

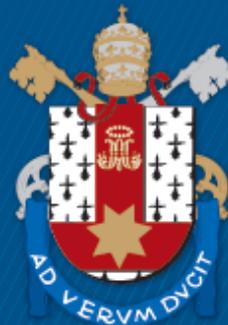
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

CÁSSIO ROCHA DE MACEDO

WHISTLEBLOWING E DIREITO PENAL: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores

Porto Alegre
2018

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
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

CÁSSIO ROCHA DE MACEDO

***WHISTLEBLOWING* E DIREITO PENAL: análise de uma política criminal de combate
aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores**

Porto Alegre

2018

CÁSSIO ROCHA DE MACEDO

***WHISTLEBLOWING* E DIREITO PENAL: análise de uma política criminal de combate
aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante**

Apresentação da dissertação, corrigida e aprovada pelo orientador conforme cronograma de atividades 2016/2017 do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em nível de Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior.

Porto Alegre

2018

Ficha Catalográfica

M141w Macedo, Cássio Rocha de

Whistleblowing e Direito Penal : análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores / Cássio Rocha de Macedo . – 2018.

122 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior.

1. Whistleblowing. 2. Denúncia de práticas ilícitas. 3. Direito penal econômico. 4. Política criminal. 5. Whistleblower. I. Souza Júnior, Ney Fayet de. II. Título.

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

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar o instituto do *whistleblowing*, desde a sua conceituação jurídico-penal, passando por sua construção social enquanto fenômeno, até sua expansão internacional enquanto objeto de criação legislativa. A figura do *whistleblower*, um sujeito denunciante, além de recente, traz consigo complexidades que a tornam digna de tutela. Trata-se de uma figura que, na condição de membro (ou ex-membro) de determinada empresa ou organização (seja pública ou privada), leva às autoridades o conhecimento que detém sobre atividades ilícitas, práticas antiéticas e toda a sorte de crimes que estavam sendo praticados sob controle dos próprios membros de tal organização. Diferentemente de outros institutos, em matéria penal, que vêm à mente quando se menciona denúncia e delação ou, ainda, quando se pensa no aspecto de adoção de mecanismos preventivos a fim de evitar delitos dentro de instituições, a prática de *whistleblowing* consiste em instituto com conceituação específica. O atual entendimento, em diversas legislações do mundo, é que a figura do *whistleblower* é digna de tutela e, também, de incentivo, pois demonstrou ser instrumento valioso tanto na prevenção, quanto no descobrimento de condutas delitivas.

Palavras-chave: *Whistleblowing*. Denúncia de práticas ilícitas. Direito penal econômico. Política criminal.

ABSTRACT

This thesis is mainly based on the intersection between whistleblowers, disclosure of sensitive information and criminal law. For that matter, the research aims to examine the juridical conception of whistleblowing and is set to understand why whistleblowers around the world are worthy of encouragement and legislative protection at the same time that a lot of them are criminally prosecuted. The fact is that their disclosure of information leads law enforcement authorities to discover illicit acts (of which the whistleblower has knowledge but is not involved). Thus, nowadays several countries around the globe created laws to incentive (legal protection against reprisals) and reward whistleblowers (with a percentage of the monetary sanctions collected by the state if the information delivered by the whistleblower was valuable to a successful legal judicial or administrative action). Unlike others institutes related to criminal prevention such as plea-bargaining or criminal compliance, the practice of whistleblowing have its own specifications that will be examined in this study. The importance of whistleblowing has resulted in its legislative expansion due to the possibilities of discovering and preventing illegal practices through the disclosure of information by a whistleblower. The focus of my research lies in this figure that arouses so much interest, sometimes seen as heroic or as a traitor. Therefore, the research develops reflecting the possibilities of constructing a criminal policy based on this innovative kind of law.

Key words: Whistleblowing. Whistleblower laws. Protection of whistleblowers. Criminal law.

SUMÁRIO

1 DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DAS NOVAS FIGURAS JURÍDICAS QUE NASCEM DAS CRISES NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL.....	8
1.1 Direito penal em expansão na sociedade do risco.....	11
1.1.1 A contribuição de Sutherland para o surgimento das legislações <i>whistleblowing</i> na sociedade de risco.....	16
1.1.2 A definição do campo: dos crimes econômicos a serem revelados por agentes denunciante.....	23
1.2 CONTROLES, PODER DISCIPLINAR E RECOMPENSAS: Uma análise no plural.....	25
1.2.1 Controles, denúncias e recompensas.....	26
1.2.2 A sustentação dos instrumentos: olhar hierárquico, sanção normalizadora e exame.....	29
1.3 O SENTIDO DA DENÚNCIA NA ERA DOS VAZAMENTOS: SERIA A TRANSPARÊNCIA UMA TENDÊNCIA DO SÉCULO XXI?.....	35
1.3.1 De <i>Watergate</i> ao <i>Cablegate</i> : o advento do <i>WikiLeaks</i> e a era do vazamento de informações sigilosas.....	37
1.3.2 Snowden e Manning: a linha tênue entre a atitude heroica e a traição.....	42
2 DA EXPANSÃO DA FIGURA DO <i>WHISTLEBLOWER</i>: ANÁLISES LEGISLATIVAS E SEUS IMPACTOS NA POLÍTICA CRIMINAL.....	50
2.1 Do ato de “assoprar o apito” à prática de <i>whistleblowing</i>	50
2.1.1 A precisão terminológica enquanto precisão conceitual.....	50
2.1.2 Informantes, denunciante e colaboradores: distinções necessárias.....	54
2.1.3 Em busca de uma definição jurídica comum.....	55
2.2 Atual estado da arte no Brasil no que tange à legislação <i>whistleblowing</i>	57
2.2.1 Do dever de comunicar irregularidades na legislação brasileira.....	60
2.2.2 Os projetos de lei sobre o <i>whistleblower</i> em tramitação atualmente.....	68
2.3 OS SISTEMAS DE DENÚNCIA: <i>Whistleblowing</i> interno e externo.....	77
2.3.1 <i>Whistleblowing</i> interno: sistemas de denúncia a partir do caso <i>Enron</i>	78
2.3.2 <i>Whistleblowing</i> externo a partir do caso <i>SwissLeaks</i> : atirem no mensageiro?.....	81
2.4 O advento da <i>Dodd-Frank Act</i> e a regulação do <i>whistleblower</i> : dos requisitos para ser recompensado e protegido a partir desse marco legal.....	87

2.4.1 Da crise econômica à regulação do sistema financeiro por meio da <i>Dodd-Frank Act</i>.....	88
2.4.2 Dos critérios de aplicação dos mecanismos de proteção e de recompensa financeira previstos na <i>Dodd-Frank Act</i>.....	91
2.5 Política criminal e whistleblowing: do fomento das denúncias enquanto instrumento preventivo do delito.....	100
2.5.1 Da efetividade da recompensa financeira: o que motiva um <i>whistleblower</i>?.....	102
2.5.2 Dos canais de denúncia enquanto medida de prevenção: sistema de <i>compliance</i> e administração pública.....	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho jamais teria sido finalizado não fosse a ajuda de diversas pessoas que me apoiam. Primeiramente, gostaria de agradecer a minha família, a quem devo uma gratidão imensurável por terem me ensinado que o amor é transformador e me ajudado a entender que esse talvez seja o maior de todos os ensinamentos.

No decorrer desses anos de convívio, pudemos compartilhar diversas experiências de vida que nos mostraram na pele outro ensinamento, aquele que diz que a chave para a evolução está na adaptação. Dos dias cinzas no 14^{ème} da virada do milênio aos entardeceres infinitos no mar egeu: tendo vocês ao meu lado, eu viveria tudo de novo.

Agradeço a meus pais, Amarilio Vieira de Macedo Neto e Lídia Suzana Rocha de Macedo, por serem, além de um porto seguro, um norte na vida. Agradeço, sobretudo, por terem me aguentado durante todos esses anos e investido na minha educação, mas, também, por serem ambos o *exemplo que carrega*. Aos meus avós, pela sabedoria e por terem, a seu turno, aguentado a *mis viejos*.

Ao Bruno Rocha de Macedo, meu irmão, conselheiro e médico particular (mesmo a distância) cuja dedicação, inteligência e parceria sempre me fizeram querer ir mais além – *com a garantia de umas boas risadas*.

A Carina Rocha de Macedo, minha irmã, conselheira e cineasta com quem tenho a felicidade de dividir os momentos mais diversos: desde deslocamentos no mundo acadêmico a filmes selecionados pelo melhor cinema da cidade. Agradeço a vocês dois pelos ensinamentos constantes, pois a minha maneira de ver o mundo e entender a vida se deve muito ao que eu aprendi compartilhando com vocês. Eu tenho a sorte incrível de ter nos meus dois irmãos os melhores amigos possíveis.

Ao orientador desse trabalho, o Professor Doutor Ney Fayet Júnior, por ser um professor constante, não se restringindo ao espaço da sala de aula, e por ter me ensinado não apenas os conceitos essenciais das ciências criminais, mas também que poucos programas são melhores do que tomar mate e estudar direito penal. Afinal, uma mesa com livros abertos também é um *rico de lugar pra tomar uns mate*.

Aproveito o ensejo para agradecer a todos os colegas da Fayet Advogados. De forma especial, agradeço ao André da Rocha Ferreira e ao Carlos Pereira Thompson Flores pelas conversas que em muito adicionaram a esse trabalho e ao Gustavo Rache Cardozo por ter revisado atentamente. Um agradecimento especial ao Professor Doutor Draiton Gonzaga de Souza pelos conselhos e lições aqui e em além-mar.

Agradeço aos meus amigos, àqueles que nem preciso nomear, que, por ventura ou por simples conspiração do universo, estiveram presentes na minha trajetória para comprovar que não há dois fogos iguais e que, afinal, não passamos de *un mar de fueguitos*.

Em tempo, agradeço ao ano de 2017 e poderia fazê-lo por diversos motivos, mas nenhum teria tanta relevância para esse autor (e, por conseguinte, para a obra) do que ter sido o ano em que, perdido na maior cidade da América do Sul, encontrei o amor. Desde então, meu mundo vive bem mais colorido *du premier au dernier bonheur du jour*. Isabela Boessio, obrigado pela parceria constante nos dias que transcorreram durante a elaboração desse trabalho (e obrigado por ter me cedido temporariamente a tua mesa de madeira).

Enfim, o companheirismo da vivência com todos vocês contemplados nessas breves palavras torna todo o esforço válido. Por isso, meu mais sincero obrigado. Vamos à obra: *jusqu'ici tout va bien*.

INTRODUÇÃO

Analisar a configuração atual das legislações que tornam o *whistleblower* digno de tutela e de, eventualmente, receber uma recompensa em razão de sua denúncia, bem como apontar os principais fatores que contribuíram para sua emergência, são *grosso modo* as tarefas a que se dirige o presente trabalho.

Este estudo se ampara, cautelosamente, nas referências doutrinárias e nas reflexões críticas que circundam o universo do *whistleblowing*, e discute a própria questão ética que reside na opção de delatar ou não alguém a outrem. Para tanto, dividiu-se a dissertação em dois capítulos.

A parte inicial da presente dissertação está articulada em dois eixos: o primeiro, mais abrangente, tem por finalidade situar o tema dos novos desdobramentos advindos da expansão do direito penal para atuar de maneira preventiva; e o segundo, em que se aborda o instituto do *whistleblower* a partir de sua conceituação jurídica, de sua expansão legislativa e das práticas de denúncias realizadas em dois casos em que essa figura ganhou notoriedade: o processo de falência da empresa *Enron* e o vazamento de dados no banco *HSBC Private Bank*, de Genebra, o qual veio a ser denominado como *SwissLeaks*. Por fim, reflete-se sobre política criminal e a prática de *whistleblowing*.

São tecidas algumas considerações que tomam como ponto de partida para a reflexão: a incapacidade do Estado para gerir e administrar problemas criminais tanto nas empresas quanto na administração pública, a nova lógica preventiva, o momento de expansão constante do direito penal: dos novos bens jurídicos tutelados a novas lógicas preventivas.

Conforme referido, o estudo dessa dissertação foi dividido em dois, visto que se apresentam dois momentos de expansão: o do primeiro capítulo, no qual se pensa a expansão do direito penal e as novas figuras jurídicas que nascem das crises na sociedade pós-industrial, e o do segundo e último capítulo, o momento de expansão do fenômeno *whistleblower*, desde a sua primeira aparição legislativa até as diversas leis que tutelam e, eventualmente, recompensam essa figura denunciante.

Portanto, o plano inicial subdivide-se em quatro: o direito penal na sociedade do risco; os controles, denúncias e recompensas sob o viés da criminologia; a criminalidade do colarinho branco pelo autor que desenvolveu o seu conceito e o impacto de seus estudos até a atualidade (o *whistleblowing* dialoga muito com crimes de colarinho branco); e, por fim, a era dos vazamentos digitais e as tendências de redução de liberdades individuais do século XXI.

No plano final a abordagem é específica, aborda-se o fenômeno *whistleblower* sob três aspectos: a conceituação jurídica desse agente denunciante, a legislação de incentivo e proteção a essa prática, bem como o dever de comunicação de irregularidades; os sistemas de denúncia (“*whistleblowing* interno” e “*whistleblowing* externo”) a partir de dois célebres casos de *whistleblowers*; e, a legislação considerada a mais avançada. Apresenta-se um breve ensaio sobre os impactos desse fenômeno em termos de política criminal. Como epílogo, levantam-se algumas considerações finais sobre tudo o que foi desenvolvido no presente trabalho.

1 DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DAS NOVAS FIGURAS JURÍDICAS QUE NASCEM DAS CRISES NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

Eric Hobsbawn sintetizou a história do século XX de maneira inigualável, sobretudo, quando afirmou que esse *Breve Século* terminou em problemas para os quais ninguém tinha, nem dizia ter, soluções.¹ Parte-se dessa linha de pensamento para colocar a problemática do presente trabalho: a inexistência de soluções (isto é, para combater a criminalidade econômica) frente à complexidade de problemas (quer criminais, quer todos aqueles decorrentes do risco que a sociedade atual produz para si mesma).

Ulrich Beck anuncia a sua *magnum opus* apontando justamente para os extremos do século XX, quando pontua as catástrofes históricas de seu milênio (duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, dentre outras) e as circunstâncias em que desenvolveu a sua obra. Ulrich Beck praticamente realiza um *mea culpa* por ter definido a sociedade de riscos — denominada em sua língua de origem, *Risikogesellschaft* — logo antes do desastre nuclear de Chernobyl, fato que ele desejava ter sido apenas um prognóstico de um futuro a se evitar, e não acontecimentos reais.² Essa realidade vigente — a sociedade pós-industrial³ ocupada em prevenir e gerir os riscos que ela mesma produziu — permite introduzir o tema do presente trabalho.

Desde as décadas finais do século XX, proliferaram-se diversos institutos e teorias jurídico-penais para além do *criminal compliance*, isto é, responsabilização da pessoa jurídica,⁴ *willful blindness* (teoria da cegueira deliberada), programas de *compliance*,⁵ *insider trading*,⁶ teoria do domínio do fato, dentre outras. Todos esses novos desdobramentos revelam, a um, uma nítida influência das criações legais advindas dos Estados Unidos, a

¹ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 537.

² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 14.

³ O autor alemão também explica o uso do prefixo “pós” em sua obra: “es la palabra clave de nuestro tiempo. Todo es ‘post’. Al ‘postindustrialismo’ ya hace mucho que nos hemos acostumbrado. [...] ‘Post’ es la clave para el desconcierto que se enreda en las modas. Esta palabra remite a algo que está más allá y que no puede nombrar” (BECK, Ulrich, 1998, p. 15)

⁴ Sobre o tema: SECHAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁵ Ponto que será abordado no presente estudo.

⁶ Sobre o tema: MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. **O Insider Trading no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

despeito da crise de seu sistema de justiça criminal,⁷ e, sobretudo, a ligação com a expansão do direito penal e com os riscos decorrentes da sociedade pós-industrial.⁸

Evidentemente, há uma referência imprescindível à doutrina norte-americana, haja vista que — inserida nesta intersecção entre direito penal, crimes econômicos e política criminal — a figura jurídica do agente denunciante transformou-se em objeto legislativo digno de recompensa e de proteção naquele país. Ademais, percebe-se uma evidente influência do direito estadunidense nos demais ordenamentos jurídicos, mesmo que haja uma diferenciação dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica para os países de *common law*.

Nessa relação do direito penal econômico com a sociedade de risco, ganham espaço a figura do agente denunciante (*whistleblower*) e o desenvolvimento de sua atividade (*whistleblowing*), bem como a implementação de programas de denúncias internas (*whistleblowing platform*). Tal fenômeno verifica-se tanto no âmbito privado de empresas e organizações quanto no setor público por meio de inovações legislativas específicas a respeito desse tema.

Em decorrência disso, lançam-se alguns questionamentos: o que significa *whistleblowing*? De que maneira surgiu essa figura do denunciante digno de recompensa? Por que recentemente diversos países decidiram adotar legislações específicas sobre esse assunto? Se há suporte na tradição da justiça brasileira para a sua utilização?

Desenvolve-se a reflexão sobre os *whistleblowers* enquanto objeto legislativo, ou seja, agentes denunciadores dignos de tutela e, além disso, passíveis de receberem recompensas que chegam a atingir vultosas montas. Abordam-se, entre outros, aspectos como seu incentivo, sua proteção e, mesmo, seus limites.

⁷ “Os Estados Unidos ainda são a maior potência política, militar, cultural e econômica mundial. Sua influência no plano externo alcança até mesmo a esfera jurídica dos demais países, principalmente ocidentais, e dos organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas, com ênfase na repressão penal, âmbito em que cada vez mais o modelo norte-americano vem determinando as políticas adotadas: pragmatismo, tolerância zero, privatização dos presídios, guerra contra as drogas, combate ao terrorismo e ao crime organizado, penas de longa duração, transação penal, responsabilidade penal das pessoas jurídicas.” (HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 21).

⁸ “Novas rubricas (*pós-modernidade, sociedades pós-industriais, modernidade tardia* etc.), ainda que não de forma uníssona, foram propostas para denotar o processo de intensificação e de interdependência das relações sociais percebido nas sociedades globalizadas, em que uma antiga ordem social produtiva cedeu espaço a uma ordem social reprodutiva, na qual as simulações e modelos cada vez mais constituiriam o mundo, de modo a apagar a distinção entre realidade e aparência e a suprimir, inclusive, a ideia de progresso e de um conhecimento histórico” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 26).

De início, cabe destacar que essa figura jurídico-penal consiste em um agente denunciante que leva ao conhecimento das autoridades informações sobre práticas ilícitas, pela condição de membro (ou ex-membro) de determinada empresa ou organização, sem poder estar envolvido criminalmente ou ter o dever de informar. Na contemporaneidade, os *whistleblowers* têm tido atuação de destaque em casos recentes de descobrimento de fraudes fiscais, dentre outros crimes econômicos.

Desse modo, questiona-se: como a ocorrência de crises econômicas influem e modificam o direito penal? A partir disso, pode-se delinear a seguinte pergunta: de que forma é possível pensar em inserir isso no Brasil? Nessa esteira, reside aqui uma inquietação acadêmico-existencial: a relação do *whistleblowing* com o direito penal econômico e de que maneira trabalhar essa questão de modo a fomentar o debate local.

Evidentemente, tem-se de situar a problemática dos *whistleblowers* com a denominada segunda geração de tratamento penal supraindividual, ou, ainda, segunda expansão penal, conforme se aborda nos capítulos que seguem.

Há de se destacar que este trabalho busca, também, lançar uma reflexão sobre a criminalização de condutas que não encontram, necessariamente, nexos com a tutela de bens jurídicos. Dessa sorte, pretende-se trabalhar o bem jurídico protegido nos crimes de violação de segredo comercial ou de violação de segredo bancário quando incidem denúncias, realizadas por *whistleblowers*, de condutas criminosas — provavelmente danosas a outros bens jurídicos também tutelados — que estavam sendo praticadas no seio das organizações comerciais ou bancárias *in casu*, valendo-se do sigilo para seguirem sendo perpetradas.

Não raro, esses agentes denunciadores são processados e condenados nas sanções dos tipos penais supracitados, tornando-se objeto de pesquisa à medida que se impõe uma problematização não apenas do bem jurídico que se visa a proteger, mas da própria conceituação de criminalidade econômica.

Nota-se o contraponto existente entre um bem jurídico tutelado nos tipos penais de violação de segredo comercial ou bancário e um interesse político-econômico, qual seja: a criminalização de condutas enquanto mecanismo estatal para normatizar e regular a economia. Como exemplo disso, tem-se a divulgação de uma lista de sonegadores fiscais — documento sigiloso —, tal qual ocorreu no vazamento de dados bancários na Suíça, episódio conhecido como *SwissLeaks*.⁹

⁹ No presente trabalho, abordam-se as práticas de denúncia realizadas por *whistleblowers* no caso *Enron* (2002), bem como no escândalo fiscal do banco *HSBC* suíço (2009). Em ambos os casos há uma relação com a

Em suma, vale destacar a pergunta que permeia toda a reflexão aqui proposta: de que maneira o direito penal responde às crises econômicas? Ou melhor, de que maneira a criminalidade econômica molda novas leis penais e faz surgir um instituto tal qual o *whistleblower*?

Portanto, este estudo almeja delimitar a figura do *whistleblower* enquanto instituto jurídico para lançar luz sobre a sua atuação e a sua relação com a criminalidade econômica hodierna. Logo, o desenvolvimento deste trabalho visa uma reflexão teórica acerca da possibilidade de eventual desenvolvimento, em nosso ordenamento, dessa figura jurídica.

1.1 Direito penal em expansão na sociedade do risco

Na seara da criminologia, estabeleceu-se certo consenso em relação à ideia de que o direito penal se apresenta como a forma mais drástica — e, por muitas vezes, trágica — de intervenção estatal frente a determinado indivíduo ou à coletividade. Desse modo, pretendeu-se limitar ao máximo a sua atuação.

De outro rumo, apesar dessa tendência de redução do aparato punitivo e de todo o sistema de justiça criminal, apresentaram-se outras propostas — na contramão dessa tendência de um direito penal mínimo —, que visam à expansão do direito penal.¹⁰ É disso que se trata na parte inicial do estudo.

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

O direito penal, seguindo os seus princípios norteadores, teria como função somente a interferência em algumas relações e a proteção de alguns bens jurídicos e, em situações tão especiais, que se mostre absolutamente necessária a sua regulamentação por normas penais. Vale dizer que os critérios de fragmentaridade e de subsidiariedade são facetas da

criminalidade de colarinho branco, eis que envolvem o setor privado e a criminalidade econômica praticada no seio de uma empresa e de um banco, respectivamente. Desse modo, trata-se de denunciante dos delitos de colarinho branco. Daí, explica-se o *jeux des mots*.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Editorial B. de F., 2001, p. 17.

compreensão da intervenção penal mínima. Nesse paralelo, tem-se que o direito penal deve ser buscado para proteger bens jurídicos como *ultima ratio*, na medida em que o ordenamento jurídico dispõe de outros ramos do direito para tutelá-los, só se mostrando legítimo quando a ofensa for grave e quando essas outras normas de proteção não forem eficazes nem suficientes.

A referência inicial que Jesus Maria Silva Sánchez faz em relação ao conceito de “expansão” expressa um significado que contém uma tendência. Tal tendência indica uma orientação ao ampliar o foco dos fenômenos de interesse do direito penal, isto é, a ampliação do direito penal a setores relacionados com a sociedade de risco, tais quais os delitos econômicos:

*La ‘expansión’ sería la tendencia general maximalista representada por la creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.*¹¹

Esse trabalho propõe-se a explorar esse conceito de expansão do direito penal para colocá-lo enquanto conjuntura que permite o surgimento do *whistleblower*, bem como todo o aparato legislativo que circunda essa figura jurídica e as consequências de suas práticas.

Alinhado a essa perspectiva, apresenta-se o entendimento de Alberto Silva Franco:

Num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não pode ter uma dimensão expansionista: deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido. (...) O Direito Penal Mínimo é, sem nenhuma margem de dúvida, a correta representação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, respeitador do direito à diferença, em suma, de um modelo político-social que tenha o ser humano — e sua dignidade — como centro fulcral da organização estatal.¹²

Nesse contexto, coloca-se em questão a função da teoria do bem jurídico para o direito penal hodierno e a sua efetividade ante a nova realidade social (da sociedade do risco) e as novas demandas que dela emanam. Nesse prisma, embora o amplo reconhecimento de suas debilidades, a teoria da proteção exclusiva do bem jurídico é o instrumento mais

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Editorial B. de F., 2001, p. 17-18.

¹² FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. In: **Justiça e Democracia**. São Paulo: Revista semestral de informação e debates, 1996, p. 168-9.

adequado para delimitar o *ius puniendi* estatal, sendo um dos alicerces fundamentais da dogmática penal à luz do Estado democrático de Direito.

Para fins desse trabalho, diante da inexatidão sobre o conceito de bem jurídico, toma-se a lição de Nilo Batista, quando afirma que o bem jurídico é produto de uma política de crime, de acordo com as balizas constitucionais, na medida em que:

(...) o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muitos especialmente das relações econômicas estruturais.¹³

Percebe-se que uma necessidade da dogmática penal de compreender e sistematizar a recepção desses novos bens jurídicos a fim de desenvolver a (racional) resposta punitiva, sobretudo no que tange à complexidade da criminalidade contemporânea. Nessa linha de pensamento, Winfried Hassemer assim descreve:

A criminalidade moderna transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas, a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes ao subsídio; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supra-individuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos.¹⁴

Cumprir destacar, na linha de pensamento de Jesus Maria Silva Sánchez, que o contexto de desenvolvimento tecnológico desenfreado e o processo de globalização são os pilares que sustentam e caracterizam o novo quadro social pós-industrial.¹⁵ Tal fenômeno encontra guarida na doutrina pátria, visto que se nota uma intensificação do processo de consolidação dessa sociedade pós-industrial, na qual novas exigências se apresentam, visto que se percebe, em uma sociedade complexa e altamente conflituosa, “um número crescente de atividades que atingem, de um lado, os cidadãos particulares, mas, de outro, também a

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 96.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Publicação oficial do IBCCRIM, 1994, p. 45.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Editorial B. de F., 2001, p. 19-20.

coletividade, grupos de pessoas cujas relações apresentam peculiaridades e uma importância incomum”.¹⁶

Quanto à teoria da sociedade do risco e os atuais desdobramentos legislativos em desenvolvimento no que diz respeito ao *whistleblowing*, vale lembrar a lição:

A partir do momento em que os riscos tecnológicos são reconhecidos como riscos derivados de decisões humanas, os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas. Também ingressam na agenda política os temas ligados aos mecanismos de controle e distribuição dos riscos, particularmente, a questão da ineficiência dos mecanismos atuais e da busca de novas alternativas.¹⁷

Nota-se um ponto em comum entre essa tendência da sociedade do risco de levar a busca de novas alternativas e o surgimento da legislação de proteção ao *whistleblower*: a ineficiência dos mecanismos atuais de controle. Ademais, evidencia-se a questão política que permeia essa inovação legislativa: ao fim e ao cabo, todos os agentes atuantes quer no mercado financeiro, quer na administração pública se tornam informantes em potencial do próprio Estado.

Nitidamente, o recorte específico desse trabalho está atrelado ao controle social da pessoa sobre a pessoa, uma vez que a ideia geral de incentivar, proteger e recompensar o agente denunciante funciona com o objetivo de descobrir (ou prevenir) delitos de que talvez jamais chegassem ao conhecimento das autoridades.

Mais especificamente, afirma-se que está vinculado à criminalidade econômica e, portanto, envolve a intervenção estatal na economia, uma vez que existem legislações que premiam aquele informante com um percentual do valor das sanções monetárias impostas a quem cometia o ilícito.

Quanto ao reflexo do princípio da intervenção mínima na elaboração de uma política criminal, sobretudo, quando envolve a criminalidade econômica, ensina Nilo Batista que:

Mais do que como resultado do exame objetivo das relações entre o direito penal e a totalidade do ordenamento jurídico, o caráter sancionador deve constituir uma recomendação político-criminal à qual esteja permanentemente atento o legislador. Especial cuidado deve ter o legislador na intervenção econômica do Estado, evitando a tentação de socorrer-se permanentemente do direito penal.¹⁸

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

¹⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 32.

¹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 87.

Nilo Batista aponta, inclusive, que essa tendência “inflacionária” na legislação penal coloca em questão o princípio da intervenção mínima. Trata-se de uma tendência que, aparentemente se mantém: a redundante esperança de solucionar problemas sociais por intermédio da inflação da legislação penal.¹⁹

Alinhado às ideias de Ulrich Beck, pode-se identificar claramente duas consequências do processo de modernização: (i) a liberação dos riscos da produção industrial, que emergiram como efeitos colaterais indesejados e que assumiram dimensão global; e (ii) o reconhecimento social desses riscos, que passam a ser culturalmente percebidos, construídos, midiáticos e transpostos à agenda político-ambiental global.²⁰

Este fenômeno da expansão do direito penal na sociedade de risco, conforme visto nos ensinamentos de Ulrich Beck e Jesus Maria Silva Sánchez é observada, também, no que esclarece Pierpaolo Cruz Bottini, quando aponta que:

(...) a nova organização social e o paradoxo do risco são responsáveis por alterações significativas no direito penal. A legislação criminal sofre as primeiras influências da insegurança social perante as novas tecnologias e altera seus dispositivos de acordo com o sentido das demandas pela maior ou menor restrição dos riscos. Ao mesmo tempo, surgem na doutrina propostas de reavaliação de institutos dogmáticos para adequar o sistema penal à nova realidade. A crítica jurídica, por sua vez, reage de diferentes maneiras aos novos panoramas apresentados pelo discurso do direito e pelo discurso jurídico, ora refratária a qualquer atuação do *ius puniendi* sobre os novos âmbitos, ora aberta e favorável a uma alteração radical dos institutos dogmáticos, que permitam ao direito penal fazer frente às novas situações de risco.²¹

Em suma, retoma-se essa ideia de que frente às novas situações de risco, surgem novas figuras que visam a atuar no que foi definido como prevenção. Essas construções jurídicas não necessariamente estão atreladas às ciências penais, mas, diante do nosso objeto de estudo, impõe-se esse recorte, visto que, conforme aborda-se no decorrer desse trabalho, são muitas as intersecções do *whistleblowing* com a prática delitiva: quer no seu descobrimento, quer na sua própria responsabilidade ao comunicar fatos inverídicos.

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88-89.

²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 32.

²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

1.1.1 A contribuição de Sutherland para o surgimento das legislações *whistleblowing* na sociedade de risco

A pergunta que permeia toda a construção do presente trabalho é: como se explicam a adesão mundial ao fenômeno das denúncias e o conseqüente fortalecimento de legislações *whistleblowing*? Entretanto, antes de abordar as reflexões que apontam algumas respostas e aproximações, faz-se necessário inserir o tema em questão na seara das ciências penais. Para tanto, optou-se por delimitar alguns contornos conceituais da criminologia sobre essa figura jurídica, bem como sobre o ato de denunciar e sobre onde hipoteticamente ocorreria esse tipo de prática.

Portanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar pensando a prática de *whistleblowing* sob o viés histórico dos pensamentos criminológicos. Mais especificamente, parte-se da teoria das associações diferenciais e do ensinamento de Edwin Sutherland sobre a criminalidade de “colarinho branco” para — com o perdão do *jeux des mots* — refletir sobre o *denunciante do colarinho branco*.²²

Há de se notar a conexão inicial entre a criminalidade do colarinho branco e a tendência atual de mecanismos internos de controle enquanto fator preventivo às práticas delitivas, pois trata-se *a priori* de causa e consequência. Portanto, as categorias do delito de colarinho-branco encontram um reflexo nas denúncias internas dentro das próprias empresas, isto é, a própria justificativa para instauração dos programas de *compliance* nas empresas.

De acordo com Gabriel Anitua, o estadunidense Edwin Sutherland foi o mais importante criminólogo de sua época e, provavelmente, de todo o século XX.²³ Por isso, a um, aborda-se o contexto em que se deu a produção científica desse sociólogo para, em seguida, tratar de sua *magnum opus*.²⁴ Inclusive, foi esse autor quem cunhou o próprio termo, expressão hoje tão difundida que serve para designar um tipo de criminalidade nunca antes investigada cientificamente.

²² Em específico, aborda-se as práticas de denúncia realizadas por *whistleblowers*, desde o caso *Enron*, em 2002, até o escândalo fiscal do *HSBC Private Bank* de Genebra, o qual veio a ser denominado *SwissLeaks*, a partir de 2009.

²³ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 488.

