

O *whistleblowing* como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do *whistleblower*

Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹

Ana Lúcia Tavares Ferreira²

Resumo: O artigo aborda as práticas de *whistleblowing* e a sua relação com o direito penal, notadamente, a crescente importância da contribuição dos *whistleblowers* para investigações e persecução de crimes corporativos e econômicos. O texto busca descrever as tendências normativas no que se refere aos mecanismos de proteção dos *whistleblowers*, analisando a evolução legislativa e teórica do tema desde a sua origem história recente até sua configuração atual na legislação internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais, como instrumento de política criminal. São abordadas, ainda, as dúvidas e questionamentos no que se refere à sua eficiência e impacto nos direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados pelos *whistleblowers*.

Palavras-chave: Política Criminal. *Complicance*. *Whistleblower*. Direitos Humanos.

Abstract: The article deals with the whistleblowing practices and its relation with criminal law, namely, the increasingly important *whistleblowers*' contributions to investigations and persecution of corporate and financial crimes. It aims to describe the normative trends concerning protection mechanisms for *whistleblowers*, analyzing the legislative and theoretical

¹ Doutor em Direito (UERJ). Professor (UERJ, UFRJ e Universidade Estácio de Sá/RJ). Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da AIDP e Vice-Presidente do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos (CIPF).

² Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá/RJ.

evolution of the subject from its more recent historical origin to its current design in international law and national legal orders, as a criminal policy tool. It also addresses doubts and questioning with regard to its efficiency and impact on fundamental rights of people involved in facts disclosed by *whistleblowers*.

Keywords: Criminal policy. Compliance. Whistleblower. Human Rights.

1. Introdução

Uma série de escândalos midiáticos recentes foram gerados por pessoas que, tendo acesso privilegiado a informações, trouxeram a público fatos que jamais chegariam ao conhecimento da grande maioria dos cidadãos.

Luxemburgo Leaks, Panamá Papers, Cambridge Analytica são apenas alguns exemplos de *whistleblowing*, ou seja, de publicização de informações sigilosas, sobre condutas ilícitas, ilegítimas ou que supostamente causam prejuízo ou expõe a risco toda a coletividade.

A prática de *whistleblowing* tem se apresentado, além disso, como importante instrumento político-criminal. Os *whistleblowers* trazem a público, frequentemente, notícias de crimes cuja investigação e sancionamento seria impossível ou extremamente difícil, tendo em vista as limitações do sistema penal no que se refere à criminalidade corporativa e econômica.

Tem se ampliado, assim, de forma significativa a implementação de canais de denúncia (*hot lines*) nas organizações privadas e públicas, no contexto de amplos programas de cumprimento normativo (*compliance*).

A prática do *whistleblowing* pode implicar, entretanto, a imposição de consequências negativas ao *whistleblower*, seja por meio de retaliações no âmbito das relações de trabalho, ou sancionamento do na esfera cível, administrativa ou penal.

Nesse contexto, tem se desenvolvido uma moldura normativa, tanto no nível internacional quando nos ordenamentos jurídicos nacionais de diversos países, que introduz vários mecanismos de proteção do *whistleblower*.

Dentre os mecanismos de proteção, destacam-se a confidencialidade de sua identidade do *whistleblower*, a isenção ou atenuação de sanções civis ou penais, além da previsão de denunciante punições no caso de eventuais de retaliações por parte do empregador ou do Estado.

Por outro lado, a revelação de informações sobre condutas irregulares pode importar a violação de deveres de sigilo ou lealdade, ou servir de instrumento de promoção de interesses pessoais, vindo a causar danos irreparáveis à imagem ou patrimônio de organizações públicas ou privadas.

Assim, o tema tem sido objeto de intensos debates teóricos, questionando-se a efetiva contribuição do instituto para a revelação e sancionamento de crimes, a eficácia dos mecanismos de proteção do *whistleblower*, assim como a compatibilidade do regime jurídico do *whistleblowing* com os direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados.

Este artigo propõe uma perspectiva panorâmica sobre a proteção do *whistleblower*, abordando, de forma sucinta e descritiva, os aspectos mais destacados do atual debate sobre o tema.

Na primeira seção serão apresentadas algumas questões teóricas relativas à definição do instituto, buscando-se identificar os reflexos da evolução normativa do instituto e todo o debate doutrinário sobre sua trajetória na consolidação de um conceito abrangente.

Em seguida, será apresentada uma breve retrospectiva histórica, apontando-se a origem próxima do instituto no sec. XIX, nos Estados Unidos, e sua posterior evolução até os dias atuais naquele país.

