade constitucional e, em razão disso, na proteção de direitos fundamentais; (II) a preservação da verdade factual, inoportuna para discursos políticos criminais autoritários e, por isso, sempre sob o perigo de eliminação, é condição para a manutenção do Estado Democrático de Direito dada a sua relevância para orientar o pensamento político organizador da vida humana, a ser concretizado via produção legislativa; (III) a análise do sentido e da condição de possibilidade da reforma processual penal que institui o mecanismo de *whistleblowing* no Brasil não prescinde do exame da elaboração da lei a partir de critérios de racionalidade e (IV) nesse contexto, a justificativa do projeto de lei deve se constituir na enunciação da verdade factual (relacionada aos fatos que têm lugar no mundo), que, como modo de resistência à mentira deliberada, é a condição de legitimação do debate público (político) sobre a criação e aplicação de normas jurídicas materiais e processuais.

Em complementação às categorias de Arendt que orientam esta escrita (2.1), lança-se mão dos critérios de racionalidade legislativa desenvolvidos por José Luis Díez Ripollés na obra *A Racionalidade das Leis Penais*. Esse modelo se estrutura em cinco critérios de racionalidade (nível ético, o teleológico, o pragmático, o jurídico-formal e o linguístico) que propiciam a identificação de objetivos racionalmente

⁶⁸³ Tais propostas abarcam indicações de regramentos e normatizações não inseridos na lei vigente (Lei 13.964/2019). Foram examinadas propostas legislativas protocoladas até outubro de 2021.

delimitados na construção das decisões legislativas.⁶⁸⁴ Essa matriz possui, como uma de suas principais finalidades, o estabelecimento de condições para controle de legitimidade do processo de decisões legislativas penais. Em derradeira instância, o molde teórico em questão busca prover meios de se fundamentar eventual declaração de invalidade de toda a decisão legislativa que tenha sido adotada sem o respeito a tais requisitos.⁶⁸⁵

A relevância do exame do momento da produção da lei está na possibilidade de, a partir de avaliações *ex ante* e *ex post* do processo legislativo, refletir-se sobre a capacidade do ato legislativo produzir as mudanças pretendidas na realidade social.⁶⁸⁶ Ou seja, de se especular sobre a viabilidade da solução legal adotada em relação às demandas sociais que pretende enfrentar.

Nas últimas décadas o cenário brasileiro tem sido inundado de mudanças legislativas operadas pela lógica de controle de risco e do medo. Há uma intensificação do medo na sociedade patrocinada, conjuntamente pela *mass media*, e pelo campo político, seja no governo ou no parlamento. No Brasil, o Parlamento, identificado como o “espaço jurídico constituído e juridicamente controlado, dentro do qual os conflitos são regulados e é debatida a política oficial”⁶⁸⁷ é muito influenciado, em seus

⁶⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p 15: “Esse modelo está integrado por dois planos superpostos. O primeiro, *dinâmico ou operacional*, deveria ser capaz de descrever e analisar criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo: após a prévia identificação das diferentes fases [pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa] e subfases em que esse processo tem lugar e de seus respectivos limites, dever-se-ia dedicar especial atenção às atividades desenvolvidas em cada uma delas, bem como aos agentes sociais que as impulsionam, detectando as falhas discursivas ou condicionamentos que dão lugar a distorções relevantes. O segundo, *prescrito*, deve estabelecer os conteúdos de racionalidade que devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo: após a seleção dos diversos critérios de racionalidade a serem considerados, e uma vez estabelecida sua sequência e inter-relação, deverá assegurar sua colocação em prática através de sua subdivisão em princípios ou regras mais específicas e suscetíveis de utilização na atual realidade legiferante, assim como distribuí-los adequadamente ao longo das diversas fases operativas, ficando, assim, em condições de identificar violações de tais exigências de racionalidade” (tradução nossa).

⁶⁸⁵ Ripollés tem como objetivo dimensionar um modelo de legislação que, entendida como um processo de decisão, se aproxime mais possível da teoria da decisão racional. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control*. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355; p. 322-323.

⁶⁸⁶ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 214, junho 2017, p. 113–130, p. 115.

⁶⁸⁷ BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad. Rosa Freire D’Aguiar. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 463.

discursos por parte da mídia hegemônica, outra detentora de poder simbólico⁶⁸⁸ que é capaz de legitimar as falas em favor de mudanças legislativas e através da influência exercida sobre as massas nas questões políticas.⁶⁸⁹ O poder simbólico dentro do campo político e do campo jornalístico é determinado economicamente, exercido por agentes com maior acumulação de capital econômico.⁶⁹⁰ Como a imprensa é o meio pelo qual se divulgam escândalos políticos, o capital simbólico do campo político pode ser consideravelmente afetado pelo campo jornalístico. Trata-se de espaços sociais que se relacionam intensamente.

As diretrizes de Díez Ripollés, ainda que sejam caracterizadas por uma generalidade, “podem fundamentar a criação de ferramentas concretas para tornar mais viável a sua verificação, como avaliações prévias e posteriores do impacto legislativo”.⁶⁹¹ Cita-se, a título exemplificativo, o modelo de Estudo de Impacto Legislativo defendido por Carolina Ferreira como “estratégia de contenção do poder punitivo”⁶⁹² a orientar os “interessados em participar do processo legislativo na formulação ou no monitoramento de políticas públicas”.⁶⁹³ Nesse contexto acima, tem-se como legítima a demanda por justificativas explícitas nas proposições de lei por se tratar de uma prerrogativa da sociedade. Isso tudo para evitar que “argumentos de autoridade ou opiniões pessoais de práticos” sejam elevados à condição de resultados científico aptos a formarem um juízo acerca de regramentos que decidam sobre as

⁶⁸⁸ O sentido de simbólico é trazido da obra de Bordieu e não possui qualquer conotação de ineficácia ou de falta de sentido, mas deve ser entendido como a forma que todo o poder, dos mecanismos de assimetria de poder e de como são percebidas as relações de dominação (legitimadas e historicamente reproduzidas) em uma sociedade, tanto por parte dos dominantes como por parte dos dominados. BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 15.

⁶⁸⁹ LUZ, Thaíze Ferreira da. Campo político a partir da perspectiva de Bourdieu e do poder: implicações no campo jornalístico. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. v. 06, ed. especial, mar., 2020, p. 1-14, p. 2.

⁶⁹⁰ Vide nota 297. BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 15.

⁶⁹¹ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121–143, p. 133.

⁶⁹² FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 212. Na pesquisa realizada, a autora propôs a incorporação de um estudo de impacto carcerário no exame, observação e discussão de projetos de lei relativos à execução penal.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 32.

liberdades cidadãs.⁶⁹⁴ Desse modo, concorda-se que o acesso às razões que sustentam as proposições normativas apresentadas *ao e pelo* Poder Legislativo decorre devem ser tidos como um direito difuso, um direito a um “devido procedimento na elaboração normativa (DPEN)”.⁶⁹⁵

A proposta teórica do autor presta-se, portanto, para o exame das normas processuais penais relativas ao aprimoramento de mecanismos investigativos estatais, como são os programas de *whistleblowing*, uma vez que auxilia na compreensão do padrão de comunicação política que ilustra o pensamento político criminal legislativo brasileiro.

4.1 DA RACIONALIDADE DAS LEIS E DO DIREITO À JUSTIFICATIVA

As deficiências do processo legislativo no Brasil que vão, como observa Falavigno, desde problemas de má redação, de ausência de justificativa empírica à falta de uma clara metodologia de aplicação, tornam relevante o desenvolvimento de uma ciência da legislação⁶⁹⁶ como fator de “controle técnico sobre a forma e o conteúdo da desenfreada produção legislativa em matéria penal”.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, Set 2018, p. 587-614, p. 587.

⁶⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 72.

⁶⁹⁶ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121-143, p. 126-127.

⁶⁹⁷ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 54, n. 214, junho 2017, p. 113-130, p. 115. Ensina a autora que: “Convencionou-se que o conjunto de saberes desenvolvido para tal objetivo seria denominado *Legisprudence* ou *Legistics* – em português ‘Legística’. A Legística, portanto, pretende produzir recomendações cientificamente fundadas sobre como bem legislar. [...] A Legística ocupa-se dos resultados concretos da aplicação de uma lei em dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar preventivamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um *deficit* de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da prognose do legislador sobre os reais efeitos da lei. Noutras palavras, intenta-se analisar os atos legislativos à luz da sua capacidade de produzir ambicionadas mudanças na realidade social, as quais teriam servido de justificativa para a própria emanação da lei” *Ibid.*, p. 115.

Tendo-se em conta que a elaboração de uma norma jurídica, ao menos em tese, deve retratar um programa de ação direcionado a certas finalidades públicas⁶⁹⁸, conclui-se que a instituição do *whistleblowing* como técnica de investigação, por meio da Lei nº. 13.694/2019, notabiliza uma disposição estatal específica. Trata-se de uma decisão normativa, inserida em uma “perspectiva jurídica globalizada”, mas que não representa apenas aspirações de agentes⁶⁹⁹, estando também associada ao agir de atores transnacionais.⁷⁰⁰ Esse processo de relativização da soberania estatal, que já fora justificado pela necessidade de se estabelecer uma jurisdição internacional, atualmente tem como fundamento a necessidade de se evitar sanções internacionais.⁷⁰¹

Nesse contexto, surge a escolha legislativa brasileira que traz alguns delineamentos para um programa de *whistleblowing*, sem estruturá-lo completamente. O advento da Lei nº 13.964/2014 retrata a busca pela compatibilização de dois discursos. O primeiro diz respeito à defesa da participação da sociedade na gestão pública, por meio do auxílio de “cidadãos-colaboradores” que atuem na apuração de danos decorrentes de atos de corrupção ou de outras fraudes públicas.⁷⁰² Já a segunda proposição discursiva é relacionada ao atendimento à demanda pela construção de um instrumento de auxílio ao Estado no controle do comportamento corporativo, cujos efeitos pretendidos são a melhoria da capacidade persecutória estatal e a minimização da defasagem informacional estatal em relação às organizações privadas.⁷⁰³

Crê-se que a dimensão concreta dada à figura jurídica do *whistleblower*, tanto por meio do ato legislativo que o regula (Lei nº 13.694/2019 que altera a Lei nº

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁶⁹⁹ SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

⁷⁰⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, jan./mar. 2019, p. 169-193, p. 171. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169. Acesso em 15 ago 2021.

⁷⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 47.

⁷⁰² ROCHA, Márcio Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de *whistleblower* no Brasil. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 75, dez. 2016. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao075/Marcio_Rocha.html. Acesso em 12 set 2021.

⁷⁰³ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? *Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araújo Jr.*, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021. p. 72-99, p. 93.

13608/2018), como pelos projetos de lei em trâmite que pretendem ampliar sua regulamentação, norteará o seu espaço de atuação dentro de um Sistema de Justiça Criminal. A premência de se estabelecer expectativas juridicamente válidas acerca do agir de um sujeito exige, por parte do texto legal, a delimitação mínima de seu conteúdo e de seu âmbito de atuação, sob pena de a categoria em questão tornar-se mais um elemento distópico no contexto legislativo processual penal brasileiro.

O “modelo racional de elaboração legislativa penal” disposto por Díez Ripollés⁷⁰⁴ propõe a aferição da racionalidade de um ato legislativo a partir da “capacidade para elaborar, no marco desse controle social, uma decisão legislativa atendendo aos dados relevantes da realidade social e jurídica sobre as quais ela incide”⁷⁰⁵. A percepção do autor acerca da influência de “demandas populares emocionalmente carregadas e irrefletidas, ou de interesses políticos oportunistas e conjunturais”⁷⁰⁶, no processo legislativo, o conduz à defesa de um paradigma de controle material e formal do processo de criação da lei penal a ser submetida a uma avaliação empírica. Destaca-se que, no que respeita ao objeto deste estudo, as proposições do autor, a seguir explicitadas, serão escrutinadas para que se identifiquem práticas de deturpação da verdade factual nos discursos justificadores do modo de regulação do instituto do *whistleblowing*.

Deste modo, com base na visão de Hannah Arendt sobre o embate em larga escala entre a verdade factual e política, reconhece-se a verdade factual como um valor em si e que, ao se opor ao interesse, lucro ou prazer de determinado grupo, é

⁷⁰⁴ Inspirado nas concepções teóricas de Atienza. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997 (tradução nossa).

⁷⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355, p. 323-324 (tradução nossa).

⁷⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones em un procedimiento socio-legislativo complejo. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 443-469, p. 443 (tradução nossa). Para Díez Ripollés: “o objetivo do modelo último seria estar em condições de exercer um controle de legitimidade das decisões legislativas penais, e que permitisse o desenvolvimento ou eventualmente, o aprofundamento das vias que permitam declarar a inviabilidade de toda a decisão legislativa adotada sem respeitar tais requisitos pois existe uma incongruência na ausência de controle material do processo de criação legislativa que seja digno de menção”. Ibid., p. 321-355, p. 322. (tradução nossa).

considerada inoportuna, tratada com hostilidade ou subtraída da percepção pública por parte de quem evoca e promove discursos penais e processuais penais autoritários.⁷⁰⁷

O problema da verdade factual se coloca na sociedade contemporânea em função da natureza dialógica da política e, necessariamente, da política criminal.⁷⁰⁸ Por essa razão, é importante que se reflita sobre como as técnicas de comunicação de massa permitem, tanto por meio do erro como da mentira organizada, distorções de opinião acerca do que deva ser objeto de decisão legislativa processual penal. Os discursos orientados à defesa da “urgência de uma legislação de *whistleblowing* no Brasil”⁷⁰⁹ mostram-se como um exemplo digno de nota.

Retomando-se ao modelo de Díez Ripollés, inspirado em Atienza⁷¹⁰⁷¹¹, é primordial referir que essa elaboração está integrada em dois planos: o *dinâmico* ou

⁷⁰⁷ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 293.

⁷⁰⁸ LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 51-69, p. 61.

⁷⁰⁹ OLIVEIRA, J. M. F. **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: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 28 maio de 2021. Neste texto, a autora sustenta que: “É urgente a edição de uma legislação de *whistleblowing* no ordenamento pátrio. Esse tipo de norma é extremamente eficiente no combate dos crimes de corrupção em diversos países, destacadamente nos Estados Unidos da América, bem como estimula a ética e as boas condutas nas organizações, públicas ou privadas” (Ibid., p. 17).

⁷¹⁰ O espanhol Manuel Atienza desenvolveu uma teoria da legislação partindo da premissa que um procedimento legislativo mais racional pudesse garantir um resultado racional - a lei. A racionalização da prática legislativa proposta dá-se a partir do desenvolvimento de cinco níveis: (R1) racionalidade linguística ou comunicativa; (R2) racionalidade jurídico-formal ou sistemática, (R3) racionalidade pragmática, (R4) racionalidade teleológica, e (R5) racionalidade ética. Segundo o autor: “R1-R4 partem da mesma noção de racionalidade, como uma adequação meios-fins (é, portanto, uma racionalidade instrumental), enquanto R5, ou seja, racionalidade ética, seria uma racionalidade de outro tipo: aqui esta não é uma questão de ver quais meios são adequados para certos fins, mas sim quais fins (ou quais meios) são eticamente justificados” ATIENZA, Manuel. Contribución a una Teoría de la Legislación. **Doxa – Cuadernos de Filosofía nº 6**. Alicante: 1989, p. 385-403, p. 385-386. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf. Acesso em 15 set. 2021.

⁷¹¹ Segundo Nascimento: “Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei é cumprida por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)? [...] Atienza mostra-se realista ao afirmar que não só não é fácil, mas na verdade talvez seja impossível satisfazer todos os níveis ao mesmo tempo (e às vezes, sequer em separado). E as situações em que há conflitos entre os níveis de racionalidade devem ser resolvidas dando prioridade aos superiores, ou seja, os níveis de racionalidade mais básicos (R1 e R2, linguística e jurídico-formal), por exemplo, estão subordinados aos níveis de racionalidade mais elevados (R3 e R4, racionalidade pragmática e teleológica. [...] Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, não há uma técnica legislativa para incrementar R5, que acaba desempenhando uma função mais negativa que positiva”. NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria, Legislação e Argumentação Legislativa: o aporte de Manuel Atienza à

sociológico, que diz respeito à prática do procedimento legislativo em suas diferentes fases, e o *prescritivo* ou *normativo*, que se relaciona aos conteúdos de racionalidade a serem considerados para que se reconheça que houve um procedimento de decisão racional independente do conteúdo da lei.⁷¹²

No plano dinâmico⁷¹³, no qual se colocam as questões pertinentes ao contexto social em que se dá o proceder legislativo, desenvolvem-se em três grandes fases que se retroalimentam: a *pré-legislativa*, que surge no momento em que se reconhece a necessidade de uma resposta jurídica a uma disfunção social detectada na sociedade; a *legislativa*, que se desenvolve no parlamento e constitui-se no núcleo do processo criador da lei, e a *pós-legislativa*, cujo início se dá a partir da publicação da norma e se dirige ao questionamento de sua adequação com a realidade social e econômica regulada, levando a debates que podem dar início a uma outra etapa pré-legislativa.⁷¹⁴ Pode-se aferir, portanto, que o parâmetro adotado pelo autor busca ultrapassar o mero exame do arbítrio do legislador ao momento de aplicação da lei, uma vez que compreende que a análise acerca da submissão do legislador a critérios de racionalidade deve ocorrer desde o início de sua atividade.

Na fase pré-legislativa está descrita uma sequência de etapas que precede o projeto de proposição de lei. O ponto inicial é identificado pelo autor como “etapa de disfunção social”, em que a coletividade, através de certos agentes políticos sociais, reconhece a necessidade de resposta penal (ou processual penal segundo a perspectiva adotada por este estudo) a determinados fenômenos.⁷¹⁵ Tal inquietude pode estar

Racionalidade Legislativa. **Teoria Jurídica Contemporânea**. PPGD/UFRJ, v. 3, n. 2, jul-dez 2018, p. 157-193 p. 165-166. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24474>. Acesso em 15 set. 2021.

⁷¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 15 (tradução nossa).

⁷¹³ O autor esclarece que o modelo dinâmico ou operacional foi formulado tendo em vista a elaboração da legislação penal, mas é capaz de chamar a atenção de amplos setores da sociedade; que foi centrado no tipo de legislação penal que seja capaz de suscitar atenção de amplos setores sociais, e que o que se oferece é simplesmente uma hipótese da dinâmica legislativa penal que, embora apoiada em abundantes dados e argumentos, deveria ser submetida à verificação empírico-social e complementada em diversos aspectos. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 17 (tradução nossa).

⁷¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 18-19 (tradução nossa).

⁷¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 445.

fundada em pressupostos nem sempre reais ou faticamente orientados, mas sob a influência da sensação de insegurança, da preocupação com a delinquência e do medo do delito⁷¹⁶ a ponto de fazer com que atores sociais e políticos, com o auxílio dos meios de comunicação, insiram determinado tema na agenda de política criminal legislativa.⁷¹⁷ Ao ganhar contornos definidos, o problema social, sob a influência da opinião pública⁷¹⁸, transforma-se em um programa de ação desenhado para oferecer propostas de resolução ou redução do problema a partir da ativação das burocracias (governamentais, partidárias e, excepcionalmente, a iniciativa popular), que são protagonistas na redação de um projeto de lei.⁷¹⁹

Para o autor: “o mal-estar existente precisa concretizar-se através de um processo que reforçará a visibilidade social do desajuste social e do mal-estar que este cria e outorgará a essa disfunção social a substantividade e autonomia precisas para que se considere autêntico problema social”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 27 (tradução nossa).

⁷¹⁶ Para Riboli e Lopes, o medo do crime alcança o ápice de sua influência na fase pré-legislativa (a qual culmina com a propositura de projetos) e, por se tratar de um fenômeno plástico e subjetivo, moldado a partir de variáveis individuais, contextuais e discursivas, a sua utilização como justificativa para modificações legislativas representa um risco para a racionalidade jurídico-penal, visto que o discurso do medo é uma narrativa interessada e direcionada a alguma finalidade particular. RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 26, v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro 2018, p. 273-310, p. 290-301.

⁷¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 445. De acordo com o que pronuncia o autor, em temas de ampla atenção e preocupação sociais, os meios de comunicação são instrumentos imprescindíveis para a identificação do problema social a resolver através de diversas atuações direcionadas ao reconhecimento e à delimitação social do mesmo - traçam seus contornos por meio da reiteração de informações, realizando conceituações novas de fatos criminais já conhecidos, o que leva a uma percepção social de que existe uma determinada onda de criminalidade, o que reforça a relevância do problema e, em consequência, à defesa genericamente de certas decisões legislativas penais”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 27-28 (tradução nossa).

⁷¹⁸ Segundo Ripollés, a opinião pública deve ser concebida como a opinião de alguns experts, de um coletivo de pessoas que tenham capacidade significativa para a seleção de temas a serem tratados, condicionando e influenciando, inclusive, a ênfase a ser dada a eles. Não se trata da opinião majoritária da sociedade, mas sim a opinião de alguns *experts* - aqueles que podem hipostasiar sua opinião sobre a da sociedade, dada a sua capacidade, reiteradamente acreditada (por sondagens, pesquisas de opinião ou em votações) para conseguir uma ampla maioria que compartilhe, ainda que superficialmente, seus pontos de vista. Não possui, contudo, força de, isoladamente, determinar um programa de ação legislativa, tampouco para provocar a elaboração de um projeto de lei sem a ativação das burocracias (governamentais e partidárias) submetidas a interesses políticos. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 29-30.

⁷¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 443-469, p. 446. Os projetos de iniciativa popular no Brasil estão condicionados aos requisitos contidos no art. 61, §2º, da Constituição Federal.

Para o exame do contexto discursivo que evoca a necessidade de uma legislação regulamentadora da atividade de *whistleblowing*, a presente análise detecta, como a *disfunção social*, o sentimento generalizado de que a corrupção é uma doença social a ser combatida, eliminada. É importante a menção à observação de Warde sobre o entranhamento da corrupção no Estado e nas organizações empresariais, de modo que o enfrentamento da corrupção se assemelha ao tratamento de um câncer, em que “é necessário matar o câncer sem matar o paciente, sob a dificuldade extraordinária de que ambos habitam o mesmo corpo”.⁷²⁰ O auxílio da cidadania na “luta” contra a corrupção é a engrenagem representada pela normatização da atividade de *whistleblower*.

Em sendo reconhecida a disfunção transformada em um problema social, dois discursos ganham relevo na agenda político-criminal brasileira: (i) a necessidade de que o cidadão coopere com a detecção da corrupção, dentre outros ilícitos contra a Administração Pública, além de fraudes e irregularidades contra o erário, colaborando com agentes estatais e (ii) a defesa da adoção de medidas de *compliance*, baseadas em incentivos, como estratégia de evitação de delitos e infrações administrativas no âmbito das organizações⁷²¹, contexto no qual a atividade de *whistleblowing*, um dos pilares de um programa de cumprimento normativo, é formatada para aprimorar o ambiente corporativo ao permitir que a empresa tome ciência dos delitos e irregularidades ocorridos em suas dependências.

Identifica-se uma rede construída entre os discursos acima referidos que concerne, primordialmente, a uma agenda de desenvolvimento e aprimoramento de

⁷²⁰ De acordo com Warde: “A corrupção produz, para além do que é intuitivo para todos nós, cinco efeitos devastadores: (1) Transforma o Estado e as suas funções em coisas de mercado, não apenas por meio da captura de governos, mas também para se apropriar da burocracia de Estado perene; (2). Desnatura as demais instituições; (3). Usurpa, ao se apropriar do Estado, a energia vital dos trabalhadores, que se transmuta, sob a organização das empresas, em produtos e serviços nos mercados, para produzir riquezas que fluem, mais e mais, para o Estado, e do Estado para o capital; (4). Falseia a concorrência entre os agentes econômicos para incrementar o poder de mercado de uns em detrimento de outros, e (5). É obstáculo ao desenvolvimento das nações, promove a pobreza e afronta a dignidade das pessoas”. WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão arruinando o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 35-37.

⁷²¹ Saad-Diniz refuta a ideia de controle social do negócio ou regulação baseada no intervencionismo estatal, mas propõe que sejam priorizadas estratégias de controle social do negócio e uma combinação mais sofisticada entre regulação e responsabilidade das empresas a fim de que se tornem “cidadãos corporativos socialmente responsáveis” (*corporate responsible citizens*). SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética Negocial e Compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 33.

mecanismos que auxiliem a atividade investigativa e fiscalizatória estatal do Estado no controle da criminalidade. É no contexto dessa interdiscursividade⁷²² não muito clara que transparece o “estágio ainda bastante embrionário de internalização dos programas de *compliance*”⁷²³ e que se localiza o debate a respeito da introdução do *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro.

No que concerne à fase legislativa, cujas etapas apresentam-se em uma sequência que inicia com a apresentação do projeto de lei, passa pela deliberação e se encerra com a aprovação, publicação e entrada em vigor da norma legal, é preciso pontuar que, observados os limites deste texto, não se fará qualquer revisão no que se refere à iniciativa legislativa. Os focos deste estudo são a fase de deliberação, onde se tomam as decisões importantes dentro de uma comissão a partir de negociações sobre termos e emendas, e a apreciação das justificativas dos projetos de lei em trâmite e da fase avaliadora (pós-legislativa), momento em que se infere se a lei em vigência (Lei nº. 13.964/2019) possui objetivos claros, estabelecidos e factíveis, além de se estabelecer métodos para a verificação e difusão de resultados.⁷²⁴

Díez Ripollés faz uso dos cinco níveis de racionalidade estruturados em ordem inversa à de Atienza: ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal ou sistemático e racionalidade linguística. Cada um deles é afetado, transversalmente, pela dimensão da eficiência, que os afeta, isoladamente, dentro dos limites próprios de cada critério.⁷²⁵ A racionalidade legislativa exige, portanto, que esses padrões se relacionem entre si⁷²⁶, de

⁷²² Consoante lição de Votre, a interdiscursividade consiste na propriedade de um discurso manter relações com outros conjuntos de discursos, nem sempre como uma relação clara, mas que obriga ao exame das hipóteses relacionadas à cena de enunciação (equivalente a contexto e condição de produção e recepção do discurso). VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 28 e 36.

⁷²³ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araújo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021. p. 72-99, p. 77.

⁷²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 443-469, p. 448-449 (tradução nossa).

⁷²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355, p. 326 (tradução nossa).

⁷²⁶ Díez Ripollés refuta uma concepção de racionalidade legislativa que se desprende do Direito Penal mínimo de Ferrajoli por entendê-la incompleta, na medida em que esse modelo se cinge ao nível da racionalidade ética, sem avançar para outros níveis. Ainda que esteja fundado em sólidas bases éticas, ao se abster de examinar outros níveis, permite averiguar do que o legislador deve se abster e não o que

modo que a esfera ética demarque o alcance de atuação das racionalidades restantes, que a teleológica estabeleça os objetivos dentro do marco ético e que as restantes se sucedam em uma ordem de projeção decrescente de instrumentalidade.⁷²⁷

O critério ético advém de “um sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado que sustenta uma determinada coletividade”⁷²⁸, no qual o proceder legislativo deve buscar apoio tanto na fase *pré* como *pós-legislativa* (avaliadora). O modelo de Díez Ripollés relaciona esse sistema de crenças com o conceito de Habermas de *mundo da vida* (âmbito informal regido por ações comunicativas orientadas ao entendimento), um dos paradigmas da teoria da sociedade habermasiana que se opõe ao *sistema* (plano formal em que há predomínio do agir estratégico).⁷²⁹

Habermas aponta o Direito, na forma de “sistemas de direitos”, como a solução para a integração social entre o *mundo da vida* e o *sistema*, pois atribui validade aos direitos subjetivos através de sua imposição normativa.⁷³⁰ Para o referido filósofo, “no sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da

deve fazer. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal Estudios**. Tomo I. 3. ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355, p. 325.

⁷²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p 91.

⁷²⁸ Ibid., p. 92. Para o autor: “Por sistema básico de crenças do conjunto da sociedade há que se entender um entramado originário de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade e cuja aceitação está tão arraigada que somente de vez em quando submete algum de seus aspectos à discussão”. (Ibid., p. 111). Em entendimento similar a Habermas, no sentido de que conteúdos morais possuem validade universal, enquanto os éticos são válidos dentro de uma determinada coletividade, o autor assente que os critérios morais, para efeitos operativos, incluem-se na racionalidade ética. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 328 (tradução nossa).

⁷²⁹ Habermas esquematiza a sua observação da sociedade contemporânea a partir de dois âmbitos opostos: o *sistêmico* e *mundo da vida*. No âmbito *sistêmico*, a sociedade se mantém integrada pelos sistemas político e econômico e pelo poder administrativo (v.g. cumprimento de uma lei e aplicação de sanção em caso de descumprimento). Para além do espectro formal, há o *mundo da vida*, esfera em que se reconhece a interação social por meio de uma situação ideal de simetria entre os cidadãos que proporcione o debate público entre eles em direção à acomodação de interesses diversos via consensos que, em momento posterior será concretizada na criação de uma lei ou na adoção de uma política pública. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44-47.. Na lição de Miranda, a estabilização social em uma sociedade plural se concretiza pelo direito legitimamente construído a partir de uma política deliberativa que observe as garantias de participação dos afetados pelas normas de sua construção. MIRANDA, Maressa da Silva. O mundo da vida e o Direito na obra da Jürgen Habermas. **Prisma Jurídico**. v. 8, n. 1, São Paulo, jan/jun 2009, p. 97-119, p. 115.

⁷³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170-172.

integração social”.⁷³¹ A criação da lei representa um consenso positivado, um acordo fundado racionalmente entre os sujeitos acerca da decisão legislativa a ser tomada⁷³².

Alinhando-se à teoria discursiva do direito habermasiana, o modelo de Díez Ripollés toma, como premissa, a via do *direito* para o estabelecimento de um diálogo entre a razão instrumental (*sistema*) e a razão crítica (*mundo da vida*). Isso implica dizer que, em sociedades complexas, o incremento de racionalidade proporcionado por um sistema de direitos ao *mundo da vida* promove a necessária e possível confluência social com o âmbito sistemático.⁷³³ A tarefa do *mundo da vida* diz respeito a “prover temas e argumentos para problematização em discursos de justificação”⁷³⁴ a serem legitimados pela criação legislativa.

Partindo-se das premissas anteriores, será no exame do critério ético que se abordarão os princípios estruturais e, portanto, legitimadores da intervenção penal (aqui examinados sob o viés político-criminal)⁷³⁵, a saber: princípios de proteção, de responsabilidade e de sanção. No que diz respeito ao tema deste capítulo, o que interessa é a observação dos princípios de proteção (subprincípios do interesse público e da correspondência com a realidade) e os de responsabilidade (subprincípio da jurisdicionalidade).⁷³⁶

⁷³¹ Ibid., p. 52.

⁷³² Ibid., p. 44-47.

⁷³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 92.

⁷³⁴ MIRANDA, Maressa da Silva. O mundo da vida e o Direito na obra da Jürgen Habermas. **Prisma Jurídico**. v. 8, n. 1, São Paulo, jan/jun 2009, p. 97-119, p. 116. No dizer de Habermas, “o mundo da vida é preenchido, por assim dizer, pela práxis, pela ‘teia das relações humanas’, das histórias em que os atores se envolvem na atividade e no sofrimento e que devido a seu potencial inovador é, em grande parte, instável e necessita de proteção”, de modo que, “nas sociedades organizadas sob forma estatal essa tarefa compete às instituições”. HABERMAS, Jürgen. **Sociologia**. Seleção e Tradução Bárbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1980, p. 104-105.

⁷³⁵ Segundo Falavigno, Díez Ripollés não faz diferenciação entre os níveis de racionalidade, ou seja, “todos os critérios propostos são ao mesmo tempo, político-criminais e jurídico-penais”. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121-143, p. 134.

⁷³⁶ Nos termos do molde proposto pelo autor, os princípios estruturais se dividem em três grandes grupos e estabelecem o contorno da intervenção penal legítima: (a) princípios de proteção - relativos a pautas que delimitam os conteúdos de tutela, a saber, princípios da lesividade, fragmentariedade, interesse público e correspondência com a realidade; (b) de responsabilidade - atinentes aos requisitos que devem concorrer em um comportamento para que se possa exigir responsabilidade com ele e de alguns aspectos de sua verificação, abrangendo o princípio da certeza ou da segurança jurídica, da responsabilidade pelo fato, da imputação, da culpabilidade e da jurisdicionalidade e (c) princípios de sanção - fundados na

Quanto ao subprincípio do interesse público, efetua-se um juízo de afetação da sociedade por parte da norma, ou seja, se as consequências produzidas são de interesse geral e não apenas de pessoas ou grupos sociais.⁷³⁷ A hipótese examinada neste trabalho não diz respeito à aferição de interesse público na instituição de uma norma penal incriminadora, mas de um meio de investigação criminal (*whistleblowing*). Assim, ao se perquirir sobre o interesse público no estabelecimento de um programa de incentivo à revelação de ilícitos penais, extrapenais e de outras irregularidades, a inquietação direciona-se no seguinte sentido: a prática que permite a cidadãos (*whistleblowers*) a revelação de “notícias de crimes, cuja investigação e sancionamento seria impossível ou extremamente difícil, diante das limitações do sistema penal no que se refere à criminalidade corporativa”⁷³⁸, afetam (positivamente) o sistema social em seu conjunto?

Já no que toca ao subprincípio da correspondência com a realidade, este determinaria a verificação empírica dos interesses gerais em jogo⁷³⁹, ou seja, em que medida se comprova a contribuição do meio de investigação para a revelação e persecução dos crimes e demais ilícitos reportados.

Sob a orientação do princípio de responsabilidade, especificamente sob o viés do subprincípio da jurisdicionalidade, o argumento de Díez Ripollés repousa sobre “o consenso ético sobre os critérios que regem a verificação da responsabilidade penal” que, no caso do *whistleblowing*, merecem destaque os critérios relativos ao contraditório e à atividade probatória que observe a presunção de inocência e a prova

reação à conduta criminalmente responsável, incluindo-se princípio da humanidade das penas, teleologia, proporcionalidade e monopólio punitivo estatal. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 443-469, p. 455-459.

⁷³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 456.

