

Entre o anonimato e o sigilo
A interação do Whistleblower com o Processo Penal
Between anonymity and secrecy
The Whistleblower's interact with Criminal Procedure

Mateus Vaz e Greco¹

Paola Alcântara Lima Dumont²

Resumo: Pretendeu-se através do presente trabalho abordar a figura do Whistleblower, recentemente introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/19. Passando-se brevemente pela sua definição, e delineando seus contornos a partir da concepção apresentada por Ragués i Vallès, o artigo teve como objeto central a análise da elasticidade, tanto do anonimato quanto do sigilo do denunciante, no processo penal. O trabalho pretendeu observar os reflexos da atuação do Whistleblower a partir da instauração de um processo judicial penal, frente ao direito de defesa pautado no contraditório. Propôs, ao fim, duas críticas principais: a necessidade de definição de um marco temporal ao sigilo do denunciante para instauração do processo penal judicial, e, também, a exposição da inconstitucionalidade do art.4º B da Lei 13.608/18, recentemente introduzido pela Lei 13.964/19.

Palavras-Chave: Whistleblower - Compliance - Denúncias anônimas - Processo Penal

Abstract: Through this present study the intention is to analyze the Whistleblower figure, recently introduced in brazilian legislation by 13.964/19 act. Briefly passing through its definition, and outlining its contours from the conception presented by Ragués i Vallès, the

¹ Advogado, Mestrando em Direito pela PUC Minas, Pesquisador Bolsita FAPEMIG Biênio 2016/2017, CAPES 2020/2021, Pós Graduado em Direito Penal Econômico pelo IDPE da Universidade de Coimbra, Especializado em Compliance - LEC/FGV e Colaborador do Núcleo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos SERDH.

² Advogada, Mestranda em Direito pela PUC Minas, na linha da Intervenção Penal, Pós Graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas IEC, Pós Graduada em Ciências Criminais pela ESA OAB/MG.

article had as its central object the analysis of the elasticity, both of anonymity and of the whistleblower's secrecy, in the criminal process. The work intended to observe the reflexes of the Whistleblower's performance from the beginning of a criminal judicial process, against the right of defense based on the adversary. At the end, he proposed two main criticisms: the need to define a time frame for the whistleblower's secrecy for the initiation of judicial criminal proceedings, and also the exposure of the unconstitutionality of art.4 B of Law 13.608 / 18, recently introduced by Law 13.964 / 19.

Keywords: Whistleblower - Compliance - Anonymous reports - Criminal Prosecution

1. Introdução

A partir da Lei 13.964/19 uma nova figura foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, o Whistleblower.

Em tradução literal do inglês, o termo seria trazido ao vocábulo brasileiro como “*aquele quem assopra o apito*”, mas ao buscar uma acepção do instituto que melhor se adegue ao conceito jurídico da figura, portanto fugindo da literalidade, poder-se-ia dizer em “denunciante” ou em “informante”.

Trata-se de uma figura já instituída em ambientes corporativos, comum em ambientes em Compliance, que já estruturam canais de denúncias próprios, sobretudo no meio empresarial. Por meio do *whistleblowing* (o ato de denunciar) estes programas de Compliance buscam a mitigação de riscos, sobretudo atinentes às práticas ilícitas, fomentando uma cultura de denúncia e a instituição de controles de caráter preventivo-criminal.

O ato de *whistleblowing*, “*assoprar o apito*”, se dá por intermédio dos canais de denúncia. O indivíduo, interno à determinada instituição, (ou que com ela tenha algum relacionamento), presta informações sobre ilícitos em geral, crimes em desfavor da Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Caso as informações repassadas à Administração Pública levem a recuperação de determinada quantia aos cofres públicos, o denunciante terá direito a recompensa sobre tal

valor¹. No Brasil, a legislação brasileira dispôs que a recompensa pode alcançar até 5% do montante recuperado a partir da denúncia prestada. Sobre canais de denúncia:

São canais de comunicação, disponíveis ao público interno, terceiro ou externo (stakeholders), para a denúncia de irregularidades ou crimes em momentos passados ou presentes relacionadas à sociedade empresária, seus funcionários, diretores ou outros que tenham relação direta com empresa e podem impactar o negócio como todo no caso de exposição de risco. (DUMONT, 2020, p.172)

Os canais de denúncia então, como dito, podem tratar de quaisquer irregularidades, entretanto, serão objeto de análise do presente artigo àquelas que extrapolem os limites da própria instituição, exigindo do Estado intervenção penal.