A retrospectiva busca demonstrar a tendência de se intensificar e ampliar a proteção do *whistleblower*, consolidando-se uma moldura normativa que disponha de dispositivos que respaldem a decisão de revelar fatos ilícitos ou ilegítimos, afastando consequências negativas como sanções ou retaliações.

No tópico seguinte, será abordada a expansão e internacionalização desse modelo, com ênfase no desenvolvimento da matéria no âmbito do Conselho de Europa e União Europeia, destacando-se, ainda, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que abordam o tema na perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Os questionamentos e críticas sobre o instituto serão abordados na última seção, destacando-se os aspectos político criminais relativos a eventuais restrições aos direitos fundamentais de pessoas envolvidas em fatos denunciados pelo *whistleblower*.

Por fim, serão elaboradas considerações sobre o conteúdo abordado nos tópicos antecedentes.

2. Definições

Os debates sobre o *whistleblowing* refletem-se nas divergências sobre a definição e seus elementos constitutivos, propondo-se delimitações mais ou menos abrangentes ou restritivas de acordo com a perspectiva teórica adotada como premissa ou a sua conformação legislativa e jurisprudencial em cada ordenamento jurídico.

Costuma-se adotar, como ponto de partida, a definição do *whistleblowing* como a revelação, realizada por membros ou antigos membros de uma organização, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, a pessoas ou organizações com capacidade para atuar a respeito dos fatos revelados.

O *whistleblower*, por sua vez, seria a pessoa que revela informação negativa sobre uma organização pública ou privada, com a qual ela costuma ou costumava ter uma relação que lhe proporciona um melhor conhecimento de seus membros e práticas.¹

Como observou Garcia Moreno, as diferentes definições decorrem de concepções divergentes quanto aos elementos constitutivos do instituto, notadamente: o perfil do alertador; o receptor da informação; o conteúdo da comunicação e a participação do *whistleblower* no processo sancionador.

Assim, no âmbito da ciência política, tende-se a enfatizar o interesse público e a defesa da democracia, inserindo o tratamento do tema na teoria da dissidência civil. Nessa perspectiva, tem-se ampliado o perfil do *whistleblower* para abranger qualquer agente que tenha acesso privilegiado à informação, independentemente de vínculo formal com a organização, admitindo-se a revelação para o público em geral, por meio da mídia.

Além disso, o conteúdo da comunicação pode abranger condutas irregulares, incompetência, fraude, omissão de boas notícias para assegurar interesses privados ou uso arbitrário de poder, entre outros.²

Afastando-se das implicações extrajurídicas, Garcia Moreno propôs a adoção do enfoque político criminal, definindo o *whistleblowing* como “(...) estratégia impulsada por el

¹ No mesmo sentido, BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no ordenamento jurídico português. Revista do Ministério Público 161. Janeiro: Março 2020. P. 11-113. Sobre o tema ver também GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 58. O fenômeno recebe tratamento diverso, porém, no âmbito da ciência política,

² Sobre o tema ver SANTORO, Daniele. KUMAR, Manohar. Speaking Truth to Power: a Theory of Whistleblowing. Cham: Springer, 2018. p. 39-42.

Estado para detectar infracciones en el ámbito económico y corporativo que es su papel predominante en la actualidad.”

Partindo desse pressuposto, passou a autora a definir o *whistleblower* como

(...) aquella persona que colabora con el Estado em la aplicación de la ley, mediante la comunicación de información relativa a actuaciones irregulares cometidas en seno de una organización de las que el whistleblower tiene conocimiento o sospecha fundada debido precisamente su relación con la organización em la que se cometen.

A definição proposta denota a opção pela concepção utilitarista do instituto, como instrumento de prevenção de crimes corporativos e econômicos, por meio da revelação e potencial sancionamento penal de condutas punitivas cujo conhecimento seria impossível sem a atuação do *whistleblower*.

Também na definição de Rios e Rodrigues, manifesta-se a ênfase no interesse público e na efetiva punição e prevenção de crimes praticados no âmbito de organizações públicas ou privadas, na medida em que se caracteriza o *whistleblowing* como

programa com o objetivo de sistematizar, incentivar e proteger aqueles sujeitos que, integrando o sistema laboral de qualquer pessoa jurídica, sea de direito público ou privado, e, verificando a prática de um ilícito de qualquer ordem, o denunciam à autoridade responsável para a sua neutralização.³

O caráter utilitarista destaca-se com maior intensidade no modelo adotado pela legislação dos Estados Unidos, onde se acresce a necessária recuperação de ativos aos cofres públicos, o recebimento de uma porcentagem desses ativos a título de recompensa, além da garantia do anonimato do whistleblower e sua proteção contra possíveis retaliações.⁴

Além de definir juridicamente o fenômeno, é importante distinguir as práticas do *whistleblowing* do chamado *leaking*. embora possam ser apontados traços comum entre essas figuras, já que ambos tratam da revelação de informações a pessoas externas às organizações.