⁷³⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; TAVARES FERREIRA, Ana Lúcia. O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 43–60, p. 44, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/7>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁷³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 466 (tradução nossa).

ilícita.⁷⁴⁰ Neste ponto específico tem lugar tanto o exame das medidas de proteção do *whistleblower* como a compatibilidade do regime jurídico instituído com os direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados.⁷⁴¹

Passando-se à compreensão do critério teleológico de racionalidade, é importante gizar que seu conteúdo de refere aos objetivos a serem perseguidos pela decisão legislativa concreta que é a lei, finalidades que se delimitam e se originam a partir de um espaço de confrontação entre interesses particulares e setoriais muito diversos, procedentes de agentes sociais e grupos de pressão de amplo espectro.⁷⁴²

No âmbito da institucionalização de mecanismos de *whistleblowing*, exige-se, minimamente, que haja uma determinação, por exemplo, acerca da atuação esperada por parte dessa figura jurídica, do nível de tutela estatal a ser dispensado a esse agente informante que esteja nessa condição e do seu espectro de responsabilidade, se for o caso.

A postura da doutrina brasileira transita entre o entusiasmo e o ceticismo acerca da potencialidade do instituto. Essa oscilação reflete o pouco amadurecimento do debate político-criminal no Brasil sobre o tema. Para Ávila e Tinen:

Whistleblowers são indispensáveis para o bom e efetivo funcionamento de um sistema de *compliance* em empresas e órgãos estatais. Esses sujeitos estão no centro das mudanças legislativas mais relevantes das últimas décadas para assegurar o compromisso dos Estados com o combate à corrupção e às práticas nocivas à economia de mercado. Sua importância advém do papel fundamental que essas figuras exercem na apuração de irregularidades e possíveis crimes. [...] No âmbito corporativo, o tema é de particular interesse aos programas de *compliance*, já que a atuação do *whistleblower* tem se revelado muito importante para levar às empresas o conhecimento de práticas inadequadas e, até mesmo, criminosas que ocorram dentro delas, possibilitando que a questão seja investigada e que as responsabilidades sejam apuradas internamente.⁷⁴³

⁷⁴⁰ Ibid., p. 466.

⁷⁴¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; TAVARES FERREIRA, Ana Lúcia. Ob. Cit., p. 45.

⁷⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 329 (tradução nossa). A *contrario sensu*, “a irracionalidade teleológica aparecerá na medida em que os objetivos a perseguir pela lei não tenham sido acordados no marco de um emprego discursivo do critério democrático, que haja prestado a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes ou não reflitam tal acordo” (Ibid., p. 330).

⁷⁴³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TINEN, José Eduardo. *Whistleblowing* e a regulamentação dos canais de denúncia: a experiência nos sistemas comparados. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 1–

Já a abordagem de Fauzi Choukr traz o seguinte registro:

[...] (re)surge a histórica figura do informante anônimo, agora atualizado como um instrumento ético na atividade empresarial (e também no serviço público) que, não raras vezes, completa o guia comportamental do momento para empresas (*Compliance*), a dizer, as regras de conformação ou integridade que induzem à necessária “boa governança”. [...] Um questionamento permanece relevante nesta quadra histórica de franco incentivo a este denunciamento “positivo”: se deve ele ser considerado como um ato pessoal e voluntário calcado em um ideal de justiça ou, antes, deve ser concebido como algo obrigatório e essencial em estruturas corporativas privadas ou no âmbito do serviço público. Trata-se de uma necessária tomada de posição para a construção de políticas públicas, em particular quando se observa, sobretudo em países de alto grau de comprometimento ético de suas instituições oficiais.⁷⁴⁴

A referência à racionalidade pragmática propugna pela realização do ajuste entre “os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social que estão ao alcance da correspondente decisão legislativa”.⁷⁴⁵ Aqui se analisam as condições de cumprimento do comando legal ou de sancionamento em caso de sua violação por parte de seus destinatários (efetividade da lei), bem como da capacidade de se atingir as metas perseguidas (eficácia).⁷⁴⁶

A esse respeito, Scalcon pontua que não há relação necessária entre a efetividade e a eficácia da lei (“exame da própria validade da previsão legislativa que subjaz à lei”), uma vez que o cumprimento da norma por seus destinatários somente implicará reconhecer que os objetivos do legislador tenham sido alcançados “quando,

27, p. 1-3, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/5>. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁷⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM, /S. l.**, v. 1, n. 01, p. 131-143, p. 134-136. 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁷⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal** - Estudios. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355, p. 329 (tradução nossa). Do contrário, “a irracionalidade pragmática surgirá, tanto ante leis penais que não sejam suscetíveis de um cumprimento apreciável pelos cidadãos ou de uma significativa aplicação pelos órgãos de controle social jurídico sancionador, quanto nos casos de leis que não logrem seus objetivos pretendidos”. *Ibid.*, p. 330.

⁷⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 95 (tradução nossa).

de fato, houver uma relação causal entre o seu comando e o objetivo buscado”.⁷⁴⁷ Nesses termos, é imperativo que a norma que trate do âmbito de atuação do *whistleblower* seja apta a construir uma estrutura que tutele e oriente a conduta desse sujeito, sob pena de não ser concretizada a ação prometida e projetada pela decisão normativa de fomentar denúncias.

Já sob o panorama do critério pragmático, a demanda por uma apresentação pública de justificativa para a proposição legislativa merece ser tratada com deferência. Para Barcellos, a exigibilidade dessa publicização decorre de um dever jurídico, de natureza procedimental, que é oriundo de um direito difuso - o direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa (DPEN).⁷⁴⁸ A exibição de justificativas no espaço público, ainda que se trate de um direito autônomo em relação ao mérito dos referidos esclarecimentos, forja-se como um elemento essencial da democracia por representar um estímulo ao debate público, um retrato do compromisso institucional do Poder Público.⁷⁴⁹

No que diz respeito ao conteúdo da justificação, deve-se lançar mão de instrumentos que preencham de sentido o texto justificador de um projeto de lei. Há, pois um conteúdo mínimo exigível, que decorre diretamente da Constituição: todo o ato normativo deverá ser acompanhado de uma justificativa pública que deverá apresentar necessariamente razões e informações sobre três temas específicos: (i) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; (ii) os impactos esperados pela medida proposta e (iii) os custos dessa medida”.⁷⁵⁰ O Estudo de Impacto Legislativo (EIL)⁷⁵¹ do

⁷⁴⁷ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 214, junho 2017, p. 113-130, p. 119.

⁷⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 23.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 93 e 100. De acordo com a autora, “ainda que tenha natureza procedimental, o DPEN não se limita a uma formalidade sem propósito, ‘de modo que qualquer conjunto de palavras vasado em papel atenderia à exigência de justificação do ato normativo’” (Ibid., p. 133).

⁷⁵⁰ Ibid., p. 133-136.

⁷⁵¹ Em investigação de referência sobre Legística, a autora elabora uma proposta de Estudo de Impacto Legislativo acerca da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), para averiguar se as alterações legislativas obedecem aos próprios pressupostos da aplicação da lei vigente e em que grau, bem como se as alterações geraram impacto na sua (in)eficácia. A autora toma como referência o estudo recomendado pela Comissão Europeia (*Better Regulation*/Melhor regulação possível), cuja concepção é mais ampla (regulação de condutas e uniformização de normas), cujo fito é assegurar que as decisões acerca das políticas públicas sejam realizadas de maneira aberta e transparente durante todo o seu ciclo (desenho, preparação, adoção, implementação, aplicação, avaliação e revisão preparadas) e possam causar efeitos

modo como exposto no trabalho de Carolina Ferreira, é um dos instrumentos de grande valia para enriquecer a discussão sobre a racionalidade do processo legislativo. A sugestão da feitura de um EIL para toda e qualquer proposta que crie tipos penais, que aumente, diminua penas ou altere normas processuais penais apoia a elaboração, avaliação e monitoramento das políticas públicas.⁷⁵² Sobre a proposta, refere:

Para cada EIL, seria necessária a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o assunto da alteração legislativa proposta para trazer, à mesma, informações empíricas mais adequadas para a tomada de decisão – pela aprovação ou rejeição da proposição legislativa analisada. [...] O processo legislativo brasileiro, além de ser pouco estudado pelos juristas e encarado como fase procedimental para a aprovação de uma norma jurídica – que, só depois de ser admitida como norma passa a ser objeto de interesse do Direito, por influência do positivismo jurídico-, não possui espaços claros para a discussão de matérias relevantes a toda a sociedade como é o caso das alterações em matéria penal ou processual penal.⁷⁵³

Tanto o reconhecimento de um direito a um devido procedimento na elaboração normativa (DPEN) como a proposta de realização de um Estudo de Impacto Legislativo (EIL) são oportunidades de construção de um diálogo honesto, informado e participativo, que não se reduz à satisfação de interesses individuais ou de grupos. Ambos refletem a compreensão da vida política como ação coletiva, que promove a participação livre dos cidadãos e tem o escopo de conter a violência representada pela política legislativa aplicada ao Direito Processual Penal.

Aqui há uma aproximação com as categorias desenvolvidas por Hannah Arendt a ser destacada, pois trata do modo de realização da política que se aplica, logicamente, à política criminal legislativa.⁷⁵⁴ A esse respeito, a fala da autora é veemente:

semelhantes mesmo em realidades diferentes. Alguns questionamentos são definidos pela Comissão Europeia para o estudo do Impacto: (a) o que é o problema e por que isso é um problema?; (b) por que a UE deveria agir?; (c) o que deveria ser alcançado?; (d) quais as opções para alcançar os objetivos?; (e) quais são os impactos econômicos, sociais e ambientais e quem será afetado?; (f) como comparar as diferentes opções em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios)?; (g) como irá monitorar e como será organizada a subsequente avaliação retrospectiva. FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p. 158-161; EUROPEAN COMMISSION. Better Regulation Guidelines. Brussels, July, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/better-regulation-guidelines.pdf>. Acesso em 01 out. 2021.

⁷⁵² Ibid., p. 179-180 e 189.

⁷⁵³ Ibid., p. 180-182.

⁷⁵⁴ Para Arendt, “a pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção”. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev.

Uma das características da ação humana é a de sempre iniciar algo novo, o que não significa que possa sempre partir *ab ovo*, criar *ex nihilo*. Para dar lugar à ação, algo que já estava assentado deve ser removido ou destruído, e deste modo as coisas são mudadas. Tal mudança seria impossível se não pudéssemos nos remover mentalmente de onde estamos fisicamente colocados e imaginar que as coisas poderiam ser diferentes do que realmente são. [...] Somos livres para reformar o mundo e começar algo novo sobre ele. Sem a liberdade mental de negar ou afirmar a existência, de dizer “sim” ou “não”, - não apenas afirmações ou proposições para expressar concordância ou discordância, mas para as coisas como se apresentam, além da concordância e discordância, aos nossos órgãos de percepção e conhecimento - nenhuma ação seria possível, e ação é exatamente a substância de que é feita a política.⁷⁵⁵

O processo legislativo, por se constituir em um agir político, ocorre entre as pessoas e no espaço público (para além das Casas Legislativas), ou seja, exige a presença do outro. A elaboração da norma torna possível a existência da ação política, pois a organiza. O regramento cria condições para que se proteja e se mantenha possível a reunião dos homens, o que não se faz possível em um regime totalitário, haja vista que a ruptura definitiva representada pelo mesmo aniquila a dignidade da política.⁷⁵⁶

Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. ²¹⁷. Assim, a igualdade dá condições para os homens compreenderem uns aos outros, inclusive os que vieram antes deles, para fazer planos para o futuro, bem como de para preverem as necessidades daqueles que virão depois de si. A seu turno, a diferença torna necessário tanto o discurso como a ação para se fazerem compreender. Ou seja, discurso e ação revelam uma distinção única: “por meio deles, os homens podem distinguir a si próprios, ao invés de permanecerem apenas distintos; ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos apareceram uns para os outros, certamente não como objetos físicos *qua [através dos] homens*” Ibid, p. 218.

⁷⁵⁵ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crisis da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48, p. 15. A ação, categoria central da teoria de Arendt, caracteriza-se por ser ilimitada, imprevisível e irreversível. Farias explica que a ilimitabilidade se caracteriza pela possibilidade de um único ato desencadear novos atos, que provocam reações, convergências, divergências, que dão origem a novos atos. A imprevisibilidade diz respeito à impossibilidade de se poder prever quando, onde e como alguém vai dar início a algo novo, tampouco no que essa ação vai resultar. Já a irreversibilidade é relativa à impossibilidade de se retroceder, de se desfazer a ação. Tais características podem ser “remediadas”/mitigadas por meio do poder de prometer - criar pequenas “ilhas de segurança” no oceano de incertezas que é o futuro - e de perdoar - desfazer atos do passado. FARIAS, Klelton Mamed de. Hannah Arendt e os direitos Humanos. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 225-244, p. 225-226.

⁷⁵⁶ Na lição de Lafer: “O Direito é constitutivo e regulador da ação política, requer consenso e se fundamenta na promessa, categoria que Hannah Arendt reelabora na sua análise de ação junto com a do perdão. A Constituição é, portanto, um construído convencional, no qual a contingência do consenso, cuja autoridade deriva do ato de fundação, é uma virtude, pois a verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política, que ensina a gramática da ação e a sintaxe do poder” LAFER,

Assim, na dinâmica do processo de criação das leis penais e processuais penais, para a garantia de um debate público digno, deve-se resistir à persistente investida de determinados grupos hegemônicos em lotear o espaço público. Nesse contexto, a dimensão de liberdade a ser garantida às pessoas afetadas pela norma, no caso concreto, é questão primordial, cuja resposta condicionará o preenchimento do critério ético proposto por Díez Ripollés.⁷⁵⁷

No Brasil, há um ato legislativo específico, o Decreto nº 9.191/2017⁷⁵⁸, cujo objeto é o estabelecimento de “diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos” ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Trata-se de norma regulamentadora da Lei Complementar nº 95/1998 (“dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”)⁷⁵⁹, cuja previsão encontra-se no artigo 59, parágrafo único, da Constituição Federal.⁷⁶⁰

A sua versão anterior (Decreto nº 4.176/2002) introduziu, segundo Scalcon, um longo e analítico rol de questionamentos que propiciam uma avaliação prospectiva do ato de criação legislativa⁷⁶¹. Ferreira o considera como um importante primeiro passo, mas assevera que um formulário a ser preenchido não atinge a complexidade

Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 118.

⁷⁵⁷ Vide item 4.1

⁷⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 01º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília, 2017. Revogou o ato anterior que regulava a mesma matéria. (Decreto n. 4176/2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm#art59. Acesso em 01 out. 2021. Há alterações parciais promovidas por parte do Decreto nº 10.420, de 07 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10420.htm#art2. Acesso em 01 out. 2021.

⁷⁵⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. [S. l.], 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 01 out. 2021.

⁷⁶⁰ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: [...] Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

⁷⁶¹ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 214, junho 2017, p. 113–130, p. 125. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

própria de um Estudo de Impacto Legislativo (EIL), um processo de avaliação de política pública em que há uma artesanaria a ser observada de acordo com a peculiaridade da matéria a ser regulada.⁷⁶²

No cenário brasileiro, a ausência de aportes empíricos que subsidiem o debate relativo ao instituto do *whistleblowing* e impede o exame qualificado tanto da relevância como da suficiência argumentativa de um discurso justificador. Isso é percebido por Saad-Diniz que aponta que essa circunstância reflete a baixa maturidade do *whistleblowing* no ambiente empresarial brasileiro, uma vez que não permite que se avalie o retorno dos investimentos nesses programas, tampouco sua utilidade dentro de um programa de cumprimento normativo.⁷⁶³

Em síntese, cabe referir que, contrariamente à busca por uma situação ideal de formação de consenso, compreende-se a relevância do critério pragmático a partir de sua potencialidade de aprofundar e ampliar, o mais possível, o debate público acerca da proposta legislativa. Sobre o tema, Marilena Chaui discorre que:

A sociedade não é uma comunidade una e indivisa voltada para o bem comum obtido por consenso, mas, ao contrário, está internamente dividida e que as divisões são legítimas e devem expressar-se publicamente. A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal permitindo que seja trabalhado politicamente pela própria sociedade.⁷⁶⁴

Ainda que as Casas Legislativas sejam o *locus* das decisões mais significativas do processo legiferante, em que se faz presente uma discricionariedade que promove

⁷⁶² FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p. 171-174.

⁷⁶³ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v. 1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021. p. 72-99, p. 80. Prossegue o autor: “pesquisa recente elaborada pela KPMG, mesmo que concentrada em ambiente altamente regulado (como instituições financeiras e mercado financeiro), revelou que não chegam a mais do que 40% as empresas que autodeclararam possuir uma *hotline* com mais de cinco anos de duração. A efetividade do canal de denúncias resume-se a relatos sobre a confiança no uso do canal por parte de colaboradores, funcionários e terceiros”. A pesquisa sustenta-se na volumetria dos relatos (“48% das empresas afirmam que recebem mais do que 37 relatos por ano”), mas nela não há uma palavra sobre a qualidade do relato, que tipo de comportamento, a qualidade dos mecanismos sancionatórios ou como isso expressa comportamento ético. E isso para nem falar sobre os desafios do dever de denunciar, do anonimato, da proteção de interesses de terceiros, do sigilo e da confidencialidade”. *Ibid.*, p. 80.

⁷⁶⁴ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p.431.

negociações próprias de acordo com o interesse de seus presidentes e dos líderes de partidos⁷⁶⁵, o fornecimento de elementos de cognição e valoração que norteiem essa tomada de decisão (via estudos de impacto, análises de direito comparado, pesquisas empíricas, projetos de lei de iniciativa popular, estudo dos episódios que geraram a discussão do PL, etc) constitui-se em uma estratégia de reforço da experiência democrática.

A condição para o preenchimento dessas exigências da racionalidade pragmática implica reconhecer uma maior influência, no processo legiferante, do conjunto de disciplinas empírico-sociais capazes de aportar informações a respeito da matéria sobre a qual vai incidir a legislação.⁷⁶⁶ A participação plural efetiva nas discussões e nas decisões políticas requer informações prévias sobre o que se vai discutir.⁷⁶⁷

No que diz respeito ao critério jurídico-formal ou jurídico sistêmico, a norma criada deve se integrar no conjunto do ordenamento jurídico vigente – Constituição, Tratados e outras leis que regulem a matéria, observadas as exigências formais a serem observadas no processo legiferante.⁷⁶⁸ Como já se advertiu em outro lugar, em se tratando do instituto do *whistleblowing*, a preservação da identidade do denunciante e a ausência de limites preestabelecidos suscitam debates sobre a constitucionalidade desse regramento face ao conflito entre a denúncia anônima ou confidencial e exercício do direito de defesa do denunciado.⁷⁶⁹

Já por racionalidade linguística, deve-se entender a necessidade de que a formulação das leis busque fazer uso de uma linguagem de fácil compreensão por parte

⁷⁶⁵ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p. 155. Vide, ainda: BRASIL, Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 15 set 2021. BRASIL, Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁷⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Exigencias sociales y política criminal. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 37-48, p. 40.

⁷⁶⁷ CHAUL, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p.433.

⁷⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 330.

⁷⁶⁹ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 61.

dos destinatários, o que facilitará seu cumprimento.⁷⁷⁰ A esse respeito, Falavigno adverte sobre a maior atenção a ser conferida à redação da lei dentro do proceder legislativo, cuidado que se exige dos estudiosos e dos parlamentares e que pretende evitar tanto a excessividade de normas penais em branco como a necessidade de sucessivas reformas, ambas as circunstâncias geradoras incerteza jurídica.⁷⁷¹

O processo de criação da lei deve, portanto, considerar todas as racionalidades.⁷⁷²⁷⁷³ Em caso de conflito entre as racionalidades, Díez Ripollés aponta o critério democrático, um vetor complementar vinculado à racionalidade ética, como o legitimado para tal mister.⁷⁷⁴ O autor reconhece que, ao contrário do critério ético, os demais níveis de racionalidade não se fundam em um sistema de crenças e, em razão disso, as controvérsias entre os agentes sociais e políticos, sobre conteúdos da decisão

⁷⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 452. (tradução nossa).

⁷⁷¹ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121–143, p.142.

⁷⁷² De acordo com o autor, na fase pré-legislativa a racionalidade teleológica, condicionada pela ética, tem o protagonismo na etapa de reconhecimento de uma disfunção social, da consolidação do mal-estar coletivo e da configuração de uma opinião pública. Na elaboração dos projetos de lei será comum que as racionalidades pragmática, jurídico-formal e linguística tomem lugar de destaque na discussão. Na fase pós-legislativa, a racionalidade pragmática e teleológica permitem a averiguação se os acordos políticos foram observados. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 98-99 (tradução nossa).

⁷⁷³ Díez Ripollés chega a propor a eficiência como uma dimensão transversal, não como mais um nível de racionalidade, mas um vetor para a redução de conflitos entre as racionalidades a partir da priorização de certos componentes em detrimento de outros segundo um juízo de custo-benefício ou ponderação. Contudo, o próprio autor aponta o alcance limitado dessa diretriz, haja vista a exigência de uma inatingível “ponderação ótima” entre as diversas racionalidades. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 453 e 459 (tradução nossa).

⁷⁷⁴ Mesmo na racionalidade ética existem os critérios para o momento em que o legislador precisa tomar uma decisão além do sistema de crenças, ou seja, quando a combinação de diferentes interesses conflitantes em uma determinada questão é necessária. A racionalidade ética também deve apresentar critérios aplicáveis para que seja adequada às demais racionalidades. Tais critérios são analisados por Díez Ripollés em vários grupos, como critérios ideais, periciais, constitucionais ou democráticos, e considerando que esses critérios se aplicam em situações conflituosas com as demais racionalidades de um caso específico. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121–143, p.138-139 (tradução nossa).

sobre assuntos penais e de segurança cidadã, tornam necessário o retorno à arena política.⁷⁷⁵

Lançar-se mão do critério democrático, vinculado às convicções sociais majoritárias⁷⁷⁶ implica reconhecer-se que, muitas vezes, essas maiorias estão condicionadas por uma mentalidade securitária, cuja capacidade discursiva não permite uma perspectiva que ultrapasse uma solução simplista representada, por exemplo, pelo populismo punitivo. Díez Ripollés argumenta que, mesmo diante das dificuldades de interação política direcionada ao enfrentamento das distopias das maiorias eventuais⁷⁷⁷, não se pode abrir mão da ampliação do debate político no processo da elaboração de leis penais (e processuais penais, segundo hipótese deste trabalho).⁷⁷⁸ O modelo de racionalidade legislativa proposto pelo autor não desprestigia os processos institucionais de deliberação e formação da vontade coletiva, mas busca enriquecê-los a partir da acomodação das opiniões populares em todas as fases do procedimento legislativo.⁷⁷⁹ Como todos os problemas comuns à sociedade, não há alternativa para a discussão das pautas político-criminais fora da esfera pública.

Neste ponto, há um diálogo entre o argumento de Díez Ripollés com o pensamento de Arendt, cuja ideia de reorganização da vida pública está vinculada à esfera política, um espaço plural marcado pelo dissenso⁷⁸⁰, antagonismo, agonismo.⁷⁸¹

⁷⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 459-461 (tradução nossa).

⁷⁷⁶ Segundo o autor: “O critério democrático remete às convicções sociais amplamente majoritárias e tem uma relevância distinta, segundo a racionalidade de que se trate: de muita relevância na racionalidade teleológica, reduz sua significação na medida em que avança nos níveis de racionalidade, recuperando novamente sua importância quando se trata de acomodá-las em seu conjunto”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 93.

⁷⁷⁷ O autor cita que as opiniões coletivas possuem escassa disposição para aplicar os direitos e garantias individuais aos membros da sociedade que são qualificados como delinquentes ou suspeitos de sê-los, o que decorre das distorções da percepção do significado que essas garantias têm na configuração do direito penal. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 195 (tradução nossa).

⁷⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 461-463 (tradução nossa).

⁷⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 194.

⁷⁸⁰ Sobre a ideia de consenso em Arendt, Bárbara Braga destaca a ênfase dada ao consenso, ao consentimento, ao comum acordo e ao pacto, como fontes primordiais da constituição legítima do poder político, não se exige que todos os homens estejam sempre de acordo sobre todos os aspectos durante

Para Arendt, a política possui estreita relação com a liberdade humana (sua razão de ser) e pressupõe um espaço para o desenvolvimento da discussão, do discurso e da ação (seu campo), intrinsecamente relacionados pois o agir do indivíduo é revelado pela palavra (“anuncia o que faz, fez e pretende fazer”).⁷⁸² Desta forma, “apoiar uma lei nada mais significa que lhes dar o consentimento, que, implica o reconhecimento manifesto de que politicamente nenhum homem pode agir sozinho”⁷⁸³ para aplacar a violência autoritária. Em tal contexto, o consenso cristalizado na determinação das políticas legislativas é a projeção de uma vontade de facere.⁷⁸⁴

O movimento legislativo brasileiro das últimas décadas tem revelado uma realidade plena de “leis sem qualquer racionalidade em um plano de política criminal perverso, acéfalo ou inexistente, pois sequer tem definido o que pretende alcançar”.⁷⁸⁵ E isso provoca a indagação sobre o atual estado de coisas à política criminal legislativa

todo o tempo, pois o engajamento criado pelo consenso é sempre transitório, jamais plenamente estável. A esfera política é, deste modo, marcada pelo dissenso, agonismo, antagonismo e, em sua extrema possibilidade, pela guerra. BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. Instituição e estabilização do espaço público no pensamento de Hannah Arendt. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 245-253, p. 250-251.

⁷⁸¹ Sobre o tema: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147. ano 26. Setembro 2018, p. 779-811, p. 780.

⁷⁸² A existência da pluralidade é admitida por Arendt a partir da sua coexistência com as individualidades. De acordo com a autora: “O fato de o homem ser capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isso só é possível porque cada homem é único, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. Desse alguém que é único pode-se dizer verdadeiramente que antes dele não havia ninguém. Se a ação, como início corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como um ser distinto e único entre iguais”. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 220.

⁷⁸³ Conforme leciona Farias, para Hannah Arendt, a lei possui uma tarefa de estruturação formal da comunidade política, sob a qual os homens podem reunir-se na modalidade do discurso e da ação, sem que fosse desconsiderada a função coercitiva da mesma, mas entendido que o efeito sancionatório não constituía a essência das leis e sim um aspecto derivado da função estrutural, a saber, o objeto da sanção não é outro senão aqueles cidadãos que desejam satisfazer interesses próprios ao excepcionar o cumprimento das leis. FARIAS, Klelton Mamed de. Hannah Arendt e os direitos Humanos. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 225-244, p. 228-229.

⁷⁸⁴ FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 77, 2001, p. 421-432, p. 425.

⁷⁸⁵ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ausência de racionalidade na política criminal no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de janeiro de 2020, p. 1-4, p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil>. Acesso em 5 out. 2021.

que rege este trabalho: está-se diante de uma desorientação, da ausência de sentido da política criminal legislativa ou de um disfarce “justificado” pela necessidade de dissimulação da ideologia neoliberal que funda o seu discurso atual?⁷⁸⁶

Na análise efetuada por Arendt sobre a relação entre a Verdade/Política e Mentira/Política, a autora afirma a dignidade da verdade factual como um referente a partir do qual a discussão política possa acontecer como exigência para a preservação de um mundo comum⁷⁸⁷. A salvaguarda da verdade factual é condição prévia a uma política criminal não autoritária, pois o autoritarismo necessita da mentira organizada como instrumento de gestão. Nas palavras da autora:

Sempre se consideraram as mentiras como ferramentas necessárias e justificáveis ao ofício não só do político ou do demagogo como também do estadista. Por que é assim? E o que isso significa, por um lado, para a natureza e dignidade do âmbito político, e, por outro, para a natureza e dignidade da verdade e da veracidade? [...] E as mentiras, vistos serem amiúde utilizadas como substitutos de meios mais violentos, podem ser consideradas como instrumento relativamente inofensivo no arsenal da ação política. [...] As possibilidades de que a verdade factual sobreviva ao assédio do poder são de fato por demais escassas; aquela está sempre sob o perigo de

⁷⁸⁶ Para Gloeckner e Ramos: “Independentemente de como se possa ou queira classificar a política criminal brasileira, parece ser inevitável concluir que na base da sua retórica figuram ideias tributárias do realismo de direita, cujo discurso preconiza abertamente o aplainamento da complexidade da questão criminal e das alternativas ao seu enfrentamento: de um lado, pululam explicações sociobiológicas para a criminalidade; explicações que guindam as noções de ‘risco’ e ‘prevenção’ à condição de categorias sociopolíticas estruturantes, vale dizer, fundamentais; de outro, percebe-se o apelo cada vez mais recorrente a um tipo de argumentação que se ancora em concepções moralizantes extraídas, basicamente, do senso comum (p. ex. cidadãos de bem *vis-à-vis* criminosos irrecuperáveis); concepções que a um só tempo propugnam pela ‘racionalização’ do sistema de justiça criminal, especialmente pela redução do número supostamente excessivo de garantias previstas em prol de acusados e condenados, e reivindicam uma espécie de *back to basics* em matéria de política criminal”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147. ano 26. Setembro 2018, p. 785-786. Diante disso, os autores consideram que não há valia (heurística) em taxar a política criminal brasileira de populista, de midiática, de imediatista ou mesmo de emergencial, uma vez que cada termo carrega consigo a tentativa de dar uniformidade a um *corpus* discursivo irredutivelmente heterogêneo. Reconhecem, portanto, que “o melhor seria dar lugar à tarefa de identificação dos argumentos criminológicos *peer to peer*, providência que, a nosso juízo, teria o condão de favorecer o desenvolvimento de uma compreensão mais vertical acerca das idiossincrasias da política criminal brasileira que, em virtude da própria dinâmica da vida política nacional, sempre escapará às demarcações teóricas dos modelos explicativos concebidos pelas ciências criminais” (Ibid., p. 787).

⁷⁸⁷ Para Arendt, o mundo é o lugar onde vivem os homens. A condição humana pressupõe a pluralidade: “os homens no plural, isto é, os homens na medida em que vivem, se movem e agem neste mundo, só podem experimentar a significação porque podem falar uns com os outros; os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 5 e 8.

ser arditosamente eliminada do mundo, não por um período apenas, mas, potencialmente, para sempre.⁷⁸⁸

Parte-se do seguinte pressuposto: a dignidade da política criminal legislativa repousa na imposição de limites à atividade legiferante, a partir da imposição de critérios de racionalidade à lei e aos projetos de lei que tratam do instituto do *whistleblowing*.

A apreciação das justificativas das referidas proposições legislativas possui razão de ser porque é, a partir dos seus conteúdos, que se pode aferir: (i) se houve a preocupação do legislador com a enunciação da verdade dos fatos, comportamento eticamente esperado por parte daqueles que deliberam definitivamente sobre a criação da lei ou (ii) se tais pronunciamentos nada mais são do que exemplos concretos do domínio da esfera pública pela mentira organizada através da criação de imagens, que reforcem a ideia de “solidariedade contra inimigo comum”, para uma massa não esclarecida.

4.2 OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

O exame dos projetos de lei, especialmente de suas justificativas, conduz à compreensão de que a potencial eficácia dos programas de *whistleblowing* parece ser significativamente menor do que seus discursos justificadores preconizam.⁷⁸⁹

O funcionamento dos programas de *whistleblowing* são apresentados para debate e apreciados como se a sua realização prática equivalesse à fabricação de uma ferramenta, cujo resultado final pudesse ser previsto com grande margem de

⁷⁸⁸ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 282-326, p. 284-287.

⁷⁸⁹ A abordagem desta pesquisa, que não examina dados empíricos acerca dos programas de *whistleblowing*, não permita que se aponte, peremptoriamente, a ineficácia dos mesmos. Ressalte-se que uma das premissas desta tese é o reconhecimento de que os discursos que sustentam a eficiência deste meio de investigação são falaciosos porque há óbices ao atingimento das finalidades a que se propõem, são excluídos, do debate público, elementos importantes dessas falas.

segurança⁷⁹⁰ e sem qualquer efeito colateral pernicioso para o sistema de justiça criminal.

Em verdade, a regulamentação dos canais de denúncia está lastreada na “funcionalização do direito do *whistleblower* de relatar, atrelando-o ao poder-dever do Estado de apurar a consistência da comunicação e proceder à persecução”⁷⁹¹. Trata-se de uma ação estratégica orientada pela lógica de meios e fins, guiada por uma razão instrumental – a premência de se facilitar a apuração de ilícitos e irregularidades no âmbito de entidades públicas e privadas, mediante proteção e recompensa a quem denuncie espontaneamente. Esse modo impulsivo e irrefletido de ação que marca essas medidas legislativas evita o enfrentamento de problemas subjacentes e dirige seu esforço à busca por “uma forma de reação que dê alívio e gratificação”.⁷⁹² De todo modo, não há como negar que se está, pois, diante de um tratamento leviano dado pela legislação às questões relativas a atos investigativos e de seus atores.

A transcrição das justificativas das referidas proposições legislativas têm a intenção de expor as falas que direcionaram o processo de elaboração dos projetos de lei, as quais indicam a apropriação da política criminal pelo interesse econômico de certos grupos de poder interessados.⁷⁹³ As disputas de poder (lutas simbólicas) realizadas no campo político (no caso, parlamento) tem sido dominadas por profissionais (parlamentares) que representam setores sociais e econômicos hegemônicos (clientelas que lhe são externas da classe política)⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 288.

⁷⁹¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-109, p. 96.

⁷⁹² PEREIRA, André Martins. **Populismo penal e política criminal brasileira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 68.

⁷⁹³ Concorda-se com as pontuações de Zaffaroni, no sentido de que, devido ao colonialismo tardio/globalização (que o autor denomina *tardo-colonialismo*), “o controle social punitivo dos nossos dias responde a um marco de poder planetário diferente daquele que gerou as críticas criminológicas, tanto moderadas quanto radicais, da segunda metade do século passado”, de modo que “o poder político de origem democrática está sendo transferido para os gestores das corporações, atuais tomadores de decisões, das quais os governantes dos países-sede não conseguem ser libertados, gerando, desta forma, Estados *pós-soberanos*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 45-47.