A partir da alteração legislativa trazida pela Lei 13.964/19, a Lei 13.608/18 passou a prever a possibilidade de que qualquer pessoa - *o que é alvo de crítica*² - possa levar ao conhecimento de uma ouvidoria, seja ela um órgão específico de uma instituição pública ou privada, informações relativas a práticas ilícitas contra o interesse público.

Após o tratamento interno destas informações, averiguando-se possível concretude nas alegações do denunciante, estas podem ser encaminhadas para apuração estatal. Em alguns casos, sob determinações legais, algumas instituições têm o dever de reportar estas irregularidades às autoridades, conforme determinação expressa do setor financeiro.

A partir destas informações, os órgãos investigativos irão desenvolver a investigação de possível prática ilícita lesiva, em especial, em casos que envolvem práticas criminosas em desfavor da Administração Pública.

Não existem vedações legais ao recebimento de denúncias anônimas, sendo permitido que, tanto em *whistleblowings* internos quanto externos³, comuniquem a prática de determinada

¹ Lei 13.608/18 Art. 4º C - § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do denunciante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

² A Lei 13.608/18 elenca, em seu Art. 4º-A, a possibilidade de que “qualquer pessoa” atue, ou seja, pratique denúncias e seja por elas, eventualmente, recompensados. Ocorre que para RAGUÉS I VALLÈS o conceito de não é estendido a qualquer indivíduo, limitando-se aquele sujeito que compõe ou já tenha composto à instituição em que se tenha ocorrido a prática ilícita, ou seja, se trata de um insider ou que já tenha sido um *insider*, compondo ou já tendo composto o quadro da instituição. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.91).

³ A respeito, faz-se a seguinte diferenciação: o *whistleblowing* interno do *whistleblowing* externo, o primeiro sendo àquele que faz uso de sistemas de denúncia de dentro da organização ou empresa, e o último quando as denúncias são destinadas a autoridades alheias à empresa ou à organização. (MACEDO, 2018, p.77).

conduta ilícita sem que necessariamente se identifiquem, da mesma forma que toda e qualquer prática delituosa pode ser reportada às autoridades pelos canais de comunicação existentes.

Todavia, para o tratamento destas denúncias, ou seja, para a averiguação da veracidade e concretude do alegado, para se investigar a existência ou não de ato ilícito praticado contra à Administração Pública, pode ser necessária, em grande parte dos casos, que o denunciante se identifique.

Neste sentido, para que uma ouvidoria interna receba e trate a denúncia, ou diretamente às Autoridades Estatais o façam no caso de um *whistleblowing* externo, pode vir a ser necessário que o denunciante seja identificável perante estes órgãos, e que a partir de sua identificação, este colabore para com a investigação.

Ocorre que a Lei 13.608/18, após a alteração trazida pela Lei 13.964/19, trouxe em seu artigo Art. 4º-B: “*O denunciante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*”. Assim, se observa que o Whistleblower pode, por expressa disposição legal, ter seus direitos fundamentais à privacidade e preservação a sua imagem mitigados, nos casos considerados “*de relevante interesse público*” ou “*desde que isso contribua para a apuração dos fatos*”

Isto posto, têm-se os problemas que pretendem ser analisados: a análise, no curso do processo penal, da elasticidade do sigilo da identidade do Whistleblower frente ao direito de defesa do réu, e em correlação, a (in)constitucionalidade do art. 4º - B da Lei 13.608/18, após a alteração da Lei 13.964/19.