²⁴ O livro “Crimes de colarinho branco” (*White Collar Crime*), foi publicado originalmente em Nova York, em 1949, pela Dryden Press, o livro foi fruto de uma pesquisa de 17 anos. Aponta-se que o termo foi cunhado no discurso de Sutherland quando da sua posse enquanto presidente da Sociedade Sociológica Americana (*American Sociological Society*), eis que o autor teria apresentado ao seus pares uma apresentação sobre *The White Collar Criminal*, a qual seria transformada em um artigo publicado no ano seguinte pela publicação científica *American Sociological Review* com o nome de “Criminalidade de colarinho branco” (*White-collar Criminality*)

Destaca-se que a obra foi publicada, originalmente, ao final da década de 40, mas sofreu com a censura quando de sua edição: substituíram-se os nomes das empresas por números e excluiu-se por completo um capítulo.²⁵ A justificativa da supressão da identidade das empresas estudadas foi a necessidade de se ocultar, em trabalhos científicos, a identidade de delinquentes vivos. A censura apenas foi levantada em 1983, quando a editora da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, decidiu quebrar o sigilo e publicar a versão sem cortes, a qual, frise-se, foi traduzida para o português recentemente.²⁶

Ainda nos anos 80 — década em que se rompe com a censura que protegia o empresariado estadunidense —, havia um forte sentimento de que a criminalidade do colarinho branco restava impune, conforme ensina Antonio García-Pablos de Molina:

*lo que se pretende denunciar con el concepto de delincuente de cuello blanco es algo más grave. Es la particular transcendencia social de los crímenes de los poderosos, en comparación con la criminalidad convencional, y la irritante impunidad de que, sin embargo, suelen disfrutar en nuestro tiempo.*²⁷

Resta pacífico na doutrina a grandeza do legado de Edwin Sutherland para a criminologia, pois esse autor foi o primeiro a encarar o fenômeno criminal econômico enquanto objeto, ao superar a metodologia utilizada à época, a qual partia sempre de pesquisas que tomavam como ponto de partida a pobreza e os problemas sociais decorrentes dela. A pesquisa de Edwin Sutherland focalizou sua base de dados em acordos extrajudiciais, em decisões administrativas, nos processos extintos sem julgamento de mérito, nos comunicados internos das empresas, enfim, toda a sorte de documentação que comprovavam a existência de práticas criminosas, mesmo que não houvesse, oficialmente, sentenças condenatórias definitivas.²⁸ Conforme aponta Carlos Alberto Elbert quando refere que:

(...) [o autor] demonstra indiferença pela via de acesso jurídica ao fenômeno investigado, quase expressando que é supérfluo investigar o crime a partir da pessoa de quem foi definido como criminoso, para saber que o é. O crime, nesse sentido, está em todas as relações da sociedade, e não na letra da lei ou na sua aplicação.

²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 11-12.

²⁶ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 12.

²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Problemas Actuales de la Criminología**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1948, p. 154.

²⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 16.

Sutherland formula com simplicidade elementar um enfoque da realidade que para os positivistas teria sido repulsivo.²⁹

Na mesma linha ensina Gabriel Anitua quando atesta sobre o quão fundamentais foram as investigações de Edwin Sutherland, dado que suas contribuições indicaram, definitivamente, como errôneas as teorias que até então falavam de genes, de testes de inteligência, de complexos psicológicos, de uma forma ou de outra, de uma anormalidade e de uma inferioridade individual do delinquente: “os delinquentes de colarinho branco faziam cair no ridículo todas essas teorias”.³⁰

Edwin Sutherland também denunciava como equivocada a vinculação da delinquência com a pobreza. Em outras palavras, associar pobreza com delinquência restaria injusto para com a população pobre que não delinque, bem como para a população rica que comete ilícitos. Conforme o próprio autor pontua ao final de suas reflexões sobre a criminalidade do colarinho branco:

Este estudo objetivou esclarecer dois pontos: em primeiro lugar, apresentar provas de que pessoas de classes socioeconômicas superiores cometem muitos crimes e que esses crimes devem ser incluídos no âmbito da Teoria Geral do Comportamento Criminoso;³¹ em segundo lugar, à luz desta evidência algumas hipóteses podem explicar todos os comportamentos criminosos, tanto de colarinho branco quanto de outros tipos.³²

De fato, o autor conclui que as suas próprias evidências não justificariam a conclusão de que a classe mais alta é mais ou menos criminosa do que as classes mais baixas. Inclusive, faz-se a referência de que as evidências desenvolvidas na obra não seriam suficientemente precisas para justificar a comparação. Em seguida, ele expõe resumidamente aquela que talvez seja sua maior contribuição: as hipóteses de que os crimes estão relacionados a patologias pessoais e sociais não se aplicam aos crimes de colarinho branco e, desse modo, não seriam fatores essenciais aos crimes em geral. Edwin Sutherland atesta que, em contraste com tais explicações de que os crimes estariam necessariamente relacionados a patologias

²⁹ ELBERT, Carlos Alebrto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.

³⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 495.

³¹ Cumpre destacar a explicação do tradutor da obra de Sutherland: “A tentativa de elaborar uma *Teoria Geral do Comportamento Criminoso*, a princípio, denuncia sua crença em poder alcançar algo comum entre os criminosos. Todavia, sua própria afirmação de que os processos de aprendizado são idênticos para atos criminosos e atos não criminosos indica que ele conseguiu extrapolar a criminologia positivista e encontrar explicações que poderia ser mais bem designadas como ‘Teoria Geral do Comportamento Humano’”. , p. 21.

³² SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 385.

personais ou sociais, as hipóteses de associação diferencial e de desorganização social poderiam ser aplicadas tanto para os crimes de colarinho branco, quanto para os crimes da classe mais baixa.³³

Por esse motivo, a explicação de Edwin Sutherland — de que a criminalidade decorreria de processos sociais mais amplos — teve ainda mais valor, admitido que o autor partiu da reformulação de suas próprias considerações sobre o aprendizado criminoso ao destacar os nove princípios da Teoria da Associação Diferencial, quais sejam: 1) A conduta criminosa se aprende, como qualquer outra atividade; 2) O aprendizado se produz por interação com outras pessoas em um processo de comunicação; 3) A parte mais importante do aprendizado tem lugar dentro dos grupos pessoais íntimos; 4) O aprendizado do comportamento criminoso abrange tanto as técnicas para cometer o crime, que às vezes são muito complicadas e outras, muito simples, quanto a direção específica dos motivos, atitudes, impulsos e racionalizações; 5) A direção específica dos motivos e impulsos se aprende de definições favoráveis ou desfavoráveis a elas; 6) Uma pessoa se torna delinquente por efeito de um excesso de definições favoráveis à violação da lei, que predominam sobre as definições desfavoráveis a essa violação; 7) As associações diferenciais podem variar tanto em frequência como em prioridade, duração e intensidade; 8) O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por meio da associação com pautas criminais e anticriminais compreende os mesmos mecanismos abrangidos por qualquer outra aprendizagem; 9) Se o comportamento criminoso é expressão de necessidades e valores gerais, não se explica por estes, visto que o comportamento não criminoso também é expressão dos mesmo valores e necessidades.³⁴

Com efeito, todas as considerações acima enumeradas poderiam ser aplicadas ao *modus operandi* do criminoso de colarinho branco. Logo, a delinquência econômica também consistiria em um comportamento aprendido. Conforme ensina Gabriel Anitua, na esteira do ensinamento de Edwin Sutherland, que “esses delitos [de colarinho branco] integram a forma socialmente admitida de fazer negócios entre determinados grupos. Isso acontece entre os próprios homens de negócios, que transmitem, de geração em geração, um código valorativo distinto do legal, e com excesso de valorações favoráveis a infringir a lei”.³⁵

³³ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 386.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 13-14.

³⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 495.

Nota-se que Edwin Sutherland ensina que o conceito da criminalidade do denominado “colarinho branco” não está necessariamente atrelado a crimes econômicos. A definição apresentada pelo autor para esse tipo de criminalidade específica reside em dois elementos cumulativos: a condição pessoal do agente (alguém que goze de respeitabilidade e *status* social) e o caráter do ato criminoso (praticado no seio de sua atividade profissional).³⁶

Lola Aniyar de Castro definiu o controle social enquanto “conjunto de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, isto é, para a busca de legitimação ou garantia de consenso”.³⁷ Partindo-se dessa definição para uma aproximação com o direito penal econômico, faz-se necessário pontuar a atual tendência de prevenção às práticas criminosas.

Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz discorrem sobre *criminal compliance* tecendo uma consideração sobre a tendência do direito penal econômico de colocar em posição de destaque preceitos éticos e de cumprimento prévio por parte de instituições financeiras e de empresas. Destaca-se sua definição acerca do instituto:

Trata-se da chamada obediência a estamentos próprios, mormente autorregulatórios, tida, aqui, pela nomenclatura anglo-saxã *compliance*. Partindo-se de premissas éticas comportamentais prévias, novas lógicas de mercado parecem ter sido impostas ao Direito Penal, em um viés de *criminal compliance*.³⁸

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *criminal compliance* é a prevenção. Dessa maneira, os institutos de *whistleblowing* e de *criminal compliance* teriam um ponto em comum, pois ambos podem ser considerados mecanismos preventivos. Muito embora, como se destaca a seguir, a denúncia realizada por um *whistleblower* pode ocorrer em meio ao *iter criminis*, isto é, as condutas comissivas ou omissivas já violaram ou estão violando algum bem jurídico digno de tutela penal, tendo sido esgotada a incidência preventiva.

Nesse sentido, o controle exercido recairia sobre o potencial ilícito cometido por outrem e os mecanismos internos de denúncia – canais de acesso à prática de *whistleblowing*

³⁶ Apesar de não ter explicado isso no livro, resta bastante provável que o autor tenha cunhado a expressão “colarinho branco” em decorrência das cores do colarinho das duas classes envolvidas: historicamente, os operários e trabalhadores braçais vestiam o colarinho azul (*blue collar worker*) e o colarinho branco era reservado aos trabalhadores intelectuais e/ou a classe social mais privilegiada.

³⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.153.

³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

— funcionariam como única maneira de descoberta e de prevenção de diversos delitos. Até porque, conforme ensina a doutrina, como reflexo disso, ocorre o desenvolvimento de uma capacidade de resistência, já que os potenciais *white-collars* partilham entre si as estratégias para defraudar os aplicadores da lei.³⁹

De acordo com Cláudia Maria Cruz Santos, essa “cultura organizada de resistência” dos *white-collars* em potencial conduz aquilo que a autora definiu como uma “política das portas fechadas”, principalmente por parte das empresas e organizações, que atuariam com a estratégia de dificultar as fiscalizações e as ações destinadas a fomentar o respeito pelas normas.⁴⁰

Apointa-se, então, para uma tendência de controle interno das empresas e, também, da administração pública (muito embora as reflexões desse estudo recaiam com maior peso sobre o setor privado). A partir da lição de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, destaca-se a construção dessa tendência autorregulatória por meio da adoção de mecanismos que previnam a criminalidade empresarial:

A construção caminha em paralelo com a própria noção de autorregulação, dirigente que é do espírito formacional dos *compliance programs*. Como se imagina a possibilidade de uma autorregulação regulada, há de se fomentar, também, a possibilidade de *internal investigations* que venham, justamente, colaborar com a formatação do novo sistemas. Os trabalhos relativos à criminalidade empresarial, desde anos, mencionam os mecanismos de controle interno e externo como um fator preventivo respeitável.⁴¹

Ademais, há ainda um ponto dissonante entre os institutos do *compliance* e da prática de *whistleblowing*. O *criminal compliance* dialoga muito mais com a lógica da pessoa jurídica, enquanto que o agente denunciante — para ser considerado *whistleblower* — pressupõe sempre ser uma pessoa física. Inclusive, o grande debate doutrinário para os estudiosos de *compliance* resta na questão da limitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas — ainda que não seja apenas isso.

³⁹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco** (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 291.

⁴⁰ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco** (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 291.

⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

O *criminal compliance* incide necessariamente *ex ante*, ou seja, são controles internos e medidas preventivas que determinada empresa adota a fim de evitar práticas delitivas em seu seio. Este é seu caráter fundante e determinante para que não se confunda com *whistleblowing*.

Ocorre que, como referido, o agente denunciante quando da prática de *whistleblowing*, dependendo do momento em que leva às autoridades seu conhecimento de práticas delitivas, pode atuar tanto *ex ante* quanto *ex post*. Sabe-se que as práticas de *criminal compliance* servem única e exclusivamente enquanto controle preventivo, não tendo propriedade para atuar no descobrimento de fatos delituosos.

Na tentativa de aproximar o legado de Edwin Sutherland com o prática de *whistleblowing* e a sua intersecção com as ciências penais, destaca-se duas conclusões do autor estadunidense sobre os tipos de homens de negócios e os tipos de condutas praticadas pelas empresas.

Esse autor aponta, a um, que as empresas praticavam determinados crimes e se abstinham de outras práticas criminosas a variar com o ramo em que atuavam, mesmo quando seus gestores eram exatamente os mesmos; e, a dois, que os executivos com personalidades distintas acabavam praticando os mesmos crimes quando estavam inseridos em um mesmo ramo empresarial.⁴²

Desse modo, auferiu que as variações entre os crimes praticados estavam relacionadas, sobretudo, com a posição que determinada empresa ocupava na estrutura econômica, e não necessariamente com os tipos de pessoas que detinham o poder decisório e, portanto, tomavam a dianteira dos negócios.⁴³ Tal constatação em muito dialoga com as noções de *criminal compliance* e de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Nota-se uma evidente mudança de paradigma: tendência de controle interno das empresas. Tal fenômeno resta evidenciado na quantidade de programas de *compliance* que passaram a fazer parte da coluna vertebral de todas as empresas e organizações.

⁴² SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 17.

⁴³ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 17 e ss.

1.1.2 A definição do campo: dos crimes econômicos a serem revelados por agentes denunciante

Pode-se definir que o direito penal econômico está para defender a política econômica do Estado, ou seja, os delitos econômicos atuam em amplíssimo campo, na medida em que se aumentam e justificam a ingerência do direito penal na esfera econômica.⁴⁴ Nessa esteira, ensina Renato de Mello Jorge Silveira:

O homem, ser social por natureza, acaba se relacionando e interagindo economicamente. Partindo da concepção sociológica de Luhmann, em especial quanto à formação e estruturação das expectativas, tem-se por justificada, em termos, a ingerência do Direito Penal na esfera econômica. Considerando-se o que ele entende por modificações nas expectativas sociais, as quais afetam a compreensão do próprio Direito positivo, acaba-se percebendo que o aumento dos riscos sociais (que, como se verá, interagem junto à chamada sociedade de risco) implica em uma institucionalização da arbitrariedade das mudanças sociais. Considerando-se que a expectativa social deve dirigir essa variação, não raro, pode ser percebida uma ideia de controle gerenciando a atuação penal.⁴⁵

Para além da forma complexa de cometimento desses delitos econômicos, a sua grave incidência socioeconômica, bem como a sujeição ativa característica desses desvios, fazem com que esses se relacionem — no ordenamento pátrio — às infrações penais vinculadas ao direito penal econômico.⁴⁶

A seguir, delimita o conceito de direito penal econômico: “na base de nosso raciocínio reside a consideração da *ordem econômico-tributária* como bem jurídico esse que, dada a sua relevância social, vê-se dotado de estruturação constitucional, donde se veem conformados os fundamentos a ela (ordem econômico-tributária) inerentes, bem assim a finalidade dela requerida”.⁴⁷

Para o presente estudo, portanto, vale-se dessa conceituação de direito penal econômico, a qual abarca, essencialmente, os cognominados crimes econômicos, quais sejam: os crimes contra a ordem econômica, contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro

⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,, p. 30 e ss.

⁴⁶ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 118.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002., p. 119.

nacional, bem como as demais infrações penais não raramente correlatas, tal o exemplo do crime de lavagem de dinheiro.⁴⁸

Aponta-se, para enfrentamento do tema, para a delimitação conceitual de Leandro Sarcedo, quem realiza uma leitura constitucional do bem jurídico supraindividual e do direito penal econômico. Para tal autor, o direito penal econômico e o seu respectivo conceito de bem jurídico devem atender — dentro das balizas limitadoras do Estado democrático de Direito — aos objetivos constitucionais previstos no artigo 3º da Constituição: desenvolvimento nacional; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais.⁴⁹

Ademais, Leandro Sarcedo considera que a busca dos objetivos fundamentais da república — referidos no artigo supracitado do texto constitucional — consiste no principal critério valorativo a ser observado na seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal econômico.⁵⁰

A intervenção no campo penal-econômico justifica-se, de acordo com a doutrina, pela necessidade de controle social, na medida em que o potencial de risco envolvido nesse tipo de criminalidade é incomparavelmente maior do que o envolvido na criminalidade tradicional.⁵¹

Em suma, a ideia de risco apresenta-se de diversas maneiras no presente trabalho, para além da conceituação de Ulrich Beck e das intersecções já desenvolvidas na doutrina, acima referidas. Trata-se do risco de denunciar e, também, do risco de ser denunciado por alguém.

⁴⁸ A fim de evitar repetições, esse autor destaca que, nessa perspectiva de análise, pode-se aglutinar a essa esfera de delitos que são objeto do direito penal econômico as manifestações vultosas de corrupção, o tráfico de influência, o peculato, enfim, toda sorte de repercussões penais da improbidade administrativa de agentes públicos investidos de autoridade.

⁴⁹ SARCEDO, Leandro. **Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 143 e ss.

⁵⁰ SARCEDO, Leandro. **Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 143 e ss.

⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

1.2 CONTROLES, PODER DISCIPLINAR E RECOMPENSAS: UMA ANÁLISE NO PLURAL

A história é objeto de uma construção cujo lugar não é o tempo homogêneo e vazio, mas um tempo saturado de 'agoras'.

Walter Benjamin

A presente análise propõe-se a uma intersecção entre a prática de *whistleblowing* e a criminologia no que tange ao controle social, ao poder disciplinar e às formatações sociais na cognominada “era dos vazamentos”.⁵² Para tanto, perpassa alguns conceitos do livro “Vigiar e Punir”, de Michel Foucault, acerca do controle. Até aí, nada de novo no *front*, inclusive, pode-se dizer que, desde a sua publicação em 1975, não apenas a criminologia, mas as ciências humanas, em geral, voltaram as suas bases de reflexão para essa obra — não por acaso.

Propõe-se aqui um exercício um pouco mais ousado: *grosso modo*, trabalhar conceitos foucaultianos — sobretudo no que tange ao poder disciplinar, à vigilância e à sanção normalizadora — para refletir acerca da questão do controle da pessoa sobre a pessoa, isto é, indivíduos vigiando outros indivíduos com objetivo de realizar uma denúncia sobre práticas alheias e, em decorrência disso, obter alguma recompensa ou satisfação.

Para cumprir com o que o estudo se propõe, impõe-se um recorte específico que vem como resposta ao questionamento de que tipo de controle social se pretende abordar. O controle da pessoa sobre a pessoa para fins da presente reflexão, isto é, um controle interno, uma denúncia, uma delação. Nesse sentido, parte-se de uma figura específica de um agente denunciante, a que os norte-americanos atribuíram o nome de *whistleblower*.

Cumpre realizar uma breve digressão para contextualizar o conceito acima mencionado. Historicamente, utiliza-se a expressão *whistleblower* para fazer referência àqueles que denunciam práticas ilícitas, tal definição encontra seu paralelo com os antigos policiais ingleses, os quais faziam soar seus apitos para alertar a todos da presença de um possível infrator.⁵³

Esta opção terminológica explica-se pelo fato de que, frequentemente, as traduções trazem expressões marcadamente pejorativas e, dessa maneira, justificam o emprego da

⁵² Ponto a ser abordado adiante.

⁵³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

expressão *whistleblower* para os trabalhos publicados em línguas que não a inglesa.⁵⁴ Conforme aborda-se com maior detalhamento no decorrer do trabalho.

Da mesma sorte, Ramon Ragués i Vallès destaca o exemplo alemão:

*Incluso en países como Alemania, donde la figura del denunciante era vista con grandes recelos motivados por su papel en el régimen nacionalsocialista primero y en la República Democrática después, la percepción social de la conducta de estos sujetos parece haber cambiado en los últimos años. La razón parece estar en su decisiva contribución al descubrimiento de importantes fraudes en el país.*⁵⁵

Dito isso, faz-se necessária a definição conceitual do *whistleblower* que o destaca para além de um mero denunciante. Em contextos jurídicos, a definição do agente *whistleblower* é aquele membro ou antigo membro de uma determinada organização pública ou privada que denuncia às autoridades competentes condutas ilícitas que estavam ocorrendo (ou que iriam ocorrer) no seio de tal organização justamente por deter tais informações. Nessa esteira, parte-se para a proposta anunciada: essa figura jurídica é ou não é um meio de controle social? E, em caso positivo, teria alguma proximidade conceitual com o exposto por Michel Foucault por meio dos apontados conceitos de vigiar e punir?

1.2.1 Controles, denúncias e recompensas

Seria possível, a título de ilustração, propor a seguinte troca: em vez de pensar em controle, denúncias e recompensas, imagina-se, respectivamente, disciplina, vigia e sanção (positiva). Ora, essa provocação serve de ponto de partida, mesmo que talvez ainda não se vislumbre o paralelo existente. Por isso, cabe mencionar alguns elementos que estruturam essa aproximação de campos e de conceitos.

Sabendo-se do conceito do *whistleblower*, pode-se partir para a prática: em diversos países, há uma legislação específica para proteger esse sujeito denunciante e para recompensar sua ação, caso as informações prestadas por ele venham a apontar fraudes ou comportamentos ilícitos ou desviantes.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. artigo publicado pelo jornalista Michael KNIGGE para a *Deutsche Welle* (<http://www.dw.de/europeu-us-take-different-approaches-to-whistle-blowing/a-5965148>).

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 33.

⁵⁶ A título de exemplo, Estados Unidos, Reino Unido, Japão, África do Sul, Canadá e Austrália são países que dispõem de legislação avançada a respeito da figura do *whistleblower* a fim de protegê-lo e de incentivar sua prática: *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012* - WPEA (Estados Unidos); o *Public Interest Disclosure Act* – PIDA (Reino Unido, 1998); o *Whistleblower Protection Act* (Japão, 2004); o *Protected*

Evidentemente, imerso na cultura pragmática da sociedade estadunidense, logo se previu uma farta recompensa financeira para o denunciante que prestar informações que gerem um processo em benefício do Estado.⁵⁷ Além disso, a prática de *whistleblowing* se tornou objeto legislativo de diversos países seguindo o modelo norte-americano: o denunciante é digno de tutela e deve ser recompensado por sua ação, caso reste comprovado um benefício para o Estado, desde a prevenção de futuros delitos até a descoberta de fraudes ou crimes diversos.

Portanto, a proposta aqui é direcionar o olhar na base filosófica que está por detrás dessa estrutura, (re)pensar a questão do agente denunciante sob um viés criminológico, lançando as seguintes questões: até que ponto a conduta correta é a de realizar uma denúncia e até que medida uma sociedade livre tolera essa prática, tendo em vista que o conceito de delação remete *a priori* a regimes (ou práticas) autoritários?

O interessante dessa análise resta em pensar que poucas figuras são objeto de avaliações sociais tão ambivalentes como a do denunciante. Nessa linha, assevera Ramon Ragués i Vallès:

*Desde ciertas perspectivas el sujeto que pone en conocimiento de las autoridades las prácticas ilícitas que se cometen en su entorno suele ser visto como un auténtico traidor, especialmente en aquellos casos en los que dicho sujeto no ha sufrido ningún perjuicio propio a resultas de la actividad denunciada y actúa movido exclusivamente por la voluntad de promover el respeto a la legalidad o, peor aún, por un cierto ánimo de venganza o de obtener algún tipo de beneficio. Desde otro punto de vista, sin embargo, dichos sujetos pueden presentarse como un ejemplo de heroísmo y valentía, especialmente en aquellos casos en los que ponen en riesgo sus intereses personales — sus expectativas económicas y profesionales o, incluso, su seguridad personal — para salvar a su propia empresa, a terceras personas o a la sociedad en su conjunto de posibles daños ocasionados por la actuación ilícita de otros individuos o impedir la impunidad de éstos.*⁵⁸

De certa maneira, nesta análise parte-se do constante conflito entre os polos opostos: segurança vs. liberdade, o qual é regido por um permanente desequilíbrio. Como afirma Carlos Alberto Elbert:

Disclosures Act – PDA (África do Sul, 2000); o *Public Servants Disclosure Protection Act* – PSDPA (Canadá, 2005); o *Public Service Code of Conduct* (Austrália, 2009).

⁵⁷ Por exemplo, a Lei Dodd-Frank (2010) prevê, a título de recompensa ao *whistleblower*, de 10% a 30% do valor da multa aplicada em caso das informações prestadas pela denúncia sirvam para contribuir ou solucionar um processo. Conforme aborda-se minuciosamente na parte final da presente dissertação.

⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013 p. 23.

Esse fator coloca o tema como prioritário nas discussões dos candidatos a ocupar cargos públicos, em especial durante campanhas eleitorais. Em muitas pesquisas de opinião, altas porcentagens de cidadãos de classe média privilegiam a segurança em relação à liberdade ou à democracia.⁵⁹

É dizer, corre-se o risco de reincidir em erros passados quando, inseridos num sistema jurídico que declara estar baseado no respeito aos direitos e às liberdades humanas, vivenciou-se, gradualmente, o enclausuramento dessa sociedade.

Em uma dimensão jurídico-penal, os apelos à segurança de um lado e, de outro, a flexibilização dos direitos fundamentais conquistados, restam materializados de modo bastante emblemático: uma constante tensão entre a busca pela eficácia punitiva e a concretização das garantias constitucionalmente alcançadas com o advento do Estado democrático de Direito. Nessa mesma alinha, assevera Gabriel Ignacio Anitua:

A sociedade segmenta-se e diferencia-se. Os indivíduos, em crise quanto à própria identidade, não vacilam em desconfiar dos outros, por conta da insegurança ontológica e por conta também da insegurança material. A combinação de um aumento objetivo de delitos com um incremento no debate sobre as regras em si mesmas tem por resultado não somente uma mudança qualitativa na sociedade, mas também uma mudança no sistema de controle.⁶⁰

Então, em outras palavras, optar por incentivar de maneira crescente as denúncias levadas a cabo por sujeitos tutelados e recompensados não aumentaria, por conseguinte, o controle da pessoa sobre a pessoa, aproximando-se do que já foi definido como vigilância, como controle social, como prelúdio de uma sociedade autoritária? Incurrendo naquilo que definiu com maestria a professora Vera Malaguti Batista quando apontou que “perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo”?⁶¹

Ou, contrariamente, trata-se de um instrumento perfeitamente legítimo para lograr adequadamente que se respeitem a legalidade e as normas jurídicas ao mesmo tempo em que mantém um elevado nível de proteção dos citados direitos, das liberdades humanas e da convivência em sociedade?

Colocados alguns questionamentos, resta destacar a pergunta-guia que permeia todo o desenvolvimento inicial do trabalho a fim de aproximar esses campos: qual seria a valia de trazer conceitos desenvolvidos nos anos 1970, cuja análise se debruça especialmente sobre instituições totais e sobre o controle social através da pena carcerária?

⁵⁹ ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 224

⁶⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 834.

⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101.

Há apenas abismos entre os conceitos que fundam o poder disciplinar e os conceitos que justificam, em uma sociedade de consumo, a possibilidade de todos indivíduos se tornarem informantes em potencial?

1.2.2 A sustentação dos instrumentos: olhar hierárquico, sanção normalizadora e exame.

Destaca-se, então, no capítulo “Recursos para o Bom Adestramento”, da obra supra citada, que Michel Foucault visa à exposição dos instrumentos necessários à instituição do poder disciplinar. Poder este, capaz de adestrar os indivíduos em função do funcionamento de um sistema encadeado por obrigações e responsabilidades. O poder disciplinar, como afirma o autor, “não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo”⁶². O pensamento foucaultiano define, a partir disso, a importância fundamental de três instrumentos para o sucesso do poder disciplinar: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e a combinação de ambas em um mesmo procedimento, o exame. Aborda-se, a seguir, essas três formas.

O princípio da vigilância hierarquizada pressupõe um modelo de observação desenvolvido a partir de uma hierarquia endógena de vigilância e observação no qual o controle e a sustentação do sistema opressor ocorrem de maneira autogerenciada, através do próprio sistema, de maneira independente e sem interferência externa. Como referência à aplicabilidade da vigilância hierarquizada, Michel Foucault cita o exemplo do acampamento militar remetendo-se à sua organização espacial, composta de maneira a satisfazer a metodologia do processo de observação como um todo: “O velho e tradicional plano quadrado foi consideravelmente afinado de acordo com inúmeros esquemas. Define-se exatamente a geometria das aleias, o número e distribuição das tendas, a orientação de suas entradas, a disposição das filas e das colunas”⁶³. O perfil organizacional de geometria espacial exata abre margem para o desenho de uma rede de observação precisa, onde os indivíduos vigiam-se uns aos outros, sendo cada deles, simultaneamente, vigia e vigiado. O autor afirma ainda: “No acampamento perfeito, todo o poder seria exercido somente pelo jogo de uma vigilância exata; e cada olhar seria uma peça no funcionamento global do poder”⁶⁴.

⁶² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 143.

⁶³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 142.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 144.

Sendo assim, tal como na organização de um quebra-cabeça cada peça possui um valor intrínseco, na organização de um sistema de vigilância estrito cada unidade de observação possui um papel fundamental ao exercício integral do poder.

Visto isso, como no modelo do acampamento militar supracitado, passa a manifestar-se nas formas arquitetônicas das instituições sociais em geral o encaixamento espacial das vigilâncias hierarquizadas, denominado pelos foucaultianos de “encastamento”. De acordo com o autor: “Toda uma problemática se desenvolve então: a de uma arquitetura que não é mais feita simplesmente para ser vista (fausto dos palácios), ou para vigiar o espaço exterior (geometria das fortalezas), mas para permitir um controle interior articulado e detalhado – para tornar visíveis os que nela se encontram”.⁶⁵

Em sua materialidade, o hospital torna-se um instrumento para a ação médica organizada; a escola torna-se uma máquina de ensino especificamente aprimorada. Assim como os demais exemplos de dispositivos, hospitais e escolas organizam-se de maneira específica ao seu fim, tratar pacientes e ensinar, respectivamente; a observação contínua, entretanto, é determinante para o funcionamento dos sistemas administrativos baseados na instituição do poder disciplinar, sendo, em um arranjo estabelecido a partir das relações hierárquicas de vigilância, necessária à manutenção de um olhar único como ponto de vigilância total, “o aparelho disciplinar perfeito capacitaria um único olhar tudo ver permanentemente”,⁶⁶ estabelece-se em função disso, como ponto de referência à vigília de uma maneira geral, um olhar específico, determinante e autônomo.

No que tange à sanção normalizadora, parte-se à obra: “encontramos todos os alunos em formação, alinhamento, imobilidade e silêncio perfeitos (...)”.⁶⁷ Michel Foucault aponta que na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal, isto é, as disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”, qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p.145.

⁶⁶ Michel Foucault toma como exemplo para este caso o projeto de Claude Nicolas Ledoux do centro administrativo das salinas reais de Arc-et-Senans, onde a estrutura arquitetônica estabelece-se em função de um ponto central de coordenação e comando ocupado por um edifício de características diferenciadas denominado “Maison du directeur”, o centro de uma estrutura radial de observação e vigilância: “No centro dos edifícios dispostos em círculo e que se abriam todos para o interior, uma alta construção devia acumular as funções administrativas de direção, policiais de vigilância, econômicas de controle e verificação, religiosas de encorajamento à obediência e ao trabalho; de lá viriam todas as ordens, lá seriam registradas todas as atividades, percebidas e julgadas todas as faltas; e isso imediatamente, sem quase nenhum suporte, a não ser uma geometria exata.”

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 148.

Dessa maneira, destaca que é “expressamente proibido divertir os companheiros com gestos ou de outra maneira, eles deverão se comportar honesta e decentemente”.⁶⁸ Esse autor, então, coloca que seja na Oficina, Escola, Exército, a disciplina funciona como uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, dos discursos, do corpo, da sexualidade. A título de punição, toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e a pequenas humilhações é posta em prática. Cuida-se, segundo o autor, ao mesmo tempo, de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes ao aparelho disciplinar, ou seja, levando ao extremo: que tudo possa servir para punir a mínima coisa, que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora.

O que a disciplina traz de diferente, de específico na maneira de punir, e que é apenas um modelo reduzido do tribunal, é a inobservância: tudo o que está inadequado à regra, tudo o que se afasta dela, os desvios.

É passível de pena o campo indefinido do não-conforme. A ordem, segundo Michel Foucault, que os castigos disciplinares devem fazer respeitar é de natureza mista: é uma ordem “artificial”, colocada de maneira explícita por uma lei, um programa, um regulamento. Mas é também uma ordem, definida por processos naturais e observáveis: a duração de um aprendizado, o tempo de um exercício, o nível de aptidão têm por referência uma regularidade, que é também uma regra.

O castigo disciplinar tem a função de reduzir os desvios. Logo, coloca Michel Foucault que sua essência deve ser corretiva. Ao lado das punições copiadas ao modelo judiciário (multas, açoites, masmorra), os sistemas disciplinares privilegiam as punições que são da ordem do exercício: aprendizado intensificado, multiplicado, muitas vezes repetido. O efeito corretivo que se espera passa pela expiação e pelo arrependimento; é diretamente obtido pela mecânica de um castigo: castigar é exercitar. A punição, na disciplina, não passa de um elemento de um sistema duplo: gratificação-sanção. Esse sistema é que permite e torna operante o processo de treinamento e de correção. Esse mecanismo trabalha, primeiramente, com a qualificação dos comportamentos e dos desempenhos a partir de dois valores opostos do bem e do mal, tem-se uma distribuição entre o polo positivo e o polo negativo; todo comportamento cai no campo das boas e das más notas, dos bons e dos maus pontos.