⁷⁹⁴ BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 164. Para o autor: “o campo político exerce, de fato, um efeito de censura ao limitar o universo

Como o campo político é altamente hierarquizado, excludente e dotado de uma linguagem específica, o cidadão comum não tem muito espaço de participação – a sociedade civil está integrada ao jogo parlamentar, mas com reduzida capacidade de mobilização.⁷⁹⁵ Normalmente o homem comum acaba afastado do jogo político e delega essa possibilidade de “jogar” (tratar das questões políticas) a uma determinada classe de agentes.⁷⁹⁶ Em razão disso, pontua Bordieu:

A fronteira entre o que é politicamente dizível ou indizível, pensável ou impensável para um a classe de profanos determina-se na relação entre os interesses que exprimem esta classe e a capacidade de expressão desses interesses que a sua posição nas relações de produção cultural e, por este modo, política, lhe assegura⁷⁹⁷

Esse poder simbólico no campo político cria mecanismos de oferta e demanda. Os políticos criam demandas e apresentam soluções para as mesmas. Ao cidadão, tratado como consumidor, cabe “comprar” a melhor opção.⁷⁹⁸

Sob esse viés, tem-se que os conteúdos das justificativas nada mais são do que perdas de oportunidade da cidadania de ter acesso à informações relevantes sobre a concretude do instituto do *whistleblowing* e das potenciais deturpações provocadas por uma normatização deficitária. A técnica comunicacional, típica da publicidade, foi transportada para o campo da política criminal a fim de tornar críveis as promessas contidas nas propostas legislativas expostas a escrutínio.

daquilo que é pensável politicamente, ao espaço finito dos discursos suscetíveis de serem produzidos ou reproduzidos nos limites da problemática política como espaço das tomadas de posição efetivamente realizadas no campo, quer dizer, sociologicamente possíveis dadas as leis que regem a entrada no campo” Ibid., p.165.

⁷⁹⁵ BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad. Rosa Freire D’Aguiar. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 463.

⁷⁹⁶ LUZ, Thaíze Ferreira da. Campo político a partir da perspectiva de Bourdieu e do poder: implicações no campo jornalístico. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. v. 06, ed. especial, mar., 2020, p. 1-14, p. 7.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 165.

⁷⁹⁸ BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 164. De acordo com o autor: “O que faz com que a vida política possa ser descrita na lógica da oferta e da procura é a desigual distribuição dos instrumentos de produção de uma representação do mundo social explicitamente formulada: o campo político é o lugar em que se acham envolvidos produtos políticos, problemas, programas, observações, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de ‘consumidores’, devem escolher, com probabilidades de mal-entendidos tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção” Ibid., p. 164.

O primeiro dos projetos de lei analisados, o PL nº 1.701/2011, que tramita na Câmara dos Deputados, é, atualmente, a proposição legislativa que possui o maior número de projetos apensos como substitutivos, dentre as quais se encontram as propostas mais atuais, contemporâneas à lei vigente.⁷⁹⁹

Em segundo lugar, analisa-se conjuntamente os PLs nº 9.167/2017 e nº 11.116/2018, os quais, ainda que estejam apensados ao projeto de lei anterior, possuem um detalhamento do instituto do *whistleblowing*, refletido inclusive nas justificativas, que reclama uma análise em separado.

A última proposta legislativa examinada é o PL nº 3.506/2012⁸⁰⁰, cujo conteúdo propugna pela inserção, no rol dos crimes hediondos, dos crimes de peculato (art. 312, CP), concussão (art. 316 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP) e corrupção passiva (art. 317 do CP).

4.2.1 Projeto de Lei (PL) nº 1701/2011

Esta proposta institui o “Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção” por meio do qual se estabelece a possibilidade de que um sujeito (informante), ao contribuir para o esclarecimento de crime contra a Administração e contra o patrimônio público, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados, tenha direito à recompensa em pecúnia.⁸⁰¹

A proposição legislativa, de autoria atribuída ao Deputado Federal Manato (PDT/ES)⁸⁰² foi objeto de divulgação pelo Portal Câmara Notícias em 18/11/2011 da seguinte forma:

⁷⁹⁹ Projetos de Lei nºs 6.132/13, 588/15, 3.527/15, 8.727/17, 9.167/17, 11.079/18, 2.411/19, 83/15, 4.080/15, 11.116/18, 13/19, 65/19 e 3.906/19.

⁸⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Apresentação do Projeto de Lei n. 3.506/2012. Brasília, 22 março de 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=973671&filename=PL+3506/2012. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸⁰¹ Ementa da proposta legislativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/510440>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸⁰² De autoria do Deputado Federal Manato (PDT/ES) apresentado em 29/06/2011. A proposição encontra-se na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados desde 02/08/2011, com parecer favorável do Relator, Deputado Kim Kataguri (DEM/SP) pela aprovação deste e de projetos apensados como substitutivos (PL nº 6.132, de 2013; PL nº 3.527, de 2015; PL nº

[...] O cidadão que denunciar crime contra a administração pública poderá receber uma recompensa equivalente a 10% do total de bens e valores recuperados pela Justiça. A recompensa será limitada a cem vezes o valor do salário-mínimo (atualmente em R\$ 545). [...] A denúncia poderá ser apresentada à polícia ou ao Ministério Público por qualquer pessoa com mais de 18 anos. Se for necessário, ele poderá ser incluído no Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pela Lei n. 9807/99. O incentivo à denúncia por meio de recompensa auxiliará a polícia e o Poder Judiciário na coleta de provas, agilizando os procedimentos investigatórios e judiciais, e propiciando um aumento na resolução de crimes, avalia o deputado Manato.⁸⁰³

A justificativa da proposta original tinha o seguinte teor:

A corrupção tem sido um grande obstáculo ao desenvolvimento nacional. Sua prática não só enfraquece os valores éticos, como também prejudica o sistema democrático e a economia do país. Atinge cada indivíduo diretamente, seja no âmbito moral, diante da lesão à sua dignidade como cidadão que contribui para o bem-estar e desenvolvimento da sociedade trabalhando e recolhendo impostos, seja no âmbito patrimonial, quando o Estado deixa de realizar projetos e promover melhorias em virtude de desvios fraudulentos de verbas públicas. Por meio da corrupção e de suas variadas formas fraudulentas todos os cidadãos são prejudicados e os recursos públicos são dilapidados. Não obstante ser dever do cidadão denunciar atos irregulares de que tenha conhecimento, o incentivo à denúncia por meio de recompensa pecuniária auxiliará a Polícia e o Poder Judiciário na coleta de provas, agilizando os procedimentos investigatórios e judiciais, e propiciando um aumento na resolução de crimes da espécie de que trata a presente lei. Ademais, desestimulará a prática desses crimes uma vez que cada membro da sociedade fiscalizará com maior interesse qualquer ato que possa vir a prejudicar a coletividade. A denúncia eficaz não só previne a prática do crime por desencorajar o agente à prática do ato de corrupção, como também permite a reprimenda ao agente criminoso por meio de prisão e de recuperação dos valores e bens desviados ou subtraídos. Por outro lado, para um combate efetivo da corrupção faz-se necessária a proteção do informante, colocando-se à sua disposição mecanismos de proteção de sua vida e punindo-se aqueles que não respeitarem o sigilo da fonte e anonimato do informante.⁸⁰⁴

4.080, de 2015; PL n° 588, de 2015; PL n° 83, de 2015; PL n° 8.727, de 2017; PL n° 9.167, de 2017; PL n° 11.079, de 2018; PL n° 11.116, de 2018; PL n° 13, de 2019; PL n° 2.411, de 2019; PL n° 3.906, de 2019 e PL n° 65, de 2019). Situação/última movimentação: Pronta para entrar na pauta de votações na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2022372. Acesso em 11 ago 2021.

⁸⁰³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1701/2011. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/225000-projeto-cria-recompensa-para-quem-denunciar-corrupcao/> Acesso em: 10 jul 2021.

⁸⁰⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Apresentação do Projeto de Lei n. 1701/2011**. Brasília, 29 jun 2011. Disponível em:

À formulação evidenciada pela justificativa da proposição legislativa acima, merece referência o contra-argumento cáustico de Zaffaroni: “diante do escândalo midiático da corrupção, os Estados reagem com leis com as quais pretendem vender a ilusão de sua eficácia preventiva”.⁸⁰⁵ Descortina-se, portanto, o aprisionamento do *whistleblowing* a uma “agenda anticorrupção”, na acepção mais nefasta desse termo.⁸⁰⁶

O projeto original tem oito artigos e é dividido em quatro capítulos que tratam, respectivamente, “do informante e da denúncia”, “da recompensa devida ao informante”, “do processo para habilitação do crédito” e “da proteção especial ao informante”.⁸⁰⁷

De acordo com a proposição, a denúncia poderá ser apresentada por qualquer cidadão (com mais de 18 anos de idade e capacidade civil plena) junto a qualquer órgão de segurança ou ao Ministério Público, cabendo ao órgão que receber o reporte assegurar-lhe o anonimato e o sigilo da fonte.⁸⁰⁸

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=893596&filename=Tramitacao-PL+1701/2011. Acesso em: 11 jun 2021.

⁸⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 77.

⁸⁰⁶ Em texto sobre as relações entre mídia e produção legislativa criminalizadora no Brasil, Marília Budón examina faz uso da teoria do agendamento (*agenda-setting*) para explicar o modo como a mídia pauta determinadas matérias e gera influência significativa capaz de pressionar o Legislativo para que sejam tomadas medidas que solucionem tais problemas oriundos da sociedade. Segundo a autora: “A teoria do *agenda-setting* foi criada por Maxwell McCombs e Donald Shaw, a partir dos anos sessenta nos Estados Unidos e, a princípio, o que ela definiu foi que a mídia determina o que irá se sobressair na sua pauta, ou seja, a ‘agenda’ assim repassando para a opinião pública. A mídia, como instrumento de comunicação, tem a tarefa de expor todas as aflições da sociedade e do mundo. No entanto, às vezes, seus ‘discursos’ reproduzem mal os acontecimentos ou vinculam a formação da opinião pública. Para averiguar como a mídia tem a capacidade de influenciar a opinião pública ou a quem seu discurso associa, vários estudos foram elaborados, chegando à conclusão da ‘Teoria do Agendamento’. É notável que a responsabilidade do legislador na elaboração das leis tem forte influência da mídia. A teoria do agendamento tem o sentido de estabelecer determinadas prioridades, urgências, criando uma ideia de ‘pauta’. Assim se explica porque a mídia ‘agenda’ o Poder Legislativo, pois este é impulsionado a tomar medidas através dos assuntos expostos na mídia, porque se torna mais relevante e com um enorme grau de importância”. DOTTO, Henrique; BUDÓ, Marília de Nardin. O poder de agendamento da mídia nas decisões legislativas em matéria criminal. **Revista Palotina de Estudos Jurídicos e Sociais – Faculdade Palotina**. v. 01, n.02, Santa Maria, 2015, p. 1-20, p. 11-14.

⁸⁰⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1701/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=893596. Acesso em 15 set. 2021.

⁸⁰⁸ Art. 2º e parágrafo único do art. 3º, ambos do PL.

Como requisitos da denúncia foram previstas a descrição dos fatos, de forma clara e detalhada, com informações relevantes, provas e documentos comprobatórios da prática do ilícito e a indicação do autor do ilícito ou descrição que possa levar à sua precisa identificação.⁸⁰⁹ Estabeleceu-se que o fornecimento de informações imprescindíveis para a apuração do ilícito, punição dos acusados e recuperação de bens e valores ensejará o pagamento correspondente a 10% (dez por cento) do total dos valores e bens apreendidos até o limite de 100 (cem) salários-mínimos.⁸¹⁰

Para sustentar o pagamento de tais valores, o projeto determina que a União Federal crie um Fundo para a Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais.⁸¹¹ Em se verificando o trânsito em julgado da sentença condenatória, ao interessado caberá providenciar a sua habilitação de crédito junto a esse fundo.⁸¹² Por fim, determina o projeto que o *whistleblower*, receberá proteção, se necessário, por meio de ingresso no Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pela Lei nº. 9.807/1999.⁸¹³

Na versão atual da proposta, datada de 02/06/2021, cuja relatoria incumbe o Deputado Federal Kim Kataguiri (DEM/SP), foi acolhido o apensamento de outras 13 proposições legislativas.⁸¹⁴⁸¹⁵ Acresceu-se à justificativa anterior, a seguinte argumentação (resumo extraído do texto):

⁸⁰⁹ Art. 3º do PL.

⁸¹⁰ Art. 4º do PL.

⁸¹¹ Art. 5º do PL.

⁸¹² Art. 6º do PL.

⁸¹³ Art. 9º do PL.

⁸¹⁴ Dentre elas, os PLs n. 9617/2017 e n. 11.116/2018, examinados, em separado, a seguir

⁸¹⁵ Sobre os projetos apensos, merecem destaque, ainda: (I) o PL n. 6132/203 (Dep. Enio Bacci, PDT/RS). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodeor=1118176&filename=PL+6132/2013. Acesso em 10 mai 2021; (II) PL n. 3.527/2015 (Dep. Federal Mendes Thame, PSDB/SP), que cria a figura do “cidadão colaborador” (aquele que, servidor público ou não, sozinho ou em conjunto com outros, fornecer informações às autoridades competentes de maneira a colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, caso em que poderá receber uma recompensa em troca das informações fornecidas), fixando critérios para aumentar e para diminuir a recompensa a ser paga. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1408722&filename=PL+3527/2015. Acesso em 10 maio 2021; (III) PL 8.727/2017 (Dep. Mendes Thame, PSDB/SP), o qual prevê, inclusive, a realização de um Teste de Integridade ao qual podem ser submetidos servidores, empregados e agentes públicos, agentes políticos, e demais ocupantes de função pública, com resultados a serem usados para fins disciplinares e correccionais (art. 2º), além de estabelecer programa de proteção e incentivo a relatos. Disponível em:

(a) O desenvolvimento de nosso País depende de uma série de fatores econômicos, sociais e culturais, entre os quais se inclui uma participação mais efetiva da sociedade nos assuntos de interesse comum; (b) a efetividade desse desenvolvimento não prescinde da ampliação do controle social diretamente pelos cidadãos, pela mídia e pelas organizações não governamentais com vistas a garantir que o patrimônio público seja gerido de modo honesto e transparente; (c) algumas ações preventivas (v.g. aumento na remuneração de servidores públicos de carreiras estratégicas, a reforma política e o fortalecimento do controle interno e externo) podem ocorrer paralelamente ao conteúdo das presentes proposições, por serem eficientes no combate da corrupção em sua raiz, reduzindo o esforço do setor público no sentido de recuperar os valores malversados; (d) a proposição apresenta-se como uma das estratégias que o poder público pode adotar para maximizar os riscos de punição dos indivíduos envolvidos em corrupção, por meio da elevação dos incentivos para oferecimento de denúncia, com a previsão de mecanismos inibidores de tentativas aventureiras, e (e) detalha-se o conteúdo formal da denúncia e a previsão de recompensa, respectivamente, visando obrigar o reportante a apresentar informações claras, objetivas e determinantes para o desbaratamento de prática criminosa na administração pública.⁸¹⁶

As alterações acima citadas incluem os Tribunais de contas como órgãos a serem receptores e redirecionarem as denúncias de acordo com as suas competências.⁸¹⁷

Quanto ao conteúdo da denúncia, estabeleceu-se que não serão processadas denúncias que tragam meras indicações de atos administrativos irregulares ou passíveis de anulação, tampouco se previu recurso contra a decisão de não dar prosseguimento a ela.⁸¹⁸ Condicionou-se o pagamento da recompensa (10% sobre os valores efetivamente recuperados) ao fornecimento de uma informação inédita, vedado o pagamento a mais de um cidadão pela mesma denúncia.⁸¹⁹

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602844&filename=PL+872+7/2017. Acesso em: 10 maio 2021, e (IV) Projeto de Lei (PL) nº 3165/2015 O projeto, apresentado por parte do Dep. Federal Onyx Lorenzoni (DEM/RS), em 30/09/2015. A proposta incluía a exigência de boa-fé no relato (art. 3º, *caput*), além da possibilidade de o denunciante reportar crime ou de ato de improbidade administrativa de sua própria autoria, com possibilidade de redução de pena de um a dois terços. Foi requerido apensamento ao Projeto de Lei nº 1.701/2011 em 20/08/2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2060621&filename=Tramitacao-PL+3165/2015. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1.701, de 2011**. Apresentação 02 junho de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2022372. Acesso em: 15 set 2021.

⁸¹⁷ Art. 2º da versão atual do PL.

⁸¹⁸ Art. 4º e § 3º do art. 2º, ambos da versão atual do PL.

⁸¹⁹ Art. 6º, § 3º e Art. 8º, § 4º, ambos da versão atual do PL.

O primeiro equívoco que se aponta diz respeito ao argumento que vincula a cidadania à capacidade estatal de criar condições de denúncia ou de repasse de informações às autoridades investigadoras acerca de crimes e ilícitos extrapenais, com a devida segurança para os reportantes e seus familiares.

A premissa é incorreta. O agir cidadão, assim como não se limita ao exercício do direito ao voto, tampouco é condicionado à possibilidade de efetuar denúncias e, em razão disso, de se poder exigir do Estado que proporcione um ambiente propício a tal prática. Como pontua Bordieu, o cidadão é aquele que tem o direito e, em certo sentido, o dever de participar do jogo político, sendo a obrigação de votar apenas uma consequência dessa definição.⁸²⁰ A cidadania deve, portanto, ser compreendida em uma acepção bem mais ampla, o que Arendt aponta como o “direito a ter direitos”⁸²¹, ou seja, o direito de acesso pleno à ordem jurídica que acolha o cidadão e que permita “experiências de participação política ativa”⁸²² - o compartilhar o mundo.

Reconhece-se, portanto, que a pessoa que ostente a condição de *whistleblower* tem o direito a ser protegida e a receber recompensas por ter fornecido informações relevantes para apuração de ilícitos, mas essa possibilidade de participação incentivada possui uma extensão bem mais restrita do que a dimensão do que se concebe como cidadania.

⁸²⁰ BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad. Rosa Freire D’Aguiar. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 463.

⁸²¹ De acordo com Lafer: “A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que a ‘cidadania é o direito a ter direitos’, pois a igualdade em dignidade e direito não é um dado; é um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum - ‘o direito de pertencer a uma comunidade política’. LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 114.

⁸²² PEIXOTO, Cláudia Carneiro; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Pensar a cidadania em Hannah Arendt: direito a ter direitos. In: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning (orgs.) **Direitos sociais fundamentais**: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade. Rio Grande: Editora da FURG, 2013, p 51-70, p. 66. Embora este estudo não tome referência a crítica de Arendt à democracia representativa viabilizada pelos partidos políticos, cuja alternativa ofertada pela autora consiste na instituição de conselhos, a concepção de cidadania é, por esta pesquisa, adotada. Advertem os autores supracitados que: “Pode-se aduzir que a proposta arendtiana de um estado conselho, ou de uma representação via conselho, embora resolva o problema de uma participação ativa, é inviável numa sociedade de massas, como a contemporânea. Arendt não desconhecia tais dificuldades, o que não foi empecilho à sua defesa, uma vez que para a autora, a verdadeira felicidade, ou a autêntica felicidade do homem enquanto humano, está em tomar parte dos assuntos públicos”. *Ibid.*, p. 67.

As delimitações feitas acima são necessárias porque, a partir de experiências internacionais consideradas bem-sucedidas, depara-se com manifestações efusivas que apregoam o modelo de *whistleblowing* como um instrumento “que dá voz a uma sociedade cansada de ser relegada por seus gestores públicos [e transforma] cada cidadão [em um] instrumento de transformação cultural”.⁸²³ Ou, ainda, que “um sistema eficiente de proteção aos denunciantes, com previsão de premiações econômicas, poderia ensejar mudanças de comportamentos sociais e fortalecer o controle social da administração pública”.⁸²⁴ No entanto, em que pese não se possa ignorar a potencialidade de que informações de interesse público, fornecidas a tempo e devidamente apuradas, sejam de grande valia social⁸²⁵, a “apresentação quase negligente do modelo”⁸²⁶ revelada pelo conteúdo das justificativas, bem como pela estruturação dos projetos de lei, não subsidia um debate responsável sobre o tema.

⁸²³ 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**. v. 150, p. 189 – 233, p. 191, dezembro 2018.

⁸²⁴ CAMBI, Eduardo; KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Whistleblowers* no enfrentamento à Corrupção. **Revista dos Tribunais** v. 1013, p. 177-198, p. 179, Mar 2020.

⁸²⁵ Em artigo sobre um episódio ocorrido pouco tempo antes da Barragem de Brumadinho/MG, Souza narra a levandade no trato de uma denúncia por parte de quem detinha a obrigação legal de apurá-la, o que a nosso ver reforça a necessidade do exame mais detido dos riscos e dos efeitos perversos do reporte para o sujeito que faz a denúncia: “Um funcionário da empresa Vale enviou e-mail para o então presidente da companhia, sr. Fabio Schwartsman. Na mensagem eletrônica, com o título ‘A Verdade!’, o funcionário, que não quis se identificar, teceu longa crítica às operações da mineradora, fazendo afirmações no sentido de que as barragens estariam ‘no limite’, bem como ponderando sobre a necessidade de mudanças para que ‘condições mínimas de operação segura para pessoas e instalações fossem garantidas’. Segundo a denúncia oferecida pelo MPMG, em vez de aceitar a crítica e demandar eventual apuração visando a corrigir equívocos e garantir a segurança de pessoas e instalações, a reação do ocupante da presidência da corporação foi outra. Ele iniciou uma troca de e-mails com pessoas-chave na estrutura de ética, governança e auditoria interna da Vale, com o objetivo de identificar e punir o autor das informações contidas na mensagem inicial. [...]. Aquele gravíssimo desastre não só era previsível, como evitável. Caso a alta direção da companhia Vale – e das demais pessoas físicas e jurídicas criminalmente denunciadas – tivesse procurado corrigir as falhas nas operações de exploração de minério, em especial diante das péssimas condições de segurança das barragens, em vez de tentar descobrir a identidade do informante com a finalidade de retaliá-lo, talvez vidas humanas e o ecossistema de toda uma região fossem poupados”. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In: BARBOZA, Marcia Noll; WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia. (Org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: 2a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2020, p. 32-53, p. 33 e 51.

⁸²⁶ BOTTINO, Thiago; VALENTE, Adriano. Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 243–257, p. 244, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/21>. Acesso em: 13 out. 2021.

Em segundo lugar, ao se justificar que o desenvolvimento do país depende da ampliação do controle social a ser feito por organizações não governamentais, pelos cidadãos e pela mídia, o projeto representa a materialização do que Garland aponta como “uma forma bem diferente de gerir os crimes e os criminosos, um terceiro setor ‘governamental’ - o novo aparato de prevenção e segurança”.⁸²⁷ Para esse autor:

As fronteiras formais do campo do controle do crime não são mais marcadas pelas instituições do Estado de justiça criminal. O controle do crime está se tornando responsabilidade não só dos especialistas da justiça criminal mas de todo um conjunto de atores sociais e econômicos. O desenvolvimento deste novo setor começou a alterar o equilíbrio geral do campo. Em vez de perseguir, processar e punir os indivíduos, ele visa a reduzir a oferta de eventos criminosos através da minimização de oportunidades, da intensificação de controles situacionais e da evitação de situações criminogênicas.⁸²⁸

A ampliação do campo de controle do crime para além do Estado descortina uma falácia da ideologia neoliberal: a defesa da redução da intervenção estatal. Em verdade, o fortalecimento de um Estado policial⁸²⁹⁸³⁰ evidencia que “essa redução é seletiva, e não necessariamente completa, pois há, ainda, um ramo público do qual as políticas neoliberais não podem abrir mão: o sistema penal”.⁸³¹ A esse respeito, Juarez Tavares, de há muito, manifestou sua insurgência:

O Estado desmontado não se extingue, se expande, na reprodução, sob outro nível, dos princípios da centralização e descentralização. A privatização do Estado consiste precisamente nisso, de expandir o poder político simbólico em todos os sentidos, mas repartir a sua atuação prática com os verdadeiros donos desse poder, mediante a utilização de um quadro maior de novos funcionários, recrutados com maior flexibilidade e rapidez, do contingente

⁸²⁷ GARLAND, David. **A Cultura do Controle Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, p. 369.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 370.

⁸²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 70.

⁸³⁰ Rubens Casara nomeia este Estado como “Pós-Democrático”, ou seja, “o Estado compatível com o neoliberalismo, com a transformação de tudo em mercadoria. Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico”. CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 20.

⁸³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 01, p. 131–143, p. 133, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 12 out. 2021.

daqueles que sempre foram e continuam sendo os seus utensílios, o povo. Se pudéssemos retocar cinematograficamente esse quadro, teríamos a visão de que se reconstrói, sob nova roupagem e formalmente legitimado, o antigo e nosso velho conhecido exército de jagunços, que, agora, não só mata, senão, principalmente, investiga, previne e reprime.⁸³²

Trata-se, portanto, de uma política criminal orientada pelo eficientismo⁸³³, em que a inserção do cidadão no campo do controle social é retratada como uma decisão pragmática, exigida como “solução rápida” para os problemas das mais diversas criminalidades, que se corporifica em um ato legislativo.

A divergência entre esse discurso e a realidade não é facilmente verificável devido às manipulações da opinião pública, dissimulações que, segundo Arendt, “empenham-se em livrar-se dos fatos como se um fato pudesse ser removido do mundo simplesmente porque gente suficiente bastante acredita na sua não existência.”⁸³⁴ Esses simulacros argumentativos se constituem, no dizer de Lafer, em uma verdadeira retirada do direito à informação, sem a qual não se garante a sobrevivência da verdade, factual, a verdade na qual se baseia o juízo político em uma autêntica comunidade política.⁸³⁵

Outro fator a ser considerado é um processo de autoengano por parte de seus enunciadores, que proporciona “uma aura de veracidade ao discurso”⁸³⁶. Os defensores da perspectiva eficientista acreditam, de certa forma, em suas próprias mentiras, na imagem de sucesso de um sistema penal livre dos “obstáculos” representados pelas garantidas conferidas, por exemplo, a um sujeito inserido no relato feito por um reportante. Afinal, “iludir sem se autoiludir é pouco menos que impossível.”⁸³⁷

⁸³² TAVARES, Juez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos Seduciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, 1997, p. 47.

⁸³³ Sob a perspectiva do eficientismo, como aponta Pereira, “o sucesso do sistema penal é aferido pela intensificação da resposta estatal ao que é compreendido como delito, seja pelo incremento da criminalização secundária, seja pela redução ou eliminação das garantias que passam a ser consideradas como entraves ao sistema penal e não mais como barreiras à expansão do poder penal” PEREIRA, André Martins. **Populismo penal e política criminal brasileira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 63.

⁸³⁴ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48, p. 21.

⁸³⁵ LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 121.

⁸³⁶ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: Entre o passado e o Futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 316.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 316.

Em sentido divergente, há uma percepção de parte da doutrina acerca dessa manipulação dessa falácia discursiva, nada obstante seja bem-sucedida, não chega a construir uma realidade.⁸³⁸ Pode-se dizer que Javier de Luca rechaça essa mentira organizada:

Em vez de simplesmente empregar o método da ciência social para tratar de problemas e elaborar políticas criminais, continuamos no uso acrítico de estratégias de *marketing* e continuamos com *slogans*. A distância entre a realidade e o normativo torna-se evidente quando falamos em “colaboração” de atores privados na “luta” contra certas formas de crime.⁸³⁹

Nesse horizonte, o ponto nodal que se coloca, tanto em relação a este projeto como a todas as outras proposições legislativas, diz respeito à capacidade de proteção estatal efetiva: se o Estado necessita do auxílio do cidadão para a persecução ou evitação de ilícitos criminais, especialmente da corrupção, terá esse mesmo Estado condições de proteger o sujeito reportante? Em que medida a fragilização estatal para a execução de suas funções essenciais (investigação e persecução penal) não o inabilita a cumprir as promessas de proteção (a mais relevante das promessas) e de recompensa ao indivíduo que o auxilia (*whistleblower*)? As respostas possíveis integram o itinerário que se percorre para a afirmação da hipótese desta pesquisa, qual seja, a de que, com relação aos programas de *whistleblowing*, a Política Criminal legislativa brasileira é operada pela mentira organizada.

4.2.2 O Projeto de Lei (PL) nº 11.116/2018

⁸³⁸ A reflexão de Arendt sobre como o mentiroso lida com os fatos destaca a relevância do processo de autor-embuste: “quanto mais bem sucedido seja o mentiroso, quanto mais gente tenha convencido, mais provável é que acabe por acreditar em suas próprias mentiras. ARENDT, Hannah. *A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono*”. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 38.

⁸³⁹ AUGUSTO DE LUCA, Javier. Whistleblowers, arrependidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 01, p. 172–194, p. 174, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjmufrj.br/revista/article/view/17>. Acesso em: 12 out 2021.

O primeiro destaque a ser dado ao projeto concerne à sua origem. Assim como outras propostas anexadas ao PL nº 1701/2001⁸⁴⁰, o texto utiliza, como base, um anteprojeto de lei anterior – o PL nº 4.850/2016.⁸⁴¹

Esse projeto nº 4850/2016, conhecido como “Dez Medidas Contra a Corrupção”⁸⁴², apesar de ter sido protocolado como um projeto de iniciativa popular, o fato é que a elaboração desse conjunto de propostas moralizantes⁸⁴³ foi liderado pelo Ministério Público Federal. Restou à população, premida por intensa propaganda midiática, assinar as listas de adesão que percorreram o país inteiro naquele momento. A mídia e sua “‘verdade noticiosa’, recebida e aceita pela generalidade da sociedade”⁸⁴⁴, pautou, uma vez mais, a agenda legislativa.

As “Dez Medidas” são um exemplo de como a política criminal legislativa, fincada na retórica do “combate à corrupção e à impunidade”, reorientou e reorienta o

⁸⁴⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 11116/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node018cqqo2wj66odf18zr7eq6twt8t12002395.node0?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018. Acesso em: 15 out 2021.

⁸⁴¹ Número atual do Projeto de Lei nº. 4850/2016 é o PL nº 3.855/2019. Atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados para a apreciação das emendas ofertadas pelo Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208060>. Acesso em 11 set. 2021.

⁸⁴² A campanha conhecida como “Dez medidas contra a corrupção” consistiu em um conjunto de iniciativas e atividades, capitaneadas pelo Ministério Público Federal, destinado a mobilizar a opinião pública e a angariar o apoio da cidadania a uma proposta de reforma legislativa, cuja finalidade radicaria, segundo a própria entidade, no “aperfeiçoamento” do sistema de prevenção e combate à corrupção e à impunidade. Lançada em 20 de março de 2015, a campanha logrou uma façanha até então inédita: em menos de um ano, alcançou a cifra de 2.189.276 de assinaturas de cidadãos de todo o Brasil, ultrapassando o número mínimo necessário para a aceitação a trâmite do projeto de lei de iniciativa popular correspondente ROSSETTO, Patrícia Carraro. A campanha “Dez medidas contra a corrupção” e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147, p. 685 – 743, p. 687, Set 2018.

⁸⁴³ Em verdade, trata-se do que Teixeira e Greco, a analisarem a página das “10 Medidas” no site do Ministério Público Federal, apontam como “um exemplo de messianismo no Brasil, em que se anuncia que, com as medidas, ‘uma nova realidade pode ser construída para quebrar o ciclo de impunidade’”. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 23-24. Na compreensão de Preussler, “o que o anteprojeto não fala é sobre a *diabolização do outro*, [sobre] aperfeiçoar a definição de culpados, [sendo que] essa necessidade inessante se dá porque a identificação com a vítima ocorre de maneira intensa – até mesmo porque todos somos vítimas indiretas da corrupção”. PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 134. ano 25, p. 87-107, p. 93. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

⁸⁴⁴ NAMNUM, Virgilio Tanús. **Tendencia Actual de la Política Criminal**. Tirant lo Blanch: Ciudad de México, 2018, p. 43 (tradução nossa).

lugar da verdade factual⁸⁴⁵ por meio da modificação da realidade dos fatos. Cria-se a imagem do corrupto como um homicida, sustenta-se a necessidade de elevar os custos da corrupção a fim de desencorajar os sujeitos potencialmente criminosos⁸⁴⁶ e incentiva-se o clamor pela eficácia na persecução penal, a qual justificaria o sacrifício de direitos fundamentais dos “inimigos” da sociedade. Está-se, pois, diante de típica propaganda de massas em torno da mentira, cuja compreensão exige a referência à concepção de Arendt:

[...] o termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto.⁸⁴⁷

Identifica-se tanto da defesa das “Dez Medidas” como quanto nos projetos de lei relativos à instituição do sistema de *whistleblowing*, a utilização de propagandas direcionadas às massas, cuja intensidade, em termos de persuasão, varia de acordo com o nível de celeridade que se quer imprimir ao processo legislativo. Lafer chama a atenção para a dificuldade de se distinguir a verdade da mentira no mundo contemporâneo, em que “as novas técnicas de comunicação somadas à incorporação das massas nos sistemas políticos levaram a novas modalidades de manipulação de opinião, tais como *image-making* (um substituto da verdade)”.⁸⁴⁸ Essa observação pode ser facilmente transportada para a política criminal legislativa brasileira que se orienta ao atendimento de “uma vontade popular ideologicamente construída”.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: Entre o passado e o Futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 313.

⁸⁴⁶ Zaffaroni critica o neoutilitarismo levado ao extremo por Gary Becker e Jakob Mincer que “inventam um ser humano cujo comportamento é sempre determinado pelo cálculo do custo e benefício (no amor, no crime, etc.)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 48.

⁸⁴⁷ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 361.

⁸⁴⁸ LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 61.

⁸⁴⁹ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 74.