2. O anonimato em um primeiro *report*

Exposto o problema a ser analisado no presente trabalho, é necessário que seja tomado um conceito jurídico ao termo Whistleblower, definindo os contornos dados a esta figura, o que será feito a partir de RAGUÉS I VALLÈS, que traz:

(...) suele emplearse para aludir a aquellos miembros o antiguos miembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas - o poco éticas - llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.20)

Coerente a posição de RAGUÉS I VALLÈS, MACEDO define o Whistleblower como: “*aquele membro ou antigo membro de uma determinada organização pública ou privada que denuncia às autoridades competentes condutas ilícitas que estavam ocorrendo (ou iriam ocorrer) no seio de tal organização justamente por deter tais informações*” (2018, p.26).

Em respaldo (MICELI e NEAR, 1985) classificam *whistleblowing* como “*ato de revelação, por parte de membros ou ex-membro de determinada organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, direcionadas à pessoas ou organizações capazes de realizar ações contra fatos reportados.*”

Os autores ALVIM e CARVALHO contornam os limites do instituto da mesma forma, quando destacam: “*Qualquer pessoa, dentro de uma instituição, pode e deve assoprar o apito.*” (2018, p.125). Neste mesmo sentido JUBB expõe: “*Whistleblowing precisa ser um ato diferenciado de uma informação generalista, ela deve possuir uma particularidade que lhe confira significância*”. (1999, p.79).

Desta forma, tomando como marco a definição de RAGUÉS I VALLÈS, que se percebe compartilhada por outros estudiosos, é possível definir o Whistleblower *como* um denunciante que faça parte, ou tenha feito parte, da instituição em que determinada prática ilícita contra a Administração Pública tenha ocorrido, e, voluntariamente, decida reportar tal prática às autoridades ou a um órgão interno à instituição.

No momento em que o primeiro *report* é feito, em sendo ele interno (àquele direcionado a um órgão interno a própria instituição), cumpre a própria instituição determinar se aceitará ou não denúncias anônimas. A respeito é interessante destacar:

(...) una empresa que quiera garantizar la máxima efectividad de su procedimiento de denuncia no deberá limitar su alcance a los trabajadores, sino que debería hacerlo también accesible a terceros con los que tenga algún tipo de relación en ámbitos en los que se aprecie un riesgo de actuación delictiva. (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.122).

Já nos casos de *reports* externos, ou seja, àqueles feitos diretamente às autoridades investigativas e órgãos fiscalizatórios, existe a possibilidade de que esta denúncia seja feita de forma anônima, seja por um número de discagem rápida, ou um sistema disponibilizado no próprio sítio eletrônico da instituição.

Assim, em um ato de *whistleblowing*, seja ele externo ou interno, entende-se possível que uma informação seja recebida, inicialmente, de maneira anônima, sem que exista qualquer

identificação relativa ao denunciante. A respeito da relação: *denunciante - informação*, destaca SCHWARTZ:

Até aí, você provavelmente considerou que o mais importante é a informação que pretende trazer, e portanto é o que mais deve ser protegido. Errado. Sua identidade deve ser protegida acima de tudo. Se você não proteger sua identidade, você poderá se comprometer, o que lhe impedirá de informar. (2019, p.23) (Tradução Livre)⁴

De fato, como pontua o autor, os primeiros contatos (denunciante-ouvidoria ou denunciante-autoridade) devem se dar, preferencialmente, em anonimato, até pela incipiência do ato de denúncia neste momento. Neste estado inicial da investigação, proteger a identidade do Whistleblower é essencial, para que, se necessário, posteriormente este denunciante possa colaborar com a condução do processo investigativo. Eventual identificação precoce pode acarretar, em alguns casos, em direcionamentos inadequados da investigação interna, ou até mesmo retaliação.