O *Whistleblower* é aquele que segue os procedimentos preestabelecidos para denunciar e denuncia condutas ilícitas, antiéticas ou perigosas. Já o *leaker* é aquele que revela informação

³ RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema de Denúncia interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do *whistleblowing*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

⁴ BELTRAME, Priscila Akemi. SAHIONE, Yuri. Informente do bem ou *Whistleblower*.: Críticas e necessários ajustes ao projeto. Boletim IBccrim. Ano 27, n. 117. Edição Especial = Abril 2019.

sigilosa, mas não pelo canais prescritos, sendo certo que essas informações não necessariamente dizem respeito à atividades ilícitas, antiéticas ou perigosas.⁵

O *Whistleblowing* pode ser praticado internamente (*whistleblowing* interno ou indireto), ou fora das instâncias da organização, diretamente à autoridade com atribuição ou competência para reagir ao fato noticiado (*whistleblowing* externo ou direto).

O *whistleblowing* interno desenvolve-se por meio canais de denúncia (*hot lines*) para comunicar condutas ilícitas ou contrastantes com valores ou normas éticas da organização e é considerado como um dos pilares dos sistemas de cumprimento normativo (*compliance*).⁶

3. Origem histórica e evolução do instituto

A origem próxima do *whistleblowing* é geralmente associada à história recente dos Estados Unidos, podendo-se identificar uma trajetória evolutiva cujo marco inicial ocorreu na segunda metade do século XIX, com o False Claims Act de 1863 (FCA).

O FCA permitiu ao cidadão o ajuizamento de denúncia de violação da lei, mediante o recebimento de recompensa no equivalente ao valor entre 15 e 25% das quantias recuperadas ao final do processo.

Concedia-se, assim, ao denunciante o papel de colaborador do governo federal, de forma a suprir a deficiência da administração pública, configurando-se, segundo GarciaMoreno, uma espécie de privatização da função de segurança pública.⁷

Entretanto, o apoio das autoridades ao cidadão limitava-se, nesse momento, ao pagamento de recompensa, vez que o FCA não previu, inicialmente, nenhuma espécie de proteção dos empregados contra retaliações de empregadores.⁸

⁵ Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 10.

⁶ Sobre o tema ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: Uma política Criminal na Era Compliance*. Coimbra: Almedina, 2020. Edição Kindle. P. 1996 SPINELLI, Mário Vinicius Classen. *Whistleblowing e Canais Institucionais de Denúncia*. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.285.

⁷ GARCIA-MORENO, Beatriz. *Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 35- 37

⁸ A proteção trabalhista do whistleblower somente viria a ser prevista, segundo KAMPOURAKIS em 1986 com introdução de menda ao FAC. Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 83

A expansão da regulação federal nas áreas de direitos civis, segurança do trabalho, proteção do consumidor e poluição ambiental, nas décadas de 1960 e 1970 viria a incluir, de acordo com Kampurakis, uma ampliação do nível de proteção do *whistleblower*.⁹

Essa tendência ampliativa teria sido impulsionada, ainda, pela constatação da incapacidade do governo de lidar com os perigos gerados por inovações tecnológicas e pela publicação dos Pentagon Papers in 1971 e o Escândalo Watergate entre 1972 e 1974.

Nesse contexto, os avanços legislativos sobre a matéria desenvolveram-se com ênfase no interesse público, legitimando-se a Reforma do Civil Service Act em 1978, que instituiu a proteção dos funcionários que denunciasses comportamento indevidos na Administração, e, posteriormente, a reforma do FAC em 1986, para ampliar de forma mais abrangente a proteção do *whistleblower* também no âmbito privado.

Uma mudança paradigmática, porém, se deu no começo do Século XXI, quando o instituto passou a inserir-se em um movimento de implementação de programas corporativos de *compliance*, com a instituição de canais de diálogo para que os membros das organizações apresentassem denúncias de possíveis comportamentos indevidos.¹⁰

Aponta-se como marco inicial dessa terceira fase o *Sarbanes Oxley Act* de 2002 (SOX), instituído em decorrência dos escândalos corporativos da década anterior (WorldCom e Enron).