Retomando-se ao PL nº 11.116/2018, cabe referir que a partir da Ação nº 4/2016 da Estratégia Nacional de Combate a Corrupção de Lavagem de Dinheiro – ENCCLA⁸⁵⁰, foram desenvolvidos estudos complementares que deram origem ao um anteprojeto de lei que serve de base para a proposta em exame.⁸⁵¹ O projeto em questão institui o “Programa Nacional de Incentivo e Proteção de Relatos de Suspeita de Irregularidades”, estabelecendo proteção e incentivo ao cidadão que cooperar com o Estado na luta contra a corrupção e ilícitos cometidos por funcionários públicos, agentes políticos ou trabalhadores de empresas na iniciativa privada.⁸⁵²

Ainda que tenha contado com a participação de entidades e órgãos que integram a ENCCLA, o tratamento da participação dos cidadãos na atividade, tipicamente estatal como é a persecução criminal em face da corrupção, de fraudes

⁸⁵⁰ Sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), traz-se a lição de Fabiana Rodrigues: “Criada em 2003, consiste numa rede de articulações que hoje conta com aproximadamente setenta órgãos e entidades, oriundos da sociedade civil, do Ministério Público e dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das esferas estadual e federal. Anualmente, são pactuadas metas ou ações, com indicação dos responsáveis pelas metas e dos coordenadores das ações, além dos órgãos envolvidos com a implementação. Desde a primeira edição da Enccla, participaram integrantes da Polícia Federal, do Ministério Público e do Conselho da Justiça Federal. No ano seguinte, em 2004, a Associação dos Juízes Federais no Brasil (Ajufe) passou a enviar um participante, o que é um indicativo do engajamento institucional da Justiça Federal em atividades de combate ao crime de lavagem de dinheiro e, por tabela, de corrupção. Diversas metas e ações da Enccla fazem referência direta aos instrumentos de âmbito internacional, mencionados aqui, o que sugere o envolvimento dos órgãos que a integram com força normativa desses instrumentos”. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020, p. 33

⁸⁵¹ ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. **Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ENCCLA. 2016**. Revista Brasileira de Previdência, Curitiba, Paraná. v.9, n.2, p.12-51. Julho-Dezembro. 2018. Consta da introdução do presente estudo: “Já estando os programas de *whistleblower* previstos em instrumentos internacionais e em codificações de vários países, têm-se, na elaboração de uma legislação brasileira, o conforto de não sermos os pioneiros e o desconforto de não encontrarmos escusas para cometer erros já outrora superados. Assim, a prudência indica a necessidade de serem aproveitadas essas experiências internacionais, a fim de serem colhidas, desde o início, as melhores. Essas experiências revelam uma séria complexidade do tema e informam com lucidez que tais programas representam, no plano individual, o asseguramento do pleno exercício dos direitos humanos, na perspectiva do direito de livre manifestação e de participação junto à administração pública, e, no plano social, ferramentas em prol do interesse público e da sociedade no combate à corrupção, às fraudes públicas e a irregularidades setoriais. A implantação de tais programas passa pelo estabelecimento de regras claras para o recebimento de informações e, principalmente, para a proteção do *whistleblower*. Este estudo visa, sem a pretensão de exaurir o tema, a reunir, na visão do autor, as mais importantes perspectivas do tema, fomentando assim o debate e a pesquisa do assunto”. (Ibid., p. 13)

⁸⁵² O projeto de lei contém 59 artigos, divididos em sete capítulos: “Disposições Gerais”, “Dos Relatos encaminhados a Entes Privados”, “Dos relatos encaminhados a Entes Públicos”, “Das Medidas de Proteção ao Reportante”, “Dos Atos Atentatórios ao Programa” e “Das Medidas de Incentivo ao reportante” e “Disposições Finais”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013sk0j767b9bm1ea4ydadvsiyt4881566.node0?codteor=1697627&filename=PL+11116/2018. Acesso em: 11 maio 2021.

assemelhadas e de outros crimes, não se originou da promoção de um diálogo amplo e alargado no espaço público. Embora se saiba que a ENCCLA conte com a participação de entidades da sociedade civil, a enorme carga de responsabilidade atribuída ao *whistleblower* exigiria uma reflexão aprofundada e informada sobre o custo individual e social da atividade desse informante na conjuntura das estratégias estatais desenhadas via projetos de lei. A pluralidade foi, aqui, desprestigiada. Veja-se o teor da justificativa⁸⁵³:

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, é de fundamental importância que os cidadãos possam relatar suspeitas de irregularidade sem o risco de retaliações de qualquer tipo. [...]

Essas manifestações estão abrangidas pelo direito fundamental de livre expressão, previsto no artigo 5º, IV, da Constituição Brasileira, substanciando o dever legal de transparência dos órgãos públicos e o exercício pleno da cidadania.

A necessidade de proteger as pessoas que cooperam com o Estado é vista internacionalmente como prioritária nos sistemas jurídicos e é peça fundamental para evitar a corrupção e o desperdício de dinheiro público. Essa proteção está prevista em tratados internacionais assinados pelo Brasil e que foram ratificados pelo Congresso Nacional, entre os quais se pode destacar a Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção⁸⁵⁴ (Convenção de Mérida) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção.⁸⁵⁵

Reportantes têm um papel essencial na exposição de atos de corrupção, fraudes, má gestão e outros desvios que afetam áreas cruciais como saúde pública, integridade financeira, direitos humanos e meio ambiente. Os reportantes têm ajudado países, no mundo inteiro, o a salvar milhões de vidas e recursos públicos e ainda auxiliam a prevenir desastres ambientais.

Os reportantes colocam suas vidas em situação de perigo, sujeitando-se ao risco de serem demitidos, processados, chantageados, ameaçados ou até mesmo, em casos mais extremos, mortos. Sua proteção para tais retaliações é essencial e não apenas ajuda a trazer a corrupção a público como também promove um ambiente de governo e de trabalho mais aberto e transparente.

⁸⁵³ Citam-se excertos mais relevantes para não tornar a leitura exaustiva.

⁸⁵⁴ Promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006. BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, 31 jan. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁵⁵ Promulgada por meio do Decreto nº 4.410/2002. BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Brasília, 7 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

A organização não governamental Transparência Internacional⁸⁵⁶ lançou em 2013 e atualizou em 2018 os Princípios Internacionais para Legislações de Proteção ao Reportante (“International Principles for Whistleblower Legislation”), no qual defende que o direito dos cidadãos de reportar má condutas é uma extensão de seu direito de liberdade de expressão e está conectado aos princípios de transparência e integridade.

Além desses dispositivos, o documento prevê a possibilidade de sistemas de recompensa. Nesses sistemas, os denunciantes podem receber uma proporção dos fundos recuperados ou multas aplicadas como resultado da sua denúncia. Outras maneiras de recompensa incluem reconhecimento ou prêmio público, promoção no emprego ou pedido de desculpas público por medidas de retaliação.

A ideia proposta seria um sistema que não onera o Estado, ou seja, a premiação não será paga com recursos públicos. O Brasil perde anualmente bilhões de reais em corrupção e fraudes públicas que jamais seriam apurados por falta de informações, e, portanto, a premiação se baseará nos valores de danos e multas que o cidadão auxiliar a recuperar em virtude de suas informações.

A premiação visa incentivar a cooperação com os órgãos públicos e ofertar compensação pelo serviço prestado ao Estado e pelos riscos costumeiramente envolvidos quando se fala de pessoas e empresas que cometem irregularidades importantes.

Uma inovação aqui apresentada, não constante do projeto da ENCCLA e dos projetos de lei nos quais essa proposta se baseia, impõe que, para receber a premiação, o reportante deverá seguir os trâmites do programa, aguardando os prazos nele previstos para as apurações e evitando divulgar os fatos sem que haja uma conclusão das autoridades encarregadas da apuração. Com isso, evita-se que equívocos na apreciação dos fatos pelo reportante possam gerar ofensa à imagem de pessoas.

Outra inclusão ao projeto proposta durante a fase de consulta pública foi possibilitar e priorizar o relato feito ao ente autor da suspeita de irregularidade, mesmo que tal autor seja pessoa jurídica de direito privado. Para tanto, foi criado um capítulo tratando desse tipo de relato, seguindo melhores práticas internacionais, incluindo a obrigatoriedade de empresas criarem canais de recebimento desse tipo de relatos.

⁸⁵⁶ Em consulta ao site da Transparência Internacional (TI) pode-se entender o sentido dado por essa organização não governamental aos esforços anticorrupção, bem como compreender a finalidade perseguida: “Pesquisando e aprendendo com a prática, ela desenvolveu um amplo portfólio de publicações, bancos de dados, índices, metodologias, métodos de treinamento e até mesmo um centro de atendimento para ativistas e profissionais de áreas que podem influenciar no combate à corrupção. Esse conhecimento, aliado à sua extensa rede de especialistas, levou a TI a ser reconhecida como o principal *think-tank* sobre transparência e boa governança no mundo. Uma parte fundamental da estratégia da TI no Brasil é que o estabelecimento do Centro de Conhecimento Anticorrupção (CCA) possa aproximar a produção de conhecimento da TI a outras comunidades epistêmicas, principalmente no chamado ‘Sul Global’. Ainda em fase de incubação, o CCA tem como meta expandir nossa pesquisa aplicada às especificidades da luta contra a corrupção nos países em vias de desenvolvimento e servir como vetor de sistematização e compartilhamento de conhecimento anticorrupção entre os países do Sul Global”. Transparência Internacional. O que fazemos. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/centro-de-conhecimento-anticorrupcao>. Acesso em: 15 set 2021.

O programa não permite denúncias não fundamentadas, e somente terão trânsito pelo programa fatos de reconhecido interesse público e social que coloquem em risco a saúde pública, o direito dos consumidores, a livre concorrência, o Erário, a defesa do patrimônio público, a probidade administrativa, a organização e o exercício dos direitos políticos e dos direitos humanos, a ordem econômica e tributária, o sistema financeiro, a prestação de serviços públicos, o meio ambiente ou o interesse público. Para proteger o cidadão, entre outras medidas, o Programa estabelece que os relatos serão feitos mediante a proteção da identidade, sendo permitido, inclusive, o anonimato, conforme boas práticas globais sugerem com vistas à proteção do reportante.

Se forem praticados atos de retaliação por parte do superior hierárquico ou empresa, estão previstas importantes medidas de proteção, salvaguardando a integridade moral e física do reportante, e prevendo indenizações e compensação financeira em razão da retaliação. Ainda, retaliar o cidadão que fizer o relato será considerado ato atentatório ao Programa Nacional, gerando punição administrativa do responsável, e, ainda, será crime a revelação injustificada da identificação do reportante.

Por fim, previu-se a possibilidade de, em futuro próximo, fazer-se atualização legislativa, sabendo-se que a realidade brasileira pode demandar ajustes do programa ao longo do tempo, segundo as características do sistema jurídico.

No entendimento dos diversos órgãos e instituições que compõem a ENCCLA, o Programa representará o mais forte elo a unir cidadãos no auxílio ao Estado, fomentando a mudança definitiva do panorama de irregularidades que se espalham nos setores público e privado.

Sobre esses pontos, há a necessidade de se fazer as seguintes ponderações, as quais também se aplicam aos discursos justificadores da lei vigente e dos demais projetos. Quanto à necessidade de enfrentamento da corrupção, questão que precede à instituição dos programas de *whistleblowing*, na medida em que o estímulo ao reportante está inserido como meio preventivo ou de auxílio para a investigação, o elemento inicial a ser compreendido respeita ao seu próprio conceito jurídico, a sua necessária delimitação e ao olhar da política criminal sobre esse fenômeno.

Toma-se, como referência, a compreensão de Greco e Teixeira no sentido de que “tanto corrupção simples (passiva) quanto corrupção com infração funcional (ativa) são instâncias de um abuso de poder condicionado por vantagens”.⁸⁵⁷⁸⁵⁸ Nos tempos

⁸⁵⁷ Greco e Teixeira ocupam-se da compreensão do injusto nos delitos de corrupção, especialmente os tipos paradigmáticos, quais sejam, o delito de corrupção passiva/simples (artigo 317 do CP) e o delito de corrupção ativa/por infração funcional (artigo 333 do CP). Segundo os autores: “No recebimento de vantagens (em especial, na corrupção simples, aqui também chamado de recebimento indevido de

atuais, contudo, há um “desinteresse da sanção do funcionário público”⁸⁵⁹ em razão do redirecionamento do sistema de justiça criminal para a criminalidade corporativa. Passa-se a exigir da empresa uma atuação direcionada à prevenção e investigação de tais atos, o que é retratado tanto pela demanda pela institucionalização de programas de *compliance* como pela criminalização da corrupção privada (não tipificada no Brasil) e da corrupção internacional.⁸⁶⁰

Contrariamente às concepções técnico-jurídicas, como a referida acima, o sentido excessivamente ampliado dado ao termo corrupção, por parte da justificativa do projeto em comento, é problemático porque colabora para a desinformação da

vantagens) relativiza-se a separação constitutiva do Estado liberal entre público e privado, ao se perverter a coisa pública em benefício privado. Disso resulta que apenas vantagens que possam ser atribuídas à esfera do privado são capazes de fundamentar o pacto de injusto da corrupção simples; a combinação entre público e público, que se tem nos casos mais problemáticos dos últimos anos (arrecadação de recursos de terceiros, doações eleitorais, ingressos para jogo de futebol e promoção de fotos escolares), não constitui corrupção simples. A corrupção com infração funcional, de outro lado, é uma agressão à legalidade do serviço público, que é vinculado à condição de que toda forma de vantagem, justamente aquelas que devido a seu alinhamento ao bem comum são atribuíveis à esfera pública, somente pode ser perseguida no interior do âmbito delineado pela lei. No tipo da corrupção passiva que é consideravelmente mais amplo do que o tipo da corrupção ativa -, a expressão ‘em razão do cargo’ deve ser entendida como ‘em razão do exercício do cargo’. Ademais, como ‘vantagem indevida’ deve ser vista apenas a vantagem que se move do plano no privado e que não pode ser considerada socialmente adequada”. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 46.

⁸⁵⁸ A corrupção requer, assim, (i) uma relação trilateral (uma pessoa que confia uma tarefa, aquele a quem se confia a tarefa e um terceiro); (ii) a vantagem pode ser de qualquer natureza e; (iii) o oferecimento da vantagem deve estar referido a uma posição de dever do encarregado O delito de Corrupção Privada no Brasil a partir da experiência internacional. CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul. O delito de Corrupção Privada no Brasil a partir da Experiência Internacional. In: SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, v. 1, p. 797-812, p. 799.

⁸⁵⁹ NIETO MARTÍN, Adán. La privatization de la lucha contra la corrupción. In: **El Derecho Penal Económico en la era do compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191-210, p.192-193.

⁸⁶⁰ No Brasil, não há a tipificação do delito de corrupção privada, cujo enfoque está na relação entre agentes particulares. Sobre o tema, vide: GARCÍA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. **Revista de Derecho XLVII**. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII. Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2016, p. 219-244. Já quanto ao trato da corrupção nas transações comerciais com o estrangeiro, a partir da vigência da Lei n. 10.467/2002 (que inseriu os artigos 337-B, 337-C e 337-D no Código Penal), foi definido, inclusive, um conceito de funcionário público estrangeiro “que compreende não apenas o integrante dos quadros administrativos e representações diplomáticas de um outro Estado, mas, igualmente, qualquer pessoa que exerça função em empresas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais, tais como a ONU, OEA e União Europeia; excluído o funcionário público nacional e o funcionário de empresa privada, ainda que estes, eventualmente, venham exercer funções em nome de um outro país ou organismo internacional”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corrupção em uma Perspectiva Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. n. 64, 2007, p. 29-56, p. 36.

sociedade acerca do seu adequado enfrentamento. A corrupção deve ser apreciada “em termos de legalidade e ilegalidade, e não de moralidade e imoralidade”⁸⁶¹, afastando-se, desse modo, qualquer estigmatização do termo. Reforça-se, reiteradamente, a falácia argumentativa (*ad hominem*), que trata como “favorável à corrupção” sujeitos os quais não se alinham ao trato penal desmedido do fenômeno.

O discurso⁸⁶² de “combate à corrupção” que fundamenta a justificação da proposta legislativa em questão busca, deliberadamente, legitimar todo e qualquer enrijecimento de normas penais e processuais penais sem que sejam considerados direitos fundamentais ou qualquer outro limite à persecução estatal.⁸⁶³ Isso promove o preenchimento da elaboração de leis “de combate” por falas moralistas que oportunizam a inclusão de elementos de exceção, rompendo e relativizando direitos e garantias das pessoas a quem se imputa a condição de corrupto ou de corruptor.

É reconhecida a necessidade de abordagem diversificada do delito de corrupção por meio, inclusive, de iniciativas que recomendem vias preventivas e de reporte, como são os canais de denúncia. Entretanto, consoante aponta Japiassú, tornar tais medidas minimamente razoáveis exige sua inclusão em uma estratégia coordenada (v.g. seleção dos funcionários públicos, política de remuneração, controles internos e externos, comissões, auditorias aleatórias), para além das iniciativas penais, processuais penais ou administrativas.⁸⁶⁴ Assim, embora se admita que atos de corrupção são “uma

⁸⁶¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1, p. 292.

⁸⁶² Vale fazer referência à lição de Possenti, segundo a qual, “os discursos não só surgem apenas se certas condições são satisfeitas, mas também eles podem afetar essas condições dada a ‘terrível materialidade’ que possuem e que pode ser perigosa porque está longe de ser uma metáfora”. POSSENTI, Sírio. **Questões para Analistas do Discurso**. São Paulo: Editora Parábola, 2009, p. 80.

⁸⁶³ Alinha-se ao entendimento de Bottino e Valente ao denunciarem que “a justificativa de combate à corrupção a qualquer custo retornou ao Brasil resultados desastrosos nos últimos anos, especialmente com o atropelamento de garantias fundamentais dos investigados e acusados, sempre em troca da ideia de eficiência e celeridade em procedimentos e processos criminais”. BOTTINO, T.; VALENTE, A. Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015. **Revista Científica do CPJM**. v. 1, n. 01, p. 243–257, p. 255, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjmu.br/revista/article/view/21>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁸⁶⁴ No artigo em que analisa a corrupção sob uma perspectiva transnacional, Japiassú faz referência ao debate ocorrido no âmbito da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), organização não governamental e órgão consultivo (da Organização das Nações Unidas, do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos), cuja atuação em cada país ocorre por meios de seus grupos nacionais. Sobre o Congresso realizado em Pequim (2004), organizado em eixos temáticos (parte geral do direito penal, parte especial do direito penal, direito processual penal e direito penal internacional), o

das mais importantes causas de desigualdade, um enfrentamento inadequado, ou sem o aperfeiçoamento do aparato institucional, aprofunda-as significativamente”.⁸⁶⁵

Na verdade, há um deslocamento deliberado do sentido do termo corrupção⁸⁶⁶, aliado ao pouco incentivo ao esclarecimento dos termos em que ocorre a sua tipificação no Brasil. A explicação para tal postura está no fato de que, caso ocorra uma reconciliação da prática discursiva⁸⁶⁷ com a verdade dos fatos e, em razão disso, se produza um desmonte do engodo discursivo das narrativas que transformam em espetáculo a investigação e o julgamento de casos de corrupção pública, a visão idealizada da potencialidade e da essencialidade da participação cidadã, nesse contexto, será, irremediavelmente, abandonada.

autor destaca as resoluções adotadas a partir de uma perspectiva multidisciplinar: “(a) a corrupção, isto é, o abuso de autoridade em troca de vantagem, assim como os demais delitos que com ela se relacionam, causa um dano efetivo, sendo que sua relevância decorreria do fato de gerar um grave dano econômico, de atentar contra a integridade e o funcionamento eficiente da administração pública, de frustrar a confiança da população nos órgãos estatais, afetar a democracia, o estado de direito, a livre concorrência e o desenvolvimento econômico; (b) a corrupção seria especialmente perigosa quando levada a cabo de maneira sistemática e transnacional; (c) dentre as medidas preventivas sugeridas, estavam a seleção cuidadosa de pessoal com competência e integridade para o serviço público; remuneração adequada dos funcionários públicos; a aprovação de códigos de conduta para o serviço público com regras sobre conflitos de interesses e incompatibilidades; a participação de mais funcionários no processo de tomada de decisões críticas; estritos controles internos e externos, com a existência de auditorias aleatórias; a existência de *hotlines* para a corrupção; *Ombudsmen* independentes e comissões anticorrupção autônomas; a elaboração dos *sinais de alerta* de corrupção; (d) no campo da investigação, processo e julgamento, sugeriu-se, a possibilidade da utilização de métodos apropriados (v.g. investigações encobertas e interceptação de comunicações), ressaltando-se a necessidade do estabelecimento das garantias necessárias, inclusive o controle jurisdicional, para a proteção dos direitos humanos, em especial, do direito à intimidade; (e) defendeu-se que os Estados estabelecessem incentivos para aqueles que cooperassem na investigação ou persecução dos delitos de corrupção; (f) para os investigados ou acusados, poder-se-ia incluir a extinção ou diminuição de pena, caso tais medidas sejam incompatíveis com o sistema jurídico, e (g) os Estados devem considerar a criação e a manutenção de unidades especializadas para a investigação e persecução dos delitos de corrupção. Os funcionários dessa unidade deveriam receber recursos e formação adequada nacional, dever-se-ia, ao menos, garantir a imunidade das testemunhas” JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corrupção em uma Perspectiva Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, 2007, p. 29-56, p. 46-49.

⁸⁶⁵ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão arruinando o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 12.

⁸⁶⁶ Conforme Votre: “Sentido é o que, nos seguimentos de cada enunciação, é consensualmente relevante para os interlocutores; constrói-se no fluxo discursivo, cujos termos vão tendo seus sentidos deslocados ou deslizados, para os aspectos em que praticantes concordam, explícita ou tacitamente” VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 31.

⁸⁶⁷ Adota-se a definição de , no sentido de que práticas discursivas “são eventos languageiros, que codificam e refletem crenças, valores, ideologias e que se verificam na enunciação e resultam em circulação dos enunciados; [são] práticas [que] se dão na vida pública e privada, em situações ritualizadas, e na vida cotidiana informal num tempo e num lugar específico e numa situação política, econômica e social identificável” Ibid., p. 32.

A condução da produção normativa conta, como alerta Javier de Luca, com um novo fator a ser considerado na antiquada narrativa de luta contra a corrupção funcional e econômica - as empresas, hoje, são os próprios governos. E isso, segundo o autor, torna caduca a postura de focar o direito penal no controle do poder exercido por funcionários públicos, quando o poder na verdade é exercido por agentes alheios às entidades estatais.⁸⁶⁸ Por tal razão, as políticas públicas têm modificado suas táticas nos últimos tempos e avançam, por exemplo, para a exigência de programas de *compliance* à criminalização de novas tipologias da corrupção, o que Nieto Martín aponta como um dos exemplos mais claros da influência da *global law* na política legislativa de um país.⁸⁶⁹

Já Zaffaroni percebe esse fenômeno com uma manifestação do totalitarismo financeiro⁸⁷⁰, o qual, como expressão totalitária da ideologia neoliberal, está assentado

⁸⁶⁸ AUGUSTO DE LUCA, Javier. Whistleblowers, arrepentidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 172–194, p. 174, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/17>. Acesso em: 12 out. 2021, p. 174. Segundo o autor, “essa situação de poder corporativo que ocorre em nível global, justifica que se tome nota deste novo fenômeno, porque o recurso à incorporação de velhas instituições de origem autoritária não leva a nenhum lugar valioso, mas as etapas já conhecidas e superadas do pensamento penal” (idem, ibidem, p. 174-175).

⁸⁶⁹ O autor utiliza o termo *global law* no sentido de “confluência de organizações internacionais que trabalham em rede com atores públicos e privados (empresas multinacionais) e que utilizam ferramentas normativas de *hard law* [tratados, convenções, acordos, e compromissos internacionais], de *soft law* [recomendações, orientações] e a autorregulação empresarial”. NIETO MARTÍN, Adán. La privatization de la lucha contra la corrupción. In: **El Derecho Penal Económico en la era do compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 193.

⁸⁷⁰ “Por trás da ideologia autodenominada neoliberal está oculto um impulso desumano de poder, cujo caráter totalitário emerge - embora não exclusivamente - de seu programa de negação progressiva de todos os direitos humanos em escala planetária, embora, ao contrário do estágio neocolonialista de segurança nacional, ele o faz na forma perversa de interrupção e regressão de todos os processos de avanço de sua realização no mundo. [...] Tanto em razões da dimensão planetária de sua programação (que inclui os Estados pós-soberanos do Norte e os Estados subdesenvolvidos do Sul), que não tolera qualquer atividade disfuncional ao seu programa de concentração ilimitada de riqueza, bem como devido a sua ideologia totalitarista, que visa a substituir toda a ciência social, só é possível classificá-lo como um totalitarismo financeiro planetário, que se projeta no sul, usando o sofisticado aparato produto da revolução tecnológica das últimas décadas do século passado, sob a forma de um estágio avançado de colonialismo ou tardo-colonialismo. A característica de todo o totalitarismo consiste em sua pretensão de realizar um programa de controle total sobre a vida pública e privada das pessoas, determinando seu comportamento em todas as áreas. Pouco importa que seja diretamente exercido por um Estado, baseado em qualquer programa político pautado e mascarado em uma ideologia totalitarista que invada e domine o campo de todo conhecimento ou que autocratas o exerçam para se submeter aos Estados, utilizando-os como meros instrumentos de exercício total do poder em todo caso, trata-se de exercício de um poder totalitário”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.63-65.

em um programa de concentração ilimitada de riqueza e de negação progressiva dos direitos humanos. Na condição de grande empresário moral da sociedade contemporânea o totalitarismo financeiro dirige opiniões, etiquetas, pânico e a eleição de governos aliados a seus interesses corporativos.⁸⁷¹

Contrariamente ao trato crítico e de resistência que se exige em relação aos interesses do totalitarismo financeiro que rege a política criminal legislativa em termos de criminalidade complexa, nas justificativas dos projetos de lei que se examina, a previsão do embate em relação à corrupção em tratados internacionais (ONU, OEA) ou a menção a indicadores (OCDE⁸⁷², Transparência Internacional, G20⁸⁷³) são utilizadas como argumento de autoridade na justificação da proposta legislativa. Não se verifica, nos referidos enunciados, a construção de um discurso que tenha considerado a imprescindível conexão entre os debates nacional e internacional a respeito da temática a ser objeto da norma.

A opção do legislador brasileiro se pauta por uma atuação mimética, fundada em “razões de política internacional, ignorando-se a necessidade de analisar com maior cuidado o assunto e, acima de tudo, de se ajustar aquelas diretrizes à Constituição e às particularidades internas de cada Estado”.⁸⁷⁴ Concorda-se com a crítica feita por Staffen quando diz, acerca da utilização dos indicadores de governança global⁸⁷⁵ como vetores

⁸⁷¹ Ibid., p. 47.

⁸⁷² Silveira e Saad-Diniz também apontam, como problema, a produção normativa proveniente de organismos não governamentais “onde não existe uma horizontalidade regulada por princípios diplomáticos, mas sim da ingerência econômica, caso típico da OCDE”. SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

⁸⁷³ G20. Anti-Corruption Action Plan. **Protection of Whistleblowers**; study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. Publicado em novembro de 2010.

⁸⁷⁴ ANDRADE, Ana Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. *Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos centros legislativos comunitários*. **Revista de Estudos Criminais**. ano XV, n. 63, p. 95-129, p. 103.

⁸⁷⁵ Os indicadores globais de governança são globais em relação ao ente responsável pela sua produção e pela comparação que produzem, mas transitam nos espaços nacionais para condicionarem demandas locais sem deixarem de ser globais. No caso brasileiro de prevenção e combate à corrupção, o que se atesta é o progressivo adensamento do debate institucional nacional pela invocação de atores e indicadores de governança transnacionais/globais. Em certa medida, dado o descrédito da classe política, os indicadores converteram-se não apenas em instrumentos de mensuração e comparação, mas em ideologia para a proposição de uma ‘boa sociedade’, extremamente apropriada para tempos de moralismos e demagogias. Percebe-se uma tendência de apropriação da ‘autoridade’ das instituições transnacionais para preencher a descrença relacionada às ‘autoridades’ nacionais. STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência

para aferição da racionalidade das mudanças legislativas sem que se ultrapasse o juízo de conveniência e oportunidade, que não passam de um argumento do tipo *prêt-à-porter* que a tudo justifica.⁸⁷⁶ No panorama brasileiro, considerado “um universo em formação legislativa”⁸⁷⁷, a subserviência do legislador brasileiro em relação à ordem jurídica internacional, especialmente em matéria criminal, torna secundário o debate sobre as diferenças entre *hard e soft law*⁸⁷⁸ e do grau de impositividade atribuído a cada tipo de fonte normativa.

Resgatados os critérios de racionalidade propostos por Díez Ripollés (*supra*), depreende-se que todas as proposições legislativas em análise nesta pesquisa sequer preenchem o primeiro critério: o ético. Todos os processos de tramitação transitaram por um caminho em comum: o do falseamento dos fatos. A mentira organizada parece ter dominado as ações na esfera pública por meio do “mecanismo de propaganda de massas desagregador do espaço público”⁸⁷⁹ e impediu o necessário “acordo fundado racionalmente acerca da decisão legislativa”⁸⁸⁰ a ser tomada como resposta jurídico-penal às condutas corruptas e à criminalidade de empresa. A esse respeito, a fala de Arendt:

de atores transnacionais. **Revista de Informação Legislativa**. RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 169-193, p. 179 jan/mar 2019.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 179-180. Na fala do autor: “Faz tempo que o caso brasileiro de prevenção e combate à corrupção, associado com a promoção de práticas de transparência, é reflexo de pressões transnacionais que se sobrepõem às resistências e divergências internamente articuladas. Os conflitos resultantes dessa tensão política, institucional, jurídica e social podem ser vistos na polarização da política nacional no todo e, conseqüentemente, na atividade legislativa. Como mudanças políticas significativas em nível nacional não parecem viáveis por meio da atuação legislativa, conforme a percepção popular, a ação política é cada vez mais associada a atores transnacionais e sua autoridade emana de indicadores por eles produzidos”. *Ibid.*, p. 169-193, p. 171.

⁸⁷⁷ SILVEIRA, Renato J; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79

⁸⁷⁸ Observa Rodríguez-Vázquez que os programas de *compliance*, expressão de *soft law* no campo do direito penal, confrontam alguns dos princípios tais como o da legalidade e o sistema de fontes. Para o autor trata-se de uma concreta perda da democracia nas sociedades atuais, uma vez que há o deslocamento do centro de criação do Estado para as entidades privadas, o que contaminou o próprio direito penal, expressão máxima da soberania do Estado RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Virgílio. Democracia, sistemas de control y Derecho penal: aproximación al fenómeno del soft law y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los compliance programs. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2020, núm. 22-11, p. 1-48, p. 41-42. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-11.pdf>. Acesso em 11 out 2021 (tradução nossa).

⁸⁷⁹ PIRES, Cecilia Maria Pinto. A ação como traço essencial da condição humana: uma leitura acerca das ideias arendtianas. In: **As Pensadoras**. v. 1. São Leopoldo: Editoras As pensadoras, 2021, p. 27-43, p. 28.

⁸⁸⁰ Vide item 4.1.

Mentiras são frequentemente muito mais plausíveis, mais clamantes à razão do que a realidade, uma vez que o mentiroso tem a grande vantagem de saber de antemão o que a plateia deseja ou espera ouvir. Ele prepara sua história com muito cuidado para consumo público, de modo a torná-la crível, já que a realidade tem o desconcertante hábito de nos defrontar com o inesperado para o qual não estamos preparados.⁸⁸¹

Não se fez possível a conscientização acerca dos interesses da cidadania a serem satisfeitos, da correspondência das promessas feitas com a realidade e das reais possibilidades de intervenção social decorrentes da institucionalização de programas de *whistleblower*. Isso afeta todas as demais diretrizes de racionalidade (teleológica, pragmática, jurídico-sistemática e linguística). Assim como a racionalidade ética⁸⁸², a adequação ao sistema jurídico interno (critério de racionalidade jurídico-sistemático) não é observada.

Considerando-se que “o discurso deve ser concebido como uma prática e que, como tal, suas dimensões são mais amplas do que o que ‘significam os textos’; cujas relações com a ‘realidade’ estão para ser explicadas”⁸⁸³, perquire-se: se a conclamada opacidade das empresas é tida como um obstáculo considerável à apuração de ilícitos no seu interior, qual o sentido de se cogitar que, para o cumprimento, por exemplo, da promessa de proteção do *whistleblower*, haveria menor dificuldade prática na atuação estatal? Efetivamente, os efeitos concretos da denúncia na vida do informante e as formalidades a serem estabelecidas e observadas para a sua efetiva proteção são consideradas de menor valor em relação à informação dada.

Aqui se evidencia a centralidade da compreensão sobre o modo como opera a mentira organizada na política criminal legislativa e como ela omite que a preocupação do legislador é com o incremento da eficiência de investigações a partir de denúncia,

⁸⁸¹ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 16.

⁸⁸² “A ética tem seu fundamento racional, que se qualifica como razão ética. Falar em razão ética na construção de um novo tempo exige pensar as condições práticas dessa construção. Um dos resultados a serem usufruídos é o fortalecimento da democracia como uma forte vinculação ao agir ético, por se tratar de uma razoável consciência com respeito aos direitos próprios dos humanos. A ética possibilita que sejam incluídos os que foram excluídos, como instituintes do modelo democrático”. PIRES, Cecilia Maria Pinto Pires. **Leituras Filosóficas passadas a limpo**. Temas e Argumentos. Passo Fundo, Ifibe, 2016, p. 32.

⁸⁸³ POSSENTI, Sírio. **Questões para Analistas do Discurso**. São Paulo: Editora Parábola, 2009, p. 80.

além do fato de que o reportante se torna, praticamente, descartável após a denúncia. Tudo isso está oculto nas justificativas da proposição legislativa sob exame.

A mentira organizada, concretizada em pregações falaciosas e em “manifestações que se assemelham a um emaranhado de argumentos *ad hoc* com considerações pragmáticas de natureza rasteira”⁸⁸⁴, retirou do cidadão a capacidade de agir, de pensar sobre os efeitos práticos de se ostentar a condição de *whistleblower* e de julgar a eficácia da decisão legislativa que lhe atinge.

Nada obstante o direito ao relato esteja estrategicamente mencionado na justificativa como uma forma de liberdade de expressão, a partir de uma perspectiva dos reportantes “enquanto sujeitos de direito participantes da vida social”⁸⁸⁵, a análise do projeto revela que, efetivamente, a figura do *whistleblower* transita entre os papéis de auxiliar na agenda regulatória das empresas, como ferramenta de mensuração da efetividade de um programa de *compliance* e de prisioneiro da agenda anticorrupção (pública). Em ambas as tarefas designadas, sua condição é identificada, como se explicitará adiante, a de *homo faber* (homem sem liberdade pública), a de uma ferramenta a serviço de agendas político-criminais deslegitimadas.

A desorientação normativa, caracterizada pela generalidade dos propósitos do instituto, conduz a uma estruturação falha em suas promessas, o que reduz a potencialidade do *whistleblowing*, como se pontuará a seguir, a uma custosa “mercancia de informações”.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 24.

⁸⁸⁵ Saad-Diniz e Marin, ao analisarem os fundamentos político-criminais utilizados para justificar a instituição dos Programas de *Whistleblowing*, mencionam que o direito à liberdade de expressão foi reconhecido por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) para reconhecer que as práticas de retaliação ou constrangimento a informantes constituem uma violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispositivo que protege a “liberdade de opinião” e de “receber ou transmitir informações ou ideias”. Citam os precedentes *Guja vs. Moldávia* (*leading case*, de 2008), *Heinisch vs. Alemanha* (2011) e *Bucur e Toma vs. Romênia* (2013). Referem a Recomendação do Conselho Europeu (2014) que justificou a proteção jurídica a *whistleblowers* a partir da compreensão de que o direito a buscar informações reforça a transparência e *accountability*, referidos como princípios democráticos por parte da Diretiva da União Europeia 2019/1937. SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 82-83.

⁸⁸⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do**

Ultrapassadas as ponderações iniciais, passa-se a pontuar os elementos estruturais da proposta legislativa em exame.