A partir deste primeiro *report*, àqueles que recebem a informação irão tratá-la, isto significa: o operador do canal de denúncia, irá submeter esta denúncia a um filtro, realizando uma triagem inicial e assim avaliar a possibilidade de se apurar o fato, e os envolvidos com os fatos, com as informações que já foram fornecidas.

Ocorre que, em se tratando de atos ilícitos - *sejam ele criminosos ou não* - praticados em meio a estrutura institucional complexa, é muito pequena a probabilidade de que com poucas informações os fatos sejam devidamente apurados, e o(s) responsável(eis) por tal prática irregular seja identificado(s).

É muito provável que, para isso, sejam solicitadas novas informações ao *Whistleblower* e que, inclusive, seja necessária a identificação do denunciante e sua colaboração com a investigação, seja ela através de depoimento oral ou até mesmo por meio de entrega de material probatório que venha a corroborar com o que foi denunciado.

Nota-se então que em uma investigação que siga um fluxo metodológico de denúncia, a identidade do denunciante, muito provavelmente, será necessária para que se prossiga com as investigações. Obviamente excluídas as hipóteses em que se trate de um ato ilícito de simples

⁴ Up to this point, you probably thought that the information you want to expose is the most important thing you have to protect. Wrong. Your identity must be protected above all else. If you don't protect your identity, you will be compromised, which can prevent you from exposing any information. (SCHWARTZ, 2019, p.23).

solubilidade, e em que a denúncia venha acompanhada de uma instrução comprobatória suficiente. Nesta altura, e a respeito, é interessante trazer a seguinte exemplificação.

Imagine-se a seguinte situação: um colaborador de uma empresa estatal vê seu colega de área furtando um notebook da empresa, sem que o seu colega o perceba visualizando tal ato. Assim, por ter tomado conhecimento da prática de tal ato ilícito praticado contra Administração Pública - *neste caso criminoso* - o colaborador reporta esta denúncia à ouvidoria interna da empresa, informando o local, a data e o horário da prática ilícita.

O operador do canal de denúncias, ao receber esta informação, realiza uma triagem inicial e solicita as filmagens das câmeras de segurança, conforme as informações constantes na Denúncia.

Ao receber as filmagens, constata a veracidade do alegado pelo denunciante, e pode, a partir daí, encaminhar um relatório à área de Compliance que irá operacionalizar o tratamento da questão. Nota-se que neste simples exemplo a identificação do denunciante não foi necessária para a elucidação dos fatos, mas, somente não o foi por se tratar de uma situação de simples comprovação, através de acesso às câmeras de filmagem.

Entretanto, se tratando de um ato ilícito complexo, como por exemplo, a prática de um ato de improbidade administrativa⁵ ou um crime de colarinho branco⁶, muito provavelmente será necessária a colaboração ativa do denunciante, o que por óbvio irá envolver, em determinado momento, a revelação de sua identidade e, muito provavelmente, uma postura ativa de cooperação com a investigação.

3. O SIGILO E A PROBLEMÁTICA NO PROCESSO PENAL

Como dito, para a elucidação de determinadas práticas ilícitas tomadas contra a Administração Pública, sobretudo as mais complexas, pode ser que seja necessária a identificação do denunciante. Neste patamar de sigilo somente os operadores dos canais de denúncia, ou as autoridades estatais, no caso de *whistleblowing* externo, conheceriam a sua identidade.

A identificação do denunciante no âmbito de investigação interna consubstancia-se em um ato voluntário próprio. Somente serão identificados aqueles que, deliberadamente, se sentirem confortáveis em fazê-lo, o que não é comum, considerando os riscos de represálias por

⁵ Dispostos nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei 8.429/92.

⁶ Nomenclatura utilizada por Edwin Sutherland em Crime de Colarinho Branco.

gestores ou colegas, e por, eventualmente, não quererem carregar marcas preconceituosas arraigadas culturalmente,

Como explicita RAGUÉS I VALLÈS: “*es perfectamente posible que trabajadores predispuestos a denunciar no lo hagan si tienen que identificarse, ta sea por temor a represalias o sencillamente por no querer ser vistos como delatores por su propios companeros*” (2013, p.122).