Assim, por intermédio desse sistema de (des)medidas, dessa microeconomia de uma penalidade perpétua, opera-se a diferenciação que não é a dos atos, mas dos próprios

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 149.

indivíduos, de sua natureza, de suas virtualidades, de seu nível ou valor. A disciplina avalia, ao sancionar os atos com exatidão, os indivíduos “com verdade”; a penalidade que ela põe em execução se integra no ciclo de conhecimento dos indivíduos.

A divisão segundo as classificações ou os graus tem um duplo papel: marcar os desvios, hierarquizar as qualidades, as competências e as aptidões; mas também castigar (enquanto exercício) e recompensar. O autor mostra que, na Escola há um duplo efeito consequente dessa penalidade hierarquizante: distribuir os alunos segundo suas aptidões e seu comportamento. Mas a ideia é de que submetendo os alunos ao mesmo modelo, todos serão — obrigados todos juntos — à subordinação, à docilidade, à atenção nos estudos e exercícios e à exata prática dos deveres e de todas as partes da disciplina. *Para que todos se pareçam*.⁶⁹

Em suma, o pensamento foucaultiano coloca que a dita arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão, mas coloca em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos; os desempenhos; os comportamentos singulares a um conjunto; diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto; medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos.

Em certo sentido, o poder de regulamentação obriga à homogeneidade, mas individualiza, permitindo medir os desvios, determinar os níveis, fixar as especialidades e tornar úteis as diferenças, ajustando-as umas às outras. Finalizando, o funcionamento jurídico-antropológico que toda a história da penalidade moderna revela não se origina na superposição à justiça criminal, mas tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora.

Determinadas a vigilância hierárquica e a sanção normalizadora, Michel Foucault define o exame: “Uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir”.⁷⁰ Explanando a respeito do funcionamento e da aplicação do exame como ferramenta de avaliação, o autor recorre ao exemplo da formação do sistema hospitalar como “aparelho de examinar”,⁷¹ onde as visitas dos médicos aos enfermos tiveram um aumento significativo ao longo da história: “A inspeção de antigamente, descontínua e rápida, se transforma em uma observação regular que coloca o doente em situação de exame quase perpétuo”.⁷²

⁶⁹ Para que todos se pareçam: aos olhos do Estado, todos os cidadãos podem se tornar denunciante em potencial.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 165.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 165.

⁷² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 165.

Nesta mesma linha de raciocínio destaca-se o ambiente escolar como exemplo à aplicação do exame: “a escola torna-se uma espécie de aparelho de exame ininterrupto que acompanha em todo o seu comprimento a operação do ensino”.⁷³ Ratifica-se assim a importância do exame e do mestre como aplicador do exame, aquele que deve utilizar deste para transmitir o seu saber e para adquirir conhecimento sobre seus alunos.

Além de definir o exame como uma "troca de saberes", o pensamento foucaultiano também atribui ao exame papel no exercício do poder, afirmando que “o exame supõe um mecanismo que liga um certo tipo de formação de saber a uma certa forma de exercício de poder”.⁷⁴ O exame trata-se, desse modo, da “técnica pela qual o poder, em vez de emitir os sinais de seu poderio, em vez de impor sua marca a seus súditos, capta-os num mecanismo de objetivação”,⁷⁵ ou seja, no poder disciplinar, os súditos estão sempre expostos, sempre a vista, para que seja visto o poder que se exerce sobre eles, sendo este afirmado através do exame, garantindo a sua “objetivação”.

Michel Foucault explica que os procedimentos do exame são acompanhados de registro intenso, gerando acumulação documentária. Por meio desses registros seria feita a “formação de uma série de códigos da individualidade disciplinar que permitem transcrever os traços individuais estabelecidos pelo exame”,⁷⁶ sendo estes o Código Físico da Qualificação, o Código Médico dos Sintomas, o Código Escolar ou Militar dos Comportamentos e Desempenhos. Baseando-se na correlação entre estes códigos estabelecem-se as demais inovações da escrita disciplinar. Por intermédio destes registros, ou, como se refere Michel Foucault, deste “aparelho de escrita”, o exame abre duas possibilidades que são correlatas, “a constituição do indivíduo como objeto descritível”⁷⁷ e “a constituição de um sistema comparativo que permite a medida de fenômenos globais, a descrição de grupos, a caracterização de fatos coletivos, a estimativa dos desvios dos indivíduos entre si, sua distribuição numa população”.⁷⁸ O exame estabeleceria, portanto, cada indivíduo em um caso específico e, sendo assim, o caso não trata mais do conjunto, mas refere-se ao indivíduo.

Finalizada a apreciação dos conceitos que estruturam o poder disciplinar (olhar hierárquico, sanção normalizadora e exame), pode-se retornar ao questionamento fundamente da primeira parte do trabalho e nos questionar se não haveria uma correspondência entre a

⁷³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 166.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 166.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 166.

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 168.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 169.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes, 1997, p. 169.

tese foucaultiana de que “cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora” com a possibilidade de criar uma sociedade de denunciante. Uma sociedade que, sob um véu de maior segurança, irá – por meio de legislação específica - permitir, proteger e incentivar uma universalidade similar à descrita pelo pensador francês (com a ressalva de não se encontrar inserido dentro de uma instituição), via a proliferação de canais de denúncia, de oferecimento de vantagens diversas para quem prestar informações acerca de condutas alheias e, por óbvio, das responsabilizações envolvidas em todo o espectro dessa configuração de denúncia, processo e recompensa.

Pretendeu-se, nessa parte inicial da dissertação, problematizar a atualidade dos conceitos desenvolvidos por Michel Foucault, sobretudo no capítulo em que aborda o poder disciplinar, levando-os à comparação com os valores presentes em uma sociedade que incentiva a delação e protege o denunciante. Assim, pode-se pensar que muito do que fundamenta o conceito de olhar hierárquico, por exemplo, também está presente no olhar de um possível sujeito denunciante.

Paralelamente, imersos na mesma reflexão, afirma-se que muito do que fundamenta a estrutura do poder disciplinar encontra, por analogia, guarida numa sociedade que, visando a recompensar e incentivar denunciante, transmite a mensagem de constante vigia, de prováveis traições, de delações de má-fé e de sanções positivas (recompensas) àqueles que denunciam.

Se, como coloca Michel Foucault, o poder disciplinar “fabrica” indivíduos, pois se configura uma técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício, as legislações *whistleblowing* não estariam fadadas ao mesmo destino, visto que qualquer cidadão pode se tornar um informante do Estado?

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

Enfim, pairam diversas dúvidas e destacam-se poucas respostas às reflexões propostas. Um apontamento, no entanto, se faria necessário trazer, a fim de manter uma postura crítica frente a inovações conceituais no campo do controle da pessoa sobre a pessoa a partir de novos mecanismos. A afirmação de Salo de Carvalho quando discorre sobre o mal-estar nas

ciências criminais: “não por outro motivo o direito penal, envolto na circularidade do conceito de bem jurídico, ainda brada sua capacidade técnica de tutelar os maiores valores da humanidade; o processo penal, perdido na confusão entre os conceitos de verdade e realidade e verdade e substância, concebe a possibilidade de buscar a “verdade real”; e a criminologia, absorta nas entranhas dos aparelhos de segurança pública, visualiza e crê em sua aptidão de erradicação da criminalidade”.⁷⁹

Pensando na possibilidade de uma política criminal que aposte — tal qual diversos países do mundo — em uma legislação de *whistleblowing* cuja promessa vai do descobrimento de ilícitos até a prevenção dos mesmos, cumpre refletir que existe o outro lado da moeda em uma sociedade que promete recompensar, proteger e incentivar denúncias e denunciantes. Tal lado, a meu ver, muito se aproxima da fala abordada acima, pois está vinculado a essa crença de que novos instrumentos são aptos para erradicar (ou ao menos tentar repreender) a criminalidade.

1.3 O SENTIDO DA DENÚNCIA NA ERA DOS VAZAMENTOS: SERIA A TRANSPARÊNCIA UMA TENDÊNCIA DO SÉCULO XXI?

Norberto Bobbio apontou uma característica sobre a formação do Estado moderno que dialoga com o presente trabalho na medida em que a premiação ao informante consiste em incentivo do Estado para que o indivíduo aja em nome dele. O autor discursa sobre o significado histórico da inversão ocorrida na relação entre Estado e cidadãos:

passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo de um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.⁸⁰

Desse modo, pensa-se sobre a figura do *whistleblower* como alguém que flexibiliza um direito do cidadão, haja vista que o seu agir é em prol do Estado visando a receber uma recompensa do mesmo, atuando *grosso modo* como um legítimo informante. Alinhado com essa possibilidade de tornar a todos os cidadãos em informantes em potencial, pode-se refletir

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 3.

sobre o vazamento de informações sigilosas sob o prisma do Estado, isto é, a partir da perspectiva de quem sofreu com o vazamento: como chegar a um equilíbrio entre transparência e sigilo?

Ocorre que, nos casos trabalhados nesse estudo, invariavelmente, o sigilo é usado para mascarar eventos que são condenáveis aos olhos do público e que deveriam ser, por uma questão ética, publicados e investigados. Talvez o ideal seja que se assumam, mediante critérios claros e bem fundamentados, de modo transparente, a sua própria não transparência.

Por óbvio, os governos jamais poderão abrir mão de segredos de Estado, tampouco faz sentido exigir que um governo, uma empresa ou uma organização sejam absolutamente transparentes. Conforme exposto nas linhas que seguem, o fato é que estamos inseridos em um contexto de vazamentos de informações sigilosas no mundo digital⁸¹, o que, a sua vez, acarreta algumas consequenciais ainda não tão nítidas, mas que apontam para governos mais transparentes, protegendo apenas o que seria justificável proteger.⁸²

Nesse sentido, no início dos anos 2000, Nilo Batista, trabalhando a dinâmica de expansão do poder punitivo, apontou duas tendências do direito penal que nos convêm para o recorte específico dessa análise, quais sejam: o vigilantismo (“corta-se na carne da privacidade, altera-se o estatuto ético da delação e espiona-se com câmeras e com prêmios”) e os novos papéis da mídia.⁸³ Merece destaque a ideia de “espionar-se com prêmios”, pois em muito se relaciona à recompensa financeira dada a um reportante que estaria a atuar como “vigilante” para o Estado e, também, à tendência de invasão crescente por parte do Estado na esfera privada do cidadão.

No que tange aos novos papéis da mídia, vale-se da ideia de que apenas a imprensa verdadeiramente livre consegue disponibilizar informação livre. Vive-se hoje em uma época de denúncias e de vazamentos de informações sigilosas que, talvez, sem o suporte da mídia (e das novas plataformas, frise-se) não tomariam forma tampouco ganhariam repercussão. O papel da tecnologia também cumpre função primordial, visto que a denominada era dos vazamentos consiste em uma constante batalha digital, na qual a verdade dos fatos costuma ser sempre a primeira vítima.

⁸¹ Ou, simplesmente, a expressão “vazamentos digitais”, tradução literal para *[the age of] digileaks*, a qual será adotada nesta dissertação para se referir a tais situações que vieram a definir a era dos vazamentos digitais.

⁸² GARTON ASH, Timothy. WikiLeaks has altered the leaking game for good. Secrets must be fewer, but better kept. **The Guardian**. 30 mar. 2011. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2011/mar/30/wikileaks-secrets-whistleblowers-new-rules>. Acesso em 21 set. 2017.

⁸³ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 24.

1.3.1 De *Watergate* ao *Cablegate*: o advento do *WikiLeaks* e a era do vazamento de informações sigilosas

Sabe-se que, apesar de ser um instituto jurídico recente, sobretudo, em países como o Brasil, onde o estudo ainda resta incipiente, a origem do *whistleblower* remonta aos idos de 1960, nos Estados Unidos. Como coloca Ramon Ragués i Vallès:

[...] los orígenes del actual auge de esta figura se sitúan en la década de 1960 y su irrupción está muy vinculada con el movimiento de defensa de los derechos civiles, la incapacidad de las empresas y la administración para contener los nuevos riesgos y diversos escándalos económicos y políticos; en las décadas siguientes estas denuncias permitieron descubrir hechos ilícitos de gran trascendencia: desde el caso *Watergate* hasta los fraudes de la industria tabaquera, pasando por escándalos empresariales tan relevantes como el de Enron.⁸⁴

As denúncias realizadas por *whistleblowers*, bem como os vazamentos de informação formam parte da história recente. Desse modo, optou-se por trazer à luz alguns dos casos de destaque na doutrina acerca da temática do *whistleblowing*. Cuida-se de dois escândalos, conforme exposto no título desse subitem, os quais moldaram as suas épocas: o cognominado caso *Watergate* levou à renúncia de um presidente estadunidense⁸⁵ e o *Cablegate* instaurou uma crise internacional sem precedentes, na medida em que revelou ao mundo todo páginas obscuras da diplomacia estadunidense, bem como evidências de crimes de guerra cometidos e acobertados por esse país nas guerras do Iraque e do Afeganistão.⁸⁶

⁸⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

⁸⁵ Trata-se de um dos maiores escândalos políticos da história dos Estados Unidos. O nome dado ao episódio deve-se ao fato da sede do Partido Democrata ser no complexo de prédios *Watergate* em Washington. Em 1972, houve a invasão desse complexo por cinco sujeitos e, a partir dessa evidência, foi descoberta a conspiração de que o republicano, Richard Nixon, presidente à época, estava espionando o Comitê Nacional Democrata. Os fatos foram ligados a ele graças às informações alcançadas a dois jornalistas por William Mark Felt, agente do FBI quem denunciou o esquema, cujo apelido era “garganta profunda” (a identidade do denunciante conhecido como *Deep Throat* foi revelada apenas em 2005). As revelações dele instauraram uma crise sem precedentes na política norte-americana. Em 1974, sob ameaça de *impeachment*, o desfecho da crise foi o pedido de renúncia do presidente Nixon. Desde então, o sufixo “gate” tornou-se sinônimo de escândalos políticos.

⁸⁶ Em “homenagem” à *Watergate*, o nome do vazamento escandaloso “*Cablegate*”, se deve ao fato das comunicações entre as embaixadas serem chamadas de “cable”. Nesse caso, conforme se aborda a seguir, o *whistleblower* Bradley Manning, à época um soldado, valendo-se do portal *WikiLeaks*, divulgou mais de 250 mil

Ademais, nesse ponto do trabalho, faz-se necessário explicar o papel das plataformas digitais disponíveis em rede, bem como o uso da criptografia e, por fim, do papel que um *hacker*, dois técnicos de informática e um soldado tiveram para os maiores vazamentos de dados sigilosos da história recente — os quais, a sua vez, mascaravam diversos ilícitos: são eles, respectivamente, Julian Assange, fundador do portal *WikiLeaks*; Edward Snowden, ex-analista da *National Security Agency* (NSA) dos Estados Unidos; Hervé Falciani, ex-funcionário da sede do *HSBC Private Bank* em Genebra, Suíça; e Chelsea Manning, ex-soldado do exército dos Estados Unidos, responsável pelo vazamento de dados do *Cablegate*.

Primeiramente, cumpre destacar que esse trabalho não se propõe a analisar o impacto de qualquer um dos casos de denúncia ou de vazamento, mas, sim, demonstrar a exponencial em que isso vem ocorrendo, desde o vazamento de informações que levou à renúncia de um presidente estadunidense — o famoso caso *Watergate* — até a última e mais recente revelação de uso de paraísos fiscais por diversas empresas e personalidades globais, evento denominado *Paradise papers*.

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).⁸⁷

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, o *International Consortium of Investigative Journalists – ICIJ*.⁸⁸

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

comunicados diplomáticos provenientes de mais de 270 embaixadas dos EUA no mundo, demonstrando como esse país lidava com as relações internacionais e de que maneira agiam a portas fechadas.

⁸⁷ Todas as informações sobre esse vazamento de dados, bem como os documentos aos quais faz referência estão disponíveis em: www.icij.org/investigations/paradise-papers/

⁸⁸ O Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos (ICIJ) foi fundado em 1997 pelo *Center for Public Integrity* e consiste, basicamente, em um coletivo de centenas de jornalistas em mais de 65 países, cujo objetivo é desenterrar delitos internacionais, normalmente, os mascarados por *offshores* e por paraísos fiscais para divulga-los mundialmente. Todas as informações sobre o trabalho da *ICIJ*, bem como todos os documentos compilados sobre os escândalos divulgados estão disponíveis no sítio eletrônico: www.icij.org/

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.⁸⁹

Vale lembrar que ambos os eventos de vazamento de dados confidenciais acima descritos fazem alusão ao escândalo dos *Pentagon papers*. Havidos em 1971, esse escândalo foi divulgado, inicialmente pelo *The New York Times* e, a posteriori, pelo *The Washington Post*, os dois únicos jornais a obterem acesso ao vazamento de documentos sigilosos realizado por um ex-funcionário do Pentágono. Nesses documentos restava comprovado que o governo estadunidense estava mentindo sobre as intervenções militares durante a Guerra do Vietnã. O denunciante, Daniel Ellsberg, foi denunciado criminalmente por conspiração, espionagem e roubo de documentos do governo, mas restou absolvido por diversas circunstâncias, dentre elas o fato de ter estourado o escândalo de *Watergate* logo em seguida à divulgação dos dados.⁹⁰

Cabem menção dois elementos fundantes de todos os casos aqui abordados: a vinculação das denúncias levadas a cabo por *whistleblowers* com a imprensa livre, e o uso da tecnologia (e da criptografia) para a criação do maior (e mais seguro, já que garante o anonimato) canal de denúncias já criado: o portal *WikiLeaks* — o assunto que se aborda a seguir. Desde o advento do *WikiLeaks*, vale citar dois grandes vazamentos em instituições financeiras: o *SwissLeaks*,⁹¹ e o *LuxLeaks*, eventos bastante emblemáticos, visto que os *whistleblowers* envolvidos nesses casos sofreram com processos criminais.

O *LuxLeaks* ou *Luxembourg Leaks* consiste em um escândalo financeiro que envolvia a administração fiscal de Luxemburgo em acordos fiscais bastante vantajosos para empresas multinacionais. Sobreveio a público em novembro de 2014 depois das denúncias de dois agentes denunciadores. Eles tinham sido funcionários do escritório de auditorias mundialmente famoso, *PricewaterhouseCoopers*, e, por meio de seu trabalho, tiveram acesso a documentos que demonstravam esse favorecimento indevido. Esses documentos foram alcançados a jornalistas do ICIJ e, a partir daí, revelados ao mundo inteiro.

⁸⁹ Todas as informações sobre esse vazamento de dados, bem como os documentos aos quais faz referência estão disponíveis em: www.icij.org/investigations/panama-papers/

⁹⁰ APPLE JR., R. W.. 25 Years Later; Lessons From the Pentagon Papers. *The New York Times*, 23 jun. 1996. Disponível em: www.nytimes.com/1996/06/23/weekinreview/25-years-later-lessons-from-the-pentagon-papers.html?ref=pentagonpapers. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁹¹ Ponto que será abordado em subcapítulo específico.

Em junho de 2016, os *whistleblowers* Antoine Deltour e Raphael Halet, ex-membros da empresa que comandava o escândalo fiscal, foram condenados a 12 e a 9 meses de prisão, respectivamente, além de sanções monetárias, sendo que eles poderiam ter sido condenados a uma pena de 10 anos.⁹² No entanto, em 11 de janeiro de 2018, a Corte de Cassação de Luxemburgo anulou a decisão condenatória de primeira instância para Antoine Deltour, um dos *whistleblowers* envolvidos no caso.⁹³

Já o portal *WikiLeaks*, fundado em 2006, consiste em uma organização dedicada a publicar — sem edição jornalística — documentos secretos que revelem condutas condenáveis por parte de governos, empresas e instituições, disputando o campo político do “ciberespaço”. Tornou-se mundialmente famosa em 2010, quando publicou milhares de documentos secretos no escândalo político de proporções globais que viria a ser considerado *Cablegate* e, a partir de então, o criador da organização, o australiano Julian Assange, tornou-se mundialmente famoso.⁹⁴

Logo, o advento do *WikiLeaks* foi o que tornou viável o *Cablegate*. Cuida-se de um canal totalmente seguro para o envio de documentos, operando com um sistema de criptografia que o torna inviolável a ataques cibernéticos e erradica qualquer informação sobre a origem de quem está postando os documentos em rede. Inclusive, poderia ter tornado viável a manutenção do anonimato de quem era o *whistleblower* responsável pelo vazamento das informações sigilosas e comprometedoras do *Cablegate* — à época, o soldado Bradley Manning acabou revelando, em um fórum da rede mundial de computadores, que ele era o responsável por ter enviado os arquivos confidenciais, pois até, então, nem os próprios editores do *WikiLeaks* tinham acesso à sua identidade, tendo em vista o código original de criptografia.

Antes de adentrarmos a questão da libertação da verdade por meio da criptografia, cabe uma breve digressão para entender o manifesto por trás da criação desse portal: o ativismo digital e a filosofia *hacker*, cujos pilares seriam algo na linha de “privacidade para os fracos e transparência para os poderosos”. O conceito do *WikiLeaks* está todo vinculado a ideia dos *cypherpunks*, autointitulados assim, pois defendem a utilização da criptografia e

⁹² BBC. LuxLeaks scandal: Luxembourg tax whistleblowers convicted. **BBC**, 29 jun. 2016. Disponível em: www.bbc.com/news/world-europe-36662636. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁹³ CHASTAND, Jean-Baptiste. LuxLeaks: la condamnation d’un des lanceurs d’alerte français annulée en cassation. **Le Monde**, 11 jan. 2018. Disponível em: www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2018/01/11/luxleaks-la-condamnation-d-un-des-lanceurs-d-alerte-francais-annulee-en-cassation-au-luxembourg_5240227_4862750.html. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁹⁴ Em 2009, ele venceu o *Amnesty International New Media Award* e, em 2010, estampou a capa da edição de dezembro da revista norte-americana *Time*, com matérias sobre o seu trabalho de editor-chefe no *WikiLeaks*.

combatem a censura na internet partindo da premissa que “a informação quer ser livre”. O termo consiste em uma derivação de *cipher*, a escrita cifrada, e *punk*, a ideia ativista de se posicionar contra o cerceamento das liberdades individuais na rede.⁹⁵

Apointa-se para esse universo de batalha digital entre esses ativistas *cyberpunks* e o Estado atuando, sob o pretexto de garantir maior segurança, de modo a censurar a internet e a restringir a privacidade dos usuários, tal qual evidenciou-se em 2012, nos Estados Unidos, quando as duas propostas legislativas de restrição ao acesso da internet — a Sopa (*Stop Online Piracy Act* [Lei de Combate à Pirataria Online] e a Pipa (*Protect IP Act* [Lei de Prevenção a Ameaças Online à Criatividade Econômica e ao Roubo de Propriedade Intelectual] — foram totalmente suspensas.

No Brasil, talvez influenciado por essa tendência global de legislar sobre a internet, a Lei 12.965 de 2014, foi promulgada com a finalidade de tratar da neutralidade da rede, da questão da privacidade e da retenção de dados, de regular o uso e de garantir a liberdade de expressão e transmissão de conhecimento. Tal legislação é considerada o Marco Civil da Internet. Entretanto, cabe lembrar que antes de tal lei ser aprovada e sancionada, de acordo com os ditames legais, havia um projeto de lei que visava a criar novos tipos penais – os *cibercrimes* —, o que consistiria em uma criminalização da rede, pois tipificava condutas cotidianas do uso da internet, tanto o é que foi chamada carinhosamente pela mídia nacional de “AI-5 digital”.

Parte-se, então, para a explicação do próprio criador da organização *WikiLeaks*, quando traça um paralelo entre o conhecimento adquirido e o que a sociedade decide construir com ele:

Os cientistas do Projeto Manhattan descobriram que o universo permitia a construção de uma bomba nuclear. Essa não foi uma conclusão óbvia. Talvez as armas nucleares não estivessem dentro das leis da física. No entanto, o universo acredita em bombas atômicas e reatores nucleares. Eles são um fenômeno abençoado pelo universo, como o sal, o mar ou as estrelas. De maneira similar, o universo, o nosso universo físico, apresenta essa propriedade que possibilita que um indivíduo ou um grupo de indivíduos codifique algo de maneira confiável, automática e até inconsciente, de forma que nem todos os recursos e nem toda a vontade política da mais forte superpotência da Terra será capaz de decifrá-lo. E as trajetórias de criptografia entre as pessoas podem se fundir para criar regiões livres das forças repressoras do Estado externo. Livres da interceptação em massa. Livres do controle do Estado. Não está claro se o mundo terá de ser realmente assim. Mas, de uma forma ou de outra, o universo recebe a criptografia de braços abertos. A

⁹⁵ Com efeito, a expressão existe e foi incorporada no *Oxford English Dictionary* em 2006: “Oxford English Dictionary Updates Some Entries & Adds New Words; Bada-Bing, Cyberpunks, and Wi-Fi Now in the OED”, *ResourceShelf*, 16 set. 2006. Disponível em: <http://web.resourceshelf.com/go/resourceblog/43743> . Acesso em 20 nov. 2016.

criptografia é a derradeira forma de ação não violenta. (...) Uma criptografia robusta é capaz de resistir a uma aplicação ilimitada de violência. Nenhuma força repressora poderá resolver uma equação matemática. (...) A questão de até que ponto as forças repressoras vindas do mundo físico podem se infiltrar no reino platônico da internet é respondida pela criptografia e pelos ideais dos *cypherpunks*.⁹⁶

Logo, o universo acredita na criptografia, de acordo com Julian Assange.⁹⁷ Isso significa que está em curso um movimento contrário às restrições de cidadania na era digital, a batalha digital pela privacidade e pela não censura no uso da internet consiste em uma batalha pela libertação da própria verdade (ou do meio de acessá-la).

Abre-se um novo *front*: a imprensa tradicional passa a ter um rival cujo interesse não reside em se tornar um grande veículo da imprensa global, mas, sim, uma plataforma acessível e democrática que batalha pela universalidade da internet, contra a censura e contra o controle em massa. Enfim, esse fenômeno consiste em uma verdadeira militância pela liberdade na rede, demonstrando, ainda uma vez, o conflito entre a liberdade do cidadão e a expansão vigilante do Estado atentando contra toda individualidade.

1.3.2 Snowden e Manning: a linha tênue entre a atitude heroica e a traição

Slavoj Žižek aborda a invasão crescente da esfera privada do cidadão e faz referência aos dois nomes que são objeto desse subitem destacando o valor de suas revelações para abalar com os segredos indesejáveis das grandes potências globais:

(...) a ameaça a nossa liberdade revelada pelos denunciadores tem raízes sistêmicas muito mais profundas. Edward Snowden deve ser defendido não apenas porque suas ações incomodaram e embaraçaram os serviços secretos americanos – o que ele revelou é algo que não apenas os Estados Unidos, mas todas as outras grandes (e não tão grandes) potências (da China à Rússia, da Alemanha a Israel) estão fazendo (na medida de sua capacidade). As ações de Snowden, assim, fornecem uma base factual a nossas premonições sobre o quanto somos monitorados e controlados – sua lição é global, chegando muito além dos abusos típicos dos americanos. Realmente não aprendemos com Snowden (ou Manning) nada além do que já presumíamos ser verdade – mas uma coisa é pensar nisso de maneira geral e outra é obter dados concretos. É um pouco como saber que seu parceiro sexual o está enganando. Pode-se aceitar o conhecimento abstrato disso, mas a dor surge quando se descobrem detalhes indecentes, quando se conseguem fotografias do que eles fizeram.⁹⁸

⁹⁶ ASSANGE, Julian ... [et al.]. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 28-29.

⁹⁷ ASSANGE, Julian ... [et al.]. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 29-30.

⁹⁸ ŽIŽEK, Slavoj. **Problema no paraíso: do fim da história ao fim do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 67 e ss.

O nome de Edward Snowden, sem via de dúvida, representa o *whistleblower* mais notório da atualidade, sendo considerado como propulsor para a prática de *whistleblowing*, seu caso resta bastante emblemático e configura o ponto de partida para a análise de casos marcantes. Em 2015, a sua trajetória pessoal foi narrada em duas produções cinematográficas de grande impacto mundial: o longa-metragem homônimo dirigido por Oliver Stone⁹⁹ e o documentário *Citizenfour* dirigido por Laura Poitras e vencedor do Oscar de melhor documentário naquele ano.¹⁰⁰

Vale lembrar, também, da comparação que os jornalistas franceses Gérard Davet e Fabrice Lhomme, autores de minuciosa obra sobre o caso *SwissLeaks*,¹⁰¹ fazem entre os dois *whistleblowers*, o do caso estudado e reportado por eles — na linha editorial do periódico *Le Monde* — e com o próprio Edward Snowden, destacando a motivação de ambos para apontar o desvalor de Hervé Falciani:

(...) Seu valor não se equipara, com certeza, ao de um Edward Snowden, outro técnico de informática, refugiado atualmente na Rússia, que denunciou as operações ignóbeis da National Security Agency (NSA). O qual nada tinha a ganhar, além de um monte de problemas. Enquanto cidadão norte-americano, ele sabia que a justiça de seu país acabaria por acuá-lo sem tréguas pelo fato de ter revelado ao jornal inglês *The Guardian* os procedimentos condenáveis da agência de contraespionagem dos Estados Unidos.¹⁰²

Pode-se resumir a trajetória de Edward Snowden como a de um jovem e leal analista da *National Security Agency* (NSA) que se tornou o mais famoso *whistleblower*, tendo sido responsável pelo maior vazamento de informações confidenciais de inteligência da história dos Estados Unidos, Edward Snowden foi do patamar de jovem patriota para o homem mais procurado da América.¹⁰³

⁹⁹ ALEKSANDER, Irina. Edward Snowden's Long, Strange Journey to Hollywood. **The New York Times**. 30 aug. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/09/04/magazine/edward-snowdens-long-strange-journey-to-hollywood.html>. Acesso em 17 out. 2016.

¹⁰⁰ DUCA, Lauren. Edward Snowden Releases Statement Following 'Citizenfour' Oscars Win. **The Huffington Post**. 23 fev. 2014. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/citizen-four-best-documentary_n_6716094. Acesso em 20 jan. 2016.

¹⁰¹ Ponto a ser abordado em subitem específico, partindo-se da referida obra.

¹⁰² DAVET, Gérard. LHOMME, Fabrice. *SwissLeaks*: Revelações sobre a fraude fiscal do século. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015, p. 104.

¹⁰³ HARDING, Luke. How Edward Snowden went from loyal NSA contractor to whistleblower. **The Guardian**, 01 fev. 2014. Disponível em: www.theguardian.com/world/2014/feb/01/edward-snowden-intelligence-leak-nsa-contractor-extract. Acesso em 16 nov. 2016.

No ano de 2013, por meio das publicações constantes dos periódicos *The Guardian* e *The Washington Post*,¹⁰⁴ Edward Snowden tornou públicos detalhes de vários programas que constituem o sistema de vigilância global da NSA americana, sobretudo, do programa PRISM de vigilância de comunicações e de tráfego de informações.

De acordo com o *whistleblower* o referido programa PRISM permitiria aos analistas da NSA ter acesso com detalhes a atividades – incluindo áudio, vídeo, *chats*, fotografias, e-mails e documentos, dentre outros materiais – diretamente de computadores *Microsoft*, *Apple* ou do portal *Google*.¹⁰⁵

Desde o ano de 2013, Edward Snowden vive na Rússia, país que lhe concedeu asilo político. O governo dos Estados Unidos acusou-o de roubo de propriedade do governo, comunicação não autorizada de informações de defesa nacional e comunicação intencional de informações classificadas como de inteligência para pessoa não autorizada. Cada acusação prevê pena privativa de liberdade de 10 anos e todas as condutas criminosas estão previstas na *Espionage Act*. Essa lei federal, datada de 1917, dispõe sobre práticas consideradas como de espionagem e, segundo a defesa do denunciante, não seria adequada para processar e dar um julgamento justo a qualquer *whistleblower*, tendo em vista que foi criada em meio a primeira guerra mundial.¹⁰⁶

No ano de 2016, a Casa Branca se negou a perdoar Edward Snowden em resposta a uma petição assinada por mais de 167 mil pessoas.¹⁰⁷ Ele segue, até a data de hoje, vivendo como asilado política na Rússia, tendo tido, em 2017, o seu asilo prorrogado pelo governo desse país.¹⁰⁸

Já para Chelsea Manning, o final não foi tão amargo quanto, por ora, foi para o ex-analista da agência de segurança nacional dos EUA. Adianta-se o último capítulo da

¹⁰⁴ Linha do tempo organizada pelo periódico *The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/apps/g/page/politics/a-timeline-of-edward-snowdens-life/235/>. Acesso em 13 nov. 2016

¹⁰⁵ SMITH, Matt. NSA leaker comes forward, warns of agency's 'existencial threat'. *CNN*. 10 jun. 2013. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2013/06/09/politics/nsa-leak-identity/index.html>. Acesso em 15 nov. 2016.