Em seu capítulo inicial (normas gerais), estabelece-se o programa de incentivo a relatos no âmbito da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, facultada a esses entes a criação de sistema próprio.⁸⁸⁷ Instituiu-se que toda pessoa natural tem o direito de relatar suspeitas de irregularidade, sendo considerada reportante aquela que, isoladamente ou em conjunto, tomar conhecimento da irregularidade, por meio de atividades pessoais ou profissionais, e relatá-la. Não se exige que a suspeita de irregularidade seja reportada acompanhada de dados de identificação próprios.⁸⁸⁸ A opção do projeto é pelo regime de confidencialidade, ou seja, “o Estado se compromete a não revelar o nome de quem com ele colabora, ainda que possua conhecimento da identidade do informante”.⁸⁸⁹

Importante referir que o PL 11.116/2018 estabelece uma definição para suspeita de irregularidade, qual seja, “a crença razoável de um denunciante sobre ato ou omissão que possa se constituir em uma irregularidade”.⁸⁹⁰ Como hipóteses previstas (rol exemplificativo), encontram-se desde o descumprimento de dever legal/regulamentar a ofensa aos princípios da administração pública e à prestação de serviços públicos ou a qualquer outra coisa que possa envolver interesse público. A boa-fé do *whistleblower* não é um critério para se determinar se um relato pode ou não pode ser recebido⁸⁹¹, mas a má-fé ou a eventual verificação de que havia conhecimento

CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr., v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 74-75.

⁸⁸⁷ Art. 1º, § 2º do PL 11.116/2018

⁸⁸⁸ Art. 2º, §§ 3º e 4º do PL.

⁸⁸⁹ NEGRELLI, Flora; LEÃO, Gabriela; DANNIO, Heloisa; ARAÚJO, Lorenzo; REIS, Maria Eduarda dos. Medida XIX – Informante do Bem. In: LIMA, André Antiquera Pereira; NEGRELLI, Flora; DUTRA, Thiago Villela (orgs.). **Estudo Crítico do “Pacote Anticrime”**: um compilado de análises das medidas propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública São Paulo, fevereiro de 2020, p. 253-275, p. 263.

⁸⁹⁰ Art. 2º, § 1º do PL

⁸⁹¹ Refere Ramon Ragués que: “o whistleblower é tratado como uma pura questão regulatória, na qual o que importa é que a informação sobre possíveis fatos ilícitos flua adequadamente e chegue às instâncias adequadas, sem que se interessem os motivos que guiaram o sujeito”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 26.

acerca da falsidade das informações prestadas possuem o condão de afastar a isenção civil, criminal ou administrativamente que lhe são conferidas em razão do relato.⁸⁹²

Sobre o modelo de *whistleblowing* adotado, o projeto prevê que, preferencialmente, o reportante fará o relato de suspeita de irregularidade ao ente público ou privado responsável, na qualidade de agente ativo, pela ação ou omissão que deu causa à suspeita de irregularidade. Caso entenda que possa estar mais exposto à retaliação, cabe ao denunciante relatar a outros órgãos (ente prejudicado pela irregularidade, organizações da sociedade civil, mídia, demais organizações relevantes)⁸⁹³ mediante justificativa.⁸⁹⁴ A previsão de relatos a entes privados (*whistleblowing* interno) e a entes públicos (*whistleblowing* externo) constitui o grande diferencial deste projeto em tramitação em relação à lei vigente (Lei nº 13.964/2019).

Sobre as disposições relativas aos relatos internos (*whistleblowing* interno), aplicáveis, igualmente, ao relato externo, há regramentos dignos de nota. Em primeiro lugar, existe a determinação de que entes privados criem estruturas internas para recebimento, processamento, investigação e resposta aos relatos, sendo obrigatórias para organismos privados com mais de 50 (cinquenta) empregados.

Recebido o relato, assegura-se o acesso do reportante às medidas de proteção do programa (preservação da identidade, proteção à integridade física, funcional e profissional contra retaliação e aos dados e informações sigilosas) desde que não haja divulgação a terceiros antes da conclusão do procedimento investigatório.⁸⁹⁵

Verifica-se que a opção legislativa direcionou-se no sentido de considerar apenas a regulação da atividade do *whistleblower* a partir de uma concepção estrita, ou seja, daquele sujeito que não tenha intervindo/esteja intervindo, a qualquer título, na prática da irregularidade, do crime ou de outros ilícitos objeto da denúncia. A apuração que revele qualquer nível de participação do reportante na prática dos atos/omissões relatados ou deles decorrentes, mediante o recebimento, para si, de qualquer benefício ilícito ou vantagem ilícita, implicará sua exclusão do Programa.⁸⁹⁶

⁸⁹² Art. 23 do PL.

⁸⁹³ Art. 3º do PL.

⁸⁹⁴ Art. 52 do PL.

⁸⁹⁵ Art. 2º, §§ 5º e 6º do PL.

⁸⁹⁶ Art. 26 do PL.

Caso os reportes possuam elementos que sejam considerados indícios de materialidade suficientes e razoáveis, será feito o encaminhamento à investigação interna e dada a ciência da decisão ao reportante a esse respeito.⁸⁹⁷

Sobre a investigação interna a ser iniciada, constam previsões acerca de seu início imediato após o relato, cuja comunicação com o denunciante será realizada tanto para coletar informações relevantes e complementares como para mantê-lo informado sobre o andamento e resultado dos procedimentos. Ao final da investigação, na hipótese de a suspeita de irregularidade ser confirmada em investigação interna, devem ser tomadas medidas possíveis para remediá-la (v.g. implementação ou revisão de processos, medidas disciplinares contra as pessoas envolvidas).⁸⁹⁸ Na hipótese de se identificar a 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 responsável pela regulação do assunto objeto da irregularidade ou do encarregado pela proteção difusa dos direitos possivelmente violados com a irregularidade, conforme o caso aplicável⁸⁹⁹. Na hipótese de ocorrência de crime, o relato deve ser também encaminhado ao Ministério Público.⁹⁰⁰

Acerca da previsão de relatos a entes públicos (*whistleblowing* externo), o projeto prevê que as entidades públicas instalem Unidades de Recebimento de Relatos, preferencialmente a partir do uso das estruturas de ouvidoria e correição existentes em órgãos públicos.⁹⁰¹ A advertência sobre as diferenças de feição entre sistemas de ouvidoria e de unidades de recebimento de relatos, o que compromete, sobremaneira a efetividade da depuração e da apuração dos mesmos, já fora realizada em outro lugar. Apesar dessa omissão no que tange aos recursos humanos, a despeito disso, a proposta

⁸⁹⁷ Arts. 4º do PL.

⁸⁹⁸ Art. 5º do PL.

⁸⁹⁹ Art. 7º do PL

⁹⁰⁰ Ibidem, Ibid.

⁹⁰¹ A estrutura do órgão previsto na lei vigente como “ouvidoria” é mais complexa do que a estrutura habitual das ouvidorias, sendo imprópria tecnicamente essa denominação. A nova determinação legal exige mais. O recebimento da denúncia contendo informação significativa impulsiona o procedimento investigatório inicial, que precisa ser estruturado para coletar eficientemente elementos que fundamentem o início da investigação. RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 53-54.

prevê que essas unidades serão constituídas por servidores e empregados públicos estáveis, a serem investidos de mandatos por período não inferior a dois anos, com as mesmas garantias dadas ao reportante, além daquelas previstas ao representante sindical.⁹⁰² As unidades não possuem a atribuição de processar os relatos que receberem⁹⁰³, mas funcionam como filtro de aferição de uma razoabilidade mínima de um relato, selecionando os reportes que estejam calcados em indícios mínimos.

As medidas de proteção à pessoa que reporta⁹⁰⁴, direcionadas a evitar retaliação e possíveis danos, incluem, no que couber, os seus familiares, sendo vedada a

⁹⁰² Art. 11 do PL.

⁹⁰³ Art. 12. São atribuições das Unidades de Recebimento de Relatos, entre outras: I – receber do reportante o relato de informações sobre as ocorrências previstas no art. 2º; II – analisar, em dez dias, prorrogáveis por igual prazo, a razoabilidade do relato e determinar seu arquivamento ou encaminhamento para apuração; III – encaminhar o relato e requerer à autoridade fiscalizadora do órgão ou entidade, no prazo de até dez dias, contado da data de seu recebimento, em decisão fundamentada, a instauração do respectivo procedimento fiscalizatório; IV – encaminhar o relato e requerer à autoridade correccional do órgão ou entidade, no prazo de dez dias, contado da data de seu recebimento, por decisão fundamentada, manifestação sobre a instauração de sindicância ou processo disciplinar, se o relato envolver a autoria ou participação de servidor ou empregado público, agente público, agente político ou outro ocupante de função pública em irregularidade ou ilícito; V – analisar requerimentos de medidas de proteção, determinando ao órgão ou entidade e, quando necessário, requerendo a outras autoridades, inclusive policiais, que adotem medidas para proteção da integridade física, psicológica e funcional do reportante; VI – solicitar a cooperação de outros órgãos ou entidades para os fins previstos neste Título, observadas as medidas para preservação da identidade do reportante; VII – manter interlocução permanente com o reportante e intermediá-la com outros órgãos ou entidades, quando necessária; VIII – instaurar e processar sindicância para apurar a prática de ato atentatório ao Programa vinculada com irregularidade cujo recebimento do relato seria de sua competência; IX – decidir a sindicância a que se refere o inciso VIII quanto a atos praticados por pessoas jurídicas de direito privado ou trabalhadores da iniciativa privada, ou, relativamente a atos praticados por servidor ou empregado público, quando a pena aplicável seja advertência ou suspensão por até trinta dias, assegurados o contraditório e a ampla defesa; X – determinar as medidas de proteção necessárias à prevenção, cessação ou correção de ato de retaliação; XI – atuar como “amicus curiae” em processo judicial no interesse da aplicação das medidas de proteção e incentivo do Programa; XII – requerer a revisão das decisões referidas nos incisos III e IV deste artigo e no art. 15, §§ 2º a 4º; XIII – analisar requerimento do reportante para revisão dos percentuais e valores de retribuição fixados pela autoridade fiscalizadora ou correccional.

⁹⁰⁴ Art. 25 do PL: São asseguradas ao reportante as seguintes medidas de proteção, sem prejuízo de outras, preservação do sigilo de sua identidade; preservação da integridade física e psicológica; autorização temporária de trabalho domiciliar e de afastamento ou transferência de seu ambiente de trabalho, sem prejuízo do vínculo funcional ou trabalhista e da respectiva remuneração; 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 (v.g. demissão arbitrária, imposição de sanções ou de prejuízos remuneratórios; alteração de funções ou atribuições, e do local ou condições de trabalho, salvo quando consensualmente acordadas com o reportante); determinação de afastamento ou transferência do ambiente de trabalho da pessoa responsável pela prática de retaliação; apoio médico ou psicológico temporários, cuja necessidade decorra da prática de retaliação; suspensão liminar das ações ou omissões que possam configurar retaliação; as pessoas jurídicas das quais os reportantes sejam representantes, membros, sócios, acionistas, cotistas, diretores, empregados, participantes ou associados não poderão ser

sua limitação ou exclusão, ainda que se possa concluir pela inocorrência dos fatos relatados ou, ainda, que não haja a imposição de sanção ou punição de qualquer espécie ao possível responsável pelas ações ou omissões relatadas.⁹⁰⁵

A preservação de sua identidade, direito do *whistleblower*, estender-se-á, segundo o projeto de lei em questão, às várias modalidades de procedimento (fiscalizatório, correcional, investigatório ou administrativo), inclusive ao processo judicial instaurado com fundamento em relato recebido e encaminhado pela Unidade de Recebimento de Relatos. Caso se mostre indispensável a identificação do reportante, a autoridade (fiscalizadora ou correcional) poderá requerê-lo à Unidade de Recebimento de Relatos ou ao ente privado responsável pelo relato, desde que demonstrando interesse público ou concreto dessa providência para o esclarecimento dos fatos. Se não houve rejeição liminar, será ouvido o denunciante no prazo de vinte dias⁹⁰⁶ e, caso não concorde com a decisão que implique revelação de sua identidade, existe a possibilidade de o *whistleblower* pleitear a concessão de tutelas de urgência.⁹⁰⁷

Já quanto à proteção da integridade física do reportante, foram adotadas, exemplificativamente, as medidas previstas na Lei nº 9.807/1999, além da preservação do nome, qualificação, voz, imagem, informações pessoais e preservação de sua identidade. Demais disso, existe previsão de remover, requisitar, redistribuir, ceder ou colocar o reportante em exercício provisório em outro órgão ou entidade, além da colocação de seus familiares sob a proteção provisória de órgão de segurança pública, em caso de urgência e de ameaça iminente de risco à sua incolumidade física.⁹⁰⁸

utilizadas como meio de retaliação pelo ente privado ou público sobre cuja suspeita de irregularidade recai.

⁹⁰⁵ Art. 24 do PL.

⁹⁰⁶ Arts. 28 a 30 do PL.

⁹⁰⁷ Art. 31 do PL: A Unidade de Recebimento de Relatos ou a autoridade competente, por decisão fundamentada, determinará o levantamento da preservação da identidade, a qual deverá ser comunicada ao reportante e executada somente após o decurso do prazo de trinta dias, contado da data da comunicação. § 1º O levantamento da preservação da identidade do reportante limitar-se-á às pessoas diretamente envolvidas no procedimento de apuração, salvo justificado interesse em contrário. § 2º Na hipótese do caput, o reportante poderá requerer à autoridade judicial a concessão de tutela de urgência para a manutenção da preservação de sua identidade.

⁹⁰⁸ Art. 32. [...] § 1º Sendo o reportante integrante de força policial, a transferência de local poderá ser liminarmente solicitada pela Unidade, juntamente à providência do art. 12, inciso IV. § 2º Na realocação provisória ou definitiva, poderá haver a cooperação de órgãos federais, estaduais e municipais mediante acordo, segundo a conveniência para preservação da incolumidade física dos envolvidos;

Sobre a proteção funcional e profissional, há expressa vedação à imposição de restrição ao direito de relatar informações sobre os atos e omissões previstos no art. 2º.⁹⁰⁹ Há, ainda, regramentos protetivos ao servidor público e empregado público⁹¹⁰, empregado regido por CLT e auditores independentes⁹¹¹

A proteção contra retaliação (ação ou omissão praticada contra direitos ou interesses do reportante em razão do exercício do direito de relatar suspeita de irregularidade ou para os quais o relato tenha sido fator contributivo) é constituída por ditames que: (i) fixam hipóteses de presunção relativa de retaliação; (ii) preveem a responsabilidade objetiva de órgãos, entidades e pessoas jurídicas de direito privado pela sua prática, assegurado o direito de regresso contra seus autores ou partícipes; (iii) estabelecem indenizações decorrentes do cometimento de retaliação no ambiente de trabalho (com prejuízos remuneratórios ou demissão), sem prejuízo para futuro pleito judicial relativo a perdas e danos e a outros direitos funcionais ou trabalhistas.⁹¹²

Em que pese que a proteção ao servidor e ao empregado público possua uma concretude mínima em virtude da estruturação dos serviços públicos e da existência de garantias funcionais próprias (v.g. estabilidade), na iniciativa privada a preservação do emprego do reportante não passa de uma promessa vã. A viabilidade de se outorgar uma proteção efetiva a trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho é impossível no cenário de crise econômica em um país de capitalismo tardio como o Brasil, especialmente pós-reformas legislativas que limitaram direitos trabalhistas.⁹¹³ Não existe a menor possibilidade de se evitar uma demissão, com ou sem justa causa,

⁹⁰⁹ Art. 34 do PL.

⁹¹⁰ Art. 35 do PL.

⁹¹¹ São previstas garantias ao ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que tenha sido exonerado de ofício pela autoridade competente em razão do relato, a percepção dos proventos por até dois anos, podendo haver prorrogação. Na mesma linha, existe previsão de que o empregado regido pela Lei nº 5.452/43 (CLT), de entidade pública ou privada cujos representantes, membros, sócios, acionistas, cotistas, diretores, empregados, participantes ou associados de qualquer espécie estejam envolvidos com as informações relatadas, que tenha sido demitido em razão do relato, sejam assegurados os direitos a demissão sem justa causa, com os efeitos legais decorrentes; reparação de 12 (doze) a 36 (trinta e seis) vezes a sua maior remuneração bruta mensal e demais consectários. (Arts. 36, 37 e 38, todos do PL).

⁹¹² Arts. 39 a 43 do PL.

⁹¹³ NUZZI, Vítor. Reforma trabalhista: a história de uma falsa promessa e as mudanças da ‘destruição sem fim’. **Rede Brasil Atual**. 23 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2019/09/reforma-trabalhista-a-historia-de-uma-falsa-promessa-e-as-mudancas-da-destruicao-sem-fim/>. Acesso em: 20 out 2021.

de qualquer trabalhador a partir de um exame de conveniência ou de necessidade por parte da empresa.

Encerrando-se a estrutura de proteção, o PL 11.116/2018 prevê, por fim: (i) a manutenção do sigilo das informações, dados e documentos que constituam indícios ou provas do ilícito relatado⁹¹⁴; (ii) a tipificação de um ilícito extrapenal - ato atentatório ao Programa⁹¹⁵ e (iii) a criação de um tipo penal de perigo abstrato - “revelar a identidade, fotografar, filmar ou divulgar imagem do reportante sem sua prévia autorização por escrito”⁹¹⁶, com pena cominada de reclusão de um a três anos e multa.

Convém pontuar aqui que, no que diz respeito às perceptíveis limitações dessas promessas de proteção à identidade do reportante e à sua integridade física, por se tratar de um problema também presente na lei em vigor, as críticas aos termos em que se deu a normatização serão feitas em momento posterior.

Na parte final da proposta legislativa, há a previsão de recompensa, estabelecida a partir de duas premissas: (iv) o pagamento em espécie ao reportante não deve ser suportado pelo erário, mas sim advir do valor recuperado (10 a 20% da multa aplicada em razão da Lei nº 12.846/2013, ou da Lei nº 8.429/1992), o qual deve ser superior a 300 salários-mínimos e (v) as condições em que é realizado o relato.⁹¹⁷ Dentre os requisitos impostos (v) citam-se a necessidade de que o denunciante tenha sido o primeiro a falar, que não tenha havido a divulgação pública anterior das informações, ou, em caso de reporte depois de já iniciado o procedimento investigativo,

⁹¹⁴ Art. 49 do PL.

⁹¹⁵ O art. 50 do PL traz a previsão de ato atentatório ao Programa cujas condutas previstas são: (I) a ação ou omissão que tenha por objetivo manter, tolerar ou não fazer cessar retaliação contra o reportante; (II) deixar o dirigente de órgão ou entidade e o representante legal da pessoa jurídica de direito privado de adotar, cumprir ou implementar as medidas de proteção determinadas pela Unidade de Recebimento de Relatos. A sanção prevista é a pena de advertência ou suspensão por até trinta dias e, em caso de reincidência, a pena de multa de duas a doze vezes o valor bruto de seus proventos ou salário mensais, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis. A pessoa jurídica de direito privado fica sujeita à pena de multa no valor de 0,5% a 2% sobre o montante total de sua folha de pagamento no respectivo ano fiscal. A reincidência do servidor, empregado ou agente público, agente político ou outro ocupante de função pública, implicará o encaminhamento, por parte das Unidades de Recebimento de Relatos, de sindicância à autoridade competente, representando pela abertura de processo disciplinar. As sanções de natureza pecuniária, aplicadas nos termos deste artigo, serão revertidas ao Programa de Proteção de Testemunhas.

⁹¹⁶ Art. 51 do PL.

⁹¹⁷ Art. 52 do PL.

que o reportante tenha apresentado informação, indício ou prova de substancial relevância para a apuração.⁹¹⁸

O percentual e o valor da retribuição a que tiver direito o reportante serão arbitrados pela autoridade fiscalizadora ou correcional, em decisão fundamentada, que considerará a originalidade, importância, qualidade e relevância das informações relatadas.⁹¹⁹ Se for proposta ação penal com fundamento nas informações relatadas, o arbitramento do percentual e do valor da retribuição será feito pelo juiz na sentença, considerando como base de cálculo o somatório das multas impostas, dos valores cuja perda for declarada e do montante fixado para reparação dos danos, sem prejuízo da retribuição arbitrada pela autoridade fiscalizadora ou correcional.⁹²⁰ O pagamento será feito mediante depósito judicial (se o pagamento for arbitrado em sentença) ou extrajudicial (arbitramento em procedimento extrajudicial) após o encerramento do procedimento ou processo, a ser feita ao reportante pela Caixa Econômica Federal.⁹²¹

A ideia de estímulo ao reportante, via pagamento calculado em percentual sobre a quantia recuperada, deve se afastar de avaliações deterministas fundadas nos prováveis comportamentos do *whistleblower* e dos eventuais dilemas morais que o aflijam. Pensa-se que esse sujeito não pode ser categorizado como um mercador de sua atuação na vida pública que, em razão disso, trate a sua própria denúncia como um investimento, tampouco pode ser visto como um indivíduo cuja atuação seja, em todas as ocasiões, a expressão de sua resistência ética no interior de uma empresa. A complexidade de agir de um sujeito não pode ser limitada a dois parâmetros eivados de subjetivismos.

A crítica que se faz ao estímulo à denúncia via pagamento de retribuição (recompensa) funda-se no fator tempo. A recuperação de valores por parte do Estado não é certa, tampouco, expedita. De sua vez, o *whistleblower* se coloca em situação de risco, submete-se a medidas de proteção deficitárias estruturalmente e pode, inclusive, não receber valor algum, pois o pagamento é condicionado à recuperação. Desse modo,

⁹¹⁸ Art. 52 do PL.

⁹¹⁹ Art. 53, §§ 1º e 3º do PL.

⁹²⁰ Art. 53, § 4º do PL.

⁹²¹ Art. 55, § 4º, do PL.

o lapso temporal entre a realização do reporte e o recebimento dos valores transformará, provavelmente, o estímulo em um martírio.

Prevê-se, por fim, que caberá à Defensoria Pública fornecer orientação e assistência jurídica à pessoa que pretenda apresentar ou tenha apresentado relato de informações de suspeita de irregularidade.⁹²² Nesse ponto, verifica-se mais uma vez o desprezo pela verdade fática, na medida em que o projeto parece não considerar a situação de pouca estrutura, em todos os níveis, das Defensorias Públicas no país inteiro.⁹²³ O envolvimento das Defensorias Públicas não prescinde da inserção de seus membros nos debates, nos estudos técnicos e nas pesquisas empíricas prévios à elaboração da proposta legislativa, tais como a realização de um Estudo de Impacto Legislativo (EIL) já proposto em estudo de referência sobre o tema.⁹²⁴

4.2.3 Projeto de Lei (PL) n. 3506/2012⁹²⁵

O projeto de lei institui um Programa de Recompensa a Delatores, com destaques para algumas propostas: (i) a inserção, no rol dos crimes hediondos (Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990⁹²⁶), de alguns delitos contra a Administração Pública: peculato (art. 312, CP), concussão (art. 316 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP) e corrupção passiva (art. 317 do CP); (ii) a existência de uma delimitação mínima para a

⁹²² Art. 27 do PL.

⁹²³ Sobre o “vazio defensorial” em diversos estados brasileiros, vide: MAIA, Maurílio Casas. STF e dez razões (ainda) esquecidas sobre Defensoria Pública. **Revista Consultor Jurídico**. 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/maia-stf-dez-razoes-ainda-esquecidas-defensoria-publica>. Acesso em: 25 out 2021.

⁹²⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 166. O PL n° 4373/2016, de autoria do então Deputado Federal Wadih Damous (PT/RJ), apresentado em 16/02/2016, cria a lei de responsabilidade criminal, estabelecendo a necessidade de análise de impacto social e orçamentário das propostas legislativas que criem novos tipos penais, aumentem a pena ou tornem mais rigorosa a sua execução. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433190&filename=PL+4373/2016. Acesso em: 19 out 2021.

⁹²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Apresentação do Projeto de Lei n. 3506/2012. Brasília, 22/03/2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=973671&filename=PL+3506/2012. Acesso em: 10 maio 2021.

⁹²⁶ O art. 1º da Lei n° 8.072/90 estabelece o rol de crimes hediondos. BRASIL. **Lei n° 8.072, de 25 de junho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 jun. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 4 jan 2021.

condição de delator que consiste na exclusão de pessoas ou grupo de pessoas integrantes dos órgãos de investigação; (iii) o crime praticado não deve ser de conhecimento da autoridade competente para elucidar os fatos e a denúncia deve colaborar efetivamente para a identificação da autoria; (iv) o pagamento da recompensa está fixado no percentual de 1% (um por cento) do ressarcimento do prejuízo causado ao erário (previsto na Lei n. 8.429/1992) pago pelo autor do ilícito⁹²⁷; e (v) o integrante da Polícia Civil dos Estados e do Distrito Federal e da Polícia Federal que elucidar crime praticado contra a Administração Pública considerado de relevância e que tenha causado grande prejuízo ao erário, será promovido à classe superior, pelo critério de merecimento, independente de vaga.⁹²⁸

A justificativa da proposta legislativa⁹²⁹ constitui-se em mais um bom exemplo de como o conteúdo transmitido à opinião pública gera uma visão deturpada dos fenômenos sociais.⁹³⁰ Indica como determinante para o aumento da corrupção no Brasil a impunidade, a falta de engajamento da população em face da ausência de um mecanismo de incentivo no combate à corrupção e a ausência de incentivo aos policiais encarregados de elucidar crimes praticados contra a Administração Pública.

O seu principal argumento é construído a partir de uma reportagem publicada pela Revista VEJA, de 26/10/2011, sobre corrupção, matéria que menciona quais destinos⁹³¹ poderiam ser dados à imensa quantidade de dinheiro, 85 bilhões de reais, “surrupados dos brasileiros em 2011” e que vai para o bolso dos corruptos. A partir disso, conclui:

⁹²⁷ Arts. 3º e 4º do PL

⁹²⁸ Art. 5º do PL.

⁹²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Apresentação do Projeto de Lei n. 3506/2012. Brasília, 22/03/2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=973671&filename=PL+3506/2012. Acesso em: 10 maio 2021.

⁹³⁰ Virgilio Tanús Namnum **Tendencia Actual de la Política Criminal**. Tirant lo Blanch: Ciudad de México, 2018, p. 43.

⁹³¹ Segundo a reportagem mencionada na apresentação do PL: erradicar a miséria, custear de diárias de UTI nos melhores hospitais; construção de metrô; rodovias; casas; reduzir taxas de taxa de juros; dar a cada brasileiro um prêmio de R\$ 443,00 reais e custear 2 milhões de bolsas de mestrado. Dez Motivos para Se Indignar Com a Corrupção. **Revista Veja** n 143 edição 2240, Editora Abril: São Paulo, 26 outubro 2011.

Este projeto caminha para classificar como hediondo, o peculato, a concussão, a corrupção ativa e a corrupção passiva; propõe uma recompensa para quem colaborar para a elucidação de crime contra a administração pública; e, premia com promoção o policial componente de polícia investigativa (Polícias Cíveis e Polícia Federal) que elucidar o respectivo crime. Com isso estamos introduzindo duas novas ferramentas interessantes no enfrentamento à corrupção. Assim, estamos criando mecanismo que incentiva as pessoas a participar da luta contra a corrupção, bem como os policiais que se dedicaram penhoradamente.

São muitos os fatos que revelam a prática de corrupção que estão vindo ao conhecimento da sociedade e outros sendo investigados. O mais recente e de repercussão nacional foi veiculado pelo programa “Fantástico”, da Globo, no último domingo, dia 18, revelando absurdo esquema fraudulento de licitações na área de saúde no Rio de Janeiro. [...] A adoção das providências que estou propondo, certamente, contribuirá para diminuir os alarmantes índices de corrupção no Brasil.

Em linhas gerais, pode-se perceber que a iniciativa legislativa sob exame, ao evocar a inserção de delitos contra a Administração Pública no rol de crimes hediondos como resposta penal adequada à impunidade, a ser acompanhada da coexistência de um sistema de recebimento de relatos para suprir a “falta de engajamento da população”, revela a leviandade do conteúdo dessa proposta.

O PL nº 3506/2012 parte da premissa equivocada de que o cidadão não se engaja na atividade de repressão dos delitos contra a Administração Pública porque não há a instituição de um mecanismo incentivado, como se o desejo latente em cada sujeito fosse o de se tornar um prestador de serviços ao Estado e não o de receber proteção estatal. Não fosse isso o bastante, a proposição subverte o regime jurídico de agentes públicos ao ignorar que “a comunicação não realizada por algumas categorias de funcionários esbarra em dispositivos legais que transformam essa omissão em infração”⁹³², ainda que não se trate de cargo ou função pública com atribuição ou competência investigativa. Não se pode conciliar dever de denúncia com sua voluntariedade.

Veja-se, por exemplo, que o regime jurídico dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112/90 na redação dada pela Lei nº 12.527/2011), em seu artigo 116,

⁹³² BOTTINO, Thiago; VALENTE, Adriano. Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 01, p. 246, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/21>. Acesso em: 13 out. 2021.

VI, prevê, como um dos deveres do servidor, o 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.”⁹³³ A partir disso, a interpretação que se adota é a de que não se mostra compatível a atribuição da condição de delator/*whistleblower* a agente público que tenha a obrigação de denunciar, por dever inerente à função ou previsto em estatuto jurídico próprio. Ademais, a previsão de recompensa ao servidor público com obrigações específicas afronta o princípio da moralidade administrativa.

Por fim, a previsão de que o Chefe do Poder Executivo regulamentará o procedimento de apresentação da denúncia e recebimento da recompensa pelo delator⁹³⁴ constitui-se em uma proposição descompromissada com a estruturação de procedimento de recepção e processamento das denúncias. Não há outro regramento previsto além da indicação da autoridade que será responsável pela futura definição procedimental, por ato infralegal (*v.g.* decreto), o que não permite que haja uma previsibilidade para o sujeito que tenha a intenção de fazer um reporte e, por tal motivo, imprime uma aura de pouca seriedade ao programa proposto.

4.3 A LEI EM VIGOR – LEI Nº 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”)

A instituição da figura do *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, oriunda do projeto de lei (PL) nº. 882/2019. Essa proposta é parte integrante de um conjunto de proposições legislativas apresentadas no início do ano de 2019 por parte do então Ministro da Justiça do governo eleito em 2018 - o denominado “Pacote Anticrime”.⁹³⁵

⁹³³ 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. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

⁹³⁴ Art. 6º do PL

⁹³⁵ Sobre a origem do “Pacote”: “Foi instituído um Grupo de Trabalho na Câmara dos Deputados para exames dos PLs. 10.372 e 10.373, ambos de 2018, além do PL 882 de 2019. O último projeto, referente ao *whistleblower* teve origem em proposição do Executivo, cujo principal artífice o Ministro da Justiça Sergio Moro. O Grupo de Trabalho, coordenado pela Deputada Margarete Coelho (PP/PI), funcionou como catalizador das mais diversas opiniões a respeito do projeto de lei, a partir de audiências públicas.

A Lei nº 13.964/2019, promulgada com o ambicioso objetivo de “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”⁹³⁶, altera dispositivos dos códigos penal e processual penal, além de vários outros diplomas (leis especiais). As alterações em normas de direito material e processual foram orientadas pela concepção segundo a qual o “maior rigor penal e mais encarceramento fossem formas de solução para o problema da criminalidade”.⁹³⁷ Não foi apresentada uma justificativa, mas uma exposição de motivos firmada pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, um ex-juiz federal cuja notoriedade se deve ao fato de ter encarnado uma *persona*⁹³⁸ justiceira na condução de um processo penal de exceção, a midiática Operação Lava Jato (cujos equívocos foram descortinados pela revelação das comunicações realizadas entre alguns dos agentes públicos que dela fizeram parte).⁹³⁹

O discurso contido na exposição de motivos do projeto evoca a imprescindibilidade do desejado “aperfeiçoamento” de instrumentos contra a corrupção, criminalidade organizada e delitos praticados com violência:

O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. Corrupção, diz-se com certa descrença, faz parte de nossa história, acompanhamos desde a chegada de Pedro Álvares Cabral em nosso território, pois, afirma-se que Pero Vaz de Caminha, em carta ao Rei

O tema do ‘informante do bem’ foi objeto de apreciação do grupo temático número 5”. MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020, p. 20-27.

⁹³⁶ Expressão inserida na descrição da lei, em campo específico a ser preenchido pelo objeto desse ato legislativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 04 out 2021.

⁹³⁷ MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020, Introdução, p. XXI.

⁹³⁸ Adota-se o sentido dado por Carl Jung (1875-1961), segundo o qual, “o arquétipo da persona é uma máscara, a face pública que usamos para nos darmos bem com uma série de pessoas”. SCHULTZ, Duane P. SCHULTZ, Sydney Ellen. **Teorias da Personalidade**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 94.

⁹³⁹ Sobre o contexto institucional do surgimento da mencionada Operação: “Quando a Lava Jato divulgou a primeira fase da operação em março de 2014, o país já vinha de um caldeirão de tensões sociais que deram seu primeiro sinal nas célebres ‘jornadas de junho’ de 2013. As eleições de outubro de 2014 ocorreram quando a Operação Lava Jato no Paraná ainda estava na sua sexta fase, mas já havia ampla divulgação de que as investigações envolviam desvios dos cofres da Petrobras. [...] As revelações trazidas a partir de 2019 pelo portal *The Intercept* Brasil sobre os bastidores da Lava Jato fornecem amplo material para investigação sobre o comportamento estratégico dos atores envolvidos com a operação, inclusive e especialmente sobre um aspecto da dimensão internacional: a falta de controle sobre as comunicações entre investigadores brasileiros e autoridades vinculadas a outros países”. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020, p. 4 e 9.

de Portugal, teria solicitado liberdade para o seu genro que estaria preso na ilha de São Tomé. [...]

Os índices da Transparência Internacional mostram vertiginosa piora do Brasil no *ranking* mundial. No ano de 2001, a pesquisa colocou o país na 46ª posição. Em 2009 o Brasil ficou em 69º lugar. Piorou a classificação no *ranking* de 2017, quando se classificou na 96ª posição. [...] É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. [...]

A proposta é de que a referida lei [Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018], seja aditada com três artigos, numerados como 4ºA, 4ºB e 4ºC, que possam auxiliar nas investigações policiais. O objetivo é a introdução da figura do *whistleblower* ou “quem dá o aviso”, o “denunciante do bem”. Sabidamente, a produção de provas assumiu feição totalmente diversa em tempos recentes, não sendo mais possível contar, salvo casos excepcionais, com testemunhas do fato, eis que elas se sentem amedrontadas e se recusam a depor. Ao contrário da colaboração premiada, o denunciante não está envolvido em nenhum crime, deseja apenas auxiliar o poder público.