A partir de uma pesquisa realizada pela KPMG, uma das maiores empresas mundiais em auditoria, denominado *O Perfil do Hotline no Brasil*⁷, percebe-se que um significativo volume de denúncias segue o seguinte fluxo: após o conhecimento da prática ilícita o denunciante faz a denúncia anônima, seja ela interna ou externa, mas quando sua identidade lhe é solicitada, para o prosseguimento do fluxo da denúncia, este denunciante prefere por não se identificar.

Ou seja, quando do tratamento da denúncia, em sendo necessárias maiores informações do denunciante, este prefere não se identificar.

A legislação brasileira⁸ versa expressamente sobre os direitos do Whistleblower, tratando da proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal do denunciante. Mas, mesmo sendo oferecida esta proteção ao Whistleblower, persiste o preconceito e uma parcela de carga moral a respeito do ato de denunciar, corriqueiramente taxado como um “*alcaguete*” ou “traidor”, o que acaba inibindo o prosseguimento da averiguação do ato ilícito.

Nesta toada, quando se é exigida a identificação - ainda sob sigilo - do denunciante, tem-se a seguinte bifurcação: os denunciante que irão se identificar e dar prosseguimento ao fluxo de denúncia, e aqueles que iram preferir se manter sob anonimato, o que, nos casos em que seja necessário conteúdo probatório mais complexo, poderá acarretar no arquivamento daquela denúncia.

⁷ Pesquisa elaborada pela KPMG em 2021. Para acesso na íntegra, acesse: <[⁸ Lei 13.608-18. Art.4º - A - Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao denunciante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o denunciante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. \(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](https://appkpmg.com/news/8815/perfil-do-hotline-no-brasil#:~:text=A%20constata%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20da%20pesquisa,a%20outros%20desvios%20de%20conduta.>>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Em não sendo revelada a identidade do denunciante, o prosseguimento das investigações estará comprometido. Mais obstada ainda estará a investigação daquela questão, caso judicializada, como aponta RAGUÉS I VALLÈS:

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

No caso de o denunciante ter, voluntariamente, revelado sua identidade, e com a sua colaboração, ter sido constatado determinada prática delituosa, como, e até que ponto, se dará a manutenção do sigilo no encaminhamento de um inquérito ou um processo judicial?

Ainda na fase de investigação corporativa, após a identificação do denunciante e sua colaboração, constatada a existência de um ato ilícito criminal, o órgão responsável dentro da instituição, preferencialmente a área de Compliance, deverá informar⁹ às autoridades estatais o ocorrido.

Ocorre que o Whistleblower pode ter se identificado e se comprometido a colaborar com as investigações em âmbito interno, perante a ouvidoria da instituição ou a determinado colaborador interno, entretanto tal fato não necessariamente representa seu mesmo desejo em atuar como testemunha em um processo penal.

A participação e a colaboração ativa no âmbito interno da instituição não se conectam, logicamente, com o mesmo interesse de participação em uma persecução pública. Deste modo, a ouvidoria ou o profissional de Compliance que tenha constatado a prática de um ilícito por meio desta denúncia, não poderá impor ao Whistleblower a obrigatoriedade de testemunhar em juízo, tal obrigação somente poderia advir de ordem judicial. Neste sentido:

Acreditamos também ser possível estabelecer diferenças substanciais entre as figuras do Whistleblower e da testemunha. Essas últimas, salvo exceções legais, possuem deveres de colaboração com a Justiça, sob pena de conduções coercitivas e condenação pelo crime de desobediência em casos de descumprimento. A maior parte dos whistleblowers, por outro lado, não possuem deveres legais ou contratuais de colaboração. (FERREIRA, 2018, p.19).