¹⁰⁶ RADACK, Jesselyn. Why Edward Snowden Wouldn't Get a Fair Trial. *The Wall Street Journal*. 21 jan. 2014. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/jesselyn-radack-why-edward-snowden-wouldn8217t-get-a-fair-trial-1390351525?tesla=y>. Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁰⁷ UNTERSINGER, Martin. FOLLOROU, Jacques. Trois ONG demandent à Barack Obama le pardon pour Edward Snowden. *Le Monde*. 14 set. 2016. Disponível em: http://www.lemonde.fr/international/article/2016/09/14/edward-snowden-sollicite-le-pardon-d-obama_4997435_3210.html. Acesso em 14 nov. 2016.

¹⁰⁸ KRAMER, Andrew E. Russia Extends Edward Snowden's Asylum. *The New York Times*. 18 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/18/world/europe/edward-snowden-asylum-russia.html>. Acesso em 20 jan. 2017.

verdadeira saga que essa *whistleblower* viveu desde que expôs o maior vazamento de arquivos confidenciais da história da humanidade: ela está em liberdade depois de sete anos de pena privativa de liberdade, visto que, em um ato de clemência, sua pena foi comutada pelo presidente Barack Obama, única autoridade competente para alcançar tal benesse, nos últimos dias de seu governo.¹⁰⁹

No entanto, acredita-se que a pergunta fundante desse caso seja: por que Chelsea Manning, a *whistleblower* que expôs os brutais crimes de guerra ocorridos na história recente de seu país,¹¹⁰ foi condenada a uma severa pena e a cumpriu em regime fechado por tanto tempo?

A transgênero Chelsea Manning, nascida sob o sexo masculino e de nome Bradley Edward Manning, é uma ex-analista de inteligência militar do Exército dos Estados Unidos que foi — no dia 21 de agosto de 2012 — condenada, por uma corte militar, a 35 anos de prisão, por ter, em 2010, entregado documentos confidenciais diplomáticos e das Forças Armadas dos Estados Unidos ao portal *WikiLeaks*.¹¹¹ Essa divulgação de informações secretas marcou a era dos vazamentos.

A soldado divulgou informações sigilosas que resultaram no escândalo conhecido internacionalmente como “Cablegate”, referência direta aos telegramas diplomáticos estadunidenses — chamados de *cables* — que começaram a ser publicados quando da ocorrência da prática de *whistleblowing* no ano de 2010 através do portal *Wikileaks* e de alguns periódicos.¹¹²

Estima-se que Chelsea Manning teria fornecido mais de 700 mil arquivos secretos, incluindo vídeos de confrontos das intervenções militares dos Estados Unidos. Quanto aos *cables*, telegramas diplomáticos do Departamento de Estado, estimou-se que foram divulgados aproximadamente 250 mil.

As acusações que enfrentou incluíam: ajudar o inimigo, por meio da divulgação proibida de documentos confidenciais da inteligência estadunidense; transmissão indevida de

¹⁰⁹ SAVAGE, Charlie. Chelsea Manning to Be Released Early as Obama Commutes Sentence. **The New York Times**. 17 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/17/us/politics/obama-commutes-bulk-of-chelsea-mannings-sentence.html>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹¹⁰ *Collateral Murder* ou “assassinato colateral” é o nome do vídeo divulgado no vazamento de dados levado a cabo por Chelsea Manning. Consiste em um vídeo gravado por um helicóptero norte-americano em ação em Bagdá, no dia 12 de julho de 2007, no qual realizou-se o um ataque fatal a civis, incluindo dois jornalistas da Reuters.

¹¹¹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 16 e ss.

¹¹² Basta entrar no portal do *WikiLeaks*, no qual é possível acessar todos a documentação divulgada. Disponível em: <http://wikileaks.rsf.org/cable/2009/12/09BRASILIA1439.html>

informação confidencial que colocou em risco a defesa nacional; e roubo de dados e de propriedade pública, todas ofensas previstas na Lei de Espionagem dos EUA.

O veredito da Corte Militar, conforme referido acima, foi para condená-la a uma pena privativa de liberdade de 35 anos, mas cumpre destacar que a soldado foi absolvida da acusação mais severa que era ter ajudado o inimigo — o que poderia ter elevado sua pena até 90 anos de prisão. Em contrapartida, Chelsea Manning foi sentenciada por ter violado diversas vezes o *Espionage Act*, por ter copiado e disseminado documentos militares confidenciais, telegramas diplomáticos e informações sobre os detidos na prisão da Baía de Guantánamo, em Cuba.¹¹³

Durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, a defesa criminal da soldado manifestou a vontade da condenada em ser reconhecida pelo gênero feminino e postulou o início do tratamento hormonal devido nesse tipo de situação. Essa transformação acarretaria, por via lógica de consequência, a sua transferência para um complexo penitenciário feminino. Ambos os pedidos defensivos foram negados. No ano de 2016, a *whistleblower* tentou cometer suicídio por duas vezes.¹¹⁴ Ao final do ano, a sua defesa técnica requereu à presidência da república o benefício da comutação da pena criminal imposta pela corte militar, haja vista os sete anos de cumprimento da pena, bem como o tempo de serviço integrando as forças armadas.¹¹⁵

Conforme referido, o pedido defensivo foi acatado e a comutação da pena fez com que Chelsea Manning fosse libertada em 17 de maio de 2017, ou seja, 28 anos antes do tempo de pena que ainda lhe restava, dando um extraordinário encerramento ao seu caso de vazamento de dados.¹¹⁶

Os defensores foram enfáticos ao declarar o caso de Manning como o pior da “guerra contra os *whistleblowers*”, porque a sentença condenatória excessiva consistiria em uma responsabilização indevida, tendo em vista o corajoso ato de bravura da cidadã que colocou sua vida em risco para que as pessoas tomassem consciência das atrocidades que o governo

¹¹³ TATE, Julie. Bradley Manning sentenced to 35 years in WikiLeaks case. **The Washington Post**. 21 ago. 2013. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/judge-to-sentence-bradley-manning-today/2013/08/20/85bee184-09d0-11e3-b87c-476db8ac34cd_story.html . Acesso em 14 nov. 2016.

¹¹⁴ SAVAGE, Charlie. Chelsea Manning Tried Committing Suicide a Second Time in October. **The New York Times**. 4 nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/05/us/chelsea-manning-tried-committing-suicide-a-second-time-in-october.html> . Acesso em: 20 mai. 2017.

¹¹⁵ SAVAGE, Charlie. Chelsea Manning Asks Obama to Cut Sentence to Time Served. **The New York Times**. 13 nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/14/us/politics/chelsea-manning-asks-obama-to-cut-sentence-to-time-served.html> . Acesso em: 20 mai. 2017.

¹¹⁶ SAVAGE, Charlie. Chelsea Manning Leaves Prison, Closing an Extraordinary Leak Case. **The New York Times**. 16 mai. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/16/us/politics/chelsea-manning-leaves-prison.html?smid=fb-share> . Acesso em: 20 mai. 2017.

norte-americano estava perpetrando.¹¹⁷ Sob esse viés, cabe lembrar de um lado interessante desse vazamento de dados e de suas consequências: ao fim e ao cabo, houve a predominância do interesse público, isto é, por mais que o vazamento de dados tenha acarretado em uma grave crise diplomática, os danos causados pela *whistleblower* não foram tão severos quanto os infringidos a ela, tanto o é que teve a sua pena substancialmente reduzida. Reside aqui um ponto interessante: a possibilidade de que a informação necessita ser livre e de que a verdade prevalecerá sobre o desejo de um governo de manter esse tipo de informação em segredo.

Inclusive, o jornal estadunidense *The New York Times* mantém, em seu site oficial, um portal permanente sobre o *Cablegate*.¹¹⁸ Nessa página — de livre acesso a qualquer usuário conectado à rede mundial de computadores — está disposta toda a farta documentação desse escândalo de complexas repercussões na diplomacia internacional.

Em liberdade, Chelsea Manning tomou as rédeas de sua própria narrativa escrevendo um artigo de opinião que foi publicado em setembro de 2017 pelo *The New York Times*, o qual, frise-se, realizou apurada cobertura do caso, desde o vazamento de dados até todo o processo penal e o cumprimento de pena da *whistleblower*. Voltando ao artigo de Chelsea Manning: de traidora e ex-prisioneira, ela foi definida no jornal como uma militante pela transparência governamental, ativista pelos direitos dos transgêneros e ex-analista de inteligência do exército norte-americano. Nesse artigo, a *whistleblower* aborda a questão do poder via coleta massiva de dados, pois os governos e as corporações se beneficiam do conhecimento dos padrões de todos os usuários da rede mundial de computadores, de aparelhos celulares e de transações financeiras. Chelsea Manning afirma que esses dados estão armazenados e são utilizados pelos mecanismos de algoritmos sem qualquer limite e define isso como o estabelecimento de um “padrão de vida” que pode vir a ser usado contra os cidadãos. Ela termina fazendo um alerta para que se repense a conexão que está sendo estabelecida com a sociedade, tendo em vista que atualmente, segundo a autora, caminha-se

¹¹⁷ GARCIA, Feliks. Chelsea Manning: Why was the whistleblower who exposed some of America’s most brutal wae crimes serving such a harsh sentence?. **The Independent**. 17 jan. 2017. Disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/chelsea-manning-commuted-why-in-prison-brack-obama-clemency-a7532466.html>. Acesso em 13 out. 2017.

¹¹⁸ SHANE, Scott. LEHREN, Andrew. Leaked Cables Offer Raw Look at U.S. Diplomacy. **The New York Times**. 28 nov. 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/11/29/world/29cables.html?pagewanted=all>. Acesso em: 16 nov. 2016.

cada vez mais para o império de processos automatizados que não se pode ver nem controlar.¹¹⁹

Em janeiro de 2018, Chelsea Manning confirmou que irá concorrer as primárias do Partido Democrata para uma vaga no Senado dos EUA pelo Estado de Maryland.¹²⁰ A campanha dessa *whistleblower*, a que cumpriu a maior pena privativa de liberdade em decorrência dos vazamentos que expôs (viveu sete anos em uma prisão militar para homens), está focada, segundo a própria, em ser combativa contra a opressão, o medo e ódio, sentimentos bastante presentes na atual conjuntura política do país.¹²¹

Apointa-se que, em situações de denúncia na era os vazamentos, incide o mais legítimo interesse público na revelação feita pelo *whistleblower*, como se depreende dos dois casos narrados acima. Ademais, conforme asseverou o criador da rede social que propiciou o mais revolucionário canal de denúncias, o portal *WikiLeaks*, “a única razão para uma organização poderosa manter segredos é por saber que o público se oporia a eles”.¹²²

Portanto, impõe-se dissertar sobre a cognominada era dos vazamentos, tendo em vista que atualmente existem diversos profissionais trabalhando em conjunto para que o mundo tenha acesso a toda a sorte de documentação comprobatória de ilícitos sendo praticados com a conivência de toda uma estrutura global.

Por essa razão, diversos países têm incentivado, com destaque para os Estados Unidos, a comunicação de atividades supostamente criminosas praticadas dentro das empresas pelos mais variados instrumentos jurídicos. Destaca-se um dos mais notórios casos de fraude do mundo corporativo estadunidense: a fraude da gigantesca empresa de energia Enron,¹²³ divisor de águas para os norte-americanos acelerarem o processo legislativo de incentivo e de proteção aos denunciantes, transpassando a esfera do setor público. Por exemplo, a razão do advento da *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, além de prevenir práticas ilícitas (nos termos da lei: *prevent wrongdoing*), é financeira, visto que a lei tem sua origem em escândalos do mercado

¹¹⁹ MANNING, Chelsea. Chelsea Manning: The Dystopia We Signed Up For. **The New York Times**. 13 sep. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/13/opinion/chelsea-manning-big-data-dystopia.html>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹²⁰ PILKINGTON, Ed; PENGELLY, Martin. Chelsea Manning announces run for US Senate with video on Twitter. **The Guardian**. 14 jan. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jan/13/chelsea-manning-democrat-us-senate-maryland>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹²¹ PILKINGTON, Ed; PENGELLY, Martin. Chelsea Manning announces run for US Senate with video on Twitter. **The Guardian**. 14 jan. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jan/13/chelsea-manning-democrat-us-senate-maryland>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹²² ASSANGE, Julian. **When Google Met WikiLeaks**. Nova Iorque: OR Books, 2014, pp. 117 (tradução nossa).

¹²³ Ponto que será abordado em subcapítulo específico.

financeiro. Tal dispositivo inovou ao estabelecer direitos e garantias a funcionários de empresas de capital aberto que fornecessem informações ou indícios sobre fraudes, conforme se desenvolve na parte final desse trabalho.

Nota-se hodiernamente um visível incremento, no âmbito internacional, de prevenir e de combater práticas ilícitas (da corrupção às evasões fiscais e lavagem de capitais) esse movimento transnacional, por óbvio, influencia as leis nacionais, conforme se aborda no segundo capítulo.

Em resumo, destacam-se, dessa abordagem inicial, três tendências que ajudam a entender tanto o contexto da figura em estudo quanto o surgimento e o desenvolvimento do *whistleblower* enquanto objeto legislativo: (a) a consequência dos elevados índices de corrupção global consiste em uma manifesta tendência à transparência nas relações transnacionais; (b) a consequência da criminalidade organizada no meio empresarial — crimes de colarinho branco — consiste em uma forte tendência à prevenção, visivelmente evidenciada tanto na implementação de sistemas de *compliance* nas empresas quanto nos canais de denúncia, e (c) a imposição da era dos vazamentos — tais quais os apontados: *SwissLeaks* (2009), *Luxleaks* (2014), *Panama papers* (2016) e *Paradise papers* (2017) — aponta para a preponderância do valor da revelação de fatos obscuros em detrimento do uso de brechas legais para mascarar transações financeiras escusas, isto é, o incremento da dificuldade de se manter essa rede sigilosa de exploração de paraísos fiscais no mercado global. Portanto, valendo-se da ideia de que alguns fatos são subversivos *per se*, percebe-se que os vazamentos digitais transformaram o mundo e as democracias. Além disso, a era dos *digileaks* não parece ser uma tendência passageira, tampouco uma página isolada da história recente, ou seja, para que daí nasça algo positivo seria interessante delimitar regras claras e contar com bons aplicadores.

2 DA EXPANSÃO DA FIGURA DO *WHISTLEBLOWER*: ANÁLISES LEGISLATIVAS E SEUS IMPACTOS NA POLÍTICA CRIMINAL

2.1 Do ato de “assoprar o apito” à prática de *whistleblowing*?

De fato, depreende-se, pela terminação verbal, que se trata, em tradução literal, do ato de assoprar o apito: *to blow* (assoprar) *the whistle* (o apito). Contudo, essa constatação não traz consigo esclarecimento algum a respeito dessa prática. Faz-se necessário um breve aporte histórico para entender de que modo se chegou a essa opção terminológica e por que ela, justamente, espalhou-se a nível global.

2.1.1 A precisão terminológica enquanto precisão conceitual

Apresenta-se, nesta metade final do trabalho, as informações necessárias à compreensão do tema a ser abordado. Desse modo, assevera-se que a precisão na terminologia está vinculada a uma precisão conceitual. É dizer que não existe uma definição legal comum que explique o significado de *whistleblowing*.

Considera-se *whistleblowing* o ato típico de um agente denunciante, isto é, de um *whistleblower*. Conforme referido, o vocábulo de língua inglesa se traduz, literalmente, para o português como “aquele que toca o apito”; em espanhol, *el que toca el silbato*; em francês, *lanceur d’alerte*; em italiano, *soffiatore nel fischiotto*; em alemão, *die Pfeife blasen*.¹²⁴ Nota-se, daí, a complexa variação linguística para a mesma figura. Adiciona-se a essa gama de nomes o fato de que essas traduções literais, por vezes, não fazem sentido algum.¹²⁵

Além disso, cumpre referir que as expressões similares têm uma conotação marcadamente pejorativa. A título de exemplo, os vocábulos, em espanhol, *soplón* ou *chivato*,¹²⁶ em inglês, *snitch* ou *rat*,¹²⁷ em alemão, *Informant*,¹²⁸ em francês, *collaborateur*,¹²⁹

¹²⁴ LUTTERBACH, Carolin. **Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings**. 172f. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Bremen, Bremen, 2011.

¹²⁵ KNIGGE, Michael. US take diferente approaches to whistle-blowing. **Deutsche Welle**, 05 set. 2010. Disponível em: <www.dw.de/europeu-us-take-different-approaches-to-whistle-blowing/a-5965148>. Acesso em: 03 de nov. 2016.

¹²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19.

¹²⁷ Nos Estados Unidos, traz-se a referência cinematográfica da cena do julgamento em *Perfume de Mulher*, no qual a personagem de Al Pacino inicia a sua sustentação oral em defesa do aluno acusado de não colaborar com a investigação lançando a frase “*but not a snitch*”.

trazem consigo uma conotação negativa. Dessa maneira, justifica-se o emprego da opção terminológica *whistleblower* para os trabalhos publicados em línguas que não a inglesa.¹³⁰

Portanto, destaca-se que a doutrina, majoritariamente, optou por adotar a expressão *whistleblower*.¹³¹ Historicamente, utiliza-se essa expressão para fazer referência àqueles que denunciam práticas ilícitas. Tal definição encontra seu paralelo com a prática de antigos policiais ingleses, os quais faziam soar seus apitos para alertar a todos, inclusive, outros agentes de ordem, da presença de um possível infrator.¹³²

Faz-se necessário um breve aporte histórico para entender de que modo se chegou a essa opção terminológica e por que justamente ela se espalhou a nível global. Como ensina Ramon Ragués i Vallès, a possibilidade de alguém denunciar fatos ilícitos de que tem conhecimento, dentro de sua empresa ou da administração pública, não é exclusiva de uma determinada cultura ou de um momento histórico. Em consequência disso, diversos países contemplaram essa possibilidade nos seus ordenamentos e trabalharam os desdobramentos jurídicos dessa realidade, sendo um deles a ideia de proteger e de recompensar informantes.¹³³

No Brasil, a título de exemplo, a noção de direito premial tem suas origens nas Ordenações Filipinas, as quais previam o procedimento de perdão aos malfeitores que, em colaborando, possibilitassem a prisão de outrem.¹³⁴ Foi com base nesse dispositivo que houve o caso mais notório de perdão judicial (dentre outras benesses) em virtude da entrega de informações eficazes às autoridades.

Trata-se da delação de Joaquim Silvério dos Reis, aquele que entregou, dentre outros revolucionários da Inconfidência Mineira, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, historicamente conhecido como Tiradentes. Conquanto, esse caso jamais poderia ser

¹²⁸ Na Alemanha, a figura do denunciante ainda guarda relação tanto com o regime nacional-socialista quanto a época da República Democrática sob o jugo da União Soviética.

¹²⁹ Na França, a figura do colaborador, em sua abreviação (*les collabos*), também remete a um passado obscuro, eis que essa expressão foi cunhada durante a ocupação nazista para designar os cidadãos franceses que, como se depreende, colaboravam com as forças da ocupação, sobretudo, os que se vinculavam ao governo de Vichy.

¹³⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.

¹³¹ Muito embora alguns autores adotem variações gráficas, tais quais: *whistle-blower* ou *Whistle Blower*.

¹³² HESCH, Joel D. Breaking the Siege: Restoring Equity and Statutory Intent to the Process of Determining *qui tam* Relator Awards Under the False Claims Act. **Thomas M. Cooley Law Review**, Lansing, Michigan, v. 29, n.2, jul./set. 2012, p. 222.

¹³³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 24.

¹³⁴ Na redação original, o Título CXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas: “Qualquer pessoa, que der á prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa (...) ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda (...), quebrantar prisões e Cadêas (...) tanto que assi der á prisão os ditos malfeitores, ou cada hum deles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte”.

considerado um precedente histórico de *whistleblowing*, haja vista que o denunciante estava vinculado à prática criminal — antes de delatar, ele era um inconfidente e, desse modo, passível de ser processado e condenado pelos mesmos crimes daqueles que entregou à justiça.

Exemplo diferente da primeira referência a *whistleblowing*, nos Estados Unidos, acontece no ano de 1777, logo após a declaração de independência, em que o Congresso estadunidense teve de se posicionar frente a um caso de dois soldados da marinha que haviam denunciado um Comodoro em razão de ele ter torturado marinheiros britânicos capturados no decorrer da guerra. Feita a denúncia, o influente Comodoro, irresignado, conseguiu a prisão de dois denunciantes.¹³⁵ Ato contínuo, o Congresso as revogou, alegando que eles haviam cumprido com o seu dever e, por isso, deveriam ser protegidos. Apontada como a referência legal mais antiga a *whistleblowers* na história norte-americana, essa legislação, em 1778,¹³⁶ estabeleceu o dever de reportar às autoridades as atividades ilícitas praticadas por representantes estatais.¹³⁷

Não obstante, o marco legislativo que veio a incentivar o *whistleblowing* nos Estados Unidos advém da Guerra Civil. Em 1863, foi aprovada pelo Congresso norte-americano a Lei de Alegações Falsas, ou melhor: *The False Claims Act*. Tal legislação consistiu em uma reação do governo federal para lidar com a fraude. Basicamente, a legislação prometia recompensa aos denunciantes que conseguissem provar que o governo estava sendo vítima de fraude, visto que, não raro, o governo era fraudado em contratos comerciais, mormente envolvendo compra de armamentos e suprimentos.¹³⁸

Desse modo, o presidente Abraham Lincoln promulgou a referida lei, popularmente referida por suas iniciais: FCA. Essa legislação foi considerada um estatuto *qui tam*, isto é, iniciada por um denunciante particular, pois permitia a qualquer cidadão trazer à justiça processos que viriam (ou não) a comprovar contratos fraudulentos em desfavor do governo. Se as denúncias permitissem algum retorno financeiro ao estado, aos reportantes haveria uma recompensa financeira com base no montante recuperado. Em sua versão inicial, a *False Claims Act* permitia que até 50% do valor recuperado fosse pago como premiação ao

¹³⁵ KOHN, Stephen. The Whistle-Blowers of 1777. **The New York Times**, 12 jun. 2011. Disponível em: www.nytimes.com/2011/06/13/opinion/13kohn.html. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹³⁶ “It is the duty of all persons in the service of the United States, as well as all other 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 states, which may come to their knowledge”.

¹³⁷ BOYNE, Shawn Marie. Whistleblowing. **The American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 1, jul. 2014, p. 427.

¹³⁸ HESCH, Joel D. Breaking the Siege: Restoring Equity and Statutory Intent to the Process of Determining *qui tam* Relator Awards Under the False Claims Act. **Thomas M. Cooley Law Review**, Lansing, Michigan, v. 29, n. 2, jul./set. 2012, p. 224.

whistleblower.¹³⁹ Por óbvio, a legislação relacionada à proteção e à recompensa desses agentes denunciante foi sendo aperfeiçoada.

Nesse sentido, cumpre destacar as ações *qui tam* acima referidas. São ações iniciadas pelos denunciante ou *relators*. Diz-se *qui tam* de um *writ* cujo início se dá com um indivíduo que assiste à perseguição estatal, dando início ao processo a partir de uma denúncia. Tem sua origem no brocado latino: *Qui tam pro domino regem quam pro se ipso in hac parte sequitur*.¹⁴⁰

Segundo Charles Doyle, a característica específica desse tipo de processo é, além de seu início ser dado por um denunciante, a promessa de recompensa de uma percentagem do que o governo recupera, mesmo se for por acordo, pois a importância está na denúncia ser bem-sucedida.¹⁴¹ Esse autor coloca que, normalmente, os casos levados à justiça por meio de *whistleblowers* se enquadram enquanto litígios *qui tam*, nos quais a parte denunciante tem o direito de pleitear recompensas, segundo a redação da *False Claims Act*.¹⁴²

Conforme os dados do Departamento de Justiça dos EUA — mais especificamente, da *Civil Fraud Division* do *US Department of Justice* — houve, no país, somente no ano de 2014, a recuperação de US\$ 5,69 bilhões, apenas em casos da *False Claims Act*.¹⁴³ Além disso, ainda de acordo com dados do Departamento de Justiça, até 2012, mais de 70% de todos os processos vinculados à Lei de Alegações Falsas foram iniciados por *whistleblowers*.¹⁴⁴ Desse modo, as ações *qui tam* iniciadas por denúncias de *whistleblowers* se tornaram a maior ferramenta antifraude do governo.

Cumpre notar que a vasta legislação norte-americana de proteção dos denunciante de práticas delitivas foi uma decisão estratégica,¹⁴⁵ visto que se configurou uma relação benéfica

¹³⁹ HESCH, Joel D. Breaking the Siege: Restoring Equity and Statutory Intent to the Process of Determining *qui tam* Relator Awards Under the False Claims Act. **Thomas M. Cooley Law Review**, Lansing, Michigan, v. 29, n. 2, jul./set. 2012, p. 225.

¹⁴⁰ Em inglês: “[he] who sues in this matter for the king as well as for himself”.

¹⁴¹ DOYLE, Charles. Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes. **Congressional Research Service**, Washington D. C., ago. 2009, p. 5.

¹⁴² Na própria Lei de Alegações Falsas, ver o Capítulo 31 USC, Seção § 3729-3733, conforme emenda de 21 de julho de 2010, P.L.; *False Claims Act, See 31 USC section s 3729-3733, as amended July 21, 2010, P.L. 111-203*.

¹⁴³ GREENE LLP. **U.S. Department of Justice Recovers Close to \$6 Billion in False Claims Act Cases in 2014**. 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://whistleblowerattorneys-blog.com/2014/11/u-s-department-justice-recovers-close-6-billion-false-claims-act-cases-2014.html>>. Acesso: 04 nov. de 2016.

¹⁴⁴ HESCH, Joel D. Breaking the siege: determining *qui tam* relator awards under the False Claims Act. **Thomas M. Cooley Law Review**, p. 229.

¹⁴⁵ Cabe lançar luz sobre os dispositivos estadunidenses acerca da prática de *whistleblowing*, citando apenas as leis federais que incorporaram medidas específicas para incentivar a atuação de denunciante: *Safe Drinking Water Act* de 1974, *Energy Reorganization Act* de 1974, *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976,

para ambos os lados, pois ao *whistleblower* está prevista uma recompensa percentual do que estava sendo omitido do erário e, em contrapartida, os cofres públicos recuperam quantias enormes de que talvez nunca tivessem notícia.

Portanto, o *whistleblowing* enquanto fenômeno tem sua origem e o seu desenvolvimento mais acentuado nos Estados Unidos. Na primeira década do século XXI, uma perspectiva de diversos escândalos motivaram o reforço político e jurídico da figura do *whistleblower* no país.¹⁴⁶ A partir daí, a figura do *whistleblower* adquiriu notoriedade e se expandiu internacionalmente. E, por via lógica de consequência, esse instituto guarda um vínculo inicial com os países de *common law*, fator que explica a sua expansão legislativa internacional.¹⁴⁷

2.1.2 Informantes, denunciante e colaboradores: distinções necessárias

Então, tem-se o *whistleblower* nada mais é do que um agente denunciante, porém, a terminologia própria se explica: há características específicas que o definem enquanto *whistleblower*. Elenca-se aqui, a título de exemplo, algumas das características definidoras dessa figura jurídica: a primeira, o denunciante não pode figurar, sob hipótese alguma, enquanto sujeito envolvido com a prática delitiva.

Qualquer pessoa pode ser informante. Em termos jurídicos, pode-se delimitar a figura do informante enquanto gênero do qual se tem três espécies: o informante policial, a informante do juízo (que seria a testemunha) e o réu colaborador. O *whistleblower* seria uma espécie de informante, mas com alguns contornos específicos.

Alinhado à ideia de distinções que se fazem necessárias, cabe pontuar uma fundamental diferenciação na celebração tanto de uma colaboração premiada quanto de um acordo de leniência. O sistema brasileiro exige que os beneficiários, quer a pessoa física que firma os termos do acordo com colaboração premiada, quer a pessoa jurídica que firma o

Toxic Substances Control Act de 1976, *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980, *Surface Transportation Assistance Act* de 1982, *Whistleblower Protection Act* de 1989, *Clean Air Act* de 1990, *Pipeline Safety Improvement Act* de 2002, *Military Whistleblower Protection Act* de 2007, *American Recovery and Reinvestment Act* de 2009, *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, *Dodd-Frank Act* de 2010) e, por fim, *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 (WPEA)*, dentre outras legislações.

¹⁴⁶ Esse ponto será abordado a seguir, mas, notadamente, são os casos das empresas *Enron* e *WorldCom*.

¹⁴⁷ Elenca-se, a título de exemplo, algumas legislações dos países dessa tradição: o *Public Interest Disclosure Act – PIDA* (Reino Unido, 1998); o *Protected Disclosures Act – PDA* (África do Sul, 2000); o *Public Servants Disclosure Protection Act – PSDPA* (Canadá, 2005); o *Public Service Code of Conduct* (Austrália, 2009); e o *Whistleblowers Protection Act* (Índia, 2011).

acordo de leniência, estejam diretamente envolvidos com os ilícitos reportados, ou seja, que eles tenham, de fato, tomado parte nas ações ou omissões dos tipos penais em que incorreram.

Já o *whistleblower* seria um terceiro que denuncia às autoridades a ocorrência (ou a suspeita) de uma irregularidade cometida por outrem de que ele vem a ter ciência em decorrência da sua posição de membro de *insider*, sem ter participado de qualquer atividade criminosa. Em realidade, trata-se de uma figura que, ao contrário do réu colaborador, nada tem a ganhar em termos processuais com as informações prestadas, mas tem muito a perder.

2.1.3 Em busca de uma definição jurídica comum

Como visto, o *whistleblower* nada mais é do que um agente denunciante, porém, a terminologia própria se explica: há características específicas que o definem enquanto *whistleblower*. Nota-se que o não envolvimento na cadeia criminal é crucial, não cumprindo com esse requisito, pode-se falar, a depender do caso, em um possível colaborador premiado, mas jamais em *whistleblower*.

A segunda, deve haver uma relação entre o sujeito denunciante e a empresa ou a administração pública; isto é, a posição de *insider* é determinante. A figura do *whistleblower* deve, necessariamente, pertencer à organização, daí, seu caráter de fonte interna.

A terceira, o fato de obrigatoriamente o denunciante não poder desempenhar dentro da organização a que pertence funções de controle, investigação e denúncia, nem ter o dever de comunicação de determinada irregularidade. É dizer que não pode ser um *compliance officer*, cuja contratação consiste exatamente em cumprir com essas funções de controle, tampouco um superior hierárquico para com seus subordinados, haja vista que essa figura detém, de antemão, em decorrência do cargo, a obrigação de controle laboral dos seus funcionários.

Ademais, cumpre trazer a definição dos autores Carlos Carranza e Sébastian Micotti, os quais pontuam que o *whistleblower* se trata de uma pessoa física que, em princípio, tem conhecimento de informações privilegiadas e, por ter testemunhado práticas ilícitas, visa atrair a atenção para tais atos que, frequentemente, não deixam vítimas diretas, suscetíveis de prestar queixa ou de realizar *per se* a denúncia. Tal qual ocorre, notadamente, nos casos de crimes de fraude, de corrupção, dentre outros. Asseveram esses autores:

O *whistleblower* é uma fonte interna que dispara o alarme. Ele é uma pessoa física que, em princípio, tem conhecimento de informações importantes e privilegiadas. Ele é frequentemente testemunha direta de omissões, de ações ilegais ou manobras ilícitas, ou moralmente contestáveis, etc., de seu empregador ou no seio da

organização em que trabalha. Seu papel é importante porque ele visa a atrair atenção sobre atos que frequentemente não causam vítimas diretas, suscetíveis de prestar queixa ou de iniciar uma ação judicial. Tal é notadamente o caso em matéria de fraude, de corrupção, de atentados contra o meio-ambiente, de violação de regras de segurança que protegem o público, etc.^{148 149}

Além disso, colocam que a diferença deve residir essencialmente na posição do *whistleblower* de descobrir fatos pertinentes e passíveis de denúncia no seu meio de trabalho — o que não significa testemunhar diretamente tais acontecimentos.¹⁵⁰ Por esse motivo, também, a própria Organização Internacional do Trabalho traz uma definição própria de *whistleblowing*: consiste na comunicação por empregados ou antigos empregados de práticas ilegais, irregulares, perigosas ou antiéticas por parte dos empregadores.¹⁵¹

Há uma definição relativamente mais antiga e, desse modo, mais abrangente, em um estudo sobre a gestão do empregado *whistleblower*, no qual se aponta que a noção de *whistleblowing* caberia para definir acontecimentos aparentemente díspares. Conceituou-se *whistleblowing* na recusa de um empregado em cometer um ato ilegal para o seu empregador, ou no empregado que relata uma impropriedade percebida a seu supervisor, ou no funcionário que relata tal impropriedade percebida a uma agência governamental, ou, ainda, na ação judicial iniciada por denúncia do empregado contra o seu empregador informando que esse apresentou alegações falsas ao governo.¹⁵²

Outra definição do conceito, mais vinculada à perspectiva de denúncias internas, isto é, dentro da empresa, vem de Valerie Junod. Para essa autora o *whistleblowing* está definido como o ato de reportar informação relacionada a possíveis casos (passado, presente ou futuro) de violações éticas ou legais ocorrendo dentro de uma empresa. Nota-se que ela aborda um desdobramento interessante em seu artigo, pois alerta, de início, que considera irrelevante a

¹⁴⁸ CARRANZA, Carlos Jaïco; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing**: Perspectives en droit suisse. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014, p. 7, tradução nossa.