Impõe-se, assim, a instalação de ouvidorias no serviço público, algo que na prática já existe em grande escala, e assegurar-se proteção integral ao informante. Este resguardo começa pela preservação de sua identidade e isenção de responsabilidade civil ou penal, salvo se tiver agido com má-fé. Para evitar prejuízo ao direito constitucional à ampla defesa, explicitamente se afirma que ninguém será condenado com base exclusiva no depoimento do informante. E para estimulá-lo, arbitra-se recompensa de 5% sobre o valor arrecadado, em caso de recuperação de produto do crime. Este incentivo é crucial para que haja estímulo à pessoa sair do comodismo da omissão, agora uma realidade.⁹⁴⁰

A partir da identificação de um dos sujeitos responsáveis pelo enunciado inserido na justificação do projeto que deu origem à lei vigente (ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro), não causa surpresa a percepção de que o conteúdo dialoga com a mentalidade que dirigiu muitos dos atos da Operação Lava Jato⁹⁴¹, caracterizada por uma fala que admite e apoia “a materialização da presença do Estado autoritário no

⁹⁴⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 889/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 01 nov 2021.

⁹⁴¹ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a suspeição do então Juiz Federal Sergio Moro por ocasião do julgamento Habeas Corpus 164.493/PR. Naquela oportunidade, “a Segunda Turma do STF valorou 7 (sete) fatos que demonstravam que o ex-Juiz Sérgio Moro ultrapassou os limites do sistema acusatório e aderiu estrategicamente aos interesses da acusação, em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa”. STF, **HC 164493**, Relator EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, DJe- 04-06-2021.

interior das rotinas democráticas”.⁹⁴² De fato, a institucionalização do *whistleblowing* no Brasil está atrelada, em seus fundamentos, à prática das delações premiadas, ou seja, “da compra da moralidade em condições duvidosas”⁹⁴³, em megaprocessos de corrupção.⁹⁴⁴

Em relação à atividade do *whistleblower*, a Lei nº 13.964/2019 não estabeleceu a estrutura de um programa de *whistleblowing* tal como previsto, por exemplo, pelo projeto de lei 11.116/2018 (*infra*). O que ocorreu foi a modificação de norma anterior - a Lei 13.608/2018⁹⁴⁵ - que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais.

A lei modificada, em sua redação original, fixava regramentos para que as empresas de transportes terrestres que operam sob concessão da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios estabeleçam, obrigatoriamente, um serviço de “Disque-Denúncia”, com o incentivo à colaboração por parte da população, garantido o anonimato do colaborador.⁹⁴⁶ Por fim, fazia referência ao aporte financeiro ao serviço

⁹⁴² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. In: CARVALHO, Marco Aurélio; STRECK, Lenio. **O Livro das Suspeições**: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito? São Paulo: Grupo Prerrogativas, 2020, p. 65-74, p. 65.

⁹⁴³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 60.

⁹⁴⁴ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. *Programas de Whistleblowing e os problemas da delação premiada*. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.100.

⁹⁴⁵ 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. Brasília, 10 jan. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

⁹⁴⁶ Lei nº 13.608/2018, Art. 1º: As empresas de transportes terrestres que operam sob a concessão da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios são obrigadas a exibir em seus veículos, em formato de fácil leitura e visualização: I - a expressão “Disque-Denúncia”, relacionada a uma das modalidades existentes, com o respectivo número telefônico de acesso gratuito; II - expressões de incentivo à colaboração da população e de garantia do anonimato, na forma do regulamento desta Lei. Art. 2º Os Estados são autorizados a estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio. Art. 3º O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados. Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie. BRASIL. **Lei nº 13.608**. 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 “Disque-Denúncia” mediante seu enquadramento nos projetos a serem apoiados pelo Fundo Nacional de Segurança Pública.⁹⁴⁷

A alteração legislativa “aumenta o escopo da lei em uma dimensão que ela não possui originalmente e passa ao largo do procedimento para apuração da razoabilidade do relato, suficiência em eventual condenação e da garantia do anonimato”⁹⁴⁸. Foram enxertados três dispositivos no artigo 4º da Lei nº 13.608/2018 (arts. 4º-A, 4º-B e 4º-C) por meio da Lei nº 13.964/2019:

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

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

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

Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.

Art. 4º-C. Além das medidas de proteção, previstas na Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, é assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração não justificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou de negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.⁹⁴⁹

de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Brasília, 10 jan. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 4 out 2021.

⁹⁴⁷ Art. 5º da Lei nº 13.608/2018. BRASIL. **Lei nº 13.608**. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Brasília, 10 jan. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

⁹⁴⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). **Nota Técnica sobre o Pacote Anticrime**, 2019, p. 40. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-31-03-2020-20-54-01-570213.pdf>. Acesso em 28 fev 2020.

⁹⁴⁹ 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: 30 set 2021.

A partir do texto da lei vigente, vê-se que a potencialidade prometida à sociedade pelo advento do instituto do *whistleblowing* não se cumprirá. As condições de possibilidade são muito reduzidas, haja vista as diversas e graves incongruências das suas determinações com relação a preceitos constitucionais e demais normas penais, tanto de cunho material como processual. As prescrições contidas na lei “aproximam a atuação do Estado — de forma lenta, mas significativamente arriscada — de um Estado de prevenção inquisitorial”⁹⁵⁰.

A figura do *whistleblower*, como destacado por Fauzi Choukr, foi “atualizada como um instrumento ético na atividade empresarial e no serviço público, e [como complemento] do guia comportamental do momento para empresas (*Compliance*)”⁹⁵¹, mas não foi tratada, em sua integralidade, por parte do legislador brasileiro. A conexão da política legislativa nacional com “a incipiente indústria do *compliance*”⁹⁵², construída desde a inserção das obrigações de cumprimento normativo na Lei nº 9.613/98 e dos subsequentes diplomas normativos direcionados às empresas (Leis nº 12.846/2013, Decreto nº 8.420/2015 e Lei nº 13.303/2016), restou ainda mais fragilizada diante da ausência de regulamentação do *whistleblowing* nas empresas privadas (interno).⁹⁵³

A despeito de o percurso legislativo brasileiro relacionado aos relatos internos, à instituição de canais de denúncia e à proteção de denunciantes de boa-fé tenha ocorrido significativamente na seara extrapenal⁹⁵⁴, não se pode ignorar os efeitos penais

⁹⁵⁰ SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeira. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 38, maio-ago. 2019, p. 31-44, p. 44.

⁹⁵¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 134-135, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 30 set 2021.

⁹⁵² RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.100.

⁹⁵³ Havia previsão de regramentos para relatos internos no PL 11.116/2018 (*infra*). Observa Fauzi Choukr que “essa incompletude legislativa deixa em aberto a proteção de informantes internos de empresas privadas, [de modo que] um funcionário privado que queira denunciar a má administração da empresa pelo cometimento de condutas ilícitas terá muito menos estímulo que o funcionário público”. HASSAN CHOUKR, Fauzi. Whistleblower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 01, p. 131–143, p. 140-141, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 12 out 2021.

⁹⁵⁴ Arts. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013, Art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 e Art. 9º da Lei 13.306/2016.

decorrentes das investigações internas tanto para os denunciados⁹⁵⁵ como para os denunciantes. Está-se em um contexto de “desenvolvimento funcional sem o correspondente desenvolvimento legislativo.”⁹⁵⁶ Os procedimentos investigativos oriundos de mecanismos internos de reporte são uma realidade no Brasil. Assim, a potencialidade que as informações obtidas em um canal de denúncia possuem na construção da estratégia defensiva das empresas, a partir da demonstração da pretensa efetividade dos programas de cumprimento normativo, deveria ter sido considerada relevante para o legislador, o que, como visto no capítulo anterior, não ocorreu. Resta pendente, portanto, a regulação do *whistleblowing* interno.

Optou-se pela prescrição de normas que rejam a denúncia externa perante autoridades públicas.⁹⁵⁷ O primeiro dos dispositivos que regula atividade de *whistleblowing* externo (art. 4º-A) condensa, de forma deliberadamente desleixada, aspectos essenciais à viabilidade prática do instituto, a saber: estrutura para o recebimento de relatos, condição de reportante, objeto da denúncia, critérios de aferição da razoabilidade, o que condiciona a proteção “integral” do denunciante, isenção de responsabilidade civil e penal, salvo se há apresentação consciente de informações falsas.

Acerca da condição de *whistleblower*, a norma garante a “qualquer pessoa” o direito de relatar. Todavia, defende-se uma concepção estrita da figura, tal como Ramon Ragués, para quem “a relação do sujeito denunciante com determinada empresa ou administração pública é uma característica dessa figura”⁹⁵⁸, uma vez que é a relação de proximidade prévia ou atual (empregado, ex-empregado, contratante, fornecedor, prestador de serviços) que permite o conhecimento do fato a ser objeto do reporte.

⁹⁵⁵ Consultar Capítulo 3.

⁹⁵⁶ GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 257-284, p. 264.

⁹⁵⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derecho del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (org.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 130.

⁹⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 20. No mesmo sentido: BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, n. 161, jan.-mar. 2020, p. 99-113, p. 104.

No que toca à situação do reportante que tenha cometido ilícitos, a exposição de motivos (*supra*) aponta claramente para o fato de que a escolha da normatização cingiu-se à atividade do “informante do bem”, ou seja, do *whistleblower* que não intervém em qualquer atividade ilícita. A opção político-legislativa dirigiu-se no sentido de regular, por atos diversos, reportantes e delatores.

Outra restrição desconsiderada pela lei e que merece críticas é a não exclusão de pessoas com deveres específicos de investigação (membros do Ministério Público, do Tribunal de Contas, das Receitas Federal e Estaduais, agentes policiais) e de indivíduos com deveres de informação ou vigilância (*compliance officers* e demais agentes arrolados no artigo 9º da Lei 9.613/98⁹⁵⁹, servidores públicos federais).⁹⁶⁰ Não se verifica um arranjo possível juridicamente entre a natureza voluntária do *whistleblowing* e a coercitividade das obrigações legais acima referidas, o que impede que alguns sujeitos possam ostentar a condição de denunciante. Admitir-se hipótese diversa implica avaliar a fundação de “um verdadeiro ‘mercado’ para a caça de recompensas, o que criará um ambiente desconfortável nesses segmentos”.⁹⁶¹ Como resultado desse entendimento, afirma-se que, a denúncia feita por sujeitos com obrigação legal (que não podem ser *whistleblowers*), e que não se relacione com atividade por eles exercida, deve ser dirigida às ouvidorias públicas, que são os locais adequados para a recepção de manifestações atinentes à relação entre cidadãos, usuários e a Administração Pública.

Não se pode deixar de observar, também, que a restrição da responsabilidade penal da pessoa jurídica de delitos ambientais (art. 3º da Lei nº 9.605/98) a impede de exercer o papel de denunciante, pois a perda de isenção civil e penal prevista na lei, nas hipóteses de relato acompanhado de “informações e provas falsas”, não a atingiria. Outro argumento contrário à possibilidade de a empresa fazer o reporte diz respeito à necessidade de se evitar “que a pessoa jurídica desloque a sua responsabilidade penal

⁹⁵⁹ Pessoas sujeitas às obrigações de *compliance* previstas nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98.

⁹⁶⁰ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 48-49.

⁹⁶¹ BITTAR, Walter Barbosa. Lei que dispõe sobre o *Whistleblower* – Lei 13608/2018. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 174.

para o funcionário, nos casos em que existe responsabilidade penal das corporações”⁹⁶² ou que faça uso de seu empregado como “bode expiatório” a fim de se habilitar a um acordo de leniência. Como a habilitação para esse tipo de acordo demanda um direcionamento da agir da empresa direcionado a demonstrar a efetividade do programa de *compliance* instituído em seu interior, há o risco de que a busca por eventuais responsáveis se desenvolva a partir de elementos de prova por meios ilícitos e ilegítimos.

As delimitações impingidas ao conteúdo dos fatos comunicados (crimes contra a administração pública⁹⁶³ e ilícitos administrativos⁹⁶⁴) parecem ter sido motivadas pela reconhecida falta de estrutura pública para acolhimento e depuração das denúncias. No entanto, a capacidade de depuração dessas condicionantes está fortemente mitigada com a inclusão da cláusula de abertura simbolizada pela expressão “ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”⁹⁶⁵, conceito cuja determinação de sentido é problemática.

Ramon Ragués defende que não se atinge a finalidade delimitadora ao se considerar de interesse público, por exemplo, toda a informação que possa dar origem a um procedimento penal ou administrativo ou, ainda, que possa atrair a atenção da

⁹⁶² RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 47.

⁹⁶³ Há seis grupos de crimes contra a Administração Pública no Código Penal: (1) praticados por funcionário público contra a Administração em Geral (arts. 312 a 326), (2) praticados por particular contra a Administração em Geral (arts. 328 a 337-A), (3) praticados por funcionário público contra a Administração Pública estrangeira (art. 337-B e art. 337-C), (4) contra a Administração de Justiça (arts. 338 a 359) e (5) contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H).

⁹⁶⁴ Vide Lei da Improbidade Administrativa, arts. 9º a 11. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁹⁶⁵ Bittar entende que, embora não expresso no texto da lei, considerando-se a jurisprudência pátria quanto à delação premiada, nada impediria que, desde que cumpridos os requisitos legais (informações relevantes ou provas), sejam concedidos prêmios e benesses legais (previstas taxativamente) ao reportante de ilícitos penais não elencados pelo legislador, em especial quando se considera como requisito o interesse público. Defende a valorização da conduta positiva por parte do agente que, de qualquer forma, tenha contribuído para o esclarecimento do fato. BITTAR, Walter Barbosa. Lei que dispõe sobre o *Whistleblower* – Lei 13608/2018. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 171-175, p. 173.

mídia.⁹⁶⁶ García Moreno aponta que o interesse público é uma exigência inserida nas definições oferecidas por organizações e tribunais internacionais⁹⁶⁷ como um elemento empregado no plano legislativo para delimitar o âmbito objetivo da norma, ainda que não se empregue, de forma unívoca, em todas as ocasiões.⁹⁶⁸ Discorda-se dessa argumentação porque é justamente na retórica do interesse público, deliberadamente adotada como argumento justificador das escolhas legislativas, que se percebe, mais intensamente, o estratagema da mentira organizada na política criminal. A vinculação estreita entre padrões internacionais e interesse público, se desconsidera as peculiaridades da ordem jurídica nacional, reforça a construção de imagens a serem vendidas à população em razão da crença nelas depositada pelo povo.⁹⁶⁹

Nessa senda, a partir da realidade processual penal brasileira, a apreciação que se faz da concepção de interesse público, no contexto da Lei nº 13.964/2019 leva à compreensão de que o sentido dado não ultrapassa a mera amplificação das possibilidades de coleta de provas pela incorporação de novos e invasivos métodos de investigação. Há um falseamento da realidade nessa fala em “defesa do interesse público”. Isso se explica porque, ao se escamotear a previsível e provável violação de direitos e garantias fundamentais daqueles sujeitos que serão denunciados, a propaganda do fomento às denúncias se torna palatável para quem se limita a uma análise perfunctória das potencialidades e consequências do instituto.

A isenção da responsabilidade criminal também não recebeu contornos dogmáticos devidos quanto ao estabelecimento de premissas e modalidades, consoante aponta Alaor Leite:

⁹⁶⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 21.

⁹⁶⁷ A autoria cita a OCDE, a Transparência Internacional e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no julgamento do precedente *Guja vs. Moldávia* (12/08/2008). Refere que, por outro lado, a legislação do Reino Unido (*Enterprise and Regulatory Reform Act, de 2013* que alterou o *Public Interest Disclosure Act* -PIDA, lei de 1998) evita conceitos indeterminados (vide caso *Parkins vs Sodexho*, em que se considerou que o que se exige é que o denunciante atue na crença que age por interesse público) GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del alertador al whistleblower**: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019, p. 73-74.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁹⁶⁹ ARENDT, Hannah. *A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. Crises da República*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 18.

a isenção de responsabilidade penal prevista na redação atual da Lei 13.608/18, além de estar confinada ao setor público, de se dirigir a qualquer informante (funcionário ou não) e de se referir apenas a comunicações feitas a órgãos internos (ouvidoria e correição), é construída sem que os critérios de sua aplicação sejam sequer explicitados – o insular parâmetro é o da “razoabilidade do relato”, a ser avaliada pela unidade de ouvidoria ou correição –, com o que se instaura situação de extrema insegurança para todas as partes envolvidas. O risco penal persiste.⁹⁷⁰

Prosseguindo-se para a abordagem das estruturas previstas para o recebimento de relatos, as denominadas unidades de ouvidoria e correição, a negligência no trato conferido pela lei à estruturação dos referidos órgãos já é percebida pela própria nomenclatura dada. Já se apontou, em outra oportunidade, que a uma unidade de ouvidoria são atribuídas tarefas que não incluem a análise da razoabilidade de um relato de crime contra a administração ou de ilícitos administrativos, tampouco a decisão de arquivá-lo ou encaminhá-lo à autoridade competente para processamento.⁹⁷¹ De fato, não existe correspondência organizacional entre a unidade de relatos, prevista na lei, e uma ouvidoria pública, tanto que há legislação específica para as ouvidorias públicas (Lei nº 13.460/2017 e Decretos nº 9.492/2018⁹⁷² e 10.153/2019⁹⁷³). Tais normativas conferem a esses órgãos o dever de controle da efetividade da prestação dos serviços

⁹⁷⁰ LEITE, Alaor. A Responsabilidade Penal do Whistleblower. **Boletim de Ciências Criminais**. Ano , n. 348, novembro 2021, p. 4-6, p. 5. O autor defende a legitimidade do estabelecimento de uma causa de exclusão de responsabilidade criminal, bem como a capacidade de a dogmática fazer frente a esse desafio. Assevera que: “Com a construção de uma limitada causa de justificação, de critérios claros e objetivos, é possível encontrar o necessário equilíbrio entre proteção do informante que contribui de *bona fide* com a persecução criminal e a tutela de bens jurídicos individuais relevantes, sem vilipendiar o sistema das causas de justificação no Direito Penal”. A ciência é o *whistleblower* do legislador” *Ibid.*, p. 6.

⁹⁷¹ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 53-54.

⁹⁷² Institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal. BRASIL. **Decreto nº 9.942**. Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, [...] institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 [...]. Brasília, 5 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9492.htm. Acesso em 28 out 2021.

⁹⁷³ Regulamenta os arts. 9º e 10 da Lei nº 13.460/2017 e se aplica: (I) aos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, (II) às empresas estatais que recebem recursos do Tesouro Nacional para seu custeio e (III) às empresas estatais que prestam serviços públicos, ainda que não recebam recursos do Tesouro Nacional para custeio (art. 2º). BRASIL. **Decreto nº 10.153**. 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. Brasília, 3 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm. Acesso em: 30 out 2021.

públicos e garantem o acesso aos usuários mediante manifestação perante a Administração Pública.⁹⁷⁴ Poder-se-ia cogitar a utilização de algumas disposições do Decreto nº 10.153/2019 como uma referência procedimental mínima para o encaminhamento de denúncias, haja vista a previsão de meios de preservação de identificação e de requisição de informações complementares.⁹⁷⁵ Contudo, a ausência de um detalhamento mais específico torna pouco eficaz a atuação preventiva no sentido de se evitar que o processamento das denúncias propicie um ambiente criminógeno.

Ainda quanto às unidades de recebimento de relatos, importa destacar alguns dos regramentos do criticado PL nº 11.116/2018 (*infra*) que poderiam ter sido adotados. Cita-se, como exemplo, a composição desses órgãos por servidores públicos estáveis (e com mandato não inferior a dois anos), o estabelecimento de prazo para o exame das denúncias e a criação de uma estrutura para seu recebimento (v.g. unidades de recebimento estão impedidas de apurar as denúncias recebidas).⁹⁷⁶

Por fim, no que diz respeito à métrica para a aferição da razoabilidade do relato, destaca-se o acerto da norma brasileira em não considerar a boa-fé do *whistleblower* como requisito a ser observado, pois a subjetividade dessa apreciação tiraria o foco do exame do conteúdo de relato feito.⁹⁷⁷ É razoável o argumento de García Moreno no sentido de que não se pode exigir do *whistleblower* que prove fatos com exatidão ou junte documentos às denúncias, mas sim que traga elementos e

⁹⁷⁴ Arts. 1º, 4º, 9º e 13 da Lei nº 13.460/2017. BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em 30 out 2021.

⁹⁷⁵ Arts. 4º a 8º do Decreto nº 10.153/2019. BRASIL. **Decreto nº 10.153**. 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. Brasília, 3 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm. Acesso em 4 jan 2021.

⁹⁷⁶ Art. 9º, *caput* e §3º, do PL 11116/2018. BRASIL. **Projeto de Lei nº 11116/2018, de 4 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 8.112, de 1990. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188209>. Acesso em 4 jan 2022.

⁹⁷⁷ Lorena Bachmaier Winter destaca que o Reino Unido já havia excluído tal requisito em sua reforma (2013), tendência adotada pela de requisito na reforma legal de 2013, orientação seguida pela recente Diretiva 2019/1937 UE. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing europeo y compliance: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión*. **Diario La Ley**, n. 9539, 2019, p. 5.

indícios que permitam um convencimento mínimo sobre a veracidade dos fatos que torne viável o início de processo de apuração.⁹⁷⁸ Exigir que o denunciante prove o que relata, importa encarregá-lo de ônus típico de órgãos de persecução penal e, indubitavelmente, reduzir o estímulo a eventuais denúncias.

O segundo dispositivo (art. 4º- B) estabelece o direito à proteção da identidade do *whistleblower*, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, precedida de comunicação ao informante e de sua concordância formal. A lei brasileira, mesmo que não expressamente, parece ter escolhido o regime de confidencialidade do relato⁹⁷⁹, ou seja, ao reportar os fatos considerados ilícitos, o denunciante é identificado pelo ente receptor do relato, mas sua identidade não é revelada em um primeiro momento. Já o anonimato restringe a atuação da entidade receptora de denúncias, pois impede o contato posterior com o denunciante para coleta de esclarecimentos ou mais informações. A garantia de um maior período de proteção da identidade do *whistleblower*, nas hipóteses de denúncia anônima, produz custos sociais, tais como a facilitação de delações falsas, abusivas e criminosas. Demais disso, a vedação constitucional do anonimato, prevista no art. 5º, IV, da Constituição Federal⁹⁸⁰ é um obstáculo à ampla utilização do anonimato.

Para Mendes e Martínez, a decisão de revelar a identidade do informante, “a partir da discricionariedade do que for entendido como relevante (art. 4º-B⁹⁸¹), joga por

⁹⁷⁸ GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del alertador al whistleblower**: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019, p. 76.

⁹⁷⁹ Vide Capítulo 2.

⁹⁸⁰ LOBATO, José Danilo Tavares; PAULINO, Hélder Lacerda. Notas críticas acerca da relação entre *criminal compliance* e *whistleblowing*. **Boletim dos Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 23, n. 275, out 2015, p. 4.

⁹⁸¹ Na redação original do PL 889/2019, havia a previsão dos §§ 1º (“se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo”) e 2º (“ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”) no artigo 4º-B. Diante da impossibilidade de o acusado de se opor aos elementos de provas produzidos contra si, o que foi veementemente criticado, por exemplo, pela Nota Técnica do IBCCrim, e diante da manifesta inconstitucionalidade da proposta, foram excluídas tais disposições. IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre o "Pacote Anticrime"**. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em 28 jul 2021.

terra qualquer garantia de segurança a quem informa”⁹⁸², na medida em que a lei traz, como condicionantes, a existência de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos e dos objetivos da comunicação prévia e concordância formal. O estabelecimento desses requisitos se coloca como mais um rotundo equívoco da lei por dois principais motivos: (i) se o relato recebido é razoável e, durante seu processamento se verifica a prática de ilícito penal ou administrativo, o interesse público na apuração e persecução é indubitável e (ii) o sistema acusatório obsta que se confira ao *whistleblower* o poder de decisão sobre o momento de revelação de sua identidade, pois isso implicaria reconhecer poderes instrutórios a uma parte interessada e, por via de consequência, impossibilitar ao eventual acusado o exercício de sua ampla defesa.

Em relação ao anonimato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em mais de uma oportunidade no sentido de permitir a não identificação do denunciante apenas em sede de investigações preliminares, o que resulta “na impossibilidade de o Estado, tendo por único fundamento causal a existência de tais peças apócrifas, dar início, somente com apoio nelas dar início à *persecutio criminis*.”⁹⁸³ A partir desse entendimento, conclui-se que, após o encerramento da fase investigativa, destinada a formar a *opinio delicti*, a identificação deve ser tornada pública, sob pena de tornar imprestáveis as informações do relato para fins de prova.⁹⁸⁴

⁹⁸² MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020, p. 268.

⁹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 1957**, Relator CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2005, DJ 11-11-2005, Mandado de Segurança nº S 24.369-MC, rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2003, DJ 04-06-2004. Mais recentemente, cita-se, o RE nº 1193343: “As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução administrativo-disciplinar (ou mesmo de natureza penal) cujo único suporte informativo apoie-se em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que escritos anônimos não autorizam, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração de *persecutio criminis* ou de procedimentos de caráter disciplinar. Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima, adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude disciplinar e/ou penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da concernente persecução, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas”. STF, **Recurso Extraordinário nº 1193343** AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, DJe 11-12-2019.

⁹⁸⁴ IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre o "Pacote Anticrime"**. p. 53-54; p. 62. Disponível em: arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em: 28 jul 2021.

A limitação da proteção à identidade do denunciante é a garantia do direito de defesa do acusado⁹⁸⁵, mormente porque a atividade de *whistleblowing* não é imparcial frente ao futuro resultado da apuração dos fatos, especialmente diante da previsão de recompensa ao reportante. Deste modo, parece razoável que se estipule, como termo final do sigilo, o encerramento das investigações, ou seja, “para o oferecimento da denúncia em diante, a identidade do *whistleblower* e o conteúdo da denúncia devem ser revelados”.⁹⁸⁶

Nesse rumo, não há que se falar em “válvula de segurança”⁹⁸⁷ contida na redação do parágrafo único do art. 4º-B (revelação da identidade mediante comunicação prévia), mas sim em se reconhecer a desconformidade da redação com o postulado do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa. A exclusão dos dois parágrafos constantes da versão original do PL nº 882/2019 não afastou a inconstitucionalidade do regramento de proteção da identidade do *whistleblower*, o que “constitui um dos principais *handicap* desta estratégia de colaboração público privada”.⁹⁸⁸

Por fim, o art. 4º-C estabelece que, além da aplicabilidade de medidas de proteção às vítimas e testemunhas, assegura-se ao *whistleblower* a proteção contra retaliações praticadas em razão do relato efetuado. Como exemplos dessas represálias, tem-se a demissão arbitrária, a alteração não justificada de funções a serem exercidas por esse reportante, a imposição de sanções e de prejuízos remuneratórios, funcionais ou materiais de qualquer espécie.

⁹⁸⁵ Sobre o direito do réu a conhecer a identidade das vítimas e das testemunhas, vide arts. 187, § 2º, V, e 206, ambos do Código de Processo Penal para construir a sua narrativa defensiva.

⁹⁸⁶ VAZ E GRECO, Mateus; ALCÂNTARA LIMA DUMONT, Paola. Entre o anonimato e o sigilo: a interação do *whistleblower* com o Processo Penal. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 207–221, 2021, p. 219. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/19>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁹⁸⁷ Segundo o entendimento de Artur Gueiros: “muito embora a lei não estabeleça qual consequência adviria de uma possível negativa por parte do informante, parece intuitivo que a solução a ser dada é aquela que constava do Projeto de Lei nº 882/2019: a perda do valor probatório da informação por ele trazida” SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no sistema de *compliance*. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020, p. 33-52, p. 47.

⁹⁸⁸ GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del alertador al whistleblower**: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019, p. 42.

Assim como nas propostas legislativas anteriormente analisadas (PLs nºs 1701/2011 e 11.116/2018), define-se que serão resguardadas a proteção da identidade do *whistleblower* e que haverá a possibilidade de ele ser beneficiado pelo programa especial de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/1999).⁹⁸⁹

Quanto à aplicação da Lei nº 9.807/99 (lei de proteção a vítimas e testemunhas), há pontos fundamentais a serem esclarecidos. O primeiro diz respeito à origem dos recursos a serem utilizados. Uma das medidas de proteção previstas no artigo 7º da Lei nº 9807/99 é a ajuda financeira e material necessária para a subsistência do reportante, o que pode incluir, até mesmo, a suspensão temporária de atividades funcionais sem prejuízo do salário.

Ocorre que, o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016⁹⁹⁰⁹⁹¹, congelou os gastos públicos por vinte exercícios em nome da austeridade, da “concepção gestonária do mundo”.⁹⁹² Está-se em um contexto em que a própria atuação estatal criou “um óbice concreto à sua eficácia, notadamente em contexto econômico nada propício para a criação de novos programas ou implementação de

⁹⁸⁹ Art. 4º do PL. Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.807/99, encontram-se as medidas aplicáveis, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade e as circunstâncias de cada caso: segurança na residência, escolta e segurança para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; preservação da identidade, imagem e dados pessoais; ajuda financeira mensal para subsistência, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de trabalhar; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; apoio e assistência social, médica e psicológica; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção; apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações que exijam o comparecimento pessoal. Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro”.

⁹⁹⁰ Importa a menção à crítica de Tavares e Silva: “A Emenda Constitucional 95/2016 ostenta, portanto, uma compreensão da economia política adstrita à noção de ‘austeridade expansionista’ baseada em redução de despesas, antes de aumento dos tributos. Essa concepção pressupõe que, sob um ambiente de ostensivo sacrifício governamental a indicar aos agentes de mercado o compromisso com o serviço da dívida pública, reduz-se o risco dos respectivos títulos. Trata-se, portanto, de uma variante brasileira do disseminado e global fenômeno da adoção de uma fiscalidade austera como reação a um contexto de crise econômica”. TAVARES, Francisco; SILVA, Gustavo A. *Ciência Política Brasileira Diante do Novo Regime Fiscal: Para uma Agenda de Pesquisas sobre Democracia e Austeridade*. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 63, n. 2, junho 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/001152582020207>. Acesso em 4 out 2021.

⁹⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados e Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 02 out 2021.

⁹⁹² CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 24.

outras políticas públicas”⁹⁹³, o que se agrava em um contexto de crise econômica nacional e de emergência sanitária global.

Saliente-se, ainda, que, antes mesmo do advento da EC nº 95/2016, a execução desse plano de proteção já era desafiada pela carência de recursos financeiros. Segundo as percepções de Kuwahara, o montante dirigido ao custeio do programa prejudica “a política de manutenção de mínimos” e atinge um ponto fundamental para a efetividade da proteção que é a manutenção do padrão de vida que as pessoas protegidas tinham antes do ingresso no programa.⁹⁹⁴

A omissão legislativa acerca de outras fontes de recursos, a serem buscadas em face de eventual ampliação do programa, reforça a compreensão de que os discursos mais exultantes acerca da eficácia das medidas de proteção previstas carecem de subsídios mínimos de estruturação argumentativa. Essas deficiências não são divulgadas, debatidas e publicizadas no modo devido. A razão para tal postura é não arrefecer o projeto de incentivo ao *whistleblowing*. Caso contrário, o estímulo à denúncia ficaria esvaziado. Isso denota a falta de comprometimento da política criminal com a verdade dos fatos.

Um dos recursos utilizados para o escamoteamento da fragilidade desse mecanismo de *whistleblowing*, é tanto a deficiente redação na elaboração do texto legal vigente como a singela argumentação na exposição de motivos. A mentira aparece como um mecanismo político eficiente porque há, no discurso, “a clara ideia da verdade que estão tentando esconder”⁹⁹⁵ – a ineficácia do modelo. No entanto, a limitação de recursos federais a serem destinados a esses sistemas de proteção de vítimas pode ser interpretada, a partir de Arendt, como a realidade dos fatos que derrota o discurso falacioso, pois não há substituto para a realidade, por maior que seja a rede de falsidade

⁹⁹³ DADICO, Cláudia Maria. **Análise do PL 882/2019**. Nota Técnica. Maio, 2019, p. 24. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/NotaTecnica.pdf>. Acesso em: 26.07.2021, p. 23. Vide, ainda, **Lei de Diretrizes Orçamentárias**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2022/red_final/texto_cn.pdf. Acesso em: 15 out 2021.

⁹⁹⁴ KUWAHARA, Shigueo. Dilemas do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas no Brasil. **Política Criminal**. V. 11, nº 22 (Dezembro 2016), Art. 4, p. 439-466, p. 459. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A4.pdf. Acesso 15 set. 2021.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 35.

que um experimentado mentiroso tenha a oferecer, uma vez que a mentira nunca será suficientemente grande para cobrir toda a imensidão dos fatos.⁹⁹⁶ Há, pois, um desnudamento inevitável da mentira organizada quando se trata da promessa irrealizável de proteção concreta ao *whistleblower*.

A previsão de medidas de proteção contra a retaliação em âmbito laboral, cujo rol é exemplificativo, também se mostram frágeis, pois em um cenário de deterioração das relações de trabalho diante da crise econômica e da retirada afrontosa de direitos trabalhistas em reformas recentes, a crença na proteção contra demissão injusta na iniciativa privada não passa de uma quimera.

Já no âmbito do serviço público percebe-se alguma viabilidade prática em relação aos servidores estatutários, visto que os regramentos contidos nos regimes jurídicos próprios conferem uma maior possibilidade de proteção contra perseguições no ambiente de trabalho. Falta, contudo, um tratamento mais analítico de padrões de comportamento institucional no interior do serviço público, o que é se mostra imprescindível para que a efetiva proteção do denunciante contra as futuras perseguições possa ser dimensionada.

Por fim, o último elemento problemático do art. 4º-C, e que também atesta a política criminal legislativa brasileira, parece ter como referência a realidade de um outro país que não o Brasil.⁹⁹⁷ Trata-se da previsão de recompensa a ser paga ao *whistleblower*.

Há poucas diretrizes legais sobre a determinação da recompensa, limitando-se a indicação do percentual de até 5%, incidente no valor recuperado a partir da persecução de crime contra a Administração Pública, sem qualquer critério de apuração desse percentual. Já se criticou essa lacuna do texto legislativo, uma vez que não raro “o valor decorrente de ilicitude administrativa e o prejuízo estatal poderá ser maior no

⁹⁹⁶ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 16.