O SOX teria fortalecido a posição do *whistleblower* no setor privado, condicionando a possibilidade de oferta de ações na bolsa de valores à implementação de canais de denúncia e promovendo o surgimento do *whistleblower* interno protegido pelo anonimato, além de introduzir uma robusta proteção contra retaliações, que incluía a punição criminal de empregadores pela prática de retaliação e concedia direito de ação privada aos *whistleblowers*,

A nova orientação foi corroborada pelas *Federal Sentencing Guidelines* de 2004, que previram a possibilidade de atenuação da pena da organização em razão da instituição de canais de denúncia, mecanismo que está associado ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.¹¹

⁹ Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 85

¹⁰ GARCIA-MORENO, Beatriz. *Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p.

¹¹ GARCIA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing e Canais Institucionais de Denúncia*. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. GARCIA-MORENO, Beatriz. *Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 35- 37

Ampliou-se ainda mais a proteção do *whistleblower* com a adoção do Dodd-Frank Act, em 2010, instituído em reação à crise financeira de 2008, com a reintrodução da recompensa financeira, em caso de violações de normas de segurança, manipulação de mercados, fraude no comércio de títulos ou qualquer violação que resultar em sanções monetárias impostas pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), que passou a ser o destinatário principal das informações reveladas, promovendo-se, assim, uma maior valorização do *whistleblower* externo.

A opção pelo *whistleblowing* externo denotaria, segundo Kampukaris, uma abordagem instrumental ou funcional do instituto, adotando-se um sistema no qual o objetivo principal é a obtenção da informação, ao passo que a proteção do *whistleblower* ocupa papel acessório.¹²

Além disso, o Dodd-Frank Act opta por recompensar os *whistleblower* independentemente da motivação do ato, permitindo a premiação de denúncias realizadas apenas buscando um benefício pessoal, já que a prioridade se encontra, como observou Garcia Moreno, na utilidade da informação.¹³

Mais recentemente, diante de questionamentos sobre a incompatibilidade do *Dodd Franck Act* com os segredos comerciais, foi introduzido um dispositivo de proteção dos *whistleblowers* no *Defend Trade Secrets Act* de 2016 (DTSA), eximindo-os de responsabilidade criminal ou civil em caso de relação de segredos industriais a oficiais governamentais e advogados com o fim de informar ou investigar uma suposta violação de lei.¹⁴

4. Internacionalização e evolução normativa

O modelo originário dos Estados Unidos serviu de inspiração e exemplo para a introdução do instituto na legislação internacional, assim como nos ordenamentos jurídicos internos de vários países.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2005 tem sido apontada como o marco inicial da internacionalização dos mecanismos de proteção do *whistleblower*.

¹² KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 85

¹³ GARCIA-MORENO, Beatriz. *Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 71.

¹⁴ KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 107

Embora se trate de instrumento vinculante (*hard law*), a opção pela utilização de expressões vagas e sugestões e diretivas genéricas confere ao documento um caráter mais próximo de um instrumento não vinculante (*soft law*), vez que deixa ampla margem de decisão aos países signatários no que se refere às normas internas que regulam dos mecanismos de proteção do *whistleblower*. Como observou Garcia Moreno,

Entre las disposiciones de la Convención llaman atención, sin embargo, algunos aspectos. En primer lugar, sorprende el carácter no obligatorio que se desprende del tenor literal de estas disposiciones (y de las demás referidas a los códigos de conducta para funcionario públicos), a diferencia de lo que ocurre respecto de otras medidas preventivas recogidas en el mismo capítulo.¹⁵

Aponta-se, também, uma tendência de expansão acentuada no nível regional, que se inicia com a introdução da Convenção Interamericana contra a corrupção, adotada em 1996, (destacando-se também no âmbito americano, o desenvolvimento da Lei Modelo de Proteção de Pessoas que denunciam Atos de Corrupção pela Organização dos Estados Americanos (OEA))¹⁶ e a Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção de 2003,¹⁷ as quais recomendam a introdução de mecanismos de proteção de cidadãos que denunciam fraudes e corrupção nos ordenamentos jurídicos nacionais dos países signatários.

No nível Europeu, o tema é objeto de regulação, tanto no âmbito do Conselho de Europa quanto da União Europeia. como parte da promoção de uma ética de integridade corporativa, inserida em um contexto de transparência e atribuição de responsabilidade.

Assim, diversos dispositivos inseridos nas Convenções Penal e Civil sobre a Corrupção, ambas de 1999, tratam da proteção do *whistleblower*.

¹⁵ GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 43. No mesmo sentido KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018.