¹⁴⁹ Texto original: *Le whistleblower est l'auteur de l'alarme de source interne. Il s'agit d'une personne physique qui, en principe, a connaissance d'informations importantes et privilégiées. Il est souvent témoin direct des omissions, des agissements illégaux ou manœuvres illicites, ou moralement contestables, etc., de son employeur ou au sein de l'organisation de celui-ci. Son rôle est important, car il vise à attirer l'attention sur des actes qui les plus souvent ne causent pas de victimes directes, susceptibles de porter plainte ou d'ouvrir une action en justice. Tel est notamment le cas en matière de fraude, de corruption, d'atteintes à l'environnement, de violation des règles de sécurité protégeant le public, etc.*

¹⁵⁰ CARRANZA, Carlos Jaïco; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing**: Perspectives en droit suisse. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014, p. 9.

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **ILO Thesaurus**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/thesaurus>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹⁵² ADLER, James; DANIELS, Mark. Managing the whistleblowing employee. **The Labor Lawyer**, v. 8, n. 1, 1992, p. 21.

questão de saber se a informação transmitida pelo *whistleblower* era considerada (ou não) confidencial pela empresa.¹⁵³

Cumpra apontar uma definição advinda da doutrina nacional, já que na publicação conjunta de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, sobre a intersecção entre *compliance*, direito penal e lei anticorrupção, os autores abordam os mecanismos de denúncia. Nessa linha, apontam para a questão do incentivo à prática de denúncias internas nas empresas, destacando uma concisa definição da figura:

Declaradamente, passa-se a estimular o caráter de denúncias internas às empresas. Aí, a presença da noção mencionada de *whistleblowing*, que diz, mesmo, respeito à noção de quem toca o apito, quem realiza, em outras palavras, a denúncia.¹⁵⁴

Nota-se que a incorporação de sistemas de *compliance* no setor privado influencia as práticas de denúncias internas no seio da administração pública e vice-versa. Constata-se isso na evolução legislativa dos Estados Unidos, país que, movido por escândalos fraudulentos de empresas de grande porte, optou por expandir a proteção e o incentivo aos *whistleblowers* não apenas se restringindo ao setor público ou ao setor privado, de modo a ser o mais abrangente possível. Portanto, conclui-se que, hodiernamente, a incorporação de mecanismos de denúncia se trata de uma realidade e vem a fomentar o atual debate sobre a criação (ou não) de legislação nesse sentido, conforme aborda-se a seguir.

2.2 Atual estado da arte no Brasil no que tange à legislação *whistleblowing*

Como é cediço, a corrupção não é um fenômeno exclusivo do Brasil, muito embora o país esteja extremamente mal posicionado em *rankings* internacionais que apuram índices de corrupção a nível global.¹⁵⁵ Não obstante, com a intensificação das relações internacionais em

¹⁵³ JUNOD, Valerie. Best practices for an internal whistleblowing platform. *Frontiers of law in China*, v. 10, n. 3, 2015, p. 476.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

¹⁵⁵ De acordo com estudo da ONG Transparency International, no ano de 2016, o Brasil estava em 79º lugar – entre os 176 países avaliados – no ranking da percepção mundial da corrupção. Em 21 de fevereiro de 2018, foi divulgado o *Corruption Perceptions Index 2017* e o Brasil, infelizmente, piorou 17 posições no ranking de percepção da corrupção por país. Atualmente, o Brasil está em 96º lugar entre 180 países avaliados. Todo o trabalho desenvolvido anualmente pela organização, bem como os critérios de avaliação estão disponíveis no

um mundo globalizado, tal fenômeno se agravou ao redor mundo em uma escala sem precedentes¹⁵⁶ Em decorrência do elevado índice de corrupção que atinge direta ou indiretamente todas as nações, desde o final do século XX, emergiram diversos tratados internacionais cujo objetivo principal reside no combate a práticas corruptas.

Há de se destacar que o Estado brasileiro ratificou três tratados internacionais que tratam sobre prevenção e combate à corrupção e, portanto, abordam *en passant* o tema em estudo. No Brasil, cabe lembrar que desde a ratificação de uma convenção internacional, esse tipo de tratado passa a estar incorporado ao ordenamento pátrio no mesmo patamar de lei ordinária.

Desse modo, resta firmado o compromisso de cada Estado Parte em se adequar. Notadamente, dentre esses acordos dos quais o país é signatário, existe a previsão expressa de garantir canais de denúncia e adotar medidas de proteção a eventuais denunciantes.

A começar pela Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) cujos objetivos são promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, determinar e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas de cada Estado Parte. Esse tratado foi aprovado por meio do Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, o qual instituiu medidas preventivas a serem adotadas pelos signatários.

Dentre elas, cabe destacar o artigo 3º, inciso VIII, o qual prevê a 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 e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.¹⁵⁷

sítio eletrônico: www.transparency.org/research/cpi/overview e para acompanhar a página específica do Brasil: <https://www.transparency.org/country/BRA>. Além desse trabalho, o Fórum Mundial Econômico realiza um ranking de competitividade e, em 2017, o Brasil ficou em 80º lugar dentre 137 países avaliados, sendo a primeira posição ocupada pelo país menos corrupto do mundo. Para saber mais, basta acessar o *The Global Competitiveness Index 2017-2018* <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>.

¹⁵⁶ No índice de 2016 (*Corruption Perceptions Index*), o estudo apresentou que, no total de 176 países, 69% ficaram com uma pontuação abaixo de 50 (a escala do índice vai de 0 [extremamente corrupto] a 100 [muito transparente]), conclusão que demonstra como a corrupção no setor público é um fenômeno a nível global.

¹⁵⁷ Nota-se que o texto da Convenção Interamericana Contra a Corrupção tem uma organização original, o referido dispositivo pode ser encontrado na leitura do Artigo III, Medidas preventivas, Item 8º. Fez-se essa alteração para manter o padrão de citação de dispositivos legais de acordo com o ordenamento pátrio.

Anteriormente, por intermédio do Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, o Brasil se tornou signatário da Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esse tratado visou tipificar a conduta de oferecimento, promessa ou doação de vantagem pecuniária, ou de outra natureza, a um funcionário público estrangeiro no intuito de, direta ou indiretamente, obter vantagens ilícitas na condução de negócios internacionais.

De início, não houve previsão legal acerca de proteção a agentes denunciante na Convenção da OCDE concluída, originalmente, em Paris, em 1997. Tal menção ocorreu tão somente na Recomendação de 2009 (*The 2009 Anti-Bribery Recommendation*),¹⁵⁸ quando foram definidas linhas de recomendação aos Estados Partes no que tange àqueles que informam práticas de corrupção. De acordo com a recomendação IX, itens i, ii e iii, os signatários devem franquear fácil acesso às autoridades competentes, bem como garantir canais de denúncia relativos à suspeita de atos de corrupção praticados por funcionários públicos. Além disso, recomendou-se a adoção de medidas apropriadas para proteger os reportantes de ações disciplinares ou discriminatórias.¹⁵⁹

Destaca-se que o acompanhamento dos programas de cooperação internacional, bem como das convenções internacionais são de competência da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC)¹⁶⁰ do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.¹⁶¹

No âmbito internacional, por meio do Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, o Brasil aprovou a Convenção de Mérida, também referida como Convenção das

¹⁵⁸ No sítio eletrônico da OCDE está disponível, na íntegra, o documento firmado pelos Estados Partes a fim de instaurar novas medidas de reforço na prevenção, detenção e investigação da corrupção envolvendo funcionários públicos: <<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention>>.

¹⁵⁹ *Reporting Foreign Bribery IX. RECOMMENDS that Member countries should ensure that: i) easily accessible channels are in place for the reporting of suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions to law enforcement authorities, in accordance with their legal principles; ii) appropriate measures are in place to facilitate reporting by public officials, in particular those posted abroad, directly or indirectly through an internal mechanism, to law enforcement authorities of suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions detected in the course of their work, in accordance with their legal principles; iii) appropriate measures are in place to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions.*

¹⁶⁰ De acordo com o art. 16, inciso VI, do Decreto Presidencial nº 8.910, de 22 de novembro de 2016.

¹⁶¹ Para obter mais informações sobre o trabalho desenvolvido, ainda no seio da antiga Controladoria-Geral da União, basta acessar, i.e., o relatório, de outubro de 2014, do Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE sobre a implementação dessa Convenção no Brasil. Disponível no sítio eletrônico do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União: <www.cgu.gov.br>.

Nações Unidas contra a Corrupção. Esse tratado determinou o compromisso dos Estados Partes na incorporação de medidas de proteção aos denunciantes no ordenamento jurídico interno, conforme se depreende da leitura do artigo 33.¹⁶²

Além disso, esse marco legal contra a corrupção, chancelado pela Organização das Nações Unidas, restou bastante enfático no que tange, a título de exemplo, à transparência governamental e à participação do público no processo de tomada de decisões e no acesso efetivo à informação. Faz-se necessário apontar o artigo 13, o qual impõe aos signatários o dever de adotar medidas para garantir o fácil acesso aos órgãos, isto é, canais de denúncia, prevendo, inclusive, o anonimato para assim proceder.¹⁶³

Para finalizar esse panorama da legislação supranacional, vale lembrar a agenda anticorrupção do Grupo dos 20 (G20). No encontro da Cúpula do G20, em 2010, definiu-se a agenda internacional de combate à corrupção através *G20 Anti-Corruption Working Group*, por meio do qual a proteção dos denunciantes se tornou uma das prioridades. Na mesma direção, o encontro de 2011 foi marcado pela apresentação de um compêndio das melhores práticas e princípios para guiar a criação legislativa consoante a proteção de *whistleblowers*.¹⁶⁴

2.2.1 Do dever de informar irregularidades na legislação brasileira

Sabe-se que no Brasil contemporâneo inexistente regulação específica que incentive e dê proteção ao reportante analisado nesse estudo. Entretanto, pode-se indicar alguns contornos legislativos que circundam o tema de comunicar atividades possivelmente ilícitas. Portanto, no que tange à legislação nacional, é possível detectar considerável avanço através de duas leis: a Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (e o decreto que a regulamenta:

¹⁶² Artigo 33. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

¹⁶³ Artigo 13. 2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

¹⁶⁴ Esse plano de ação do Grupo Anticorrupção do G20 – *Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation* - está inteiramente disponível no sítio eletrônico da OCDE: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption>>.

Decreto Presidencial nº 8.420/2015), e a Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

No artigo 7º, inciso VIII, da denominada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), está posto que:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Logo, nota-se que, desde 2013, a legislação prevê para o cálculo das sanções administrativas a serem aplicadas serão levados em consideração, entre outros critérios, a existência de mecanismos e procedimentos de incentivo à denúncia de irregularidades. Quanto aos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica e a efetividade dos mesmos, percebe-se que é previsão mais vinculada aos sistemas de *compliance*, mas cabe destacar que sempre que se fala em canal de denúncia dá-se a possibilidade de institucionalizar o *whistleblowing*.

No Decreto Presidencial nº 8.420/2015, cabe destacar as disposições desse texto legal quando se refere a programas de integridade. No artigo 41 está disposto que:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No que tange aos programas de integridade, merece destacar-se que para fins de dosimetria da sanção¹⁶⁵ a pessoa jurídica investigada terá avaliado pela autoridade a

¹⁶⁵ Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

existência e aplicação de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé”, conforme prevê o artigo 42, inciso X, do Decreto nº 8.420/2015.

Além desses dispositivos bastante claros, essa legislação que visa a regulamentar a Lei Anticorrupção dispõe claramente sobre a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas por práticas que atentem contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, prevendo qual o procedimento a ser adotado pela autoridade competente desde a ciência que teve sobre a prática de irregularidades.¹⁶⁶

Finalizando-se essa análise das previsões anticorrupção encontradas na legislação brasileira merecem destaque algumas considerações. Atualmente, não há uma obrigação legal que imponha que as empresas e instituições devam ter um canal de denúncias. Ademais, a legislação pátria também não obriga qualquer empresa a implementar internamente um sistema de *compliance*, porém dispõe que isso será levado em conta quando for calculada alguma sanção em um processo de responsabilização administrativo de responsabilização à pessoa jurídica.¹⁶⁷ Por óbvio, o possível benefício na redução da sanção em caso de alguma procedimento investigativo traz consigo um incentivo à implementação de programas de *compliance*, fortalecendo a lógica preventiva.

Já a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) aborda, de certa maneira, o tema em comento nos termos do artigo 126-A, quando institui que nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por ter dado ciência à autoridade competente para que ela apurasse informações concernentes à prática irregularidades de que tenha conhecimento.

Em realidade, essa alteração legislativa acima referida — o artigo 126-A foi acrescido à Lei nº 8.112/1990 — vem a complementar a modificação operada no artigo 116, inciso VI.

¹⁶⁶ Art. 4º A autoridade competente para instauração do PAR, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá:

I – pela abertura de investigação;

II – pela instauração de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR;

III – pelo arquivamento da matéria.

¹⁶⁷ Nesse sentido, o Art. 2º do Decreto nº 8.420/2015: A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#), será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

Tal modificação está posta ao art. 43 da Lei de Acesso à Informação,¹⁶⁸ cuja redação impõe deveres dos servidores públicos da União.

Desse modo, a mudança impõe o dever ao servidor público federal de levar irregularidades que saiba em razão de sua função ao conhecimento das autoridades — prevendo que a sua própria autoridade pode ser suspeita — e, assim sendo, define vagamente “outra autoridade competente”. Percebe-se, portanto, a dupla exigência que essa modificação exige: o servidor público tem o dever de comunicar a irregularidade de que tenha ciência e, caso suspeite dos seus próprios superiores hierárquicos, os quais seriam *in thesi* as autoridades competentes, tem o dever de relatar essa situação a outra autoridade competente para investigar e apurar a veracidade dos fatos.

Em suma, os artigos 43 e 44 da Lei de Acesso à Informação consistem em verdadeiro marco legal do dever de comunicar o conhecimento de determinado ilícito, sob pena de falta funcional.¹⁶⁹ Nota-se que essa alteração legislativa apresentada pela Lei nº 12.527/2011 visa a dar sistematicidade ao estatuto dos servidores públicos da União ao deixar explícito o dever de comunicar eventual irregularidade cometida por outrem, sem que isso venha a gerar qualquer repercussão judicial contra o denunciante, além da proteção de eventual processo judicial, administrativo ou penal. Ademais, a comunicação de possível infração, também, poderá ser considerada como falta funcional, ou seja, a reforma dá um incentivo — a imunidade no que tange à responsabilização —, mas, também, ameaça com falta funcional em caso de não cumprimento com esse dever de comunicação.

Além disso, refere-se apenas e exclusivamente a servidores públicos federais, questão já superada na maioria dos países que se valem desse tipo de legislação e cuja previsão se estende tanto a empregados públicos, quanto aos do setor privado.

Embora a própria Lei de Acesso à Informação seja um avanço, ela não dispõe de instrumentos específicos para propiciar a denúncia. Não aborda nada sobre canais de denúncia

¹⁶⁸ Art. 43. O inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 116. [...] VI – *levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração*”.

¹⁶⁹ Art. 44. O Capítulo IV do Título IV da Lei nº 8.112, de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 126-A:

“Art. 126-A. *Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício do cargo, emprego ou função pública*”.

ou órgãos internos de colaboração, tampouco cuida de recompensa para estimular tal prática (*rewards systems*). Tal lei nem sequer cita mecanismos de proteção ao informante o indicado seria, conforme a Lei nº 9.807/99, o instituído Programa Federal de Assistência a Vítima e a Testemunhas Ameaçadas? Aqui talvez resida um problema histórico brasileiro, tendo em vista que paira bastante desconfiança dos cidadãos para com a efetividade desse tipo de programa protetivo.

No sentido de alcançar proteção à identidade do denunciante, cabe frisar alguns mecanismos de sigilo da informação e de proteção do informante, conforme dispõe os artigos 23, inciso VIII, e 24, *caput*, ambos da Lei de Acesso à Informação quando prevê que:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

Nas ações penais ou nas investigações criminais em que a competência seja federal houve um certo avanço: em relação aos réus colaboradores, existe o Serviço de Proteção ao Depoente Especial (SPDE), sob responsabilidade e coordenação do Departamento de Polícia Federal. Esse programa foi iniciado em 2005 e está constantemente sendo monitorado pelo Tribunal de Contas da União.¹⁷⁰

A situação de levar uma denúncia às autoridades brasileiras, naturalmente, acarreta enorme insegurança jurídica, pois o informante está sujeito, em tese, a responder pelos crimes de divulgação de segredo (artigo 153 do Código Penal) e de violação de segredo profissional (artigo 154 do Código Penal), além, obviamente, da possibilidade, nada remota, de sofrer uma ação civil de natureza indenizatória. Sem contar com a possibilidade de represálias no âmbito de sua atuação profissional.

¹⁷⁰ Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional: Proteção ao Depoente Especial. Brasília, 2011. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/> Acesso em 20 out. 2017.

Com a finalidade de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, cabe ressaltar que a Lei nº 12.683/2012 ampliou o rol de sujeitos obrigados a comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) das operações que possam constituir sérios indícios de lavagem de capitais.¹⁷¹ Inclusive, estendendo-se esses deveres de comunicação à atuação dos advogados criminais. No que tange à atuação advocatícia entorno do universo do delito de lavagem de dinheiro incide, evidentemente, a questão do sigilo profissional, o que configuraria um possível conflito consultivo.

Sobre o exercício da advocacia e o delito de lavagem de capitais, vale trazer a lição de Heloisa Estellita quando reflete sobre o sigilo profissional que rege as relações profissionais dos advogados com os seus representados:

Sem pretender professar indevida superioridade profissional, fato é que a advocacia, mais que outras profissões alcançadas pelo novo inciso XIV, está intimamente ligada à possibilidade de exercício de direitos fundamentais ligados ao devido processo legal, o que afirmo sem desconhecer que o dispositivo da Lei nº 12.683/2012, por sua literalidade, não se aplica à advocacia contenciosa, o que, todavia, ainda comporta zonas cinzentas na forma como regulada a matéria em nosso direito positivo. Parece-me, por isso, salutar que a discussão, se tiver de ser feita perante o Supremo Tribunal Federal, seja-o em sede própria para esse ramo profissional dada a essencialidade da advocacia para a administração da justiça, algo que se colhe não só de nosso texto constitucional (art. 133, CF), mas também de instrumentos internacionais consagradores de direitos humanos fundamentais, que colocam a possibilidade de defesa técnica, escolhida pelo investigado/acusado, como um dos pilares de um processo justo, e pois, como dado estrutural de sociedades democráticas.¹⁷²

Em específico, cabe citar que a Lei nº 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro) instituiu, ineditamente, o dever de criação de sistema de identificação dos clientes e

¹⁷¹ Conforme redação atual do art. 9º, parágrafo único, inciso XIV, da referida lei:

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e
f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratados relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

¹⁷² ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa. **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-22

manutenção dos registros (artigo 10)¹⁷³ e o dever de comunicação de operações financeiras às autoridades financeiras (artigo 11).¹⁷⁴ Há, no dispositivo que impõe o dever de comunicação, a previsão de que aquele que comunicar de boa-fé não poderá ser responsabilizado civil ou administrativamente — nada menciona em relação a seara penal. Além disso, coloca que em não existindo órgão próprio fiscalizador ou regulador, a comunicação deverá ser dirigida a um Conselho específico previsto na Lei, o COAF.

Com o advento da Lei nº 12.683/2012, aprimorou-se o sistema de identificação de clientes e de manutenção de registros (artigo 10),¹⁷⁵ bem como a comunicação das operações

¹⁷³ Lei nº 9.613/98. “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores monetários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III – deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente. Art. 10^A O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.”

¹⁷⁴ Lei nº 9.613/98. “Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II – deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal fato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes: a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassem limite fixado para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas; b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF e na forma por ele estabelecida.”

¹⁷⁵ Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/2013. “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores monetários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes. IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma e condições por eles estabelecidas; V – deverão atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade

financeiras (artigo 11)¹⁷⁶. Tal mudança, ao especificar que determinadas pessoas devem identificar e manter registro de seus clientes e, também, ao comunicar operações financeiras suspeitas teve como foco evitar a prática do crime de lavagem de dinheiro — noção de *criminal compliance*.

Nota-se que essa mudança convergiu para um ponto em que se tocam os institutos de *criminal compliance* e de *whistleblowing*, pois, apesar de a previsão ser para o âmbito interno da empresa ou da instituição financeira, ela prevê que o comunicante não possa ser responsabilizado. Ou seja, a lei obriga a criação de estruturas de *compliance* para atender ao disposto no artigo 10º (registro e transmissão de informações) e no artigo 11º (comunicação de atividades suspeitas).

Afora isso, percebe-se que são institutos totalmente distintos, que, em determinado momento, aparentam atuar em consonância, mas como posto anteriormente: o agente *whistleblower* não pode ser o funcionário que está exercendo uma função de fiscalização, prevenção e regulação. Portanto, a título de exemplo, um *compliance officer* que comunique de atos ilícitos nos termos da Lei de Lavagem de Dinheiro é apenas um comunicante.

Enfim, conforme referido, no âmbito internacional, o incentivo e a proteção às práticas de *whistleblowing* são realidades com respaldo legislativo. No Brasil, internamente, há um leve avanço, mas que atinge tão somente a uma imunidade civil, administrativa e penal dos funcionários públicos da União, prevista na Lei de Acesso à Informação. Afora isso, o Brasil

competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente. Art. 10^A O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.” (grifo do autor).

¹⁷⁶ Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/2013. “Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II – deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º O COAF disponibilizará as comunicações por ele recebidas com base no inciso II do *caput* aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil.” (grifo do autor).

não possui marco legal específico para o *whistleblowing*, nos moldes do sistema estadunidense.

Entretanto, atualmente, tramitam projetos de lei em torno da figura do denunciante. Recentemente, no início de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.608/2018, que dispõe sobre recebimento de denúncias via serviço telefônico e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações. Parte-se para uma análise dessas propostas de criação legislativa, bem como para apontamentos críticos acerca da Lei nº 13.608/2018, a primeira tentativa de incorporar essa figura ao ordenamento pátrio.¹⁷⁷

2.2.2 Os projetos de lei sobre o *whistleblower* em tramitação atualmente: análise necessária

No Brasil, atualmente, existem esforços legislativos no que diz respeito à criação de leis que incentivem e protejam o *whistleblower*. Percebe-se um esforço — talvez incipiente — de angariar dados e analisar experiências de outros países. Conforme referido anteriormente, o país já firmou compromisso com a comunidade internacional. Desse modo, há uma certa pressão em cumprir com o que foi estabelecido nos acordos internacionais — sem que isso tenha de ser exigido, pois foi voluntariamente internalizado ao ordenamento pátrio pelo Estado brasileiro. Não à toa, o Estado brasileiro visando a avançar nesses quesitos de transparência internacional pleiteou sua entrada na OCDE ao formalizar a sua solicitação de ingresso nessa organização maio de 2017.¹⁷⁸

Inclinando-se a essa tendência de implementação de incorporar legislação *whistleblowing*, o que levou à internalização de algumas práticas, tal qual evidenciado, em 2016, no plano anual de ações da ENCCLA — Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).¹⁷⁹ Esse esforço institucional previu a criação de um

¹⁷⁷ De acordo com a ementa da referida lei: 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.

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/05/governo-brasileiro-formaliza-pedido-para-entrar-na-ocde>. Acesso em 27 out. 2017

¹⁷⁹ A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro foi criada em 2003 e consiste na principal rede de articulação para discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas. A título de exemplo, destaca-se que na referida Ação 4 trabalham em conjunto: Agência Brasileira de Inteligência (Abin), Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), Advocacia-Geral da União (AGU), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação

Grupo de Trabalho para implementar a Ação nº 4 de 2016, sob coordenação da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), estabelecida na XIII Reunião Plenária da ENCCLA, havida no início de 2016, determinando que se elaborasse um diagnóstico e uma proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*.

Desse modo, percebe-se um evidente esforço de praticamente todos os órgãos do Poder Público para elaboração de estudos sobre o tema e viabilização para adequar o ordenamento pátrio às recomendações internacionais. Nessa linha, avizinha-se uma tendência nacional de aumentar a efetividade do sistema de justiça para detectar e prevenir crimes. Atualmente, a atuação desse grupo de trabalho da Ação 4 da ENCCLA 2016 está direcionada ao desenvolvimento de uma minuta de anteprojeto de lei para incorporar ao nosso sistema jurídico um programa nacional de incentivo e proteção a relatos de interesse público.

Quanto aos Projetos de Lei em tramitação, atualmente, no país. São três propostas legislativas sobre o tema em estudo e todas estão disponíveis e acessíveis nos sítios da Câmara dos Deputados¹⁸⁰ e do Senado Federal.¹⁸¹

(i) O primeiro ensaio legislativo foi proposto em 2011, o Projeto de Lei nº 1701/2011, o qual conduz o debate sobre a urgência de uma legislação de *whistleblowing* no país. Tal projeto prevê recompensa pecuniária ao informante que contribui para elucidação de crime contra a Administração e Patrimônio Públicos, como indica seu segundo capítulo, intitulado “Da Recompensa Devida Ao Informante”, o artigo 4º:

O cidadão que oferecer informações imprescindíveis para a apuração do ilícito, punição dos acusados e recuperação dos bens e valores desviados fará jus a uma recompensa em moeda nacional correspondente a 10% (dez por cento) sobre o total apurado dos valores e bens apreendidos.

Parágrafo único. A recompensa de que trata o *caput* deste artigo não poderá ser superior a 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento da recompensa ao informante.

Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU), Conselho da Justiça Federal (CJF), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Departamento de Polícia Federal (DPF), Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC), Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), Ministério das Relações Exteriores (MRE), Receita Federal do Brasil (RFB) e Tribunal de Contas da União (TCU). Todas essas instituições formam o grupo de trabalho para a formulação de políticas públicas voltadas ao assunto desse estudo. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/> Acesso em 27 out. 2017

¹⁸⁰ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510440>

¹⁸¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103062>

Destaca-se que esse texto restou omissivo sobre valores mínimos, tal qual faz a lei estadunidense quando anuncia que o pagamento de recompensas incide apenas em processos que poderão ensejar vultosas multas. Desse modo, pode-se imaginar a comunicação de atos lesivos ao erário que restem insignificantes, de modo que não seriam dignos de uma recompensa. A lei também não previu o procedimento para colocar em prática, tampouco como funcionariam os dispositivos antirrepresália. Vale lembrar que esse Projeto de Lei está apensado ao de nº 6.132/2013, cuja proposta é a mesma: “conceder prêmio a pessoa que comunicar às autoridades competentes a prática de crime contra a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, de que resulte a efetiva recuperação de valores ao Erário”.

(ii) Além do citado, existe em tramitação no Senado, o Projeto de Lei nº 664/2011, cuja proposta consiste em alterar o Código de Processo Penal em seu artigo 5º para que dele conste o seguinte:

Art. 5º §3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito, sendo assegurado ao comunicante, nos casos de crimes tributários ou contra a Administração Pública, 10% (dez por cento) do valor que vier a ser recuperado.

Tal proposta legislativa, conforme se depreende, é bastante abrangente, tendo em vista que visa a tornar qualquer cidadão um informante, o que poderia vir a desvirtuar a finalidade do *whistleblower* no sentido de que a busca por recompensas se sobressai a ideia de descobrir e prevenir delitos.

(iii) Por fim, o Projeto de Lei nº 3506/2012 tem em sua justificativa diversas matérias da imprensa, visto que pretende incluir novos tipos penais na Lei de Crimes Hediondos. Nessa linha, a proposta de alteração legislativa reside em incluir um inciso a mais ao art. 1º da referida Lei, para que os tipos penais de corrupção (ativa ou passiva), peculato e concussão sejam considerados crimes hediondos. Estabelece sobre o *whistleblower* o seguinte:

Art. 3º A pessoa ou grupo de pessoas, que delatar a prática de crime contra a Administração Pública, receberá, como recompensa pela colaboração na elucidação deste delito, o valor correspondente a 1% (um por cento) do ressarcimento do prejuízo causado ao erário, previsto na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, pago pelo autor do ilícito.

Não restam dúvidas de que todas as críticas estrangeiras serão aqui reproduzidas, porém há de se destacar que, finalmente, existe oportunidade para que a comunidade acadêmica possa debater e contribuir para aprimorar tais projetos.

Compartilha-se aqui do posicionamento de André Godoy quando chega a interessante conclusão sobre a aposta em uma cultura de denúncia quando, em realidade, a possibilidade de reportar irregularidades às autoridades sempre esteve presente em nossos ordenamentos:

(...) a possibilidade fática de denunciar feitos ilícitos sempre existiu, e a proposta do sistema de recebimento de tais informações é proteger, através da confidencialidade e da proibição de retaliação, aqueles que decidirem trilhar este caminho.

(...)

Ainda que louvável o objetivo de fundo, a matéria precisa ser debatida não só nas casas legislativas, mas também no seio social, sob pena de, a pretexto de combater a criminalidade, importar-se um instrumento que pode gerar efeitos danosos à sociedade.¹⁸²

Ocorre que o enfoque dos projetos de lei que tramitam atualmente no parlamento brasileiro está bastante restrito em dois aspectos: faz um recorte dos tipos penais (alguns se limitam apenas ao crime de corrupção) ou faz apenas a previsão de uma recompensa financeira àquele que realizar a denúncia sem tecer uma linha sobre como se daria a implementação e o funcionamento desse programa. Disso, parte-se para uma inconsistência legislativa: por que motivo ficaria de fora um leque tão grande de crimes e irregularidades praticadas contra o interesse público? Enfim, a ideia de inovar em termos legislativos para poder receber informações valiosas sobre ilícitos cometidos contra a Administração Pública, por exemplo, resta bastante interessante, pois contribuiria tanto em termos de fiscalização quanto de controle.

Entretanto, vale destacar que existem diversos parâmetros internacionais para esse tipo de projeto de lei ora em debate. Com a finalidade de servir de guia para a construção legislativa *whistleblowing* no mundo, a organização não governamental *Transparency*

¹⁸² GODOY, André Ricardo. **Whistleblowing no direito penal brasileiro**: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 134, ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 287.

*International*¹⁸³ colocou princípios a serem seguidos para funcionarem como requisitos para a uma legislação efetiva que logre êxito no incentivo e na proteção dos *whistleblowers*.

Os dois princípios guias seriam: a um, a divulgação de informações (*disclosure of information*), segundo o qual a legislação *whistleblowing* deve garantir e promover a divulgação de informações com o objetivo de evitar e de prevenir danos; e, a dois, a proteção do *whistleblower* (*Protection of the whistleblower*), de acordo com o qual a lei deverá estabelecer uma robusta e compreensível proteção para *whistleblowers*, assegurando os de seus direitos e garantindo uma alternativa segura ao silêncio.¹⁸⁴

Cumprir destacar que tal orientação para incentivar e guiar projetos de lei na temática dispõe, ainda, de uma delimitação de qual seria o âmbito de aplicação da legislação *whistleblowing*. Tal diretriz merece destaque, uma vez que o presente estudo parte do recorte do instituto do *whistleblowing* com o Direito Penal.

Assim sendo, merecem menção os seguintes requisitos para procedimentos de denúncias realizadas por *whistleblowers*: i) criação de sistemas e órgãos internos de colaboração (*incentivise internal reporting*); ii) realização facilitada de relatórios externos (*ease of external reporting*); iii) segurança nacional (*national security*), segundo o qual a lei há de prever que em se tratando de assuntos concernentes à segurança nacional, procedimentos adicionais devem ser adotados para maximizar a oportunidade de acompanhamento e resolução interna sem que haja uma divulgação externa desnecessária; iv) participação do *whistleblower* (*whistleblower participation*), de acordo com a qual o agente denunciante deve desenvolver um papel ativo e crítico diante da denúncia realizada, acompanhando o processo deslançado por ele, dentro de sua possibilidade; v) mecanismos ou incentivos para estimular a colaboração (*rewards systems*); vi) proteção da identidade do

¹⁸³ Neste documento, a ONG *Transparency International* destaca que os princípios foram desenvolvidos, em conjunto com diversos órgãos, quando da consulta que ocorreu através de uma Comissão Europeia, na qual se fundou o projeto *Blowing the whistle harder – Enhancing Whistleblower Protection in the European Union*. Destacaram que “These principles were developed by the Transparency International Secretariat with the support of experts and practitioners from around the world, namely: Canadians for Accountability; Members of the secretariat of the Council of Europe's Parliamentary Assembly (PACE) and the Council's Group of States Against Corruption (GRECO); International Federation of Journalists (IFJ); Federal Accountability Initiative for Reform (Canada); Government Accountability Project (USA); Integrity Line (Switzerland); Representatives of the International Chamber of Commerce (Anti-Corruption Commission); National Whistleblowers Center (USA); Open Democracy Advice Centre (South Africa); Project on Government Oversight (USA); Public Concern at Work (UK); Risk Communication Concepts (Germany); Whistleblower Network (Germany)”.