⁹⁹⁷ Aqui se identifica outra hipótese em que o Estudo de Impacto Legislativo, segundo Ferreira, poder-se-ia “racionalizar os discursos penais promovidos, incentivados e provocados no legislativo, com o uso de dados, projeções”, elementos de “contenção de discursos punitivos esvaziados”. FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2017, p. 213-214.

ilícito administrativo do que em um ato pequeno de corrupção”⁹⁹⁸. Dadas essas limitações que vinculam o pagamento à recuperação do produto de crime, existe “o risco concreto de o informante nada receber”⁹⁹⁹ ou de receber um valor inferior às suas expectativas.

Outro ponto a ser regulamentado diz respeito à autoridade judicial competente para fixar o percentual a ser pago a título de recompensa e as normas procedimentais para tal recebimento - se por via de procedimento de habilitação no processo judicial, no processo de execução penal, em autos apartados vinculados àqueles ou, ainda, em ação civil própria. Em observância à presunção de inocência, afirma-se a necessidade de se observar o trânsito em julgado do processo criminal ou administrativo para que se iniciem os trâmites da recompensa, o que torna a recompensa menos atrativa do que parece à primeira vista.

Cabe salientar que nos Estados Unidos da América, país que serviu de inspiração para a alteração legislativa brasileira, existe um modelo minimamente organizado e que não foi considerado relevante pelo legislador nacional. Além de a recompensa ser fixada em percentuais mais significativos (10 a 30%)¹⁰⁰⁰, há autorização específica do Congresso Estadunidense para a *Securities and Exchange Commission* (SEC) pagar tais prêmios. O custeio das recompensas é de responsabilidade de um fundo de proteção ao investidor criada para tal fim e a administração do programa de denúncias é realizada por um órgão estatal específico – o escritório do *whistleblower* (*The Office of the Whistleblower*¹⁰⁰¹).

De toda a exposição sobre a institucionalização dos programas de *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro, o que se conclui é que se trata de mais um exemplo concreto de ausência de racionalidade legislativa, haja vista a

⁹⁹⁸ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174. ano 28. Dezembro 2020, p. 41-69, p. 64.

⁹⁹⁹ BITTAR, Walter Barbosa. Lei que dispõe sobre o *Whistleblower*. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 171-175, p. 175.

¹⁰⁰⁰ MELO, João Ozório de. *Whistleblower* ganha recompensa de US\$ 33 milhões nos EUA. **Consultor Jurídico**, 22 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/whistleblower-ganha-recompensa-us-33-milhoes-eua>. Acesso em 30 out 2021.

¹⁰⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Securities and Exchange Commission. **Office of the Whistleblower**. Disponível em: <https://www.sec.gov/whistleblower>. Acesso em: 15 out 2021.

“inexistência (ou da não declaração) de um projeto político criminal com fim definido”.¹⁰⁰²

A irracionalidade da política criminal legislativa, retratada nas justificativas e na exposição de motivos tanto da lei vigente (Lei nº 13.608/2018 modificada pela Lei 13.964/2019) como das demais propostas em tramitação, não pode ser atribuída somente à ausência de uma maior reflexão acerca dos “novos deveres de prevenção, especialmente em relação às medidas do *compliance*, os *standards* de definição de risco nos contextos de controle da macrocriminalidade”.¹⁰⁰³ O que há, efetivamente, é que, em nome de “uma concepção gestionária do mundo”¹⁰⁰⁴ em que ação política é substituída pelo império do *management*, simbolizado pela eficácia¹⁰⁰⁵, aposta-se na falsa promessa de proteção pessoal e laboral, nas limitadas condições de recompensa ao “cidadão colaborador” (*whistleblower*) e no desvirtuamento do direito de defesa de eventuais acusados.

Na estrutura dos discursos justificadores da implantação dos programas de *whistleblowing* no Brasil, verifica-se o sofisticado encobrimento dos paradigmas inquisitórios, a partir dos quais o processo penal é pensado, mediante o uso de estratégias discursivas da técnica e da neutralidade.¹⁰⁰⁶ Tais táticas dificultam que se deslinde, para além da fala superficial, a estrutura mais profunda do discurso, na qual se

¹⁰⁰²FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ausência de racionalidade na política criminal no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de janeiro de 2020, p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil>. Acesso em 5 out 2021.

¹⁰⁰³FERREIRA, Carolina Costa. Retomando agendas de pesquisa: aportes criminológicos. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 02, 2021, p. 62–82, p. 78. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/33>. Acesso em: 8 out. 2021. Adverte a autora que “é importante refletir-se sobre a macrocriminalidade como superestrutura, que indica, mantém e reproduz punitividades seletivas e diversas, sem perder de vista o alerta mais recente de Eugenio Raúl Zaffaroni, de que a busca pela resposta penal à danosidade social seria apenas a ‘ponta do iceberg’ para a discussão sobre os interesses do totalitarismo financeiro” (Idem, *ibidem*, p. 78).

¹⁰⁰⁴CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 24.

¹⁰⁰⁵*Ibid.*, p. 24. Para o autor “o império do *management* mobiliza meios financeiros colossais, incentiva/produz a fé na ‘boa gestão’ e utiliza os meios de comunicação de massa e as técnicas de ‘conquista dos corações’, [tendo] a eficácia torna[do]-se o símbolo desse império e faz parte da promessa dos gestores aos cidadãos reduzidos a consumidores ou mesmo a mercadorias (Ob. Cit., p.24)

¹⁰⁰⁶SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma Crítica da Razão Fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 240.

revela uma “abertura à racionalidade econômica e gerencial que ameaça governar o jurídico”.¹⁰⁰⁷

Como um dos pilares de um sistema de *compliance*, à normatização do *whistleblowing* foi dispensado o mesmo tratamento conferido aos referidos programas de cumprimento, qual seja, a recepção ocorre em um cenário de entusiasmo coletivo aliado à escassa definição acerca das “condições de adaptabilidade da realidade brasileira à austeridade regulatória característica desta nova cultura organizacional”.¹⁰⁰⁸

O mecanismo de fomento à realização de denúncias e fornecimento de informações, que busca se afirmar como ferramenta cidadã de enfrentamento à corrupção e à criminalidade corporativa, a partir do reforço ético, encontra obstáculos para a sua concretização quando confrontados com a realidade jurídica brasileira. Tais óbices atingem a própria fiabilidade do instituto. São observadas “condições institucionais e econômicas favoráveis, não apenas à vulneração de direitos de *whistleblowers*, mas também o risco de fragilização também de empregados, eventualmente envolvidos com a conduta reportada.¹⁰⁰⁹ No que respeita ao aprimoramento da proteção dos denunciantes e às garantias constitucionais dos denunciados (v.g. ampla defesa), não se tem uma perspectiva positiva a respeito dos resultados esperados.

¹⁰⁰⁷GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 1, n.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. p.147-172, p. 166.

¹⁰⁰⁸MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de *compliance* no Brasil. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (organizadores). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. Editora LiberArs Ltda: São Paulo, 2015, p. 69-80, p. 76.

¹⁰⁰⁹SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 72-99, p. 86. Em outro texto, Saad-Diniz reforça a necessidade de uma abertura para a investigação científica no âmbito na criminologia econômica direcionada à avaliação das reais necessidades do *compliance* a partir da coleta de dados empíricos (v.g. perfil dos ofensores, das vítimas, dimensão do dano causado pelo agir ilícito e alternativas à restauração) para a elaboração de planos de ação político-criminal. **Propugna que**, o que a criminologia econômica tem a ensinar aos programas de *compliance* é a necessidade de se priorizar o controle social formal da empresa e encontrar as evidências do comportamento corporativo prosocial, cuja efetividade possa ser comprovada de alguma forma, superando-se as narrativas convencionais e a retórica do *enforcement*. SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance em la perspectiva de la criminología económica. **Derecho Penal y Criminología**. Ano IX, n. 03, abril 2019, p. 252-267, p. 253 e 267.

As questões problemáticas contidas nos regramentos atinentes aos mecanismos de *whistleblowing* são ignoradas pelas narrativas que lhe são favoráveis. Evita-se a revelação de que tais normas não passam de dispositivos subordinados a uma lógica atuarial e que, a despeito da aparente neutralidade, objetivam a maximização do controle estatal.¹⁰¹⁰ Existe uma “articulação ‘invisível’ entre os fenômenos, à primeira vista desconexos”¹⁰¹¹ - o advento da Lei nº 13.964/2019 e o totalitarismo financeiro – expressa a partir da elaboração de normas de exceção (v.g. sobre a proteção da identidade) ou de excessiva fluidez (v.g. garantias do denunciante, do denunciado e rigidez na apuração e processamento das denúncias) que “leva ao paroxismo o *déficit* democrático”.¹⁰¹² Trata-se, portanto, de mais um protótipo de um modelo de produção legislativa irracional que desconsidera todos os critérios de racionalidade tratados neste capítulo (*infra*), representando um discurso autoritário, sem conformação constitucional e, em razão disso, que não se legitima democraticamente.

A ausência de dignidade da política criminal legislativa brasileira é uma verdade inoportuna. Deste modo, o ataque à verdade dos fatos realizado por parte dos discursos justificadores pretende esconder as deficiências estruturais do ato legislativo que institui a atividade do *whistleblower*. O vazio de sentido democrático na retórica anticorrupção e na postura de deslumbramento em relação à “uma cultura de denúncia à prática de crimes e atos ilícitos em geral, seja no serviço público ou em atividades de natureza privada”¹⁰¹³ é minimizado pelo uso estratégico da mentira organizada (arma contra a verdade factual), cuja finalidade é “borrar a linha divisória que separa o fato de

¹⁰¹⁰GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 1, n.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p.166.

¹⁰¹¹VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora contracorrente, 2017, p. 37.

¹⁰¹²Ibid., p. 27.

¹⁰¹³OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. A Urgência de uma Legislação *Whistleblowing* no Brasil. (Texto para Discussão nº 175). **Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa**. Brasília: Consultoria legislativa do Senado Federal, maio/2015, p. 1-17, p. 17. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textospara-discussao/td175/view>. Acesso em 15 ago 2021.

uma opinião”¹⁰¹⁴ e, assim, evitar o debate público que “constitui a própria essência da vida política”.¹⁰¹⁵

A ideia central para a compreensão da falácia discursiva que ancora as promessas atinentes à eficácia do modelo de *whistleblowing* perpassa a análise mais detida dos conceitos de verdade, de mentira organizada, de ação política e *vita activa e homo faber* no pensamento de Hannah Arendt, uma vez que o sentido e a dignidade da política criminal que, enquanto política, organiza a vida humana por meio de atos legislativos, são as diretrizes que legitimam democraticamente o instituto em questão.

4.4 A OPERATIVIDADE DA MENTIRA ORGANIZADA NA POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA: SOBRE “PENSAR O QUE ESTAMOS FAZENDO”¹⁰¹⁶

A obra de Hannah Arendt (1906-1975), cujo pensamento é voltado para a percepção e compreensão do fenômeno totalitário¹⁰¹⁷ e dos seus modos de atuação (o conceito de inimigo objetivo e o uso da mentira que desconfigura os fatos para ajustá-lo à necessidade de poder)¹⁰¹⁸, é a chave de leitura escolhida para que se entenda a mentira organizada no contexto discursivo da instituição dos programas de *whistleblowing*. O modo como se deu a normatização da atividade de *whistleblowing*, exsurge como mais

¹⁰¹⁴ARENDR, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 294.

¹⁰¹⁵Ibid., p. 294.

¹⁰¹⁶ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 6.

¹⁰¹⁷“Quanto à ideologia totalitária, esta se acha livre da fidelidade a qualquer coisa de objetivo, pois não está submetida a nenhum fato, mesmo ao fato fictício, a mentira, que se encontra em seu começo. Ela é livre em relação a seu próprio conteúdo e até mesmo com relação a todo conteúdo. [...] A questão do totalitarismo é o pano de fundo do pensamento político de Hannah Arendt. De uma certa maneira, o totalitarismo marca tudo e dá relevo ao político arendtiano: à obturação radical de uma dominação total, ela opõe um esquema normativo sem governantes nem governados onde é reconhecido a cada um o direito de agir, julgar, decidir em comum; ao fluxo totalitário que desenraíza e arrasa, ela responde por uma reflexão centrada na estabilidade da lei que rege o poder, e na autoridade como memória própria a fixar o político na permanência de um mundo diferenciado. Quando o totalitarismo se remete a uma lógica inflexível, sempre inclinada a resolver os acontecimentos dentro de uma ordem superior, ela confia no visível, na opinião e no julgamento que somente permite enfrentar o desabamento da tradição”. SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 62 e 66.

¹⁰¹⁸LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 26

uma grande promessa falaciosa da política criminal legislativa brasileira dado o distanciamento entre a escolha legislativa e a realidade concreta.

O grande tema de Arendt é a reflexão política, o modo como são estabelecidas as relações entre os homens na esfera pública, a perda de seu sentido, a forma de sua realização, a recuperação de sua dignidade.¹⁰¹⁹ Ao redor do debate sobre a política, a autora realiza uma enfática análise da relação entre verdade e política e entre mentira e política. Essas articulações apresentam-se como essenciais para se pensar sobre o sentido e a dignidade da política criminal legislativa brasileira no tempo presente, bem como acerca dos desafios da política na nossa frágil experiência democrática atual.

No ensaio “Verdade e Política” (1967), inserido na obra *Entre o Passado e o Futuro*, Hannah Arendt se dedica a tratar das tensões entre a verdade dos fatos – “aquelas coisas que os homens não podem modificar à sua vontade”¹⁰²⁰ – e a política. A verdade, à qual cabe o papel de guardião da durabilidade do mundo, é frágil no enfrentamento com interesses políticos, pois, como campo de conflitos de interesses e de troca de opiniões, é da natureza da política entrar em conflito com aquilo que é permanente.¹⁰²¹

Assim, em sendo o campo da política o do pensamento, do diálogo e da ação, a verdade factual exsurge como ponto de referência para que a discussão política (ação política) possa acontecer. Essa verdade é contingente, pois os fatos poderiam ter ocorrido de uma forma e não de outra. Também é distinta da mera *opinião* que busca desacreditá-la, aproveitando-se do fato de que a evidência da verdade fática não é mais intensa do que a das opiniões. A verdade dos fatos precisa ser testemunhada, registrada, documentada, como assinala Arendt:

¹⁰¹⁹“O pensamento de Arendt levanta questões cruciais à política. Entre as muitas: O que é política? Quem é o homem como ser político? O que é público? O que é privado? Que implicações exercem as esferas públicas e privadas na política? O que é liberdade? Qual é a atividade fundamental e essencial à política? É possível afirmar que a política tem sentido? Quais as condições para a realização da política?” SIVIERO, Iltomar. O encontro entre a política e a filosofia no testemunho da memória incômoda no pensamento de Hannah Arendt. In: OLIVEIRA, Kathlen Luana et al (orgs.) **Hannah Arendt: uma amizade comum**. São Leopoldo. Oikos/EST, 2011, p. 106-124, p. 17.

¹⁰²⁰ARENDR, Hannah. Verdade e Política. In: *Entre o passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 325.

¹⁰²¹PEQUENO JÚNIOR, José Eronildes de Sousa; VAZ, Celso Antônio Coelho. O Conflito entre a Verdade e a Política. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 367-374, p. 368.

A verdade factual não é mais autoevidente do que a opinião, e essa pode ser uma das razões pelas quais os que sustentam opiniões acham relativamente fácil desacreditar a verdade factual como simplesmente uma outra opinião. A evidência factual, além disso, é estabelecida através de confirmações por testemunhas oculares – notoriamente não fidedignas – e por registros, documentos, e monumentos, os quais podem, todos, ser suspeitados de falsificação.¹⁰²²

Nesse sentido, a fala de Lafer complementa a da autora:

A natureza dialógica da política propõe o problema da verdade factual - que informa a estrutura deste diálogo. Com efeito, se a política se situa no campo da opinião, o problema da verdade factual que é a verdade política, uma vez que as outras verdades são monológicas - se resume na circunstância que, sendo verdade, ela não pode ser modificada, mas a sua maneira de asserção é a da opinião. Toda sequência de fatos poderia ter sido diferente porque o campo do possível é sempre maior que o campo do real. Destarte, o problema da verdade factual é que o seu oposto pode ser não apenas o erro mas também a mentira.¹⁰²³

Quando se fala da importância do debate público, não se está a evitar os dissensos, mas existe a necessidade de que se parta de certos parâmetros, que são os fatos reconhecidos por sua ocorrência efetiva. Nesta senda, a liberdade de opinião só existe com a informação garantida pela verdade dos fatos, pois é essa a verdade que informa, de modo livre, o pensamento político¹⁰²⁴. A relevância política da verdade está no seu poder de reação em um contexto de incertezas e de complexidade, como o atual cenário brasileiro, em que se mente deliberadamente na defesa de determinadas políticas públicas. Quem diz a verdade começa a agir politicamente no espaço público que deve ser plural, livre e, assim, democrático.

De outra banda, a mentira organizada conta com essa contingência dos fatos e produz narrativas parciais a partir da comunicação de massas. Produz-se, a partir dessa mentira uma opinião cidadã mal-informada, pois calcada no apagamento da realidade

¹⁰²² ARENDT, Hannah. Ob. Cit., p. 301.

¹⁰²³ LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 61.

¹⁰²⁴ ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 295.

fática e da construção de “uma outra dimensão” do mundo a partir da criação de imagens.

Ao escrever o texto “A Mentira da Política”, publicado no livro *Crises da República*, Hannah Arendt toma por base o exame dos Papéis do Pentágono (*Pentagon Papers* publicados em 1971) que retrataram a política estadunidense na Indochina desde a Segunda Grande Guerra até maio de 1968.¹⁰²⁵ Tal documentação, que foi encomendada em junho de 1967 pelo Secretário de Defesa estadunidense, Robert McNamara (e que demorou um ano e meio para ficar pronta), serviu de mote para a análise de Arendt.

No ensaio supracitado, a pensadora observa como o *standard* de comunicação política adotado pelo governo dos Estados Unidos da América e o modo avassalador como foi utilizada a mentira e a propaganda de massas para justificar a Guerra do Vietnã. Tudo isso ajudou a construir uma imagem do governo perante a sociedade por meio de um “jogo de embustes e falsidades”.¹⁰²⁶ Pode-se dizer que, a partir desse ensaio, as reflexões de Arendt permitem que se reflita acerca do quão intensamente o poder político pode prejudicar a verdade, o que se concretiza por meio do uso estratégico da mentira organizada para conferir credibilidade às dissimulações que lhe interessam.

A partir do descortinamento da verdade no caso dos Documentos do Pentágono (v.g. informações acerca da inveracidade das contagens de corpos, dos relatórios de perdas da força aérea e dos relatórios de avanços das frentes de batalha), a autora conclui que “a política da mentira quase nunca visava ao inimigo, mas estava destinada principalmente, senão exclusivamente, ao consumo doméstico, à propaganda caseira e, especialmente, a enganar o Congresso”.¹⁰²⁷ Essa estratégia de se falsear os fatos circundou as ações do governo americano naquele período e perdurou, retroalimentou-

¹⁰²⁵ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48, p. 13.

¹⁰²⁶ Ibid., p. 01-48, p. 20. Para a autora, “os documentos do Pentágono relatam o apavorante medo da derrota, não para o bem-estar da nação, mas para a reputação dos Estados Unidos e de seu Presidente; havia a ‘meta política’ de mostrar ao mundo até ‘aonde vão os Estados Unidos por um país amigo’ e ‘para honrar seus compromissos’”. Ibid., p. 23.

¹⁰²⁷ ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 20.

se, reiteradamente, no autoengano, mas, em algum momento, encontrou um obstáculo na verdade fática, na verdade que não pôde ser modificada.

Pode-se concluir que, a partir da crítica de Arendt que, nada obstante tenha se mostrado irretorquível em determinado período, a mentira não constrói uma realidade. Nessa perspectiva, é significativa a argumentação da autora no sentido de que “sempre chega ao ponto em que a mentira se torna contraproducente”¹⁰²⁸, pois a verdade, ainda que resulte impotente aos ataques da mentira, não é substituível, uma vez que não se consegue suprir toda a imensidão dos fatos.¹⁰²⁹ Já a mentira é tão momentânea quanto convincente.¹⁰³⁰ E, por não ser permanente, ela deve ser reiteradamente repetida.

A mentira organizada desmobiliza e desorienta o debate público porque leva à relativização total dos referenciais democráticos. É sobre o modo como se deram os fatos que os falseamentos operam. Age-se com o “empenho em se livrar dos fatos com a confiança de que isso seja possível”.¹⁰³¹ Ao se retirar a factualidade dos fatos, por meio da “reescrita da história ou adaptação do passado à ‘linha política’ do momento presente ou de eliminar dados que não se apresentam às suas ideologias”¹⁰³², a mentira organizada atua em prol de experiências autoritárias.

E é nessa direção que se percebe a movimentação da política legislativa direcionada à institucionalização do *whistleblowing* no Brasil. A divulgação e os debates sobre o desenho normativo adotado buscam vinculá-lo a uma imagem de ousadia e de eficiência, tanto no enfrentamento da corrupção como na mobilização do comportamento de empresas públicas e privadas. Reconhece-se, portanto, que as práticas discursivas¹⁰³³ ora refutadas em relação ao instituto em questão podem ser entendidas a partir do viés utilizado por Arendt no exame episódio dos *Pentagon Papers*.

¹⁰²⁸Ibid., p. 17.

¹⁰²⁹Ibid., p. 16.

¹⁰³⁰PEQUENO JÚNIOR, José Eronildes de Sousa; VAZ, Celso Antônio Coelho. Ob. Cit., p. 374.

¹⁰³¹ARENDT, Hannah. Ob. Cit., p. 21.

¹⁰³²ARENDT, Hannah. Ob. Cit., p. 17.

¹⁰³³Segundo Votre, práticas discursivas são a que “se dão na vida pública e privada em um tempo, lugar específico e em uma situação econômica e social identificável; codificam e refletem crenças, valores, ideologias, representações sociais, imaginário social, relações sociais e institucionais ao mesmo tempo em que contribuem para a manutenção e naturalização do mundo, não menos desigual, que ajudam a construir” VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso**. São Paulo: Parábola, 2019, p. 36-37.

O mesmo discurso falacioso sustentado pelo governo estadunidense em um cenário político caracterizado pelo uso de mentiras, de opiniões distorcidas e de imagens, é reproduzido, no Brasil, pela retórica anticorrupção e da boa governança corporativa, incrementada pelo “agora generalizado *criminal compliance*”.¹⁰³⁴ Está-se diante de um *upgrade* da organização burocrática de massas, fundada no terror e na ideologia que, como aponta Lafer, “criaram novas formas de dominação”.¹⁰³⁵

A orientação desta pesquisa parte da compreensão arenditiana de que a academia, como instituição exterior à luta pelo poder¹⁰³⁶, deve representar um refúgio para a verdade fática e promovê-la em sua atuação política, como limite e como resistência à máxima totalitária do “tudo é possível”.¹⁰³⁷

Como projeto político, o estudo da política legislativa precisa se atentar para sua relação com a verdade dos fatos. A emergência a ser reconhecida diz respeito à urgência do diálogo articulado entre a política criminal e a verdade factual que, na qualidade de condição pré-política - “exterior ao âmbito político”¹⁰³⁸ -, está em tensão constante com o poder político.

No que se refere a compreensão do papel do *whistleblower* no Brasil, a mentira organizada tem sido eficaz na sua tentativa de estabelecer um outro plano de realidade política direcionado pelo apagamento do passado, à organização das massas em torno da propaganda que dissemina o discurso de combate à corrupção e do estabelecimento de uma “cultura do *compliance*” como um projeto nacional. Para seus enunciadores, não se mostra conveniente o desvelar dos “pontos de tensão entre os objetivos

¹⁰³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 79.

¹⁰³⁵LAFER, Celso. Da dignidade da política. In: **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 52.

¹⁰³⁶Para Arendt, “considerar a política da perspectiva da verdade significa situar-se em uma posição exterior ao âmbito político”, ou seja, a posição do que fala a verdade é daquela pessoa que não interfere diretamente nos negócios humanos e que não fala a linguagem da persuasão ou da violência. ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: *Entre o passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 320.

¹⁰³⁷PEREIRA, Geraldo Adriano Emery. **O problema da verdade na obra de Hannah Arendt**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2017, p. 12. De acordo com Arendt, a Academia, junto com o Poder Judiciário e a imprensa livre, são instituições em que a verdade e a veracidade constituem-se em critério soberano da linguagem e do esforço. ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 321.

¹⁰³⁸ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 320

econômicos corporativos e as finalidades jurídicas, que poderão ser opostos aos fins negociais”.¹⁰³⁹ Daí a necessidade de se colocar o modo de regulamentação da atuação do *whistleblower* como uma demanda não negligenciável na atual política criminal brasileira.

Infelizmente, no contexto brasileiro, o uso da mentira organizada é útil e conveniente para que se evite, na esfera pública, o debate sobre a possibilidade de a implementação da cultura do compliance poder significar, em algumas ocasiões específicas, o aniquilamento da subjetividade de agentes ocupantes de posições não hegemônicas (vulnerabilidade jurídica, econômica e política). Isso já se descortina quando, para além do primeiro nível do discurso em defesa da participação cidadã no controle da corrupção e no prestígio da transparência, compreende-se a complexidade das seguintes circunstâncias:

I) não há uma estratégia de normatização da atividade e uma elaboração de um sistema de proteção ao *whistleblower* que possa ser considerada minimamente executável dadas as presentes deficiências regulatórias (falta de critério satisfatório para aferição da razoabilidade do relato; omissão legal quanto aos requisitos para que um sujeito possa ostentar a condição de informante; condições legais para o afastamento da responsabilização criminal em face do relato; limite à confidencialidade; ausência de regulação acerca das estruturas para o recebimento de denúncias e dos padrões de razoabilidade adotados; modo como se procederá ao pagamento de recompensas e à sanção direcionada àqueles que praticarem atos de retaliação tanto no serviço público como em empresas privadas); econômico-financeiras (limitações do programa de proteção a vítimas e testemunhas; frivolidade das normas que determinam proteção contra a demissão do reportante em pleno cenário de crise e “uberização” da economia; origem dos recursos direcionados às recompensas); e processuais penais (a ausência de regulação do *whistleblowing* interno desprotege eventuais informantes que façam uso do canal de denúncias das corporações, a identificação do reportante é provável e até

¹⁰³⁹ ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Criminal Compliance e Lavagem de dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos centros legislativos comunitários. **Revista de Estudos Criminais**. v. 15, n. 63, p. 95-129, 2016, P. 110.

desejável diante do direito à ampla defesa garantido ao sujeito que seja objeto de investigação ou imputação criminal decorrente do reporte);

II) existem inquirições prévias acerca do *criminal compliance* a serem resolvidas tanto normativamente quanto a partir da pesquisa empírica. Em primeiro lugar, sequer está resolvido, doutrinariamente, o modelo de responsabilização criminal da pessoa jurídica, ainda que, por enquanto, isso esteja restrito aos delitos ambientais (art. 3º da Lei nº 9.605/98). Importante destacar, ainda, a falibilidade da fixação acrítica de *standards* estrangeiros, especialmente dos Estados Unidos da América, sem levar em consideração as peculiaridades nacionais em termos de estruturas societárias, características que deverão orientar o modo de atuação estatal (v.g dimensionamento e custos de um programa de cumprimento normativo).

Aqui citam-se as ponderações de Marin e Saad-Diniz no que tange à perversa potencialidade colonizadora dos “excessos na retórica do interesse público”¹⁰⁴⁰:

Antes de abraçar a causa do WB e da justiça negocial, é preciso uma mais profunda revisão científica do sistema de justiça criminal brasileiro. Os esforços científicos na área devem tomar como ponto de partida a crítica à política regulatória nacional, submetendo tanto as estratégias de *enforcement* como os canais de denúncia a uma avaliação objetiva de seus impactos¹⁰⁴¹

Como se pode observar, as práticas de desvirtuação da verdade factual estão dirigidas a deteriorar a nossa capacidade de julgamento, uma vez que deturpam o sistema de crenças e que não informam a população, especialmente os potenciais denunciadores, acerca dos riscos efetivos da atividade regulada. Em razão disso, no Brasil, o autoritarismo move-se livre pelo Estado de Direito¹⁰⁴², rearranja o lugar da verdade na política criminal, do mesmo modo como o totalitarismo o fez e com o uso dos mecanismos mais apurados.

¹⁰⁴⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 93.

¹⁰⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 92

¹⁰⁴² VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora contracorrente, 2017, p. 23.

Veja-se que, já na exposição de motivos da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) percebe-se a relação de instrumentalidade entre o discurso e a verdade. Cabe, aqui, fazer referência à potente crítica de Mendes e Martinez:

Foi um pacote de medida penalizadoras e encarceradoras, o que foi apresentado para responder a anseios de sociedades alarmadas pelo pânico midiático, o que realimenta, no discurso e em providências concretas, o incentivo a reforçar as estruturas do Estado Penal. Eficientismo, populismo criminológico, midiático, penal, punitivo: os nomes são diversos para o mesmo fenômeno em contexto em que se encontra o debate sobre a Lei nº 13.964/2019 ou, melhor, seria dizer, sobre o vigiar, proibir, julgar e punir no Estado democrático de direito que vivemos¹⁰⁴³

Como a concepção que aqui se adota pode ser sintetizada na afirmação de que a aplicabilidade democrática do *whistleblowing* encontra seu limite de possibilidade na realidade fática, identificam-se falácias em discursos de justificação, tais como a promessa irrealizável de proteção. A apreensão que se tem do trato dado pela lei vigente ao *whistleblower* aproxima-o da categoria de *homo faber*, o sujeito cuja experiência humana, segundo Arendt, não ultrapassa a condição da mundanidade.

O conceito mencionado acima foi desenvolvido por Arendt na obra *A Condição Humana*. A partir do conceito de *vita activa* (vida dedicada aos assuntos públicos¹⁰⁴⁴), a autora analisa três experiências básicas da humanidade na Terra: o trabalho (nível da necessidade), a obra (nível da utilidade/da fabricação) e a ação (pluralidade/política).

A primeira experiência (*trabalho*) é concebida para satisfação das necessidades básicas do homem, ou nas palavras de Arendt, “tudo o que o trabalho produz destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana”.¹⁰⁴⁵ A *obra* (fabricação), segunda experiência humana básica, segundo Pires:

Identificada com a dimensão artificial da vida humana, permitindo uma certa durabilidade na tentativa de superar o **efêmero**, nesse âmbito realiza-se a criação e transformação ao mundo material em objetivos úteis, o que facilita

¹⁰⁴³ MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: comentários críticos à lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020, Introdução, p. 27.

¹⁰⁴⁴ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 21.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 122.

o domínio da natureza e a permanência do humano através dos mesmos construindo-se a experiência registrada, como memória e como história.¹⁰⁴⁶

Já a *ação* é a atividade que ocorre entre os homens na pluralidade e é por meio dela e do discurso que os homens se distinguem e aparecem uns para os outros.¹⁰⁴⁷ A experiência da ação é a experiência da política, pois “sempre que a relevância dos discursos está em jogo, as questões tornam-se políticas por definição, pois é o discurso que faz do homem um ser político”¹⁰⁴⁸

No contexto brasileiro, o antagonismo extremo contra a corrupção e o deslumbramento com os mecanismos de controle da criminalidade empresarial elevaram ao autoritarismo penal a uma condição de valor. Nesse ambiente, ocorreu o que Siviero aponta como “o transplante da arte de instrumentalizar, própria do *homo faber*, para a política” em um cenário em que “a ação política passou a ser substituída pela arte de elaborar estratégias que conduzem a resultados pré-determinados, reprodutivos, impedindo a memória de grandes e belos feitos”.¹⁰⁴⁹ A busca desenfreada pelo controle através de “processo penal de vigilância” transforma sujeitos em objetos descartáveis. Para além da já reconhecida objetificação do investigado criminalmente, a lei em questão transformou o sujeito que presta auxílio às investigações em um objeto descartável.

Todas as incongruências apontadas no marco legislativo que rege a atividade de *whistleblowing*, especialmente no que se refere ao modo de processamento de denúncias como de proteção e de recompensa, permitem concluir que, depois de realizada a atividade de fornecimento de informações, o denunciante será descartado como uma ferramenta fora de uso. A sua condição é a da mundanidade, da instrumentalização, e o sujeito é concebido como “meio” para a consecução de um fim (auxílio na apuração de ilícitos penais e extrapenais). A superação dessas

¹⁰⁴⁶PIRES, Cecília Maria Pinto. A ação como traço essencial da condição humana: uma leitura acerca das ideias arendtianas. In: **As Pensadoras**. v. 1. São Leopoldo: Editoras As pensadoras, 2021, p. 32.

¹⁰⁴⁷ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 218.

¹⁰⁴⁸ARENDT, Hannah. Ob. Cit., p. 4.

¹⁰⁴⁹SIVIERO, Iltomar. O encontro entre a política e a filosofia no testemunho da memória incômoda no pensamento de Hannah Arendt. In: OLIVEIRA, Kathlen Luana et al (orgs.) **Hannah Arendt: uma amizade comum**. São Leopoldo. Oikos/EST, 2011, p. 106-124, p. 110-111.

incongruências implica reconhecer-se que são restritas as condições de aplicabilidade do instituto e que os riscos para quem se propõe a agir como *whistleblower* são consideravelmente maiores que os benefícios.

Ao totalitarismo penal só interessa a obtenção de informações e tornar mais eficaz a persecução de pessoas denunciadas. Mas nada é dito. Não há informação suficiente a propiciar a reflexão sobre o papel e a condição de possibilidade do *whistleblower* no Brasil. Não se está em um contexto político-criminal de garantia do interesse público, pois tal garantia pressupõe a verdade, a preservação dos fatos. O interesse real aparenta ser o incremento de denunciismo a qualquer preço.

A mentira deliberada é a destruição do mundo público, do diálogo, da pluralidade, da convivência “entre os que o possuem em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor, [que] como todo o espaço-entre (*in-between*), ao mesmo tempo separa e relaciona os homens entre si”.¹⁰⁵⁰ E é a partir do reconhecimento da verdade dos fatos que se passa a possibilitar a mobilização política para enfrentá-la. A ação política que rompe com esse processo de direcionamento da política criminal brasileira por parte da mentira organizada e a serviço do totalitarismo financeiro, iniciar-se-á a partir do comprometimento em relação ao futuro democrático.