⁹ Este *report* feito às autoridades a respeito de um ilícito cometido no interior de determinada instituição privada, ou até mesmo pública, é percebido em um contexto de autorregulação regulada. A respeito desta definição, tem-se: Deste modo, o Estado desvincula-se da sua condição de sujeito ativo, regulador, e transfere para a sociedade a responsabilidade de autogestão, o que significa dizer que, agora, dada a incapacidade estatal de regular de fora as relações, o particular utilizará sua própria estrutura para alcançar os objetivos do Estado, de supervisão e controle. (BECKER, 2018, p.41).

Nestes casos, ao informar as autoridades estatais a ocorrência do ilícito a instituição o fará preservando a identidade do denunciante, pois caso o revele sem sua anuência, podem advir consequências desta quebra de sigilo, inclusive de natureza cível e atinentes à relação trabalhista ali existente.

Nesta esteira, com a existência de uma denúncia advinda de uma investigação corporativa, constatando-se a existência de uma conduta delituosa, em não havendo demais diligências a serem realizadas, caberá ao Ministério Público, como titular da ação penal, a instauração de um processo judicial de natureza penal.

Em sendo o conteúdo da denúncia feita pelo Whistleblower a alavanca basilar à Denúncia que será feita em sede judicial, e tendo o denunciante optado por não se identificar, se perceberá o prosseguimento de um processo penal pautado em informações sigilosas? A identidade do denunciante se mantida em sigilo, será em relação à quais pessoas? O denunciante sigiloso poderá ser compromissado e contraditado em juízo de alguma forma?

É exatamente neste ponto que vislumbra-se um tensão entre o anonimato e o sigilo, frente ao direito de defesa do acusado.

Se o anonimato ou sigilo que permeiam os canais de denúncia públicos ou privados é imprescindível para uma política efetiva de prevenção de ilícitos, o mesmo não se pode dizer da utilização do depoimento em sigilo como fundamento condenatório e da admissão do informante sigiloso no processo como testemunha, conforme aponta por Felipe Machado. (PRATES, 2020, p.189)

O sigilo quanto a identidade do denunciante é de fato essencial em um primeiro momento investigatório. Entretanto, é necessário problematizar a extensão deste período de sigilo. Como trata (LOPES JR., 2019), atos de prova são distintos de atos de investigação. Atos investigatórios se posicionam em uma fase pré-processual, formam juízo de probabilidade, não exigem estrita observância a publicidade e a oportunidade de contraditório, bem como estão a serviço da formação da *opinio delicti* do acusador.

Neste sentido, manter o sigilo em relação a identidade do Whistleblower vai ao encontro do propósito de um procedimento investigativo, mas o mesmo não se pode dizer de um processo judicial. Como destaca:

(...) os depoimentos prestados por testemunhas, quando colhidos em fase judicial e em observância ao princípio do contraditório, possuem valor probatório. Dessa forma,

mesmo desacompanhados de outros elementos de prova, em alguns casos podem fundamentar condenações criminais e suprir a ausência do exame de corpo de delito. Em diferente sentido, os whistleblowers fornecem informações que devem ser inicialmente tratadas como meras fontes de prova, isto é, deverão servir apenas como um “start investigativo” para os órgãos fiscalizatórios estatais. Tais órgãos, a partir da análise preliminar de relevância e veracidade do relato recebido, eventualmente buscarão elementos que comprovem as alegações realizadas pelo reportante e desenvolverão o trabalho investigativo respectivo. (FERREIRA, 2018, p.19).

Contudo, a partir do oferecimento da peça acusatória pelo Órgão Acusador, nos casos de um procedimento penal, a manutenção do sigilo sobre a figura do Whistleblower não pode ser mais permitida, pelo menos não um contexto processual garantista. A extensão deste sigilo no decorrer de um processo penal significaria um afronte direito à garantias fundantes de um processo de matriz constitucional.

A falta de informação, ou a informação parcialmente conferida ao acusado, o impossibilita ao exercício de sua ampla defesa e contraditório, ou seja, desconhecendo-lhe o que lhe imputam e quem lhe imputa, perceberia-se um processo similar ao enfrentado por Josef .K. na obra de Kafka. Um processo às cegas.