¹⁶ DEVINE, Thomas. VAUGHN, Robert. HENDERSON, Keith. Ley Modelo Protección de personas que denuncian actos de corrupción. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/ley_modelo_protec_denun.htm. Acesso em 07/12/2020. Sobre o tema ver também ROJAS, Nash et al. Guía para la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Protección de los Denunciantes de Actos de Corrupción. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2013. Disponível em <https://biblio.ugent.be/publication/4265404/file/4265456>. Acesso em 07 de dezembro de 2020.

¹⁷ Sobre a influência da Convenção Africana sobre a proteção dos whistleblowers no continente ver KADDOUR, Souheil. Les lanceurs d’alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l’expérience tunisienne. La Revue des droits de l’homme [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 07 juillet 2016, consulté le 25 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2435> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2435>. Disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/>. Acesso em em 07 de dezembro de 2020.

Mais recentemente, a Recomendação (2014)7 do Comitê de Ministros abordou o tema especificamente, estabelecendo 29 princípios básicos para a regulamentação dos institutos pelos Estados, dentre os quais se destacam os seguintes: as leis de proteção dos *whistleblowers* abrangem um amplo repertório de informações que são de interesse público; as pessoas devem ter acesso a mais de um canal para denunciar e revelar informação; mecanismos devem ser implementados de forma a assegurar que as denúncias recebam respostas rápidas; *whistleblowers* tem direito à confidencialidade de sua identidade, salvo se concordarem com a revelação.¹⁸

Além disso, alguns instrumentos específicos aplicam-se à questão, como a Resolução 1954(2013) que trata da segurança nacional e acesso à informação e a Resolução (2015)5, que estabelece a garantia de confidencialidade no caso de canais internos de denúncia.

No que se refere à União Europeia, recentes normativas da EU sobre lavagem de dinheiro e abuso de mercado (como, por exemplo, o art. 61 da Diretiva (EU) 2015/849 de 2015 do Parlamento Europeu e art. 32 do Regulamento (EU) 2015/849 de 2015 do Parlamento Europeu) indicam a criação de canais de denuncia tanto nas administrações públicas como de forma interna, nas próprias empresas.

Também foi adotada a Resolução do Parlamento Europeu de 14 de fevereiro de 2017, que trata do papel dos *whistleblowers* na proteção dos interesses financeiros da União Europeia.¹⁹

Em novembro de 2019, passou a vigorar a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia para a proteção de pessoas que denunciam a violação das normas da União Europeia (EU 2019/1937).²⁰

A Diretiva 2019/1937 representa um avanço da normatização dos mecanismos de proteção do *whistleblower* no nível europeu, constituindo o primeiro instrumento vinculante sobre a matéria.

¹⁸ Sobre o desenvolvimento da Res (2014)7 do Comitê de Ministros ver KRANZ, Phillip. The rationale for the Council of Europe Recommendations on the protection of whistleblowers 2014 and its implementation in member states : the view from the council of Europe. La Revue des droits de l'homme [Online], 10 | 2016, Online since 24 November 2016, connection on 07 December 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/2701>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.2701>

¹⁹ GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Whistleblower Directive. Disponível <https://perma.cc/UR9F-9AMU>. Acesso em 07/12/2020.

Entretanto, o texto da norma tem sido criticado pela amplitude e ambiguidade dos termos utilizados pelo legislador, questionando-se a imensa margem de decisão deixada pela diretiva aos legisladores nacionais.²¹

Nesse contexto, a materialização da proteção dos *whistleblowers* nos ordenamentos jurídicos nacionais europeus é considerada mais lenta que o desenvolvimento da legislação dos Estados Unidos. Além disso, a introdução de mecanismos de proteção vem associada, frequentemente, com a imposição de requisitos adicionais, como, por exemplo, a boa-fé do *whistleblower*, diversamente do modelo norteamericano.

A resistência de alguns países europeus deve-se, de acordo com LOBEL, às experiências históricas de regimes totalitários. Como observou o autor,

In comparison to the United States, Europe has been even less consistent in adopting *whistleblowing* protections than the United States. Some resistance to the American post-Enron legal protections stems from perceptions of informants in totalitarian or communist regimes, where informants were commonly used as a type of vigilante thought police.²²

Assim, embora as molduras normativas nacionais implementadas até agora apresentem diferenças significativas entre si, pode-se identificar uma divergência no que se refere ao tratamento conferido ao instituto nos países Europeus e os Estados Unidos, apontando-se uma divisão ou, na expressão de LOBEL, um choque continental (*continental clash*),²³ embora esse contraste tenda a se reduzir com a globalização das práticas econômicas e a interconectividade entre os mercados.