O devido processo legal, além de outras garantias constitucionais a serem observadas, é uma promessa a ser reforçada em sua confiabilidade. É essa a promessa apta a romper a caminhada do autoritarismo no processo penal e que, para tanto, exige uma repactuação da democracia envolvendo a sociedade brasileira e a classe política¹⁰⁵¹, mantida a constante atenção às tentativas disruptivas de outros atores interessados que, em nível nacional ou transnacional, recorrem à lógica economicista e vigilantista. A legitimação democrática das normas relativas aos programas de *whistleblowing* e ao *criminal compliance* dependem, umbilicalmente, de sua justaposição com regramentos de um processo penal em conformidade constitucional.

A ação política é ligada ao futuro, implica liberdade; logo, não há sentido político em uma política criminal que propugne pela criação de normas legislativas que

¹⁰⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 64.

¹⁰⁵¹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma Crítica da Razão Fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 235.

violem direitos fundamentais. Ainda que seja capaz de provocar encantamentos momentâneos, se algumas das promessas do *criminal compliance* reforçam uma lógica de exceção, como é o caso, pode-se dizer que se trata de uma promessa tão astuciosa e desvalida como a da pena de prisão.

Nessa esteira, o juízo que se faz acerca da Política Criminal Legislativa brasileira, quanto às normas de *whistleblowing*, é o de que se está diante de uma ação estratégica orientada pela mentira organizada, porquanto fundada pelo falseamento deliberado da racionalidade neoliberal que lhe é ínsita. Não há compromisso com a enunciação da realidade comum, com a preservação dos dados concretos sobre o mundo. E, como a verdade factual é condição prévia para o agir político livre, conclui-se que não existe uma política criminal legislativa legitimada democraticamente. Crê-se em um simulacro. Diante desse quadro, a primeira das ações políticas exigidas é o reconhecimento de sua ilegitimidade para que se possa dar início à sua (re)construção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste estudo, sob o viés da Política Criminal, visou ao fortalecimento compreensivo e crítico dirigido a dois mecanismos integrantes de um sistema de *compliance* correlatos entre si – *whistleblowing* e investigações internas corporativas.

O aporte teórico apresentado por Hannah Arendt trouxe uma percepção alargada que permitiu identificar a cumplicidade entre o autoritarismo penal e os discursos justificadores do reforço a uma lógica da eficiência na detecção e apuração dos delitos, que propugna a “urgência” de modificações legislativas fomentadoras das denúncias privadas (*whistleblowing*), ao mesmo tempo em que não se direciona a normatizar procedimentos investigativos comandados por entes privados (investigações internas).

A referência da autora acerca das relações entre a mentira organizada e política e entre a verdade e a vida política, é utilizada como chave de compreensão da Política Criminal legislativa brasileira. A leitura que se faz é a de que a Política Criminal no Brasil constitui-se em uma atuação constituída e demarcada pela falácia discursiva, o que a torna deslegitimada democraticamente.

A partir do uso da propaganda de massas e da subversão semântica dos conceitos de “participação da sociedade civil” e de “cidadania”, o discurso que evoca a imprescindibilidade da instituição de programas de *whistleblowing* para incrementar a “luta contra a corrupção” e o combate aos delitos empresariais, nada mais é do que um exemplo de como a mentira pauta a política criminal. O engodo, no exemplo concreto, é percebido diante da mínima possibilidade de cumprimento da promessa de proteção efetiva de um sujeito (*whistleblower*), cuja atividade (*whistleblowing*) é entendida como um meio de investigação e, portanto, de auxílio ao Estado e às grandes corporações na apuração de delitos e demais ilícitos.

A proteção do *whistleblower* contra prováveis atos de retaliação, que o atingirão em nível pessoal, social ou laboral, não é enfrentada com a profundidade exigida pelo debate político-criminal. E isso se explica porque o valor em questão é a colaboração em si e não o sujeito colaborador.

Com pleno conhecimento de que se está em um contexto de embuste (mentira deliberada), os enunciadores da “participação cidadã” no combate à corrupção e

criminalidade empresarial estimulam, por meio de recompensa e de uma retórica moralista, a construção de uma cultura da denúncia. O não dito é que o *whistleblower*, do modo como regulada a sua atividade, dificilmente superará a condição de instrumento descartável e útil (*homo faber*) para a manutenção de um sistema persecução penal autoritário. Até mesmo de confrontarmos um *whistleblower* em potencial com o chamado cálculo custo-benefício, o resultado será desestimulante à denúncia, pois as garantias de proteção são pouco confiáveis (vide as deficiências do programa de proteção a testemunhas) e demora na obtenção da recompensa, prometida e condicionada, é considerável.

De forma similar ocorre com as investigações internas corporativas. A privatização das funções investigativas, mais um elemento de sustentação na nefasta aliança entre Estados e algumas corporações, instrumentaliza agora, um outro tipo de indivíduo, o sujeito que é objeto das investigações de *compliance*. A mentira organizada, aqui, se apresenta na argumentação de que a observância do direito fundamental à não autoincriminação do sujeito deve ceder em nome da relação, de cunho laboral, entre a empresa e o empregado sobre quem recai procedimento investigativo. Não se questiona sobre o custo social provocada pela anomia nesse cenário, o que pode proporcionar o abandono de uma investigação criteriosa e responsável em favor da busca por um bode expiatório.

Provavelmente, se bem orientado juridicamente, um indivíduo que esteja sujeito a um procedimento de investigação interna vai preferir ser demitido a se autoincriminar e, em razão disso, colaborar para a construção de uma futura imputação criminal contra si, cuja materialidade se origina em um cenário caracterizado falta de controle judicial. Mas a questão a ser submetida a debate não é a provável demissão, mas sim o reconhecimento das limitações à capacidade investigativa de um ente privado, dentre as quais se coloca a não relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, como expressão de compromisso democrático exigível das medidas de *compliance*.

A Política Criminal precisa, portanto, de um (re)encontro com a verdade dos fatos para que possa reorientar seu discurso a partir de outro quadro lógico. Tal como está atualmente, a normatização do *whistleblowing* no Brasil é mais uma exteriorização do discurso da segurança, fundado em uma razão demolidora, autoritária. Essa razão

autoritária também é percebida pelo não enfrentamento, detido, de um debate sobre os efeitos perniciosos das investigações internas corporativas sobre os direitos fundamentais. Diante da operatividade da mentira organizada que se verifica na política criminal legislativa, não há possibilidade de se cogitar da existência de uma razão ética, mas sim de uma razão cínica. A racionalidade ética da política criminal, sua racionalidade primeira, tem, como pressuposto, a verdade.

A mentira se faz presente onde se realiza a política. Mas é indispensável que se supere a falácia para que a verdade se apresente no cenário da Política Criminal.

A mudança do discurso precederá a modificação da ação político-criminal. E é a partir desse processo de superação das falas enganosas que se pode compreender as muitas limitações práticas do *whistleblowing*, as suas mínimas condições de possibilidade, e dar-lhe a efetividade que lhe cabe.

REFERÊNCIAS

ALAPONT, José Leon. Retos jurídicos de las investigaciones internas corporativas y compliances. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Nº 22-04, 2020, p. 1-34.

AMÉRIGO ALONSO, José. Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing. **Diario La Ley**. n. 9699, Seção Tribuna, Madrid: Wolters Kluwer, 18 de set. de 2020.

ANDRADE, Ana Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro: tendências político-criminais atuais gestadas pelos centros legislativos comunitários. In: **Revista de Estudos Criminais**, ano XV, n. 63, p. 95-129.

ANTUNES, Maria João Privatização das Investigações e Compliance Criminal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)**. ano 28, jan-abr 2018. Instituto de Direito Penal Econ Europeu, p. 119-127.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Editora LibeArs, 2019.

ARAÚJO, Sara. O primado dos direitos e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Dossiê Sociologias**. v. 18, n. 43, Set-Dez 2016, p. 88-115. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/15174522-018004304>. Acesso em 01 dez 2021.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

ARENDT, Hannah. A Mentira na Política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 01-48.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah, Verdade e Política. In **Entre o passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 282-326.

ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. **Southern California Law Review**, v. 93, October 2019, p. 697-761.

ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn corporate criminals into corporate cops. In: BERIA D'ARGENTINE,

Camilla (ed.). *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 91-109

ATIENZA, Manuel. Contribución a una Teoría de la Legislación. **Doxa – Cuadernos de Filosofía n° 6**. Alicante: 1989, p. 385-403.

AUGUSTO DE LUCA, Javier. Whistleblowers, arrependidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado. **Revista Científica do CPJM, [S. l.]**, v. 1, n. 01, p. 172–194, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/17>. Acesso em: 12 out. 2021.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TINEN, José Eduardo. *Whistleblowing* e a regulamentação dos canais de denúncia: a experiência nos sistemas comparados. **Revista Científica do CPJM, [S. l.]**, v. 1, n. 01, p. 1–27, p. 1-3, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/5>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? **InDret. Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2. Barcelona, 2020.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing* europeo y *compliance*: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. **Diario La Ley**, n. 9539, 2019, p. 1-8.

BAER, Miriam. When the Corporaion investigates itself **Brooklyn Law School Legal Studies**. março 2018, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3143725> Acesso em 24 nov 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARRILARI, Claudia Cristina. Passado e futuro da responsabilidade penal corporativa. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41-63.

BECHARA, Fábio Ramazzini; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Breves notas introdutórias sobre o regime jurídico das investigações corporativas e do *whistleblowing* no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XX, n. 81 abr./jun. 2021, p. 132-152.

BELTRAME, Priscila Akemi. Investigações Internas, p. 335-342, p. 341. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

BERMAN, Joshua G.; PROFFIT-HIGGINS, Machalagh. Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and fall of the Justice Department's 10-Year War On Corporate Fraud. **Criminal Law Brief**, n. 2, 2007, p. 25-35.

BITTAR, Walter. Capítulo 14 - Lei que dispõe sobre o Whistleblower. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.). **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 171-175.

BONOTTO, Pietro Vinícius. **As Fraudes Contábeis da Enron e Worldcom e seus efeitos nos Estados Unidos**. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Contábeis. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1, p. 291-292.

BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOTTINO, Thiago; VALENTE, Adriano. Métodos de incentivo à denúncia de ilícitos: subsídios para a implementação de programas brasileiros de Whistle-Blowing à luz do projeto de lei nº 3.165/2015. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 243-257, p. 244, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/21>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. Instituição e estabilização do espaço público no pensamento de Hannah Arendt. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 245-253.

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

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 11 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 1 out 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de junho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 4 jan 2022.

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. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em 15 set 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 4 jan 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 01 fev 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 678, de 05 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 4 jan 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em 01 out 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Brasília, 7 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em 15 set 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, 31 jan. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 15 set 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010.** Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0113n1

dpaqblah1fzd69e9b2dd12695812.nnode0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em 01 maio 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.701, de 29 de junho de 2011.** Agência Câmara de Notícias. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/225000-projeto-cria-recompensa-para-quem-denunciar-corrupcao>. Acesso em 10 jul 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Apresentação do Projeto de Lei n. 3.506, de 23 de março de 2012.** Brasília, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=973671&filename=PL+3506/2012. Acesso em 10 maio 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 236, de 09 de julho de 2012.** Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 01 nov 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 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. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 01 nov 2021.

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. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 02 nov 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados e Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 2 out 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.** Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em 30 out 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 11.116, de 04 de dezembro de 2018.** Altera a Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188209>. Acesso em 4 jan 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.942, de 05 de setembro 2018.** Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 , [...] institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016[...]. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9492.htm. Acesso em 28 out 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.153, de 03 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciante 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. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm. Acesso em 30 out 2021.

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. Brasília, 10 jan. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em 4 out 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). **Nota Técnica sobre o Pacote Anticrime**, 2019, p. 40. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-31-03-2020-20-54-01-570213.pdf>. Acesso em 28 fev 2020.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188**. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 05 dez 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.289/RS**. Relator Min. Celso de Melo. DJe nº 104, de 04-06-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1193343 AgR**, Relator: CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, DJe 11-12-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Habeas Corpus nº 164493**, Relator EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, DJe-106 04-06-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 444**, Relator GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, DJe 22-05-2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39-43.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance. In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 21-55.

CAMBI, Eduardo; KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Whistleblowers* no enfrentamento à Corrupção. **Revista dos Tribunais** v. 1013, p. 177-198, p. 179, Mar 2020.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n.1, p. 283-328, jan.- abr. 2020.

CARO CATALÁN, José. La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 7, n. 3, p. 2155-2200, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.552>. Acesso em 02 ago 2021.

CARVALHO, William Eustaquio de. Caso Enron: breve análise da empresa em crise. **Migalhas**, 9 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6852/caso-enron>. Acesso em 02 ago 2021.

CARVALHO, Maria Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 24.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 74.

CERQUEIRA, Consuello Alcon Fadul. O delito de Corrupção Privada no Brasil a partir da Experiência Internacional. In: SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, v. 1, p. 797-812.

CERQUEIRA, Cecilia Alcon Fadul; RAVAZZANO, Fernanda; GOMES, Marlos Correa da Costa. Investigações internas corporativas: justificativa, fundamentação e desafios para a (des) regulamentação. In CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOIRO, José Maria. **Criminalidade Econômica e Empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 1011-1039.

CEVA, Emanuela; BOCCHIOLA, Michele. **Is whistleblowing a duty?** John Wiley & Sons, 2019.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Whistlebower e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 131–143, p. 134-136. 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 30 set. 2021.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance**. prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-75.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance, p. 609-652. In GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.); MADRID BOQUÍN Christa M.(Coord.). **Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 609-652.G

COSTA ANDRADE, Manuel. Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. **Boletim de Ciências Económicas**: homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. v. LVII. Tomo I, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014, p. 385-451, p. 447.

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**. v. 150, p. 189 – 233, p. 191, dezembro 2018.

DADICO, Claudia Maria. **Análise do PL n. 882/2019**. Nota Técnica. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/NotaTecnica.pdf]. Acesso em: 26.07.2019.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 177. ano 29. p. 71-132.

Dez Motivos para se indignar com a Corrupção. **Revista Veja** n 143 edição 2240, Editora Abril: São Paulo, 26 outubro 2011.

DIAMANTIS, Mihailis E.; LAUFER, William. Prosecution and punishment of Corporate Criminality. **Annual Review of Law and Social Science**. v. 453, October, 2019, p. 1-30.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Política Criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2013

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. In: **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**. Tomo I. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 321-355.

DOTTO, Henrique; BUDÓ, Marília de Nardin. O poder de agendamento da mídia nas decisões legislativas em matéria criminal. **Revista Palotina de Estudos Jurídicos e Sociais – Faculdade Palotina**. v. 01, n.02, Santa Maria, 2015, p. 1-20.

ESPÍN, Rosa. **El Canal de denuncias Internas em la actividad empresarial como instrumento del compliance**. 418f. Tesis Doctoral (Programa de Doctorado em Derecho Público Global). Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Sentencing Commission. Proceedings of the Second Symposium on Crime and Punishment in The United States**. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/resarch-and-publications/resarch-projects-and-surveys/economic-crimes/199950907-symposium/WCSYMPO_opt.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Association of Corporate Counsel. Disponível em: <http://www.acca.com/public/accapolicy/holder.html>. Acesso em 20 dez 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **U.S. v. Matthew Connolly et al**. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **Memorandum Decision and Order Denying Defendant Gavin Black's Motion for Kastigar Relief**. Maio 2019, p. 03-17. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em 2 dez 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Filip Memorandum**, Washington, D.C., ago 2008. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>. Acesso em 29 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. United States Attorney Southern District of New York. **KPMG – Deferred Prosecution**

Agreement. Agosto, 2005. Disponível em: <https://www.justice.gov/archive/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgdpagmt.pdf>. Acesso em 01 abr 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Holder Memorandum.** Washington, D.C., Junho 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>. Acesso em 01 ago 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **McNulty Memorandum,** Washington, D.C., Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf. Acesso em 19 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Morford Memorandum,** Washington, D.C., Março, 2008. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf> Acesso em 19 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Pending Criminal Division Cases.** Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-vns/case/connolly-black/update>. Acesso em 2 dez 2021

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.** Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso 01 ago 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Department of Justice. **Yates Memorandum,** Washington, D.C., setembro 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Acesso em 13 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Sentencing Commission. **United States Sentencing Guidelines Manual.** Washington, DC, nov. 2018. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#>. Acesso em 15 maio 2021

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Sentencing Commission.** Disponível em: <https://www.ussc.gov/about-page>. Acesso em 26 jul 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Securities and Exchange Commission. **Office of the Whistleblower.** Disponível em: <https://www.sec.gov/whistleblower>. Acesso em 15 out 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. [Constituição (1788)]. **Constitution of the United States: Fifth Amendment [Quinta Emenda]** . Estados Unidos da América: [s. n.], 1791.

(tradução nossa). Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>. Acesso em 27 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1788)]. **Constitution of the United States: Sixth Amendment** [Sexta Emenda]. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/>. Acesso 15 nov 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. Supreme Court. Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/201/43/>. Acesso em 31 mar 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. **Kastigar v. United States**, 406 u.s. 441. 22 de maio de 1972. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/>. Acesso em 01 dez 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court Eastern District of New York. **U.S v. Odebrecht S.A. Plea Agreement**. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>. Acesso em 2 abr 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United State District Court Southern District of New York. **Memorandum Decision and Order denying defendant Gavin Black's motion for Kastigar relief**. Maio 2019, p. 01-03. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/867186/download>. Acesso em: 2 dez 2021.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. **JOTA: Penal em Foco**, 10 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/levando-a-serio-os-pressupostos-da-responsabilidade-penal-de-pessoas-juridicas-10022020>. Acesso em 01 nov 2021.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas 197-228, p. 198. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Orgs.). **Criminalidad de Empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.

ESTRADA I CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho ano autoincriminarse en las investigaciones internas. **InDret 4**. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Dezembro 2019, v. 27, n. 162, p. 121–143.

FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 77, 2001, p. 421-432.

FARIAS, Klelton Mamed de. Hannah Arendt e os direitos Humanos. In: AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). **O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 225-244.

FELDENS, Luciano e DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org) et al. **Direito Penal Econômico e Empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e FGV Direito SP/Rio de Janeiro: Lumen Iuris**, 2016, p. 45-60.

FELDENS, Luciano. **O Direito de Defesa: a tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. Retomando agendas de pesquisa: aportes criminológicos. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 02, 2021, p. 62–82, p. 74. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/33>. Acesso em 8 out 2021.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2018, p. 27-65.

FERREIRA, Luciano Alberto. Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147, setembro 2018, p. 433-458.

FIRST, Harry. Branch Office of the Prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions. **North Carolina Law Review**. v. 89, 2010, p. 23-98, p. 31. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss1/5>. Acesso em 15 maio 2021.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOX, Richard. Protecting the whistleblower. **Adelaide Law Review**. v. 15, n. 2, Setembro 1993, p. 137-164.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, set.-dez. 2018, p. 1.277-1.318.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). Escola de Economia de São Paulo (EESP). **Notícias. Manipulações feitas por bancos causam escândalo de US\$ 300 trilhões.** Disponível em: <https://eesp.fgv.br/noticia/manipulacoes-feitas-por-bancos-causam-escandalo-de-us-300-trilhoes>. Acesso em 02 dez 2021.

GARCÍA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. **Revista de Derecho XLVII**. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII. Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2016, p. 219-244.

GARCÍA MORENO, Beatriz. **Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia 2019, In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 257-292.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147. ano 26. Setembro 2018, p. 779-811.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Direito UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 1, n.1 (jan./jul 2014) – Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. p. 147-172.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). **Derecho Penal de la Empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 333-412.

GOMÉZ MARTÍN, Victor. Compliance y derecho de los trabajadores. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, 125-146.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento**

irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 23-24

GRENFELL, Michael. **Pierre Bordieu**: conceitos fundamentais. Tradução Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2018.

GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled Cooperation and the new corporate criminal procedure. *New York University Law Review*, v. 82, 2007, p. 101-168.

GRUENSTEIN, Benjamin; LOESER, Charles E. Conducting Internal Investigations in the shadow of U.S. v. Connolly. **Anti-Corruption Report**, 12 de Junho 2019. Disponível em: <https://www.anti-corruption.com/2750751/conducting-internal-investigations-in-the-shadow-of-us-v-connolly.html>. Acesso em 12 nov 2021.

G20. Anti-Corruption Action Plan. **Protection of Whistleblowers**; study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. Novembro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASNAS, John. The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability. **American Criminal Law Review**, v. 46, n. 4, p. 1329-1358, p. 1329, set. 2009. Disponível em: <http://law-journals-books.vlex.com/vid/centenary-mistake-hundred-corporate-74572316>. Acesso em 12 jul 2019.

HENGEMUHLE, Leah. Mea Culpa: Why Corporate Waivers of Attorney-Client Privilege Have Not Increased the Prosecution of Corporate Executives. **Boston College Law Review**. v. 60, Issue 5, 2019, p. 1415-1451, p. 1432-1434. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol60/iss5/5>. Acesso em 10 ago 2021.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 159, ano 27, setembro de 2019, p. 297-339.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/ago. 2019.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; TAVARES FERREIRA, Ana Lúcia. O whistleblowing como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 43-60, p. 45, 2021. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/7>. Acesso em 27 set 2021.

KUWAHARA, Shiguo. Dilemas do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas no Brasil. **Política Criminal**. V. 11, nº 22 (Dezembro 2016), p. 439-466, p. 459. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A4.pdf. Acesso em 15 set 2021.

KUMAR, Manohar; SANTORO, Daniele. A justification of whistleblowing. **Philosophy and Social Criticism**, SAGE Publications, 2017, v. 43 (7), p. 669–684.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 20 (2017-2018), p. 392-428.

LAUFER, William S. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. **Iowa Law Review** n. 87, 2002, p. 643-667.

LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção internacional, criminal compliance e investigações internas: limites à produção e valoração dos interrogatórios privados**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

LOBATO, José Danilo Tavares. Breves Reflexões sobre o Criminal Compliance. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 73, Abril-Junho 2019, p. 53-76.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo, **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUZ, Thaíze Ferreira da. Campo político a partir da perspectiva de Bourdieu e do poder: implicações no campo jornalístico. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. v. 06, ed. especial, mar., 2020, p. 1-14.

MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante**s. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

MADARASZ, Norman. De Chomsky a Snowden: a transição da desobediência civil ao ‘whistle-blowing’. In: PONTEL, Evandro; TAUCHEN, Jair; REITER, Ricardo Luis. **Democracia e Desobediência Civil**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2019, p. 27-56.

MAGRO SERVET, Vicente. ¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa? **Diario La Ley**, Madrid, n. 9586, de 4 de mar de 2020, p. 1-9.

MAIA, Maurílio Casas. STF e dez razões (ainda) esquecidas sobre Defensoria Pública. **Revista Consultor Jurídico**. 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/maia-stf-dez-razoes-ainda-esquecidas-defensoria-publica>. Acesso em 25 out 2021.

MALAN, Diogo. Dilemas e desafios do advogado criminal nas investigações corporativas. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de agosto de 2020.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 159, setembro 2019, p. 45-67.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo: criminal compliance, delinquência empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2018.

MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabi COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 69-80.

MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de whistleblowing: da retórica à necessária verificação de efetividade. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021 p. 99-116.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

MARKOFF, Gabriel, Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: corporate criminal convictions in the twenty-first century. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. v. 15, 2013, p. 797-842.

MARKS. Colin P. Corporate Investigations, Attorney-Client Privilege, and Selective Waiver: Is a Half-Privilege Worth Having at All? **Seattle University Law Review**. n 30, 2006, p. 155-194.

MELO, João Ozório de. *Whistleblower* ganha recompensa de US\$ 33 milhões nos EUA. **Consultor Jurídico**, 22 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/whistleblower-ganha-recompensa-us-33-milhoes-eua>. Acesso em 30 out 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: comentários críticos à lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MIRANDA, Maressa da Silva. O mundo da vida e o Direito na obra da Jürgen Habermas. **Prisma Jurídico**. v. 8, n. 1, São Paulo, jan/jun 2009, p. 97-119.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (Coord.). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general y especial**. Barcelona: Atelier, 2020, p. 97-119.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.) **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 221-243.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, 2013, p. 251-277.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 211-229.

MOSSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 137-144.

MURPHY, Diana E. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics. **Iowa Law Review**. n. 87, 2002, p. 697-719, p. 691. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=358741>. Acesso em 15 maio 2021.

NAMNUM, Virgilio Tanús. **Tendencia Actual de la Política Criminal**. Tirant lo Blanch: Ciudad de México, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria, Legislação e Argumentação Legislativa: o aporte de Manuel Atienza à Racionalidade Legislativa. **Teoria Jurídica Contemporânea**. PPGD/UFRJ, v. 3, n. 2, jul-dez 2018, p. 157-193.

NEGRELLI, Flora; LEÃO, Gabriela; DANNO, Heloisa; ARAÚJO, Lorenzo; REIS, Maria Eduarda dos. Medida XIX – Informante do Bem. In: LIMA, André Antiquera Pereira; NEGRELLI, Flora; DUTRA, Thiago Villela (orgs.). **Estudo Crítico do “Pacote Anticrime”**: um compilado de análises das medidas propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública São Paulo, fevereiro de 2020, p. 253-275.

NEIRA PENA Ana María. **La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NEVES, RAFAEL. Ministro do STF suspende criação de fundo bilionário da Lava Jato. **Congresso em Foco**, Brasília, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/ministro-do-stf-suspende-criacao-de-fundo-bilionario-da-lava-jato/>. Acesso em 13 maio 2021.

NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. Program on Corporate Compliance and Enforcement. U.S. v. Connolly: “Outsourcing” a Government Investigation - And How to Avoid It. Summary. **Compliance and Enforcement**, 7 de maio de 2019. Disponível em: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/07/u-s-v-connolly-outsourcing-a-government-investigation-and-how-to-avoid-it/. Acesso em 3 out 2020.

NIETO MARTÍN, Adán. La privatization de la lucha contra la corrupción. In: NIETO MARTÍN, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis (dirs.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 191-200.

NIETO MARTÍN, Adán. Invetigações Internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 293-334.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. **Diario La Ley**. Seção Doutrina. Ano XXXIV, n. 8120, 05 jul 2013.

NUZZI, Vítor. Reforma trabalhista: a história de uma falsa promessa e as mudanças da ‘destruição sem fim’. **Rede Brasil Atual**. 23 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2019/09/reforma-trabalhista-a-historia-de-uma-falsa-promessa-e-as-mudancas-da-destruicao-sem-fim/>. Acesso em 20 out 2021.

ODED, Sharon. Deferred Prosecution Agreements: prosecutorial balance in times of economic meltdown. **Law Journal for Social Justice**. v. 2, 2011, p. 65-99. Disponível em: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.htm. Acesso 20 maio 2020.

OLIVEIRA, J. M. F. **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: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 28 maio de 2021.

OLIVEIRA, Lorena Silva. O conceito de governamentalidade em Michel Foucault. **Revista Ítaca**. [Online], n. 34. Rio de Janeiro, UFRJ/IFCS, 2019, p. 48-72.

ORSI, Omar G.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo. In RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-

LÓPEZ, Fernando (eds.). **Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 p. 293-383.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. **Los delatores en el proceso penal**: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018.

O' SULLIVAN, Julie R. Does DOJ's Privilege Waiver Policy threaten the rationales underlying the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine? A Preliminary "No". **American Criminal Law Review**. v. 45, 2008, p. 1237-1296.

PEIXOTO, Cláudia Carneiro; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Pensar a cidadania em Hannah Arendt: direito a ter direitos. In: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning (orgs.) **Direitos sociais fundamentais**: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade. Rio Grande: Editora da FURG, 2013, p 51-70.

PEREIRA, André Martins. **Populismo penal e política criminal brasileira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PEREIRA, Geraldo Adriano Emery. **O problema da verdade na obra de Hannah Arendt**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2017.

PEQUENO JÚNIOR, José Eronildes de Sousa; VAZ, Ceso Antônio Coelho. O Conflito entre a Verdade e a Política. In: **AGUIAR, Odílio Alves de et al (orgs). O futuro entre o passado e o presente: Anais do V Encontro Hannah Arendt**. Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 367-374.

PETERS, Gabriel. O social entre o céu e o inferno; a antropologia filosófica de Pierre Bordieu. **Tempo Social**. Revista de Sociologia da USP, v. 24, n. 1, junho de 2012, p. 229-261.

PIMENTA, Raquel Mattos. **A Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020.

PIRES, Cecilia Maria Pinto. A ação como traço essencial da condição humana: uma leitura acerca das ideias arendtianas. In: **As Pensadoras**. v. 1. São Leopoldo: Editoras As pensadoras, 2021, p. 27-43.

PIRES, Cecilia Maria Pinto Pires. **Leituras Filosóficas passadas a limpo**. Temas e Argumentos. Passo Fundo, Ifibe, 2016.

POSSENTI, Sírio. **Questões para Analistas do Discurso**. São Paulo: Editora Parábola, 2009.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 134. ano 25. p. 87-107. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing interno. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dir.) **Responsabilidad de la Empresa y Compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal, Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 459-486.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937. **La Ley Compliance Penal**. Madrid: Editorial Wolters Kluwer, n. 1, Abril-Junho 2020, p. 1-22.

ROCHA, Márcio Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 75, dez. 2016. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao075/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 12 set. 2021.

ROCHA, Marco Antônio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. **Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ENCCLA. 2016**. Revista Brasileira de Previdência, Curitiba, Paraná. v.9, n.2, p.12-51. Julho-Dezembro. 2018

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020.

RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Virgílio. Democracia, sistemas de control y Derecho penal: aproximación al fenómeno del soft law y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los compliance programs. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2020, núm. 22-11, p. 1-48. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-11.pdf>. Acesso em 11 out 2021.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Programas de *Whistleblowing* e os problemas da delação premiada. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Coord.). **Compliance no Direito Penal**. v. 5 São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89-109.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. A campanha “Dez medidas contra a corrupção” e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 147, Setembro 2018, p. 685-743.

ROXIN, Imme; ASSIS, Augusto. Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114, Maio-Jun 2015, p. 321-338.

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, Setembro 2018, p. 587-614.

RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do *whistleblowing* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174, ano 28, Dezembro 2020, p. 41-69.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. **Derecho Penal y Criminología**. Ano IX, n. 03, abril 2019, p. 252-267.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? **Revista Científica do CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcelo de Araujo Jr.**, v.1, n. 01. UERJ: Rio de Janeiro, 2021, p. 72-99.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales desde la perspectiva del abogado. In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (dirs.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, 245-259.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 137, novembro 2017, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89-123.

SANGUINÉ, Odone. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas no processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. 2, n. 2, 2014, p. 23-71.

SANTORO, Daniele; KUMAN, Manohar. **Speaking truth to power: a theory of whistleblowing**. Suíça: Springer International, 2018.

SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal**. Tradução Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 214, junho 2017, p. 113–130, p. 113. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

SCHULTZ, Duane P. SCHULTZ, Sydney Ellen. **Teorias da Personalidade**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A Justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania**. São Paulo: Alameda, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. In: CARVALHO, Marco Aurélio; STRECK, Lenio. **O Livro das Suspeições: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito?** São Paulo: Grupo Prerrogativas, 2020, p. 65-74.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Ana Paula Gonzatti. Investigações internas e processo penal: direito de defesa do ente coletivo *versus* direito à não incriminação dos administradores. In DAVILA, Fabio Roberto et al. **Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 409-446.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Editorial. **Yates Memorandum**. Revista para el Análisis del Derecho. InDret, n.4 ano /2015. Disponível em <https://indret.com/yates-memorandum>. Acesso em 13 ago 2021.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Para uma Crítica da Razão Fascista no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIVIERO, Iltomar. O encontro entre a política e a filosofia no testemunho da memória incômoda no pensamento de Hannah Arendt. In: OLIVEIRA, Kathlen Luana et al (orgs.) **Hannah Arendt: uma amizade comum**. São Leopoldo. Oikos/EST, 2011, p. 106-124, p. 17.

SOLTES, Eugene. Paper versus practice: a field investigation of integrity hotlines. **Journal of Accounting Research**, v. 58, n. 2, maio 2020, p. 429-470.

SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e a Banalidade do Mal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In: BARBOZA, Marcia Noll; WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lúgia.

(Org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: 2a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2020, p. 32-53.

SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”. **Revista do Ministério Público**. n 158, Abril-Junho 2019, p. 9-36.

SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeiro. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 38, Maio-Ago 2019, p. 31-44.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, jan./mar. 2019, p. 169-193, p. 171. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169. Acesso em 15 ago 2021.

SUN, Mengqi. Former Enron Executive: SEC whistleblower program is a game changer. **The Wall Street Journal**. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/former-enron-executive-sec-whistleblower-program-is-a-game-changer-11625662801>. Acesso em 03 dez. 2021.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Responsabilidade de pessoas jurídicas e programas de *compliance* quanto a atos de corrupção em Brasil e Argentina. **Revista Electrónica de Direito**, fevereiro 2020, n. 01, v. 21, p. 179-198.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 86, set./out. 2010, p. 36-60.

TAVARES, Francisco; SILVA, Gustavo A. Ciência Política Brasileira Diante do Novo Regime Fiscal: Para uma Agenda de Pesquisas sobre Democracia e Austeridade. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 63, n. 2, junho 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/001152582020207>. Acesso em 4 out 2021.

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade**. v. 2, n. 4, Rio de Janeiro, 1997, p. 43-57.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEJADA PLANA, Daniel **Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones prácticas nacionales e internacionales**. Navarra: Editorial Orazandi, 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Sobre a Transparência: o que fazemos.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/centro-de-conhecimento-anticorruptao>. Acesso em: 15 set 2021.

UHLMANN, David M. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the erosion of corporate criminal liability. **Maryland Law Review**. v. 72. October, 2013, p. 1295-1344.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo; Editora contracorrente, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano XVIII, v. 19, n. 76, Janeiro- Março 2020, p. 153-173.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VAZ E GRECO, Mateus; ALCÂNTARA LIMA DUMONT, Paola. Entre o anonimato e o sigilo: a interação do *whistleblower* com o Processo Penal. **Revista Científica do CPJM, [S. l.]**, v. 1, n. 01, p. 207–221, 2021, p. 219. Disponível em: <http://rcpjm.cpj.uerj.br/revista/article/view/19>. Acesso em 2 nov 2021.

NAMNUM, Virgilio Tanús **Tendencia Actual de la Política Criminal.** Tirant lo Blanch: Ciudad de México, 2018.

VANDERKERCKHOVE, Win. **Whistleblowing and organizational social responsibility: a global assessment.** London: Routledge, 2006.

VOTRE, Sebastião Josué. **Análise do discurso.** São Paulo: Parábola, 2019.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país.** Rio de Janeiro; Leya, 2018.

WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. In: **Inside**. n 2. v. 27. New York State Bar Association. Albany, Fall 2009, p. 8-11.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ilison. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br