No que diz respeito ao contraditório processual, esse é percebido em duas dimensões, informação e reação, ou seja, o direito das partes de serem informadas e poderem reagir a tal informação com igualdade de direito e oportunidades. (LOPES JR., 2019, p.42)

O Estado Democrático de Direito, cuja marca é o direito de participação nas decisões, exige a participação das partes na construção do provimento, desse modo, é imprescindível a participação argumentativa e além disso, que a decisão seja fruto dessa contribuição (SANTIAGO NETO, 2015, p.65)

Desta forma, em processo penal democrático é a partir do contraditório, ou seja, por meio da construção probatória realizada pela acusação e defesa, é que a decisão penal será construída. E para que isso ocorra é necessário que seja oportunizada as partes o conhecimento sobre a origem, o procedimento adotado para produção da prova e até o seu resultado.

Logo, é direito do acusado ter acesso a identificação da testemunha, de que forma, onde e como suas declarações prévias foram colhidas e até mesmo o inteiro teor da denúncia já prestada, para que assim possa, caso entenda necessário, ser feita sua inquirição.

Vale dizer ainda que a prova testemunhal é marcada por três principais características: a oralidade, objetividade e a retrospectividade, sendo em regra colhida por depoimento oral (FERNANDES, 2012, p. 83) e portanto, a presença física do acusado e de seu defensor frente

a testemunha é indispensável para construção da prova, afastando, assim, qualquer possibilidade de manutenção de anonimato e sigilo em desfavor do réu.

Tanto é assim que a própria Constituição Federal, no art. 93, IX, não autoriza a limitação de publicidade de atos processuais face o advogado do réu, proibindo-a mesmo diante da necessidade de preservar o direito à intimidade da pessoa interessada no sigilo.

Ademais, é direito do réu o poder de conhecer a identidade das vítimas e das testemunhas, como indica o art. 187, § 2º, inciso V, do Código de Processo Penal.

Pensamos ainda em uma perspectiva prática em que no caso de canal interno o vínculo pessoal que possa existir entre denunciante e denunciado, deve compor o procedimento criminal que venha a envolver o investigado. Podem vir a existir inimizades, ou atritos de ordem pessoal, que poderiam ser valorados pela Defesa quando da instrução judicial.

Ademais, também não é absurdo pensar que em casos de perseguições institucionais, por exemplo, denúncias anônimas sequer existiram efetivamente, e venham a ser utilizadas em desfavor de determinadas pessoas.

Isto não quer dizer que denúncias anônimas não possam ser apuradas, tanto é assim que o entendimento pacífico é que investigações preliminares sejam realizadas antes de instauração de procedimentos e requerimentos de medidas aptas relativizar direitos individuais do réu sejam deferidas.

O reconhecimento de que denúncias anônimas podem ser apuradas e não significou um afastamento da vedação ao anonimato (CF/88, art. 5º, IV) ou da obrigação legal de testemunho (CPP, art. 206). O Código Penal deixa claras essas questões ao prescrever como causa de aumento do crime de denunciação caluniosa o fato de o agente se servir de anonimato (CP, art. 339, § 1º), bem como ao tipificar como falso testemunho a conduta de “negar ou calar a verdade como testemunha” em “processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral” (CP, art. 342, caput).

Talvez por este motivo que a própria reforma legislativa trazida pela Lei 13.964/19, tenha feito constar no art.4º - B da Lei 13.608/18 que “*por relevante interesse público ou para apuração concreta dos fatos a identidade do denunciante poderá ser relevada.*” Desta forma o Legislador garantiu que a persecução penal ocorra, e que a identidade do Whistleblower seja revelada, e a partir daí se perceba uma instrução judicial adequada ao réu.

Aceitar que *whistleblowings*¹⁰ anônimos se desemboquem e sejam peça central de um processo penal, é percebido portanto como um traço marcante de um procedimento arbitrário e inquisitorial.