Integram, ainda, a moldura normativa do instituto, diversos instrumentos não obrigatórios (*soft law*) que preveem a proteção do *whistleblower*, dentre os quais se destacam a Recomendação para a melhora do Comportamento Ético no Serviço Público de 1998, a Recomendação da OCDE de 2013 sobre a gestão dos conflitos de interesse na administração

²¹ Sobre o tema ver MASIERO, Anna Francesca. La Disciplina del Whistleblowing allá luce della direttiva 2019/1937/UE. *Archivio Penale* 2020. N.2. Disponível em <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=2b16d7fb-05d7-46ad-9309-e087d1905808&idarticolo=24906>. Acesso em 07/12/2020

²² LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. *California Law Review*. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em <https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations/>. Acesso em 07/12/2020.

²³ *Ibd.*

pública e a Convenção para combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais de 2009.²⁴

5. *Whistleblowing* e direitos humanos

Também a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) tem contribuído para o desenvolvimento normativo do instituto, ao tratar do tema sob a perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Assim, no caso *Guja v. Moldávia*, a Corte entendeu que a demissão do *whistleblower* constitui uma interferência indevida pelo poder público no direito à liberdade de expressão, previsto no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O caso tratou da demissão do empregado do gabinete do Ministério Público em razão da revelação para a imprensa de duas cartas que, supostamente, revelavam interesse político em investigações em curso contra dois policiais que haviam prendido suspeitos de crimes relacionados às eleições parlamentares.

A Corte baseou sua decisão em uma análise tripartida da legitimidade da interferência do poder público no direito à liberdade de expressão do *whistleblower*, examinando os seguintes requisitos: i) se a interferência tinha base legal; ii) se a interferência perseguia um fim legítimo; iii) se a interferência era necessária em uma sociedade democrática.

Nesse caso, a Corte entendeu que o interesse público de ter a informação sobre a pressão política indevida sobre a investigação criminal é tão importante em uma sociedade democrática que ela supera o interesse na manutenção da confiança pública no Ministério Público.²⁵ Os mesmos critérios foram utilizados nos casos *Bucur e Toma v. Romênia* (2013)²⁶ e *Matúz v. Hungria* (2014).²⁷

²⁴ GARCIA-MORENO, Beatriz. *Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 46

²⁵ A CtEDH adotou os mesmos critérios em *Heinisch v. Alemanha* (2011). Sobre o tema ver KAMPOURAKIS, Ioannis. *Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of Whistleblowing Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security*. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 237.

²⁶ Em *Bucur e Toma v. Romênia*, a Corte considerou inválida a condenação dos denunciadores, funcionários do serviço de inteligência romeno condenados por revelarem que as autoridades vinham interceptando as comunicações telefônicas de jornalistas e políticos. Sobre o tema ver. SANTORO, Daniele. *The Protection of Whistleblowers in Europe*. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche – Istituto di Ricerche sulla Popolazione e le Politiche Sociali. (IRPPS Working papers n.93/2016).

²⁷ Em *Matúz v. Hungria*, a CtEDH aplicou a proteção ao jornalista que denuncia a prática de censura na emissora pública húngara. Sobre o tema ver. VOORHOOF, Dirk. *La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei whistleblower in base all'art. 10 CEDU e degli standard del*

Entretanto, nos casos *Pako v. Russia* (2009), *Langer v. Germany* (2015) e *Karapetyan e outros v. Armênia* (2016), a Corte considerou válida a interferência do poder público no direito à liberdade de expressão, negando proteção aos *whistleblowers*, mostrando-se mais restritiva quanto aos segredos de Estado, especialmente informações militares.²⁸

6. Questionamentos e críticas

A crescente proteção do *whistleblower* na legislação internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais de diversos países tem sido frequentemente retratada como um fenômeno positivo que se insere numa tendência de promoção de transparência e ética democrática no ambiente corporativo e na administração pública.

Entretanto, a evolução normativa do *whistleblowing* como instrumento de prevenção de crimes nas corporações ou na administração pública tem sido objeto de diversos questionamentos e críticas.

O incentivo ao *whistleblowing* geraria, de acordo com Lobel, uma cultura de suspeita e desconfiança no ambiente de trabalho. Não existiriam, porém, evidências suficientes de que o *whistleblowing* efetivamente conduza a efeitos positivos de transparência e detecção de ilícitos, que compensem os prejuízos causados à interação no âmbito organizacional.²⁹

No que se refere ao modelo de *whistleblowing* interno, tem se questionado, ainda, a eficácia preventiva dos canais de denúncia corporativos, tendo em vista a probabilidade de que

Consiglio d'Europa. Disponível em <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di-informazioni-l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-whistleblower-in-base-all-art-10-cedu-e-degli-standard-del-consiglio-d-europa>. Acesso em 08 de dezembro de 2020.