¹⁸⁴ Transparency International. **Recommended draft principles for whistleblowing legislation**. Berlin: 2009. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/activity/2009_PrinciplesForWhistleblowingLegislation_EN.pdf Acesso 27 out. 2017

delator (*protection of identity*); vii) proteção ao *whistleblower* contra qualquer tipo de represália (*protection against retribution*); viii) inversão do ônus da prova na comprovação da colaboração (*reversed burden of proof*); ix) imunidade civil, penal e administrativa para o delator de boa-fé (*waiver of liability*); x) ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto (*no sanctions for misguided reporting*); xi) direito a negar a participação (*right to refuse*), sem qualquer sanção ou desvantagem, o *whistleblower* pode optar por não fazer parte do processo pós-colaboração; xii) invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante (*no circumvention*).¹⁸⁵

Inobstante todas essas diretrizes desenvolvidas ao longo da experiência internacional sobre o assunto e a sua expansão legislativa, o Brasil inovou e sancionou uma lei que aborda o tema sem dar qualquer previsão de como implementá-la. Em realidade, a lei apenas previu recursos de um fundo já existente, mas não dispõe absolutamente nada sobre a quantidade a ser paga, tampouco quais os critérios que irão balizar essa recompensa, ou seja, não há qualquer sistematização na lei, restando bastante vaga e imprecisa nas suas próprias definições.

Por um lado positivo, não se pode mais considerar o país omissor em sua obrigação de criar a referida legislação, pois, atualmente, existe uma lei que aborda, parcialmente, a prática de *whistleblowing*, por mais falha que possa parecer para o autor desse trabalho, mas que não deixa de representar um ponto de partida.

Em 10 de janeiro de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.608/2018, a qual dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias, sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais e, por fim, altera a Lei que instituiu o Fundo Nacional de Segurança com a finalidade de prover fundos para o funcionamento dessa nova lei.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Transparency International. **Recommended draft principles for whistleblowing legislation**. Berlin: 2009. Disponível em:

https://www.transparency.org/files/content/activity/2009_PrinciplesForWhistleblowingLegislation_EN.pdf

Acesso 27 out. 2017

¹⁸⁶ O Projeto de Lei 1332/2007 foi transformado na Lei nº 13.608/2018. Tal projeto continha a seguinte ementa: “Altera o art. 4º, da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, que instituiu o Fundo Nacional de Segurança Pública, para incluir o serviço telefônico de recebimento de informações e a premiação dos que oferecerem informações que auxiliem nas investigações policiais.” A justificação para tal criação legislativa, conforme inteiro teor do PL 1332/2007, residia em modernizar e aprimorar a legislação acerca da segurança pública. Para tanto, buscou se apoiar nos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública. O PL previu duas ações legislativas a fim de modernizar o estado para “a solução de inúmeros crimes”: a um, o recebimento de informações que são passadas pelos cidadãos de forma voluntária; e, a dois, a premiação financeira para as pessoas que auxiliarem, com informações, na resolução de crimes.

Passa-se a análise crítica desse texto legal que contém seis artigos e altera, especificamente, a Lei nº 10.201/2001, a qual prevê — na área de segurança pública — quais os projetos a serem apoiados financeiramente pelo Fundo Nacional de Segurança Pública. Antes, cabe trazê-lo na íntegra, *ipsis litteris*, a fim de esmiúça-lo:

Art. 1º As empresas de transportes terrestres que operam sob 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.

Art. 5º O *caput* do art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos VI e VII:

"Art. 4º

VI - serviço telefônico para recebimento de denúncias, com garantia de sigilo para o usuário;

VII - premiação, em dinheiro, para informações que levem à resolução de crimes."

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (destaques do autor)

Os trechos em destaque se explicam: são demonstrações pontuais do quão vaga está essa previsão legal. Nota-se um problema inicial em um texto que prevê garantia de anonimato, bem como a garantia de sigilo dos dados do informante que desejar se identificar, mas, ao mesmo tempo, prevê que os Estados da Federação estão autorizados a estabelecer um

serviço de recepção por meio de convênio, isto é, não seriam agentes do estado a receber as denúncias, mas sim de entidade privada sem fins lucrativos.

Tal lei dispõe em seu primeiro artigo uma obrigação imposta apenas às empresas de transportes terrestres, na qual prevê um canal de denúncia acessível e gratuito: um número telefônico para receber denúncias. Nesse sentido, pode-se afirmar que se trata de uma legislação que segue o modelo recomendado por especialistas no tema.

Ocorre que isso resta apenas para o que está previsto no artigo 1º da Lei nº 13.608/2018, visto que no artigo 2º resta instituído que os entes federativos estarão autorizados a estabelecer o serviço de recepção de denúncias por telefone, permitindo que não sejam gratuitos e que sejam mantidos por entidades privadas. Daí, sabendo-se que um denunciante sempre age com suspeita, pois sabe do risco que envolve o seu agir, aponta-se duas inconsistências no texto legal: a um, quem garante a acessibilidade a esse canal de denúncia? De início, ele não será livre e plenamente acessível; e, a dois, qual será a responsabilidade da entidade privada mantenedora do serviço de denúncia por telefone? Isto é, como um possível denunciante irá confiar em um serviço conveniado do Estado, quando, não raro, ele desconfia dos serviços prestados pelo próprio Estado?

Ademais, de acordo com o artigo 3º dessa lei, o órgão que receber a denúncia terá o dever de manter assegurado o sigilo dos dados do informante que se identificar. Entretanto, conforme já apontado, esse serviço de recebimento de denúncias poderá ser realizado por entidades privadas sem fins lucrativos, por meio de convênio instituído com os ditames legais, mas que não será gerido por agentes estatais, isto é, qual a garantia de que esse órgão irá agir de boa-fé? Como se dará o controle desse órgão?

Destaca-se, no artigo 4º da Lei nº 13.608/2018, a previsão mais vaga desse texto: de que maneira a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios irão estabelecer formas de recompensa pela denúncia? Eles poderão estabelecer outras formas de recompensa que não a estabelecida no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018? De que maneira irão avaliar se as informações alcançadas pelo denunciante foram úteis? O critério da utilidade será transmitido ao denunciante? Ele poderá acompanhar esse procedimento? Qual será o critério para definir o *quantum* de recompensa o denunciante será merecedor? O denunciante terá acesso às investigações levadas a cabo pelas autoridades? O denunciante será responsabilizado em caso de denúncia falsa?

Enfim, para que não seja cometida uma injustiça em tal análise, cumpre salientar que essa inovação legislativa acerta quando prevê a disponibilização dos recursos advindos do Fundo Nacional de Segurança Pública, conforme disposto na alteração prevista pelo artigo 5º da Lei nº 13.608/2018. Contudo, nota-se que pairam diversas perguntas sobre a sistematização da presente lei, muitas das quais já foram respondidas pelos avanços legislativos de outros países.

2.3 OS SISTEMAS DE DENÚNCIA: *Whistleblowing* interno e externo

Além das definições conceituais desse instituto, existe na doutrina duas principais maneiras por meio das quais se evidencia a prática de *whistleblowing*. Neste ponto do segundo capítulo, trabalha-se com essas duas definições: o *whistleblowing* interno, isto é, os sistemas de denúncia dentro da empresa ou da organização; e o *whistleblowing* externo, quando as denúncias são destinadas a autoridades alheias à empresa ou à organização.

De acordo com Ramon Ragués i Vallès, o “*whistleblowing* interno” estaria justificado pela conveniência de implantar esses instrumento, pois essa decisão que garantiria padrões éticos dentro da própria corporação, bem como melhoraria a governança corporativa. O autor destaca, também, as razões dessa adoção em termos de política criminal:

*(...) en este último sentido suele afirmarse que la implantación de estos sistemas facilita el descubrimiento y la prevención de los hechos ilícitos que puedan llevarse a cabo en el marco de la actividad empresarial, un entorno de difícil acceso para las investigaciones policiales y judiciales. Algunos autores van más allá y ven en estos sistemas no sólo un medio de prevención de la criminalidad, sino un recurso público para mantener bajo control el creciente poder de las grandes corporaciones empresariales. Y, por fin, otros aluden al interés de las mismas compañías en contar con estos sistemas de información para conocer mejor lo que sucede en la propia empresa.*¹⁸⁷

Vale trazer à luz a definição de Ramon Ragués i Vallès para fazer referência aos procedimentos das denúncias externas. Configurando-se enquanto legítimo *whistleblower*, de acordo com a definição jurídico-legal já abordada no presente trabalho. O autor vale-se da hipótese de um empregado — seja de uma empresa ou da administração pública —, que prefira não utilizar os procedimentos internos de canais de denúncia e decida disponibilizar essa informação diretamente para pessoas alheias à estrutura da própria organização para qual ele trabalha:

(...) sea la policía, la fiscalía o un juzgado, o bien sujetos sin deberes de investigación, como pueden ser los medios de comunicación o el público en general a través de internet o por otros canales. En estos casos concurre la situación a la que suele hacerse referencia con la expresión “whistleblowing externo”. Son estos casos los que, sin duda alguna, tienen una mayor repercusión pública y los que en el imaginario colectivo suelen asociarse de manera más directa con la figura del whistleblower, entre otras razones porque en los supuestos de denuncias internas es

¹⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 85.

*mucho más difícil que la actuación del informante acabe trascendiendo.*¹⁸⁸

Propõe-se apresentar os dois sistemas de denúncia a partir de dois casos concretos que justificam essa lição apresentada acima, já que – apesar da notoriedade de ambos — um deles causou um impacto muito maior, tendo em vista que se tratou de um caso de denúncia externa — inclusive, envolvendo questões diplomáticas, conforme se verá. O primeiro é o processo de falência da empresa *Enron*, o qual representa um caso de *whistleblowing* interno, pois a denunciante preferiu informar aos responsáveis da própria empresa. O segundo é o caso do vazamento de dados no banco *HSBC Private Bank*, de Genebra, evento que se enquadra na manifestação de *whistleblowing* externo, tendo em vista que o denunciante jamais buscou um canal de denúncias interno, preferindo levar às autoridades estrangeiras e, por conseguinte, à mídia.

2.3.1 *Whistleblowing* interno: sistemas de denúncia a partir do caso *Enron*

Em 2002, a *whistleblower* Sherron Watkins estampava, na condição de personalidade do ano, a capa da revista norte-americana *Time* ao lado de mais duas denunciantes, responsáveis, a sua vez, por revelarem os escândalos de *Enron*, *WorldCom* e *FBI*.¹⁸⁹ Antes disso, tratava-se apenas de uma funcionária de uma grande empresa, mas, acabou sendo a responsável por denunciar uma fraude contábil que deu cabo a uma das maiores concordatas da história corporativa dos Estados Unidos.¹⁹⁰ Para apresentar seu caso brevemente, vale-se de seu próprio relato do desenrolar dos eventos.¹⁹¹

Atenta-se ao fato de que, nesse caso, houve, por parte da denunciante, uma tentativa de resolver internamente o problema da fraude na contabilidade da empresa. A funcionária optou, primeiramente, por levar as práticas ilícitas que descobrira aos seus superiores hierárquicos na empresa. Não obstante, as suas tentativas fracassaram e o que se viu foi o primeiro grande caso de *whistleblowing* interno no mundo corporativo estadunidense.

¹⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 147.

¹⁸⁹ PERSONS of the year 2002. **Time**, dez. 2002. Disponível em: <<http://content.time.com/time/specials/packages/0,28757,2022164,00.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁹⁰ ENRON: perguntas e respostas. **BBC Brasil**, 30 jan. 2002. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/economia/020128_esp_eronqa.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁹¹ WATKINS, Sherron. The Emperor's new clothes: My Enron story. In: CALLAND, Richard; DEHN, Guy. **Whistleblowing around the world**: Law, Culture and Practice. London: ODAC, p. 61-72, 2004.

Antes de adentrar na sua narrativa, há de se destacar que esse caso foi um divisor de águas na postura legislativa dos Estados Unidos. *In casu*, estabelecida a crise advinda de um crime econômico de magnitude tal a levar a empresa à falência, sobreveio uma resposta legislativa que, a seu turno, foi um propulsor para diversas mudanças na proteção e no incentivo a denunciante.

Findo o processo de falência da *Enron*, em decorrência de uma enorme fraude contábil, houve a edição da *Sarbanes-Oxley Act* (2002). Essa lei, dentre diversas medidas pretendidas, buscou coibir que os superiores hierárquicos se omitissem quando da denúncia de funcionários no âmbito interno da empresa.

A *Enron* foi uma enorme empresa do ramo da energia que chegou a lucrar US\$ 101 bilhões ao ano e a contar com mais de 20.000 funcionários.¹⁹² No final de 2001, quando apresentou o resultado de seus rendimentos, revelou-se um enorme descompasso em sua contabilidade. Ato contínuo, os preços das suas ações despencaram e, depois desse anúncio, a *Securities Exchange Commission* (SEC) — equivalente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) — coordenou um processo de investigação para apurar os resultados da empresa.

Ocorre que, antes de haver o anúncio formal dos resultados da empresa no mercado financeiro, houve diversas tentativas infrutíferas por parte da *whistleblower* de alertar seu superior hierárquico até culminar no ponto em que ela se viu obrigada a formalizar suas denúncias por meio de um memorando interno que, quando da fiscalização da SEC, foi crucial para investigação. Conforme narra Sherron Watkins:

Todos tentaram me convencer de que minha análise estava errada e de que eu estava errada. Eles se perguntavam como é que um dos melhores escritórios de advocacia do estado e uma das melhores empresas de contabilidade do país poderiam ter deixado passar os problemas que eu apontava. Eu comecei a me sentir vulnerável e alienada na medida em que meus colegas começaram a me evitar. As pessoas agiam como se eu quisesse destruir a empresa. No entanto, era exatamente esse medo, o conhecimento de que vinte mil empregados e muitos mais acionistas perderiam tudo se a *Enron* entrasse em colapso, fora isso que me tinha me impedido de ir diretamente a SEC ou a mídia em primeiro lugar.^{193 194}

¹⁹² WATKINS, Sherron. The Emperor's new clothes: My Enron story. In: CALLAND, Richard; DEHN, Guy. **Whistleblowing around the world: Law, Culture and Practice**. London: ODAC, 2004, p. 65.

¹⁹³ WATKINS, Sherron. The Emperor's new clothes: My Enron story. In: CALLAND, Richard; DEHN, Guy. **Whistleblowing around the world: Law, Culture and Practice**. London: ODAC, 2004, p. 69, tradução nossa.

¹⁹⁴ “Everyone tried to convince me that my analysis was wrong, that I was wrong. They would ask how could one of the state's best law firms and one of the country's best accounting firms have missed all of the problems? I began to feel vulnerable and alienated as my colleagues began avoiding me. People acted as though I wanted to tear down the company. However, it was that very fear, the knowledge of the 20 000 employees and many more

Importante salientar que ela cumpriu à risca com os requisitos para se enquadrar na figura de denunciante ora estudada. Aliás, consiste em um exemplo ideal de *whistleblowing* interno. Mesmo que a sua denúncia tenha sido malsucedida, pois seu superior hierárquico fez “vista grossa”, ocorre que, na condição de funcionária, ela levou ao conhecimento de sua autoridade — no âmbito da empresa — as práticas ilícitas que descobrira. Além disso, conforme destacado acima, a *whistleblower* adotou essa decisão, pois acreditava que seria mais benéfica à empresa do que ir diretamente a autoridades externas ou à mídia.

Nota-se que a *Sarbanes-Oxley Act* apostou em sistemas de denúncia interna, isto é, não trouxe previsão de proteger aqueles denunciantes que decidiram ir diretamente para os meios de comunicação. Essa legislação outorgou *status* de *whistleblower* tão somente àqueles que optavam, primeiramente, por levar as irregularidades para o canal de denúncia da empresa.

Desde então, a evolução legislativa estadunidense — país que é referência no assunto — seguiu sendo substancial. Com os desdobramentos da crise econômica de 2008, deu-se o advento da *Dodd-Frank Act* (2010), lei que previu uma reforma do setor financeiro a fim de proteger os consumidores (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*). Tratou-se, em linhas gerais, de uma reforma financeira prevendo responsabilização e regulamentação para os operadores financeiros de *Wall Street*.

Importa destacar que tal legislação foi um marco legislativo, pois definiu a incorporação do *whistleblower* enquanto mecanismo efetivo de denúncia de ilícitos, além de proibir expressamente qualquer meio de retaliação aos denunciantes, ao estabelecer uma causa de ação privada em caso de dispensa ou de discriminação por parte dos empregadores.

Seguindo a tradição da legislação estadunidense no que tange ao incentivo ao *whistleblowing*, está previsto na Seção 922 da *Dodd-Frank Act* que a *Securities Exchange Commission* (SEC) pagará recompensas aos denunciantes que, voluntariamente, fornecerem informações originais que levem a um processo bem sucedido. Por óbvio, o cumprimento das normas para se qualificar a um prêmio, visto que essa legislação define, além de um procedimento específico, condições e requisitos para o *whistleblower* pleitear o pagamento de recompensa pelas informações alcançadas.

stock-holders that would lose if Enron collapsed suddenly, that had kept me from going either to the Securities Exchange Commission or the media in the first place”.

No curso do processo instaurado pela SEC a partir de uma denúncia, se as sanções monetárias impostas a quem infringiu a lei forem superiores a um milhão de dólares, o valor do prêmio deverá estar entre 10% e 30% das sanções monetárias coletadas. É dizer que a base de cálculo para a recompensa é o valor da multa aplicada contra quem cometeu o ilícito.¹⁹⁵

2.3.2 *Whistleblowing* externo a partir do caso *SwissLeaks*: atirem no mensageiro?

O descobrimento de uma das maiores fraudes fiscais do mundo se deveu a quem? Reside nessa pergunta uma disputa de narrativas, pois esse *whistleblower* é apontado, ao mesmo tempo, tanto como herói quanto ladrão de dados.¹⁹⁶ Conforme apontou Ragués i Vallès, autor de destaque sobre o tema, são poucas as figuras que trazem valorações sociais tão ambivalentes como a do denunciante.¹⁹⁷ Talvez não haja afirmação mais acertada do que essa para entender a história desse *whistleblower*.

O caso conhecido como *SwissLeaks*, à primeira vista, pode se configurar como um exemplo emblemático de *whistleblowing*, pois, Hervé Falciani, na condição de engenheiro de sistemas de informática do *HSBC Private Bank* de Genebra, na Suíça, levou ao conhecimento das autoridades do sistema de justiça francês, no ano de 2009, o que foi considerada a “fraude fiscal do século”: uma lista com aproximadamente 130.000 indivíduos diretamente envolvidos com crimes de evasão de divisas chancelados pelo banco.

Nota-se que o caso se encaixa perfeitamente na definição de *whistleblower*, visto que um ex-membro de uma organização bancária levou ao conhecimento das autoridades práticas ilícitas ocorrendo sob coordenação da empresa em que trabalhava. Depois de ter assoprado o apito, a lista *Falciani* chamou a atenção da comunidade internacional, pois trouxe à luz a problemática de *tax evasion*. Em termos de direito penal, trouxe interessante debate: a proteção do bem jurídico sigilo bancário em confronto com as denúncias de evasão fiscal, danosas a outros bens jurídicos também tutelados.

No entanto, na visão do *HSBC Private Bank*, o ex-funcionário, que logo após a denúncia foi se refugiar em Paris, teria subtraído dados do banco e tentado revendê-los mundo

¹⁹⁵ Ponto que se aborda em subitem específico para análise dessa legislação. Para acessar a *hotline* de denúncias da Comissão: <<https://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank/whistleblower.shtml>>.

¹⁹⁶ HAMILTON, Martha M. Whistleblower? Thief? Hero? Introducing the source of the data that shook HSBC. *ICIJ*, 8 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.icij.org/project/swiss-leaks/whistleblower-thief-hero-introducing-source-data-shook-hsbc>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

¹⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.

afora.¹⁹⁸ Ocorre que, conforme a legislação suíça, Hervé Falciani teria realizado a subtração de dados do sistema privado do banco — protegidos pelo sigilo bancário — e, assim, 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.

Em função do problema diplomático causado, apenas em 2013, a *Audiencia Nacional*, Corte Superior da Espanha a quem compete a jurisdição de crimes internacionais, decidiu não extraditar o *whistleblower* sob o fundamento de que as informações por ele providenciadas ensejavam fortes suspeitas de atividades ilícitas.

A Corte espanhola entendeu que as informações alcançadas por Falciani não estariam suscetíveis a uma proteção legítima, tal qual o segredo bancário suíço previa, haja vista que, provavelmente, referiam-se a fraudes fiscais ou à lavagem de dinheiro. Destaca-se aqui um excerto desse *decisum* que deixa em evidência o conflito jurídico causado pelas denúncias de Falciani, bem como o conflito de tipos penais a que está sujeito o agente denunciante:

*Sin embargo, claramente la configuración típico-penal de este delito, que contiene, más allá de los elementos comunes de protección del secreto industrial o comercial contenida en otros preceptos, una protección instrumental extra del propio Estado suizo, incluso frente a los hipotéticos, legítimos, intereses que pudiera tener cualquier otro Estado extranjero sobre la información y por el solo hecho de ser extranjero, lo que connota este tipo penal de la manera que afirma y reconoce la propia fiscalía suiza, y que compartimos, haciendo reconocible en él que se trata ante todo de la protección de los exclusivos “intereses del Estado suizo” frente a los de otros Estados, es decir, se protege un interés jurídico propio, no compartido, dotando al precepto de un innegable carácter político o de ‘delito político’, haciéndolo, por tanto, inidóneo para servir de base a una petición de extradición.*¹⁹⁹

Interessa aqui, sob o ponto de vista da Corte espanhola, a deslegitimação do pleito da procuradoria suíça, pois a justificativa de que a proteção aos bens jurídicos tutelados nos tipos penais a que deram como incurso o denunciante eram de interesse do Estado suíço.

Nota-se que, tanto na França quanto na Espanha, foram divulgados às autoridades competentes os nomes da lista *Falciani*, isto é, dos cidadãos que teriam cometido crimes de

¹⁹⁸ DAVET, Gérard. LHOMME, Fabrice. *SwissLeaks*: Revelações sobre a fraude fiscal do século. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015, p. 99.

¹⁹⁹ Decisão da *Sala Penal de la Audiencia Nacional* de 8 de maio de 2013 (Relator De Prada Solaesa).

evasão de divisas ou de sonegação fiscal. Na França, as autoridades tiveram à disposição uma lista com 8.230 cidadãos franceses que teriam fugido da arrecadação tributária nacional.²⁰⁰

Reside nesse ponto a peculiaridade dos desdobramentos da denúncia levada a cabo por Hervé Falciani, conforme aponta Ramon Ragués i Vallès:

*El caso de este whistleblower resulta especialmente llamativo por cuanto, a la vez que colabora con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Hacienda Pública y la Fiscalía españolas y francesas para descubrir a los evasores, Suiza solicitó su extradición para juzgarle, entre otros delitos, por violación del secreto bancario. Una extradición que fue denegada por España al entender la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que no se cumplía con el requisito de la doble incriminación, por cuanto los datos revelados se referían a hechos posiblemente constitutivos de fraude fiscal o blanqueo de capitales, una información que no es de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto.*²⁰¹

Posto isso, volta-se à sucessão de eventos que seguiram após o *whistleblowing* por parte de Hervé Falciani. Em novembro de 2015, foram julgadas as acusações realizadas, em 2014, pela Procuradoria Suíça pelos crimes de espionagem industrial, obtenção não autorizada de dados privados e violação de segredo bancário.²⁰²

Além disso, cabe destacar que há, na legislação suíça, vasta legislação *whistleblowing*. A Suíça dispõe de ordenamento jurídico que prevê tal instituto e, além de incentivar, o assegura para que realize a denúncia, tanto no âmbito civil quanto no âmbito penal. Ocorre que o agente denunciante ao realizar sua conduta está sujeito a incorrer em diversos delitos previstos na legislação penal suíça.

No que tange às diversas infrações a que está sujeito de cometer um *whistleblower* quando da denúncia, os pesquisadores suíços Carlos Carranza e Sébastian Micotti advertem:

(...) O *whistleblower*, por outro lado, corre o risco de ser perseguido penalmente depois de ter realizado sua denúncia. Isso se verifica, sobretudo, em casos de divulgação externa à empresa, seja por difamação ou por atentar contra a

²⁰⁰ DAVET, Gérard. LHOMME, Fabrice. *SwissLeaks: Revelações sobre a fraude fiscal do século*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1.ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015. p. 121.

²⁰¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 148-9.

²⁰² PROFILE: HSBC whistleblower Herve Falciani. **BBC**, 09 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-31296007>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

personalidade das pessoas visadas na denúncia, seja por violação de segredo decorrente da função – tal como o segredo bancário, notadamente.^{203 204}

Significa dizer que o sujeito denunciante não está imune de incorrer em tipos penais previstos na legislação de seu país. Percebe-se, *in casu*, que foi exatamente o que ocorreu quando do desdobramento do evento *SwissLeaks*, pois, conforme a legislação suíça, Hervé Falciani não apenas atentou contra o sistema bancário, quando recolheu as informações sobre os supostos fraudadores do fisco de diversos países vizinhos, como também incorreu nos tipos penais de violação de segredo comercial e de segredo bancário, nesse sentido:

O *whistleblower* não poderá, ainda, se considerar imune à persecução penal se os elementos probatórios que colheu trazem consigo um problema de legalidade. A problemática é particularmente sensível nessa área em que exista uma obrigação legal ou contratual de denunciar determinadas irregularidades, tais quais os casos de fraude ou de estelionato realizadas no âmbito da empresa – os colaboradores da empresa, frequentemente, não podem recolher provas documentais se estas estiverem cobertas pelo segredo comercial (previsto no art. 162 do Código Penal suíço), ou o segredo bancário (previsto no art. 47 da Lei Federal Bancária).^{205 206}

Diante do exposto, resta evidente que a coleta dos documentos comprobatórios do sistema de dados do banco, por parte de Hervé Falciani, era expressamente proibida, pois esbarrava tanto no Código Penal, em seu artigo 162, quanto na Lei de Bancos da Suíça, em seu artigo 47, que previam ambas a proteção do segredo comercial e do segredo bancário, respectivamente:

²⁰³ CARRANZA, Carlos Jaïco; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing: Perspectives en droit suisse**. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014, p. 64, tradução nossa.

²⁰⁴ Texto original: *Le whistleblower risque par ailleurs de faire l'objet de poursuites pénales, suite à son comportement. Ceci est surtout vrai en cas de divulgation externe à l'entreprise, soit pour diffamation ou pour atteinte à la personnalité des personnes visées par la dénonciation²⁰⁴, soit pour violation d'un secret de fonction, d'affaires ou professionnel – tel le secret bancaire, notamment.*

²⁰⁵ CARRANZA, Carlos Jaïco; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing: Perspectives en droit suisse**. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014, p. 66, tradução nossa.

²⁰⁶ (...) *Le whistleblower ne pourra, là encore, pas se considérer à l'abri de toute suite pénale, si la collecte des éléments de preuve pose à son tour un problème de légalité. La problématique est particulièrement sensible dans les domaines où il existe une obligation légale ou contractuelle de dénoncer certaines irrégularités, tels que des cas de fraude ou d'escroquerie réalisés à l'interne d'une entreprise – les collaborateurs ne pouvant souvent pas recueillir de preuves documentaires, celles-ci étant couvertes par le secret commercial (art. 162 CP) ou le secret bancaire (art. 47 LB), voire le secret de fonction (art. 320 CP) si le dénonciateur est membre de la fonction publique, ou enfin constituer un service de renseignements économiques (art. 273 CP) si les données sont rendues accessibles à un organisme étranger, voire dans des cas bien particuliers, une divulgation de débats officiels secrets (art. 293 CP).*

Aquele que revelar segredo de fabricação ou segredo comercial que lhe estava sob guarda em decorrência de obrigação legal ou contratual, aquele que utilizar esta revelação a seu benefício próprio ou a de terceiro, será punido de uma pena privativa de liberdade de até três anos ou de uma pena pecuniária (tradução do autor).²⁰⁷

Além da disposição expressa no Código Penal suíço, há, também, o crime definido na lei bancária:

É punido de pena privativa de liberdade de até três anos ou de pena pecuniária aquele que intencionalmente: a. Na sua qualidade de membro, empregado, mandatário ou operador de banco, ou ainda membro de sociedade de auditoria, revelar segredo a ele confiado ou cujo conhecimento ele teve em razão de seu cargo ou de seu emprego. b. Incita outro a violar segredo profissional. c. Revela segredo que lhe confiado no sentido da alínea “a” ou explora esse segredo em seu benefício próprio ou em benefício de terceiro. ^{1bis} Será punido de pena privativa de liberdade de até cinco anos ou de pena pecuniária aquele que obtém por ele mesmo ou por terceiro vantagem pecuniária agindo conforme as alíneas “a”, “b” e “c”. ² Se o autor agiu por negligência, ele será punido de multa de até 250.000 francos suíços. ³ Em caso de reincidência dentro dos cinco anos passados de uma condenação transitada em julgado, a pena pecuniária será de 45 dias-multa no mínimo. ⁴ A violação segredo profissional resta punível mesmo quando o cargo, o emprego, ou o exercício da profissão já tenha encerrado. ⁵ As disposições da legislação federal e cantonal sobre a obrigação de informar a autoridade e de testemunhar na justiça são reservadas. ⁶ A perseguição e o julgamento das infrações previstas pela presente disposição são de incumbência cantonal. As disposições gerais do código penal são aplicáveis (tradução do autor).²⁰⁸

Dessa maneira, não há de se negar que Falciani estava exercendo uma função que, evidentemente, incidia a obrigação legal e contratual de manter os segredos comercial e bancário. Contudo, como apontam Carlos Carranza e Sébastian Micotti, na Suíça, muitas vezes o sujeito denunciante enfrenta essa situação de incerteza frente à amplitude de sua

²⁰⁷ Article 162. *Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

²⁰⁸ Article 47. *Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement: a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi; b. incite autrui à violer le secret professionnel; c. révèle un secret qui lui a été confié au sens de la let. a ou exploite ce secret à son profit ou au profit d'un tiers. ^{1bis} Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en agissant selon l'al. 1, let. a ou c. ² Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus. ³ En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins. ⁴ La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin. ⁵ Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées. ⁶ La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons. Les dispositions générales du code pénal sont applicables.*

proteção.²⁰⁹ No caso analisado, conforme ordenamento jurídico suíço, o *whistleblower* incorreu em diversos tipos penais.

Portanto, cumpre alertar que Hervé Falciani foi condenado, *in absentia*, à pena de cinco anos de prisão pela Justiça suíça.²¹⁰ Os magistrados entenderam que a sua motivação não seria de *whistleblowing*, pois ele havia tentado vender os dados. Ademais, alegaram que seria equivocado afirmar que se tratava de crimes sem vítimas.

Depois disso, o próprio *HSBC Private Bank* foi multado em, aproximadamente, €30 mi pelas autoridades de Genebra,²¹¹ assim como no processo criminal conduzido pela Procuradoria francesa há outro litígio sancionatório milionário.²¹²

²⁰⁹ CARRANZA, Carlos Jáico; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing**: Perspectives en droit suisse. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014, p.67.

²¹⁰ DAVET, Gérard. LHOMME, Fabrice. **SwissLeaks**: Revelações sobre a fraude fiscal do século. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015. p. 217.

²¹¹ GARSIDE, Juliette. HSBC whistleblower given five years' jail over biggest leak in banking history. **The Guardian**. 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/news/2015/nov/27/hsbc-whistleblower-jailed-five-years-herve-falciani>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

²¹² DAVET, Gérard. LHOMME, Fabrice. **SwissLeaks**: Revelações sobre a fraude fiscal do século. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015, p. 199.

2.4 O advento da *Dodd-Frank Act* e a regulação do *whistleblower*: dos requisitos para ser recompensado e protegido a partir desse marco legal

Em se tratando de regulação da economia no século XXI, optou-se por iniciar essa parte do trabalho com uma lição de Eric Hobsbawn, quem escreveu sobre rumo do milênio com acertada visão ao pontar três aspectos alarmantes da economia mundial nos fins do século XX:

Primeiro, a tecnologia continuou a forçar a mão-de-obra na produção de bens e serviços, sem proporcionar trabalho suficiente do mesmo tipo para os que expulsava nem assegurar uma taxa de crescimento econômico suficiente para absorvê-los. Segundo, enquanto a mão-de-obra continuava sendo um fator político importante, a globalização da economia transferiu a indústria de seus velhos centros nos países ricos, com mão-de-obra de alto custo, para países cuja principal vantagem, sendo tudo demais igual, eram mãos e cabeças baratas. (...) o terceiro aspecto preocupante da economia mundial do *fin-de-siècle*, seu triunfo e o da ideologia de livre mercado puro enfraquecia ou mesmo eliminava a maioria dos instrumentos para controlar os efeitos sociais das convulsões econômicas. A economia mundial era uma máquina cada vez mais poderosa e incontrolável. Poderia ser controlada, e, se podia, por quem?²¹³

Nota-se o paralelismo com a última grande crise econômica em escala global: com efeito, a desregulação econômica pregada pelos defensores do livre mercado aceleraram o colapso financeiro de *Wall St.* a partir de 2008, e os efeitos sociais foram impactantes em uma escala sem precedentes.