4. Conclusão

Pelo exposto, a crítica que se faz necessária é a tensão entre o anonimato e o sigilo da figura do denunciante frente as garantias individuais do acusado em um processo penal.

O *Whistleblower* atua de maneira voluntária, e com intento de ser recompensado pela sua atuação. Percebe-se, então, que apesar de voluntária, não se trata de uma ação completamente desinteressada.

A partir do momento em que exista uma recompensa, haverá interesse do denunciante em atingir seu ‘pote de ouro’. Conseqüentemente, se tratando de um sujeito interessado, portanto parcial, permitir que a extensão do seu sigilo seja tão elástica, a ponto de adentrar na seara judicial, feriria frontalmente a garantia do contraditório do réu em um processo penal.

Desta maneira, se mostra necessária a definição de um marco temporal à extensão do sigilo de sua identidade, que, aparentemente, deve ser estabelecido a partir do fim do inquérito judicial. Tomando as percepções trazidas por (LOPES JR, 2019, p.160), percebe-se que a atuação do denunciante, sob sigilo, se justifica e se compatibiliza com os atos investigativos, que “*não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese*”, ou seja, em que ainda se avalia a provável ocorrência do ilícito.

A manutenção do sigilo sob a identidade Whistleblower durante o tramitar das investigações internas à instituição, e posteriormente durante os atos investigatórios tomados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, coaduna-se com o propósito e a natureza desses atos. Faz sentido que ali o sigilo se mantenha, afinal neste campo ainda se comprovam hipóteses, não fatos.

Entretanto, o mesmo não podendo ser dito sobre os atos praticados judicialmente, que envolvem a observância de direitos e garantias constitucionais asseguradas ao réu quando do procedimento penal, em especial, do contraditório.

¹⁰ Whistleblowing aqui não se confunde Whistleblower, o primeiro diz respeito ao ato de denunciar, a conduta tomada pelo denunciante, ao passo em que o segundo se refere ao denunciante em si, àquele quem denuncia.

O contraditório possibilitará ao acusado a origem e o questionamento da eventual prova, isto é, a origem da informação, quem a realizou e o seu interior teor, para que assim, se necessário, possa contradita-la e construir a sua própria narrativa.

Portanto, parece ser adequado estabelecer como marco temporal limitante à manutenção do sigilo, o fim das investigações, sendo que para o oferecimento da Denúncia em diante, deve a identidade do *Whistleblower* e o conteúdo da denúncia revelados.

5. Referências

ALCÂNTARA, *et al.* In. Guia Prático de Compliance. Organização Isabel Franco. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALVIM, Tiago Cripa. CARVALHO, André Castro. Whistleblowing no ambiente corporativo - Standards internacionais para sua aplicação no Brasil. In: Compliance, Gestão de Riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum: 2018.

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

BECKER, Camila Mauss. Compliance, Autorregulação Regulada e Sistema de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS: 2018

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17/08/2020.

DUMONT, Paola Alcântara Lima. Canais Institucionais de Denúncia. In: Estudos de Compliance Criminal. Org: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7ª ed. 2012.

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

GARLAND, David. A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

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

JUBB, Peter. Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. *Journal of Business Ethics*, n. 1, 1999.

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

MACEDO, Cássio Rocha de. Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate a crimes econômicos fundada em agentes denunciante. Porto Alegre, 2018.

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

PRATES, Felipe Machado. Considerações sobre o anonimato e sigilo de whistleblowers no Brasil. In: Estudos de Compliance Criminal. Org: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

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

SAAD DINIZ, Eduardo. A Criminalidade Empresarial e a Cultura de Compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Vol.2, nº 2, 2014, p.112-120.

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

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHWARTZ, Tim. A Public Service Whistleblowing, Disclosure and Anonymity. New York: OR Books, 2019.

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

VAUGHN, Robert G. The Successes and Failures of Laws. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2012.