²⁸ Sobre o tema ver VOORHOOF, Dirk. La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei whistleblower in base all'art. 10 CEDU e degli standard del Consiglio d'Europa. Disponível em <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di-informazioni-l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-whistleblower-in-base-all-art-10-cedu-e-degli-standard-del-consiglio-d-europa>. Acesso em 08 dezembro de 2020.

²⁹ LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. *California Law Review*. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em <https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations/>. Acesso em 07/12/2020. No mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. ¿Heroes o traidores? La Protección de los Informantes internos (Whistleblowers como estratégia político-criminal). *InDret* 2/2006. Disponível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121389/167837>. Acesso em 07/12/2020. Sobre o tema, ver também CANESTRARO, Anna Carolina. As Investigações Internas no âmbito do Criminal Compliance e os Direitos dos Trabalhadores. Considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 43. KÖBEL, Ralf. Whistleblowing in Europe: Regulatory Frameworks and empirical research. In *Routledge Handbook of white-collar and Corporate Crime*. p. 427.

as empresas, tendo ciência de antemão das informações sobre condutas delitivas, deixem de comunicar a denúncia às autoridades.³⁰

Além disso, ainda que a legislação tenha evoluído no sentido de ampliar os mecanismos de proteção do *whistleblower*, o incentivo à denúncia acabariam por submetê-lo, segundo DISANT, a um conflito de injunções, quais sejam: a obrigação moral de revelar condutas ilícitas ou perigosas de interesse público e o dever de lealdade para com a organização e o receio da estigmatização.³¹

Por outro lado, assumir-se ia o risco de que o *whistleblower* veja os mecanismos de proteção como um “prêmio a ser perseguido a qualquer custo, ignorando normas sociais abstratas de relacionamento”, incentivando-se um “comportamento oportunista” ou a “superveniência de inúmeras denúncias sem fundamento.”³²

Tem se apontado, ainda, no que se refere à prevenção e sancionamento dos crimes revelados por meio do *whistleblowing*, que a proteção do *whistleblower* implicaria restrições a direitos fundamentais dos acusados.

A instituição de canais de denúncia internos, no âmbito de programas de cumprimento normativo, implicariam, segundo Garcia Moreno, uma flexibilização das condições nas quais se desenvolve a investigação de fatos criminosos, com restrição considerável de garantias individuais próprias do inquérito e processo criminal.³³

Os Estados supririam, assim, a escassez de recursos para a persecução de crimes econômicos e corporativos, utilizando-se da colaboração dos *whistleblowers* e das próprias organizações empresariais, por meio de investigações internas, realizadas de forma mais simples, com menos restrições e garantias aos implicados. Nas palavras da autora,

La libertad de organización reconocida constitucionalmente al empresario le permite establecer los controles y las medidas que, dentro de los límites de la privacidad y la protección de datos, estime conveniente o necesarios para detectar infracciones y, además, el poder de dirección que le otorga la legislación laboral le habilita para

³⁰ Nesse sentido, LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas Críticas acerca da relação entre Criminal Compliance e whistleblowing. Boletim IBCrim. Ano 23, N; 275. Outubro/2015.

³¹ DISANT, Mathieu. Les Lanceurs D’Alerte an Droit Français. Identité, Statut, Interrogations. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 114. p. 125-137. Jan./dez. 2019.

³² RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema de Denúncia interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do whistleblowing. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

³³ GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al Whistleblower: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 159.

requerir información a sus empleados sin sujetarse a prior, a las estrictas normas del interrogatorio del proceso penal...³⁴

A tendência de ampliação do instituto poderia implicar, assim, a flexibilização de princípios e garantias do direito penal, como a presunção de inocência, culpabilidade, as regras do devido processo e da reserva de jurisdição, em razão da conjugação da proteção do *whistleblower* com os sistema de justiça negociada.

Haveria, ainda, um problema de déficit de legitimidade, na medida em que, por meio da autorregulação, corporações isentas de conexão com a soberania popular receberiam delegação para prevenir, investigar e participar do processo sancionador de crimes.