Conforme referido anteriormente, em 2010 foi promulgada nos Estados Unidos a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*.²¹⁴ Essa lei federal colocou em prática a reforma financeira — propulsionada pelo governo do presidente Barack Obama — enquanto resposta à crise financeira iniciada em 2008, a qual assolou o sistema financeiro estadunidense (e mundial, por via lógica de consequência).

²¹³ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 550.

²¹⁴ A Lei *Dodd-Frank* de Reforma de *Wall Street* e de Proteção ao Consumidor é a Lei Pública nº 111-203 de 21 de julho de 2010 (tradução nossa). No original: *Public Law N° 111-203 approved on July 21, 2010*. Essa legislação está irrestritamente acessível no *U.S. Government Publishing Office* – publicação oficial, tal qual o Diário Oficial da União no Brasil -, a agência responsável pelas publicações oficiais do governo federal dos EUA. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/content-detail.html>

Consoante o enunciado da própria *Dodd-Frank Act*,²¹⁵ tal legislação estabeleceu como seu objetivo principal promover a estabilidade financeira dos Estados Unidos mediante melhorias na responsabilização e na transparência do sistema financeiro para dar fim às entidades financeiras que eram consideradas grandes demais para ir à bancarrota (*too big to fail*), para proteger o contribuinte dando fim aos resgates financeiros (*bailouts*) e para proteger os consumidores desses serviços financeiros de práticas abusivas por parte dos agentes e operadores desse mercado.²¹⁶

Passa-se à análise normativa da referida lei. De antemão, destacam-se dois pontos específicos desta que é considerada a legislação mais avançada da atualidade em termos de incentivo e de proteção à figura do agente denunciante: a regulação do *whistleblower* em termos de pré-requisitos e de procedimento, bem como o papel do *whistleblower* no sistema de *compliance* de todas as multinacionais que se submetem à legislação federal estadunidense.

2.4.1 Da crise econômica à regulação do sistema financeiro por meio da *Dodd-Frank Act*

Faz-se necessário *a priori* um breve apanhado fático da crise econômica que culminou com uma das maiores reformas impostas ao mercado financeiro dos Estados Unidos, a qual, em termos legislativos, trouxe um sistema mais avançado de proteção e recompensa àqueles que decidiram denunciar.

Primeiramente, cabe destacar a importância dessa legislação, a qual se traduz numa verdadeira mudança de paradigma, tendo em vista que o mercado financeiro estadunidense não era submetido a tal regulação desde a sua última grande crise. De acordo com Léon Berini:

(...) *la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Act incorpora los cambios más significativos en la regulación financiera de los Estados Unidos desde la reforma que siguió a la Gran Depresión del año 1929. Ello representa un cambio*

²¹⁵ De acordo com o próprio enunciado da Lei *Dodd-Frank* de Reforma de *Wall Street* e de Proteção ao Consumidor (tradução nossa).

²¹⁶ *An act / To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end “too big to fail”, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes.*

*significativo en el contexto económico, empresarial y regulatorio estadounidense, cosa que afecta a todos los organismos federales de regulación financiera y a casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros del país.*²¹⁷

Impõe-se, desse modo, abordar *en passant* a crise econômica que teve início em 2008. O epicentro da crise foi o colapso da bolha especulativa imobiliária nos Estados Unidos, fato que, a sua vez, repercutiu rápida e amplamente em todos os mercados financeiros, em função da economia globalizada.

Ao abordar a questão do neoliberalismo e da globalização econômica, Andrei Zenkner Schmidt desenvolve uma ponderação crítica do capitalismo contemporâneo entre políticas econômicas e contingências sociais. Em sua análise, esse autor rebate a crítica que, à época, vinculava a fragilidade da soberania do Estado à desregulamentação da economia, ao afirmar que:

A crítica sequer poderia ser mantida, hoje, em relação ao modelo americano, pois as crises econômicas de 2001 – relacionada às fraudes contábeis de grandes corporações –, de 2007 – envolvendo os créditos *subprime* – e seus reflexos no sistema financeiro em 2008/2009, foram decisivas para que as premissas liberais daquela economia sucumbissem às demandas mundiais por uma regulamentação garantidora de transparência e de liquidez do sistema financeiro mundial.²¹⁸

Destaca-se, ainda, a sequencia dessa exposição, quando o autor faz referência à *Dodd-Frank Act* e, além disso, aponta a tendência que desponta no século XXI de revisar algumas diretrizes do Consenso de Washington, sobretudo, no que dizia respeito à política de não intervenção estatal na economia e de que o livre mercado realizaria *per se* sua própria autorregulação:

O mais severo ajuste regulatório da economia americana nas últimas décadas, aprovado pelo Congresso dos EUA em 2010, rompeu as próprias bases do *neoliberalismo*: restrição de concessão de crédito por instituições financeiras, regulamentação de produtos financeiros, autorização para que o FED (banco central americano) fiscalize todos os fundos de investimento – especialmente os especulativos fundos de *hedge* e *private equity* –, criação de agências reguladoras de concessão de crédito etc. A primeira década do século XXI, nesse rumo, veio a confirmar a necessidade de revisão de algumas das diretrizes do *Washington*

²¹⁷ BERINI, Léon. El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. In: **Criminalidad de empresa y Compliance**: Prevención y reacciones corporativas, coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernandez. Barcelona: Atelier, 2013, p. 131.

²¹⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

consensus, notadamente as que se relacionam à política de desregulamentação da economia.²¹⁹

Em termos mais específicos, a crise financeira foi resultado de uma combinação de fatores, mas teve como reflexo a crise do *subprime*, isto é, a concessão de empréstimos hipotecários de alto risco (*subprime loan* ou *subprime mortgage*) para clientes sem comprovação de renda. Essa prática deu-se por falhas na regulação do mercado financeiro, o que permitiu a concessão desenfreada de créditos hipotecários e de transferência de riscos, haja vista a provável inadimplência desses tomadores de crédito que, simplesmente, não tinham condições de quitar as suas dívidas, conforme aponta Leandro Sarcedo ao abordar os efeitos dessas indesejáveis práticas:

Então, com a eclosão da chamada crise dos *subprimes* ou derivativos, ocorrida a partir do ano de 2008 e nascida evidentemente de condutas criminosas adotadas pelas instituições financeiras, todo o planeta mergulha numa gravíssima recessão econômica, cujas consequências continuam a ser suportada, principalmente pelas camadas mais humildes de trabalhadores e aposentados dos EUA e nos diversos países integrantes da União Europeia, com reflexos nas nações emergentes, como o Brasil.²²⁰

A crise do crédito hipotecário culminou com a bancarrota do banco de investimentos *Lehman Brothers*, em meados de setembro de 2008, cuja consequência foi a completa desconfiança no sistema financeiro a ponto de fazer o mercado de capitais desmoronar. Nesse cenário de predomínio dos interesses do capital financeiro sobre o capital produtivo — um dos fatores que contribuiu para essa crise econômica —, apenas com o alcance de grandes aportes de recursos públicos é que as instituições financeiras foram salvas, mesmo que diversas delas tenham sido as responsáveis pelas operações escusas que propiciaram a conjuntura catastrófica da época.

Em outras palavras, com a finalidade de superar a crise, o governo norte-americano viu-se obrigado a quitar a dívida de diversos bancos e operadores do mercado especulativo a fim de evitar o colapso financeiro total. Daí, retoma-se o enunciado da lei em estudo, quando

²¹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 42-43.

²²⁰ SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 20-21.

faz referência ao *bailout*: o resgate financeiro aportado pelo governo às agências operantes no mercado e às corporações financeiras que eram consideradas *too big to fail*.

Nesse contexto de reforço da necessidade da intervenção estatal e da regulação da economia, deu-se o surgimento da lei que reformou todo o sistema financeiro do mais influente país desse mundo globalizado, a *Dodd-Frank Act*. Portanto, há de se manter em mente o caráter de supervisão e de controle dos agentes financeiros para reativar a economia e proteger o consumidor, mas, também, vale destacar o papel central que a referida lei delega ao *whistleblower* para articular e incentivar o cumprimento dos ditames legais.²²¹

2.4.2 Dos critérios de aplicação dos mecanismos de proteção e de recompensa financeira previstos na *Dodd-Frank Act*:

Findo esse breve aporte histórico, evidentemente, cabe salientar que a *Dodd-Frank Act* refere-se exclusivamente à aplicabilidade de um programa de *whistleblower* no cenário do mercado financeiro e dos possíveis ilícitos praticados em suas operações. Desse modo, passe-se à análise normativa da referida lei: como funciona o sistema de recompensa e de proteção ao *whistleblowing* nos termos da referida lei?

A Seção 922 da *Dodd-Frank Act* estabeleceu um novo programa de *whistleblower* ao reformar a Seção 21F da *Securities Exchange Act of 1934*²²² (também referida como *Exchange Act*) de modo a incentivar os agentes corporativos (em inglês, *corporate insiders*) em atuação no mercado financeiro a prestar assistência à *Securities and Exchange Commission (SEC)*²²³ com a identificação dos ilícitos e, conseqüentemente, dos responsáveis, os quais serão processados judicial ou administrativamente nos termos da lei. Ademais, a Seção 21F dessa lei proíbe a retaliação contra o empregado que remeteu informações à Comissão. Além disso, tornou-se viável a qualquer denunciante submeter — mesmo que anonimamente — denúncias de possíveis violações às leis que concernem valores mobiliários.

²²¹ BERINI, Léon. El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. In: **Criminalidad de empresa y Compliance**: Prevención y reacciones corporativas, coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernandez. Barcelona: Atelier, 2013, p. 136-7.

²²² Tradução nossa: Lei de Valores Mobiliários de 1934.

²²³ Tradução nossa: Comissão de Valores Mobiliários.

De acordo com essa mudança legislativa, a *SEC* dispõe de competência para atribuir vultosas recompensas financeiras — até 30% do valor da sanção imposta ao malfeitor — ao *whistleblower* que forneceu, voluntariamente, informação original que conduziu a um processo bem-sucedido, cujo resultado seja a imposição de sanções monetárias que excedam a quantia de um milhão de dólares.²²⁴ Em outras palavras, a *Dodd-Frank Act* prevê a recompensa financeira única e exclusivamente se, ao final do processo que teve início com a denúncia do *whistleblower*, os responsáveis pelos ilícitos sejam condenados a uma pena pecuniária que exceda o patamar de US\$ 1.000.000,00.

Para entender melhor o funcionamento da lei, tem-se de subdividir essa análise através dos requisitos legais da própria legislação a fim de melhor compreender seus conceitos, 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. Em suma, esses são todos os capítulos da Seção 922 da referida lei, a qual prevê os incentivos e as proteções ao *whistleblower* que se reportar a *SEC*, passa-se agora para uma explicação do conteúdo de cada um desses pontos destacados.²²⁵

De início, são seis as definições que a lei aplica: (1) Ação judicial ou administrativa, (2) Fundo, (3) Informação original, (4) Sanções monetárias, (5) Ação conexa, e (6) *Whistleblower*.²²⁶ Parte-se para a explicação dos conceitos, realizando-se tradução direta dos termos da lei em estudo: 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 que resulte em sanções monetárias que excedam um milhão de dólares.²²⁷ A definição do Fundo é bastante sucinta: trata-se do Fundo de Proteção da Comissão de Valores Mobiliários.²²⁸ Nos termos da lei, a definição de informação original interessa bastante a esse trabalho. Basicamente, a informação original é aquela cuja única

²²⁴ CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. *How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies*. In: **Temas de anticorrupção & Compliance**. Coordenação de Alessandra DEL BEBBIO, Bruno Carneiro MAEDA, Carlos Henrique da Silva AYRES. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 251.

²²⁵ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. Securities Whistleblower Incentives and Protection*.

²²⁶ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a)*.

²²⁷ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a) Definitions – In this section the following definitions shall apply: (1) Covered judicial or administrative action: The term ‘covered judicial or administrative action’ means any judicial or administrative action brought by the Commission under the securities laws that results in monetary sanctions exceeding \$1,000,000.*

²²⁸ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a) Definitions – In this section the following definitions shall apply: (2) Fund: The term ‘Fund’ means the Securities and Exchange Commission Investor Protection Fund.*

fonte possível é o *whistleblower*, sem o qual a Comissão jamais teria conhecimento.²²⁹ 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.²³⁰ Conforme depreende-se, 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.²³¹

No que tange à recompensa pecuniária prevista por essa legislação.²³² Em linhas gerais, está disposto que caberá recompensa na seguinte situação: em qualquer ação judicial ou administrativa (ou ação relacionada), a Comissão [SEC], de acordo com as regulações dispostas pela Comissão [SEC Final Rules], deverá pagar uma recompensa (ou recompensas) para um ou mais *whistleblowers* que, voluntariamente, tenham fornecido à Comissão informações originais que fizeram com que a execução da ação judicial ou administrativa ou ação relacionada fosse bem-sucedida, o montante a ser pago deverá ser (A) não inferior a 10% do total que foi coletado nas sanções monetárias impostas na ação judicial ou administrativa ou relacionadas; e (B) não mais de 30% do total que foi coletado nas sanções impostas nas ações relacionadas.²³³ Ademais, o Fundo de Proteção da Comissão de Valores

²²⁹ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a) Definitions – In this section the following definitions shall apply: (3) Original information: The term ‘original information’ means any information that (A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; (B) is not known to the Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and (C) 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 information.*

²³⁰ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a) Definitions – In this section the following definitions shall apply: (4) Monetary sanctions: The term ‘monetary sanctions’, when used with respect to any judicial or administrative action means: (A) any monies, including penalties, disgorgement, and interest, ordered to be paid; and (B) any monies deposited into a disgorgement fund.*

²³¹ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(a) Definitions – In this section the following definitions shall apply: (6) Whistleblower: The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relation to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission.*

²³² *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(b).*

²³³ *Dodd-Frank Act. Section 922. 21F(b)(1):*

(1) In general. - In any covered judicial or administrative action, or related action, the Commission, under regulations prescribed by the Commission and subject to subsection (c), shall pay an award or awards to 1 or more whistleblowers who voluntarily provided original information to the Commission that led to the successful enforcement of the covered judicial or administrative action, or related action, in an aggregate amount equal to (A) not less than 10 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions; and (B) not more than 30 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions.

Mobiliários (*Securities and Exchange Commission Investor Protection Fund*) é de onde sai o dinheiro a ser pago ao *whistleblower*.²³⁴

Parte-se, então, para uma abordagem da doutrina norte-americana sobre a referida legislação,²³⁵ tendo em vista que os autores Amy Conway-Hatcher, Linda Griggs e Benjamin Klein fazem uma análise da *Dodd-Frank Act* partindo dos seguintes quesitos: (a) a elegibilidade do *whistleblower*; (b) a recompensa financeira ao *whistleblower*; (c) as previsões antirretaliação; (d) a identidade do *whistleblower* e a possibilidade de denúncia anônima; e, por fim, (e) as implicações quando a denúncia é realizada por *whistleblowers* estrangeiros, isto é, os reportantes que não forem cidadãos estadunidenses.²³⁶

Cabe lembrar que a *Dodd-Frank Act* previu a competência exclusiva da *SEC* para legislar sobre qualquer regra ou regulação necessária para aplicação dessa lei. Inclusive, a Seção 21F é uma alteração na própria Lei de Valores Mobiliários.²³⁷ Sendo a Comissão a autoridade competente, nos termos da própria lei,²³⁸ houve mudanças. Com efeito, a *SEC* legislou e instaurou um procedimento de implementação do programa de *whistleblower* estabelecido pela *Dodd-Frank Act: Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934*, tal legislação é conhecida como as *Final Rules*, isto é, as regras finais para fins de implementação do programa de proteção e de recompensa ao denunciante.²³⁹

Desse modo, destaca-se que a própria definição do termo *whistleblower* já foi incrementada, em virtude dessa alteração legislativa, adicionou-se a “possibilidade de violação”. Desse modo, o *whistleblower* é aquele que, sozinho ou em conjunto com outros,

²³⁴ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(b)(2). “Payment of awards – Any amount paid under paragraph (1) shall be paid from the Fund”.*

²³⁵ O artigo em tela explica o funcionamento da *Dodd-Frank Act* no que concerne à possibilidade de pagamento de recompensa, bem como as implicações da referida lei e as práticas mais recomendáveis para as empresas multinacionais.

²³⁶ CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: **Temas de anticorrupção & Compliance**. Coordenação de Alessandra DEL BEBBIO, Bruno Carneiro MAEDA, Carlos Henrique da Silva AYRES. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 251-269.

²³⁷ *Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934.*

²³⁸ *Dodd-Frank Act. Sec. 922. 21F(j) Rulemaking Authority – The Commission shall have the authority to issue such rules and regulations as may be necessary.*

²³⁹ As “Regras Finais” codificaram a nova Seção 21F (17 C.F.R. §240.21F-1) e foram disponibilizadas pela *SEC* em 25 de maio de 2011 por meio da Portaria nº 64545. No original: “Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934” (May 25, 2011) (the “Adoption Release”). Disponível em: <http://www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf> Acesso em 20 out. 2017.

fornece à Comissão informações que se relacionam a possíveis violações da lei que tenham ocorrido, estejam ocorrendo ou venham a ocorrer.²⁴⁰

Cabe menção ao alerta feito por Amy Conway-Hatcher, Linda Griggs e Benjamin Klein quando anunciam que, mesmo com a alteração das *Final Rules* acima referida, as proteções antirretaliação ao *whistleblower*, previstas na *Dodd-Frank Act*, não dependem do fato da *SEC* encontrar uma violação real à lei.²⁴¹

Por óbvio, nesse caso hipotético não há de se falar em possibilidade de recompensa financeira ao denunciante, tendo em vista que o processo posto em prática pela Comissão não irá resultar em sanções monetárias àquele que, *in thesi*, estava infringindo a lei.

Cuida-se apenas de proteger o *whistleblower*, haja vista que ele cumpriu com os outros requisitos legais e, desse modo é merecedor das medidas antirrepresália proteção que a legislação prevê. De acordo com a lei, nenhum empregador pode demitir, demolir, suspender, ameaçar, assediar, direta ou indiretamente, ou de qualquer outra maneira discriminar qualquer empregado que forneça informações à *SEC*, auxilia em uma investigação da *SEC* ou faça uma divulgação necessária ou protegida.²⁴²

Portanto, volta-se à questão da premiação financeira alcançada ao denunciante a título de recompensa. Alinhado com essa questão de cumprir com os requisitos, aborda-se a problemática da elegibilidade. Nesse ponto, tem-se de observar três critérios: a voluntariedade, a informação original e as excludentes de elegibilidade.

No que tange à voluntariedade, as regras finais da *SEC* acerca da implementação do programa de *whistleblowing* da *Dodd-Frank Act* são bastante claras: a voluntariedade é requisito essencial e deve ser demonstrada, imprescindivelmente, antes de qualquer inquérito ou ação por parte de qualquer autoridade do governo, inclusive, da própria *SEC*.²⁴³

²⁴⁰ 17 C. F. R. §240. 21F-2(a). No original: *you are a 'whistleblower' if, alone or jointly with others, you provide the Commission [with information] ... and the information relates to a possible violation of the federal securities laws (including any rules or regulations thereunder) that has occurred, is ongoing, or is about to occur.*

²⁴¹ CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: **Temas de anticorrupção & Compliance**. Coordenação de Alessandra DEL BEBBIO, Bruno Carneiro MAEDA, Carlos Henrique da Silva AYRES. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 253-254.

²⁴² *Exchange Act* Section 21F(h)(1)(A)(iii). No original, (...) *no employer may discharge, demote, suspend, threaten, harass, directly or indirectly, or in any other manner discriminate against any employee who provides information to the SEC, assists in an SEC investigation, or makes a required or protected disclosure.*

²⁴³ 17 C. F. R. §240. 21F-4(a)(1).

A informação original, conforme referido anteriormente, tem a sua definição na própria lei, mas, além do que já foi posto, a alteração legislativa das *Final Rules* destaca que a informação deve ser inédita para a Comissão, visto que deriva de um conhecimento independente do denunciante. Além disso, restou previsto o prazo de 120 dias para o *whistleblower* que forneceu informações, primeiramente, ao setor de *compliance*, reportar à *SEC* esse mesmo relato e ainda ser considerada uma informação original.²⁴⁴ Desse modo, o *whistleblower* tem o ônus da prova para comprovar que a informação repassada internamente era, de fato, original e foi relatada naquela data.

Quanto aos critérios de cálculo da recompensa a ser paga — além do requisito apontado acima que envolve a necessidade de reportar o ilícito, anteriormente, para o programa de *compliance* ou canal de denúncia interno de onde trabalha — cumpre destacar os outros critérios que a *SEC* levará em consideração para estabelecer a recompensa financeira dentro da previsão de 10% a 30% das sanções monetárias recolhidas.

Destacam-se seis critérios para cálculo da premiação alcançada ao *whistleblower* que cumpra os requisitos de elegibilidade: (1) a importância da informação fornecida para o sucesso da atuação da *SEC* no descobrimento do ilícito, isto é, a correlação da denúncia com uma ação judicial ou administrativa que seja bem-sucedida; (2) o nível de colaboração do *whistleblower* ou de seus representantes legais para com as investigações da *SEC*; (3) o interesse programático da Comissão em pagar vultosas recompensas a fim de dissuadir as violações à legislação federal em torno dos valores mobiliários; (4) se o *whistleblower* interagiu ou não com o sistema interno de *compliance* do seu local de trabalho, conforme citado anteriormente; (5) a responsabilidade do *whistleblower* em relação às violações reportadas por ele; e, (6) a possibilidade do *whistleblower* ter demorado injustificadamente para denunciar as violações.²⁴⁵

Cumpra, por fim, destacar os casos de exclusão de elegibilidade, nos termos da lei e das alterações posteriores realizadas pela *SEC*. Estão excluídas da possibilidade de receberem premiações, de acordo com as *Final Rules*, as seguintes categorias de indivíduos: (a) os diretores, isto é, membros da organização (gerentes, curadores, sócios) que receberiam informações sobre as supostas condutas ilícitas do sistema interno de *compliance* da própria

²⁴⁴ 17 C. F. R. §240. 21F-4(b)(7).

²⁴⁵ CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: **Temas de anticorrupção & Compliance**. Coordenação de Alessandra DEL BEBBIO, Bruno Carneiro MAEDA, Carlos Henrique da Silva AYRES. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 255-256.

empresa; (b) os funcionários do setor de *compliance*: obviamente, aqueles profissionais cuja responsabilidade consiste em auditar o funcionamento interno de determinada empresa a fim de reportar atividades ilícitas não podem, ao mesmo tempo, serem *whistleblowers*, por uma incompatibilidade de função; (c) os contadores: empregados de firmas de contabilidade, mesmo em se tratando da auditoria de empresas públicas, não são elegíveis a recompensas se a informação da possível violação à lei está relacionada à sua atuação profissional para com o seu contratante; (d) os advogados que obtêm informações em decorrência de sua atuação profissional: evidentemente, o advogado que acessa uma informação que, hipoteticamente, poderia ser objeto de uma denúncia à *SEC* não pode ser elegível para receber uma recompensa, pois incide o sigilo profissional entre advogado e cliente; e, (e) funcionários públicos estrangeiros, incluindo empregados de empresas públicas, são inelegíveis para recompensa.²⁴⁶

Não obstante, incidem algumas exceções, por exemplo, quando esses indivíduos inelegíveis acima apontados acreditam (e comprovam) que a denúncia para a *SEC* é necessária para prevenir que determinada empresa se envolva em condutas que podem causar danos substanciais à empresa e aos investidores, ou quando eles acreditam (e comprovam) que a empresa está adotando condutas que visam a impedir a investigação de possíveis violações.²⁴⁷

De acordo com o relatório anual, organizado pela própria *SEC*, acerca do desenvolvimento das atividades do programa de *whistleblower* instaurado pela *Dodd-Frank Act*, desde o início da implementação desse programa, a Comissão já pagou a título de recompensa financeira mais de U\$111 milhões para 34 *whistleblowers*.²⁴⁸ Além disso, a Comissão, por meio de seu gabinete específico para tratar do tema – *SEC's Office of the Whistleblower* – informou que o ano fiscal de 2016 pagou o total de U\$57 milhões em premiações aos denunciantes, mais do que todas as recompensas juntas, desde o início do programa.

Em 2012, fez-se necessário uma emenda ao *Whistleblower Protection Act of 1989*. Trata-se de um avanço legislativo dos Estados Unidos para proteger, também, o *whistleblower* não atuante no setor privado, isto é, àquele membro do governo federal que decide denunciar

²⁴⁶ 17 C. F. R. §240. 21F-4(b)(4)(iii)(A).

²⁴⁷ 17 C. F. R. §240. 21F-4(b)(4)(iv).

²⁴⁸ U. S. Securities and Exchange Commission. 2016 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. Disponível em: <https://www.sec.gov/whistleblower> . Acesso em 15 out. 2017.

ilícitos ocorrendo dentro da própria Administração Pública Federal. Essa lei federal, ao contrário da estudada nesse subitem, não prevê recompensas financeiras, mas, sim, proteção aos denunciantes que trabalham para o governo e venham a denunciá-lo. São proibidas quaisquer ações de retaliação contra qualquer empregado em razão da divulgação de informações.

Conforme pronunciamento do Senado estadunidense, a reforma de 2012 – *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012* - deu-se em virtude da necessidade de fortalecer os direitos e as proteções ao *whistleblower* que vier a atuar em denúncias envolvendo condutas ilícitas no governo federal.²⁴⁹ Ademais, salienta-se que é mais uma legislação federal em torno dos denunciantes aqui estudados, isto é, o reconhecimento crescente do papel crítico que os *whistleblowers* exercem nesse país em termos de manutenção de um governo honesto e eficiente.

Em se imaginando a hipótese de adotar tal legislação no âmbito nacional, o legislador brasileiro não poderia se olvidar de quatro parâmetros — todos com lastro na legislação recém estudada — que definiriam critérios justos para operacionalizar o pagamento de recompensas: (i) o montante do valor recuperado,²⁵⁰; (ii) a relevância e a originalidade das informações alcançadas pelo denunciante; (iii) o volume de dinheiro envolvido e (iv) a complexidade da atividade criminosa que foi descoberta em decorrência da informação prestada pelo denunciante.

Em resumo, vale-se das palavras conclusivas de Leon Berini, sob o viés do direito penal, para destacar os mais relevantes aspectos da reforma introduzida pela referida lei, destacando o papel dos *whistleblowers*:

A) En general, se exige a las entidades financieras de riesgo sistémico el establecimiento de programas internos eficaces de cumplimiento de la normativa federal.

B) Se reconoce a los whistleblowers un papel central en la articulación del sistema de control de cumplimiento efectivo de la normativa económica y financiera.

²⁴⁹ U. S. Senate . Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012: report of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs. Disponível em: http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf . Acesso em 17 out. 2017.

²⁵⁰ Lembrando sempre que a recompensa pecuniária não guarda vínculo com os valores recuperados pelo erário. A lei estadunidense estudada nesse subcapítulo resta clarividente nesse ponto: o valor de recompensa (compreendido no patamar de 10% a 30%) incide sobre as sanções monetárias impostas ao(s) infrator(es) quando essas excedem um milhão de dólares em um processo instaurado com esse fim, no qual a contribuição do *whistleblower* tenha sido fundamental para o sucesso da causa. Faz-se necessário esse apontamento, tendo em vista algumas explicações imprecisas na doutrina.

C) Se elevan los estándares normativos que configuran los deberes de cuidado de los asesores financieros y de inversión; así, se modifica el contenido de la posición de garante de dichos profesionales, cuya responsabilidad penal potencial es mayor.

D) En definitiva, el ámbito de la imputación (objetiva y subjetiva) de las actuaciones de los profesionales del sistema financiero se va ampliado: la tendencia es a reducir los riesgos permitidos en la actividad económica de mayor complejidad; con el fin de proteger a los inversores se restringe claramente el marco de las conductas neutrales.²⁵¹

Enfim, o reforço dos deveres de denúncia e a cominação de sanções pelo descumprimento, a estabilidade laboral do denunciante contra represálias — dever de readmissão e de indenização — e até mesmo a concessão de recompensas representam algumas formas concretas de fomento ao *whistleblowing* que podem ser encontradas atualmente na legislação estadunidense.

²⁵¹ BERINI, Léon. El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. In: **Criminalidad de empresa y Compliance**: Prevención y reacciones corporativas, coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernandez. Barcelona: Atelier, 2013, p. 141.

2.5 Política criminal e *whistleblowing*: do fomento das denúncias enquanto instrumento preventivo do delito

Na atualidade, o principal fator de geração da crise do direito penal é, sem dúvida, o de sua legitimidade. Esse debate encontra sua raiz na própria formação do Estado democrático de Direito, tendo em vista que, para além da crise de legitimidade, resta sensível a possibilidade do abuso de poder por parte do Estado. Norberto Bobbio ensina que:

(...) o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode ser corretamente chamado de processo de “constitucionalização” do direito de resistência e de revolução. Os institutos através dos quais se obteve esse resultado podem ser diferenciados com base nos dois modos tradicionais mediante os quais se supunha que ocorresse a degeneração do poder: o abuso no exercício do poder (o *tyrannus quoad exercitium*) e o déficit de legitimação (o *tyrannus absque titulo*).²⁵²

Portanto, criar um contexto de racionalidade, de compatibilidade entre as novas exigências sociais e as garantias constitucionais, conciliando-as em uma perspectiva democrática, é a tarefa da política criminal racional, por intermédio da qual seria possível a legitimação do direito penal como fenômeno social, complexo e indispensável para a construção de um Estado de Direito. Obviamente, afastando-se de qualquer possibilidade de abuso no exercício do poder. Tanto por parte do Estado quanto por parte daquele que decida atuar em prol desse sob promessa de ser recompensado.

Percebe-se que uma cultura de denúncia pode ter efeitos nefastos em termos de política pública, basta imaginar o que ocorreria se as denúncias levadas às autoridades por *whistleblowers* fossem diretamente para imprensa. Desse modo, em vez de tramitar regularmente em um programa de *compliance* ou apenas de um canal de denúncia, elas teriam vazão em veículos de imprensa cada vez mais interessada em midiaticizar a informação sem real interesse investigativo nem preventivo. Isso poderia colocar em risco não apenas a reputação dos envolvidos — até que fossem averiguadas as denúncias reportadas o dano já teria ocorrido —, mas também talvez extrapolasse a função a que se propõe essa figura.

Primeiramente, impõe-se delimitar que a política criminal se ocupa essencialmente da questão de como o direito penal deve interagir com determinada sociedade em sua tarefa de proteger os mais relevantes bens jurídicos.

²⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 148.

Ao se pensar sobre o tipo de prevenção, adotam-se aqui os questionamentos de Laura Zúñiga Rodríguez, autora de obra de destaque sobre política criminal, a saber:

Si adoptamos una concepción de la prevención meramente intimidatoria, considerando el sistema penal como eje de respuestas políticocriminales, esto es, que el fin de la pena es la prevención de conductas mediante la amenaza del castigo, quizás se está pariendo de posturas equivocadas sobre la motivación de la conducta de las personas. Han sido las investigaciones criminológicas las que han cuestionado con mayor dureza la idea de prevención fundada en la intimidación.

[...]

*Desde concepciones criminológicas modernas, se entiende también como prevención “el efecto disuasorio mediato, indirecto, perseguido a través de instrumentos no penales, que alteran el escenario criminal modificando algunos de los factores o elementos del mismo (espacio físico, diseño arquitectónico y urbanístico, actitudes de las víctimas, efectividad y rendimiento del sistema legal, etc.). Se pretende así, poner trabas y obstáculos de todo tipo al autor en el escenario del crimen que “encarece”, sin duda, los costes de éste para el infractor, con el consiguiente efecto inhibitorio”.*²⁵³

Na realidade, o conceito de prevenção pressupõe antecipar ou evitar algo, *in casu*, para os fins do presente escrito, a criminalidade econômica e os crimes contra a Administração Pública. Nessa esteira, Ramón Ragués i Vallès destaca, ainda uma vez, que:

*Una de las ecuaciones más elementales de la política criminal establece que la capacidad de disuasión de la pena respecto del potencial delincuente no sólo depende de la severidad de la sanción, sino también de la probabilidad de su imposición. Una idea de la que suele derivarse la afirmación de que cuanto más eficaces sean los poderes públicos en el efectivo descubrimiento del delito y la puesta del delincuente a disposición de la justicia menor podrá ser la gravedad de los castigos sin que por ello el sistema penal se resienta en el cumplimiento de sus funciones.*²⁵⁴

Nessa avaliação, de nada adiante uma política criminal que não funcione. Os princípios constitucionais implícitos estabelecidos em função do Estado democrático de Direito devem ser observados, com igual intensidade, pelo legislador penal ordinário, quando da criminalização ou descriminalização de condutas, bem como da tutela e incentivo de práticas como a de *whistleblowing*

O processo de construção social do fenômeno *whistleblowing* e sua posterior legislação específica foram determinadas pelas demandas de novos instrumentos de prevenção e de descobrimento de comportamentos delitivos. Tais demandas se justificam à

²⁵³ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política Criminal**. Madrid: Colex, 2001. p. 41.

²⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, p. 34.

medida em que *whistleblowers* podem oferecer aos legisladores — que apostaram nessa política criminal de incentivo a delações — informações internas sobre as agências em que trabalham que dificilmente seriam descobertas por meios diversos.

A reação da sociedade ante o fenômeno do crime não pode ser simplesmente passional (de caráter superficial, fácil, punitivista), porém racional, tendo em vista a complexidade do fenômeno do crime (quer sejam os ilícitos do direito penal tradicional, quer a criminalidade econômica transnacional).

2.5.1 Da efetividade da recompensa financeira: o que motiva um *whistleblower*?

Sobre a motivação do reportante a doutrina aponta para a recompensa financeira. Há muitos que a justificam como uma indenização que visa a compensar os danos que o *whistleblower* criou para si. A verdade é que nesse ponto de discussão sobre efetividade da recompensa financeira na legislação *whistleblowing* incidem prós e contras. Segundo os partidários da retribuição pecuniária, o oferecimento de recompensas é o estímulo mais decisivo para lograr êxito. Em consequência disso, mais sujeitos optariam pela prática de *whistleblowing*, isto é, estimularia outros denunciante em potencial a divulgar as informações que descobriram sobre condutas ilícitas.

De fato, se a efetividade da lei depende ou não de uma recompensa financeira, tem-se complexas reflexões acerca de seu funcionamento e de seus objetivos. Para essa pergunta não há uma resposta específica. Aliás, cabe a questão: a expectativa de uma recompensa financeira é o que move realmente muitos sujeitos para realizar sua denúncia?

Por parte daqueles que contestam a via da recompensa financeira como única alternativa, há o entendimento de que os informantes agem impelidos pela vontade de cumprir com obrigações jurídicas e morais. Ora, ainda uma vez, trata-se de uma impasse cuja resposta não é única. Existe, via de regra, na imensa maioria dos empregados – tanto do setor público quanto do privado – um ânimo de cumprir suas funções dentro da legalidade. Nessa linha, não há espaço para condutas antiéticas e práticas ilícitas.

Ainda, a oposição coloca também que a premiação financeira para o *whistleblower* pode funcionar ao revés, no sentido de que pode ser considerado por muitos potenciais agentes denunciante como um desincentivo. Por óbvio, pode simplesmente parecer que o que está os movendo e os levando a tomar tal decisão de vir a público é, em realidade, a ideia de lucrar.

Em contrapartida, há uma corrente que acredita que a gratificação financeira é a solução que garante efetividade à legislação *whistleblowing*. Colocam que, sem a previsão de uma recompensa, diversos denunciante se sentiriam desmotivados e não entenderiam o incentivo em trocar sua posição de conforto em prol de algo abstrato como o interesse público.

Há, sem via de dúvida, um interessante debate a ser desenvolvido. Então, existe na doutrina o temor de que a efetividade da legislação *whistleblowing* dependa da recompensa financeira. No que tange ao ineditismo do debate, há essa previsão de que a experiência brasileira deve ser iniciada com a previsão de gratificação financeira ao denunciante. Dessa forma, as consequências pessoais e profissionais decorrentes da colaboração seriam compensadas.

Por sua vez, Ramón Ragués i Vallès traz mais elementos para análise, o primeiro que cumpre ser citado vai diretamente de encontro à fixação de um percentual do montante recuperado é a solução enquanto recompensa financeira. Assevera o autor que incidiria o risco de que o potencial *whistleblower* não informe as autoridades rapidamente para, assim, prolongar a situação visando a aumentar o montante do prejuízo financeiro e, em consequência disso, a base de cálculo da recompensa. Ademais, o autor destaca:

Otra crítica frecuente tiene que ver con el riesgo, por así decirlo, de crear una excesiva motivación a denunciar en determinados sujetos con el consiguiente peligro de que se produzca un exceso de denuncias intrascendentes, poco meditadas o directamente falsas, con la consecuencia de que las administraciones tengan que dedicar buena parte de su tiempo a distinguir la información verdadera de la falsa, se abran investigaciones abocadas al fracaso y se lesione injustificadamente la reputación de los denunciados.²⁵⁵

Entretanto, o próprio autor segue a argumentação asseverando que tal realidade poderia ser evitada ou reduzida. De maneira a dispor a recompensa apenas quando confirmada definitivamente a veracidade da denúncia no correspondente processo judicial ou administrativo. Além das previsões de tipos penais que podem incidir em caso de denúncias que restarem comprovadamente infundadas, tais quais os delitos de denúncia caluniosa e de falso testemunho.

Por fim, há de se destacar uma faceta que merece reflexão em face da escolha de estimular economicamente as denúncias: o fato do Estado tornar todos os empregados —

²⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 58.

tanto do setor público quanto do setor privado — em delatores em potencial. Assevera Ramón Ragués i Vallès, ainda uma vez, a respeito das consequências de tal decisão:

(...) convirtiendo a todos los empleados en potenciales informantes del Estado, puede alimentarse un clima de desconfianza mutua que destruya el buen ambiente que conviene que impere en entornos como la empresa o administración. En este mismo sentido, se pone en evidencia cómo el ofrecimiento de recompensas supone una invitación a los denunciantes a acudir directamente a las autoridades y no a canalizar sus denuncias a través de los sistemas internos con los que la empresa pueda contar, de tal modo que se resta sentido a tales procedimientos en contradicción con aquellas iniciativas públicas que pretenden fomentarlos y se agrava el daño ocasionado a la empresa.²⁵⁶

No entanto, cabe destacar que o próprio autor ressalva que essa crítica também pode ser de fácil resolução, desde que a legislação *whistleblowing* preveja que o denunciante deva esgotar todas as possibilidades internas de realizar a denúncia para, então, em não logrando êxito, informar as autoridades externas.

Em realidade, ambos os apontamentos acima destacados e pelo próprio autor solucionados já foram resolvidos no advento da lei estadunidense estudada acima. A *Dodd Frank Act* prevê que irá analisar se o *whistleblower* reportou anteriormente ao sistema de denúncia interno da empresa e, também, se o *whistleblower* não demorou expressamente para realizar a sua denúncia com intuito de se beneficiar de alguma maneira.

2.5.2 Dos canais de denúncia enquanto medida de prevenção: sistemas de *compliance* e administração pública

Ao escrever sobre o direito fundamental à boa administração pública, Juarez Freitas define que os princípios da prevenção e da precaução impõe ao Estado o dever de agir preventivamente a fim de evitar que ocorram delitos:

O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a Administração Pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de evento danoso, tem a obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não

²⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013 p. 58.

podendo invocar meros juízos de conveniência ou oportunidade em sentido contrário.²⁵⁷

O autor conclui que o grande desafio para uma boa gestão na Administração Pública seria o de “inovar conservando”, talvez esses dizeres possam servir de baliza para uma eventual inovação legislativa que preveja proteção e incentivo ao *whistleblowing*:

Ao fim e ao cabo, o grande desafio, no exercício da discricionariedade administrativa, é o de inovar conservando. Prever e precaver, sem sufocar a ousadia. Na prática, ainda tem preponderado o exato oposto dessa diretiva: em vez de inovar com segurança, perdura, aqui e ali, a filosofia do curto prazo, mediante golpes erráticos de voluntarismo. Em vez de conservar inovando, introduzem-se elementos desagregadores da consistência de políticas públicas.²⁵⁸

No que tange à intersecção entre sistemas de *compliance* e programas de *whistleblower* o ponto em comum de maior destaque seria a acessibilidade a um canal de denúncias. Inclusive, em 2015, a Controladoria-Geral da União (CGU) inovou ao lançar uma cartilha com diretrizes para que as empresas privadas incorporassem sistemas de *compliance*.²⁵⁹ Essa cartilha veio para estabelecer a referência aos programas de integridade presentes na Lei Anticorrupção, conforme anteriormente referido.

Destacam-se algumas determinações presentes na cartilha que dialogam com o tema aqui desenvolvido: diferentes canais de denúncia que possibilitem um amplo recebimento de comunicação de irregularidades; acessibilidade dos canais de denúncia não só para o público interno, mas também para aqueles terceiros que participam externamente do funcionamento da empresa; proteção aos denunciantes de boa fé no sentido de não haver retaliação; possibilidade de recebimento de denúncias anônimas; transparência para que o denunciante possa acompanhar a tramitação da denúncia realizada; comunicação e treinamento dos funcionários para que saibam sobre a existência e o funcionamento dos canais de denúncia e das políticas de proteção, e monitoramento contínuo dessas atividades, dentre outras.

Em suma, tanto a referida Lei Anticorrupção, regulada por seu respectivo decreto, quanto as diretrizes estabelecidas e disponibilizadas pela CGU restam bastante clarividentes

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental À Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

²⁵⁸ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental À Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132.

²⁵⁹ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 26 out. 2017.

no que tange aos parâmetros a serem adotados pelas pessoas jurídicas que visem a implementar programas de integridade.

Vale trazer também a experiência espanhola: no âmbito da legislação tributária, o país convive normalmente com o fomento da denúncia entre cidadãos através de incentivos econômicos, pois acreditam ser uma ferramenta de combate à fraude fiscal e, portanto, recompensam pecuniariamente àquele denunciante que trazer às autoridades fiscais uma denúncia que resulte em recuperação de ativos ao erário.²⁶⁰

Em termos de direito penal, a autora Cristina Rodríguez-Yague aponta que o ordenamento jurídico espanhol traz:

Dos son las cuestiones que, en el marco del Derecho penal español, se deben abordar respecto a la regulación de la figura del delator – al margen de la previsión de la exención/atenuación de la pena en determinados tipos delictivos que por razones sistemáticas he optado por tratar al analizar los aspectos procesales -. La primera se refiere a la existencia o no de una obligación de impedir y/o denunciar determinados delitos y la segunda a si tal comportamiento puede suponer a su vez una conducta delictiva por parte de quien lo revela.²⁶¹

Quando se refere às denúncias de irregularidades por empregado público, a autora Beatriz García-Moreno questiona se a comunicação de irregularidades seriam uma obrigação ou um direito do empregado público e parte para a seguinte reflexão:

Al igual que ocurre en el sector privado, en las administraciones públicas la denuncia de irregularidades es obligatoria bajo determinadas circunstancias. Así, la obligación de denunciar no plantea demasiadas dudas en aquellos casos en los que el puesto de trabajo o la concreta actividad encomendada implican una especial responsabilidad sobre el correcto desarrollo de la misma. Así como en el ámbito empresarial no se discute la obligación del auditor de denunciar las irregularidades contables de las que tuviera conocimiento, igual ocurre en el sector público con los interventores o, incluso, con los miembros de los servicios jurídicos de la administración. En estos casos, la obligación de denunciar sería una de las funciones implícitas al puesto que ocupan. Y lo mismo puede afirmarse de los superiores respecto de las actividades irregulares cometidas por sus subordinados.²⁶²

²⁶⁰ GARCÍA-MORENO, Beatriz. Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CATALAYUD, Manual. **Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos.** Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. (Estudios penales. Marino Barbero Santos, 13). p. 58-9

²⁶¹ RODRIGUEZ YAGUE, Cristina. La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude.** Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 456.

²⁶² GARCÍA-MORENO, Beatriz. Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CATALAYUD, Manual. **Public compliance:**

Revela-se, portanto, que a possibilidade de utilizar esse tipo de incentivo financeiro a título de recompensa desaparece quando os denunciantes são funcionários públicos. De certo modo, impõe-se aqui — independente do direito positivo — um dever cívico de colaborar com a administração da justiça e de atuar contra o cometimento de delitos, na medida do possível, sem que essa intervenção venha a trazer risco para o próprio denunciante ou mesmo a terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, lançou-se a seguinte questão como ponto de partida: de que maneira as crises moldam o direito penal? Naturalmente, não se pode ter a pretensão de responder essa pergunta ao esgotamento. Primeiro, em razão de ser um tema de amplitude bastante vasta. Além disso, são necessárias futuras investigações para dar conta do desenvolvimento das experiências de *whistleblowing* em diversos países. Crê-se que, então, a resposta mais completa irá prescindir de um processo que levará mais tempo.

Vale-se da lição da autora norte-americana Shawn Marie Boyne quando reflete sobre os processos de mudança que levaram à evolução da proteção ao *whistleblower* nos Estados Unidos:

O atual estado da arte de proteção de denunciadores nos Estados Unidos se deve em grande parte pelo resultado da confluência das recorrentes ondas de cobertura midiática que expuseram as fraudes que ocorriam dentro do governo, o crescimento das despesas públicas e do envolvimento do governo nas fraudes divulgadas, e as tentativas do Congresso de responder à publicidade negativa que denunciava as fraudes. A sucessão de crises públicas iniciando desde *Watergate*, passando pelo desperdício de recursos na Guerra do Iraque, até o colapso do mercado de capitais e da indústria financeira demonstraram que o Estado necessita de *whistleblowers* para ajudar a expor fraudes e desperdícios na administração pública. Tal qual demonstrado pelas sucessivas tentativas legislativas de estender proteção aos *whistleblowers* a reforma “geralmente é precipitada por alguma crise ou novo movimento político que perturba o *status quo* preexistente”.²⁶³²⁶⁴

Tal citação cabe para iniciar as considerações finais, pois a chave para compreender a complexidade da legislação *whistleblowing* e da implementação de programas de *whistleblower* reside exatamente no estudo da evolução legislativa do país que mais avançou nessa nova aposta de descobrimento e prevenção de irregularidades praticadas dentro ou fora dos governos.

²⁶³ BOYNE, Shawn Marie. Whistleblowing. *The American Journal of Comparative Law*, v. 62, n. 1, jul. 2014, p. 454-455.

²⁶⁴ “The current patchwork of whistleblower protection in the United States is largely the result of the confluence of recurring waves of media publicity exposing government fraud, the growth in government spending and involvement, and Congress’s attempts to respond to adverse publicity concerning government fraud. The succession of public crises running from *Watergate* to the wasteful spending in the Iraq War, to the collapse of the financial and securities industries have demonstrated that the government needs whistleblowers to help expose fraud and waste. As successive legislative attempts to extend whistleblower protections have demonstrated, reform “is usually precipitated by some crisis or new political movement that disrupts the preexisting status quo”.

Diante da conjuntura atual, não se pode negar que, ao lado dos avanços tecnológicos integrantes de nossa época, a criminalidade se apresentou ao século XXI de maneira bem mais organizada e especializada. Não por acaso, na explanação acima, quando se tratou do instituto da colaboração premiada houve a citação das sucessivas inovações legislativas que abarcaram o tema.

Nesse sentido, este estudo se propôs a afirmar que, conjuntamente à sofisticação da criminalidade, deve haver, como reflexo, a sofisticação da lei penal – e não apenas a hiperinflação penal desprovida de efetividade.

Faz-se necessário pensar o instituto do *whistleblowing* sob a perspectiva penal enquanto ferramenta de prevenção e mecanismo de descobrimento de comportamentos criminosos. Ademais, pensar em práticas delitivas vinculadas não apenas ao ambiente empresarial, como crimes contra o sistema financeiro nacional, contra o consumidor, contra o meio ambiente, dentre outros; como também, os crimes praticados contra a Administração Pública, crimes de fraude à licitação e crimes de corrupção.

A prevenção ocorre em virtude da comunicação, pelo informante, de um crime antes mesmo dele ocorrer ou se consumir, isto é, antes da efetiva lesão ao bem jurídico. É o caso, por exemplo, do funcionário de uma indústria de alimentos que, na condição de membro e, em função de seu acesso à informação e a práticas suspeitas, denuncia às autoridades competentes a utilização de uma substância tóxica existente em determinado produto que está na iminência de ser lançado no mercado para consumo do público.

De outra banda, verifica-se que mesmo depois de praticado o delito, o informante confere eficiência à investigação e ao descobrimento adequado dos fatos, vindo a indicar elementos ou a fornecer documentos que conduzam à necessária investigação e, conseqüentemente, responsabilização penal dos agentes infratores.

Ao longo desse estudo, foram examinados dois exemplos bastante próximos da resposta buscada. Trata-se do advento de duas leis estadunidenses anteriormente abordadas. A primeira, refere-se às mudanças trazidas pela *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002, a qual estendeu a proteção legal aos *whistleblowers* do setor privado. Até então, a legislação existente protegia e recompensava apenas aqueles do setor público. Conforme referido, não restam dúvidas de que a fraude contábil da *Enron* impulsionada pela *whistleblower* do caso influenciou o advento desse marco legal.

A Lei Sarbanes-Oxley restou considerada como a mais notável e de maior extensão em termos de regulamentação da governança corporativa. Essa legislação promoveu ampla regulação da atividade corporativa, fundamentando-se 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 (*fairness*).²⁶⁵

A segunda, a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, além de reformar o funcionamento do sistema financeiro de *Wall Street*, após a crise que se alastrou a partir de 2008 e afetou todos os mercados globais, previu um procedimento específico com regras para formalizar uma denúncia e, caso ela venha a se tornar uma ação bem-sucedida da Comissão competente, poder pleitear a recompensa advinda da sanção pecuniária. Aqui, ainda uma vez, destaca-se que a legislação foi pensada de modo a evitar a formação de uma nova crise. Em outras palavras, optou-se por favorecer quem trazer às autoridades negociações escusas que colocam em risco todo o sistema financeiro, tal qual o que havia ocorrido.

Cabe destacar a reflexão proposta no segundo caso debatido, o conflito aparente entre a tutela de alguns bens jurídicos: as fraudes ao fisco descobertas em decorrência de uma violação de sigilo bancário. Nesse sentido, vimos, para além de um debate de dogmática penal, uma questão diplomática, na qual sobreveio decisão de Corte Superior da Espanha em resposta ao pleito de extradição do foragido da justiça suíça. Reside nesse precedente, interessante reflexão: o sigilo bancário não poderia acobertar informações já divulgadas cujo conteúdo indicava a existência de outros crimes. Para a corte suíça que, à revelia, condenou o *whistleblower* do caso *SwissLeaks* parece que não há essa relativização.

Naturalmente, não se pode ter a pretensão de esgotar um tema de amplitude tão vasta, atual e desafiadora. As experiências em termos de legislação *whistleblowing* estão em constante desenvolvimento e gradativamente hão de surgir cada vez mais casos. Entretanto, como ideias finais, sustentam-se algumas considerações que se impõem:

A um, o estudo do material sendo produzido desde o primeiro marco legal nos Estados Unidos até a sucessão de leis que levaram à incorporação da figura do *whistleblower* na prática jurídica e política desse país. Esse fenômeno se deve à abrangência de casos de *whistleblowing* do setor privado até a administração estatal. A sua vez, isso incorre em mais decisões administrativas, mais precedentes judiciais, mais aperfeiçoamento dos procedimentos internos dos programas de *whistleblower*: do recebimento da informação à

²⁶⁵ ANDRADE, Adriana. ROSSETI, José Paschoal. **Governança Corporativa**. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183.

conclusão do processo de responsabilização e, conseqüentemente, do cálculo da recompensa financeira devida. Tal pesquisa teria como fim apontar as correções que foram sendo realizadas ao longo da evolução legislativa estadunidense.

Tome-se como exemplo alguns debates que surgem de início sobre o tema: a realização de denúncias falsas com fim de prejudicar outrem ou a atuação de má-fé do reportante ao retardar a apresentação de sua denúncia com a finalidade de aumentar a sanção pecuniária a ser imposta e, desse modo, a sua própria recompensa sobre o valor, ambas essas hipóteses estão combatidas nas regras finais da autoridade competente para implementar o programa de *whistleblower* previsto na *Dodd-Frank Act*, conforme referido em subitem específico no presente trabalho.

A dois, dedicar esforços para fazer a leitura adequada do momento de reinvenção do capitalismo globalizado: os impactos das crises financeiras impuseram a adoção de diversos sistemas preventivos nas empresas e demais instituições.

Por fim, aceitar a transparência enquanto tendência tanto nas relações do setor privado quanto nas negociações envolvendo a Administração Pública (e demais atores sociais). Talvez seja na busca por mais transparência que delitos como a corrupção, as fraudes e os demais crimes econômicos tenham progressivamente menos espaço para que sejam consumados.

Em suma, o reforço dos deveres de denúncia e a cominação de sanções pelo descumprimento, a estabilidade laboral do denunciante contra represálias — dever de readmissão e de indenização — e até mesmo a concessão de recompensas representam algumas formas concretas de fomento ao *whistleblowing* que podem ser encontradas atualmente na legislação estadunidense.

As informações apresentadas nesta revisão sustentam um argumento em favor de que, com a finalidade de uma resposta eficiente ao atual panorama de sofisticação criminal, deve-se, como reflexo de tal, buscar a sofisticação legislativa em termos de leis penais. Seria prudente, ao menos, estudar seriamente o que foi desenvolvido nas legislações específicas ao longo das últimas décadas a fim de tomar uma decisão embasada em critérios reais e em análises sobre o impacto do desenvolvimento desse tipo de inovação legislativa. Para tanto, parece imprescindível não apenas investir em debate público, mas também na capacitação técnica do legislador brasileiro.

Há de se considerar a sedução dessa proposta legislativa que incorpore programas de *whistleblower* e venha a consolidar como positiva a ideia de recompensar — seja

financeiramente, seja proteção da identidade ou de represália no ambiente de trabalho — alguém que venha a comunicar o Estado de ilícitos que estavam sendo cometidos.

Considerando-se a atual conjuntura brasileira, arrisca-se a fazer uma afirmação final: por mais interessante que seja o debate, de nada adiantaria a adoção de uma legislação avançada — nos moldes da norte-americana e seguindo a tendência dos tratados de direito internacional assinados pelo país — sem que houvesse um investimento em estrutura para fazer com que a lei pudesse funcionar adequadamente e ser cumprida.

Entretanto, há de se pensar sobre essa questão do fomento de denúncias como estratégia político-criminal. Isso pode ser uma maneira inovadora de apostar em mudanças positivas na política criminal contemporânea, atuando de maneira preventiva e vindo a descobrir ilícitos que talvez nunca se tivesse conhecimento. Talvez, inclusive, essa contribuição do legislador pode vir a instaurar uma cultura mais cidadã, pois está focada em fazer com que o cidadão comum possa participar de mecanismos que visam a preservar a Administração Pública ao comunicar sobre irregularidades que não raro são de interesse público.

Especialmente, no que se refere a eventos delitivos relacionados com empresas privadas e com a corrupção na Administração Pública. A ênfase desse trabalho reside justamente em pensar meios de prevenção e de descobrimento de delitos a partir de propostas criativas de política criminal.

Apenas o advento legislativo, sem o respectivo debate com a própria sociedade sobre uma figura a ser adotada que envolve o ato de denunciar outrem à autoridade seria condenar uma ideia possivelmente boa, em termos específicos da legislação estudada nesse trabalho. Enfim, não há como estruturar um cenário de mudança sem envolver os principais agentes disso: os cidadãos, quer integrem a administração pública, quer façam parte do setor privado, são eles os diretamente afetados em um Estado democrático de Direito que mal faz cumprir a sua legislação (em termos de aplicação do direito penal no sistema de justiça criminal: a (in)aplicabilidade da Lei de Execuções Penais) e propõe um avanço legislativo vindo de alhures como se, no Brasil, qualquer solução fosse simplesmente promulgar uma lei importada de outra realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, James; DANIELS, Mark. Managing the whistleblowing employee. **The Labor Lawyer**, v. 8, n. 1. p. 19-70, 1992.

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

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASSANGE, Julian ... [et al.]. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013.

ASSANGE, Julian. **When Google Met WikiLeaks**. Nova Iorque: OR Books, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

BERINI, Léon. El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. In: **Criminalidad de empresa y Compliance**: Prevención y reacciones corporativas, coord. Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernandez. Barcelona: Atelier, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOYNE, Shawn Marie. Whistleblowing. **The American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 1, p. 425-455, jul. 2014.

CALLAND, Richard; DEHN, Guy (Org.). **Whistleblowing Around The World – Law, Culture and Practice**. London: ODAC, 2004.

CARRANZA, Carlos Jaïco; MICOTTI, Sébastian. **Whistleblowing**: Perspectives en droit suisse. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONWAY-HATCHER, Amy; GRIGGS, Linda; KLEIN, Benjamin. How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies. In: **Temas de anticorrupção & Compliance**. Coordenação de Alessandra DEL BEBBIO, Bruno Carneiro MAEDA, Carlos Henrique da Silva AYRES. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DAVET, Gérard; LHOMME, Fabrice. **SwissLeaks**: Revelações sobre a fraude fiscal do século. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2015.

DOYLE, Charles. Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes. **Congressional Research Service**, Washington D. C., p. 1-49, ago. 2009.

ENRON: perguntas e respostas. **BBC Brasil**, 30 jan. 2002. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/economia/020128_esp_eronqa.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de Criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa. **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999. 19ª edição.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. In: **Justiça e Democracia**. São Paulo: Revista semestral de informação e debates, 1996.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental À Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros editoras Ltda., 1ª edição, 2007.

GARCÍA-MORENO, Beatriz. Whistleblowing como forma de prevenção de la corrupción en la administración pública. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CATALAYUD, Manual. **Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos**. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. (Estudios penales. Marino Barbero Santos, 13).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Problemas Actuales de la Criminología**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1948.

GREENE LLP. **U.S. Department of Justice Recovers Close to \$6 Billion in False Claims Act Cases in 2014**. 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://whistleblowerattorneys-blog.com/2014/11/u-s-department-justice-recovers-close-6-billion-false-claims-act-cases-2014.html>>. Acesso: 04 nov. de 2016.

GODOY, André Ricardo. **Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 134, ano 25. P. 269-289. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HASSEMER, Winfried. “Perspectiva de uma moderna política criminal.” In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 2, nº 8, out.-dez., 1994.

HESCH, Joel D. Breaking the Siege: Restoring Equity and Statutory Intent to the Process of Determining *qui tam* Relator Awards Under the False Claims Act. **Thomas M. Cooley Law Review**, Lansing, Michigan, v. 29, n. 2, p. 218-283, jul./set. 2012.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUNOD, Valerie. Best practices for an internal whistleblowing platform. **Frontiers of law in China**, v. 10, n. 3, p. 475-487, 2015.

KRUGMAN, Paul. **A Crise de 2008 e a Economia da Depressão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009 .

LEROY, Jacques. **Droit Pénal Général**. 4ª Ed. Paris: Lextenso éditions, 2012.

LUTTERBACH, Carolin. **Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings**. 172f. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Bremen, Bremen, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013

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

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política Criminal**. Madrid: Colex, 2001.

RODRIGUEZ YAGUE, Cristina. La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo**: eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco** (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

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

_____. **Política criminal e crimes econômicos**: uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Editorial B. de F., 2001.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

WATKINS, Sherron. The Emperor's new clothes: My Enron story. In: CALLAND, Richard; DEHN, Guy. **Whistleblowing around the world**: Law, Culture and Practice. London: ODAC, p. 61-72, 2004.

ŽIŽEK, Slavoj. **Problema no paraíso**: do fim da história ao fim do capitalismo. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

REFERÊNCIAS DIGITAIS:

ALEKSANDER, Irina. **Edward Snowden's Long, Strange Journey to Hollywood**. 30 aug. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/09/04/magazine/edward-snowdens-long-strange-journey-to-hollywood.html>>. Acesso em: 17 out. 2016.

DUCA, Lauren. **Edward Snowden Realeses Statement Following 'Citizenfour' Oscars Win. 23 fev. 2014**. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/entry/citizen-four-best-documentary_n_6716094> . Acesso em: 20 jan. 2016.

ENRON: perguntas e respostas. BBC Brasil, 30 jan. 2002. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/economia/020128_esp_eronqa.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GARCIA, Feliks. **Chelsea Manning: Why was the whistleblower who exposed some of America's most brutal wae crimes serving such a harsh sentence?**. 17 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/chelsea-manning-commuted-why-in-prison-brack-obama-clemency-a7532466.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

GARSIDE, Juliette. **HSBC whistleblower given five years' jail over biggest leak in banking history**. The Guardian. 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/news/2015/nov/27/hsbc-whistleblower-jailed-five-years-herve-falciani>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

GARTON ASH, Timothy. **WikiLeaks has altered the leaking game for good. Secrets must be fewer, but better kept**. 30 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2011/mar/30/wikileaks-secrets-whistleblowers-new-rulesl>> . Acesso em: 21 set. 2017.

GREENE LLP. **U.S. Departement of Justice Recovers Close to \$6 Billion in False Claims Act Cases in 2014**. 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://whistleblowerattorneys-blog.com/2014/11/u-s-department-justice-recovers-close-6-billion-false-claims-act-cases-2014.html>>. Acesso: 04 nov. de 2016.

HAMILTON, Martha M. **Whistleblower? Thief? Hero? Introducing the source of the data that shook HSBC**. ICIJ, 8 fev. 2015. Disponível em:

<<http://www.icij.org/project/swiss-leaks/whistleblower-thief-hero-introducing-source-data-shook-hsbc>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

HARDING, Luke. **How Edward Snowden went from loyal NSA contractor to whistleblower.** The Guardian, 01 fev. 2014. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2014/feb/01/edward-snowden-intelligence-leak-nsa-contractor-extract>. Acesso em: 16 nov. 2016.

KNIGGE, Michael. **US take diferente approaches to whistle-blowing.** Deutsche Welle, 05 set. 2010. Disponível em: <www.dw.de/europeu-us-take-different-approaches-to-whistle-blowing/a-5965148>. Acesso em: 03 de nov. 2016.

KOHN, Stephen. **The Whistle-Blowers of 1777.** The New York Times, 12 jun. 2011. Disponível em: <www.nytimes.com/2011/06/13/opinion/13kohn.html>. Acesso em: 16 nov. 2016.

KRAMER, Andrew E. **Russia Extends Edward Snowden's Asylum.** 18 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/01/18/world/europe/edward-snowden-asylum-russia.html>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

MANNING, Chelsea. **Chelsea Manning: The Dystopia We Signed Up For,** 13 sep. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/13/opinion/chelsea-manning-big-data-dystopia.html>> Acesso em: 21 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **ILO Thesaurus.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/thesaurus>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Oxford English Dictionary Updates Some Entries & Adds New Words; Bada-Bing, Cypherpunks, and Wi-Fi Now in the OED", ResourceShelf, 16 set. 2006. Disponível em: <<http://web.resourceshelf.com/go/resourceblog/43743>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PERSONS of the year 2002. Time, dez. 2002. Disponível em: <<http://content.time.com/time/specials/packages/0,28757,2022164,00.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PILKINGTON, Ed; PENGELLY, Martin. **Chelsea Manning announces run for US Senate with video on Twitter,** 14 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/jan/13/chelsea-manning-democrat-us-senate-maryland>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PROFILE: HSBC whistleblower Herve Falciani. BBC, 09 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-31296007>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

RADACK, Jesselyn. **Why Edward Snowden Wouldn't Get a Fair Trial.** 21 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/jesselyn-radack-why-edward-snowden-wouldn8217t-get-a-fair-trial-1390351525?tesla=y>> . Acesso em: 20 jan. 2017.

SAVAGE, Charlie. **Chelsea Manning Leaves Prison, Closing an Extraordinary Leak Case,** 16 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/05/16/us/politics/chelsea-manning-leaves-prison.html?smid=fb-share>> . Acesso em: 20 mai. 2017.

SAVAGE, Charlie. **Chelsea Manning to Be Released Early as Obama Commutes Sentence**, 17 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/01/17/us/politics/obama-commutes-bulk-of-chelsea-mannings-sentence.html>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SHANE, Scott. LEHREN, Andrew. **Leaked Cables Offer Raw Look at U.S. Diplomacy**, 28 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/11/29/world/29cables.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

SMITH, Matt. **NSA leaker comes forward, warns of agency's 'existencial threat'**. 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2013/06/09/politics/nsa-leak-identity/index.html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

TATE, Julie. **Bradley Manning sentenced to 35 years in WikiLeaks case**. 21 ago. 2013. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/judge-to-sentence-bradley-manning-today/2013/08/20/85bee184-09d0-11e3-b87c-476db8ac34cd_story.html>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Transparency International. **Recommended draft principles for whistleblowing legislation**. Berlin: 2009. Disponível em:
Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional: Proteção ao Depoente Especial. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/>> Acesso em: 20 out. 2017.

U. S. Securities and Exchange Comission.2016 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. Disponível em: <<https://www.sec.gov/whistleblower>>. Acesso em: 15 out. 2017.

U. S. Senate. **Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012: report of the Committee on Homeland Security and Governamental Affairs**. Disponível em: <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

UNTERSINGER, Martin. FOLLOROU, Jacques. **Trois ONG demandent à Barack Obama le pardon pour Edward Snowden**. 14 set. 2016. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/international/article/2016/09/14/edward-snowden-sollicite-le-pardon-d-obama_4997435_3210.html>. Acesso em: 14 nov. 2016.



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