Além disso, os mecanismos de proteção do *whistleblower* implementados por meio de previsões de redução ou isenção de pena criminal implicariam, segundo Garcia Moreno, uma renúncia do Estado à função de perseguir e punir infrações em favor de interesses privados.³⁵

7. Considerações Finais

A crescente necessidade de colaboração dos *whistleblowers* na investigação e sancionamento de crimes econômicos e corporativos, especialmente no âmbito de programas de cumprimento normativo, implica a necessidade de ampliação dos mecanismos para sua proteção de retaliações e outras consequências negativas.

Construiu-se, assim, um amplo consenso sobre o *whistleblowing*, caracterizando-se o instituto como prática benéfica, que contribui não só para a prevenção e sancionamento de condutas criminosas, como também para a consolidação de valores éticos no ambiente corporativo e na administração pública, com avanços significativos para a concretização de valores democráticos.

Nesse contexto, a evolução normativa do instituto, tanto no nível internacional, quanto nos ordenamentos jurídicos nacionais, caracteriza-se pela tendência de expansão do modelo originário dos Estados Unidos, com alterações pontuais em relação a especificidades dos sistemas jurídicos nacionais, ampliando-se os mecanismos de proteção do *whistleblower*.

Também a jurisprudência tem contribuído para a ampliação do nível de proteção do *whistleblower*, notadamente no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, tendo em

³⁴ *Ibid.* p.160

³⁵ *Op. cit.* p.160-167.

vista as decisões da Corte Europeia de Direito Humanos que trataram do casos de *whistleblowing* na perspectiva do direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

Entretanto, a crescente promoção das práticas de *whistleblowing* tem sido alvo de inúmeros questionamentos e críticas que carecem de desenvolvimento e respostas jurídicas.

Nessa perspectiva, aponta-se a necessidade de se averiguar a efetividade dos mecanismos proteção do *whistleblower* como instrumentos de política criminal, isto é, a real contribuição das denúncias para a investigação e o sancionamento de crimes corporativos e econômicos.

Além disso, questiona-se até que ponto o benefícios do instituto superam os efeitos disruptivos das práticas do *whistleblowing* sobre os ambientes organizacionais.

Destaca-se, ainda, a necessidade de se adequar as normas relativas ao *whistleblowing*, de forma que se impossibilitar que a proteção do denunciante acabe por importar em restrições de direitos fundamentais dos envolvidos nos fatos revelados.

Trata-se, portanto, de instituto que tende a projetar-se e expandir-se nos ordenamentos nacionais e no nível internacional, sendo imprescindível a consolidação de uma moldura teórica na perspectiva jurídico-penal que oriente a atividade legislativa no encaminhamento da elaboração do quadro normativo que regulará sua aplicação no futuro.

8. Referências

BELTRAME, Priscila Akemi. SAHIONE, Yuri. Informente do bem ou *Whistleblower*.: Críticas e necessários ajustes ao projeto. Boletim IBccrim. Ano 27, n. 117. Edição Especial - Abril 2019.

BRANDÃO, Nuno. O *Whistleblowing* no ordenamento jurídico português. Revista do Ministério Público 161. Janeiro: Março 2020. p. 11-113.

CANESTRARO, Anna Carolina. As Investigações Internas no âmbito do Criminal Compliance e os Direitos dos Trabalhadores. Considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

DEVINE, Thomas. VAUGHN, Robert. HENDERSON, Keith. Ley Modelo Protección de personas que denuncian actos de corrupción. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/ley_modelo_protec_denun.htm. Acesso em 07/12/2020.

GARCIA-MORENO, Beatriz. Del Alertador al *Whistleblower*: La Regulación Europea de los Canales de Denuncia.. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

KADDOUR, Souheil. Les lanceurs d’alerte dans les pays en transition démocratique : les enseignements tirés de l’expérience tunisienne. La Revue des droits de l’homme [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 07 juillet 2016, consulté le 25 juillet 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/2435>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.2435>. Disponível em <https://journals.openedition.org/revdh/>. Acesso em 07/12/2020.

KAMPOURAKIS, Ioannis. Dialectics of Transparency and Secrecy in the Information Age: The Role of *Whistleblowing* Legislation in the Regulatory Governance of Markets and in National Security. Doutorado. Department of Law of Freie Universität Berlin, 2018. p. 10.

KÖBEL, Ralf. Whistleblowing in Europe: Regulatory Frameworks and empirical research. In Routledge Handbook of white-collar and Corporate Crime.

KRANZ, Phillip. The rationale for the Council of Europe Recommendations on the protection of *whistleblowers* 2014 and its implementation in member states : the view from the council of Europe. La Revue des droits de l’homme [Online], 10 | 2016, Online since 24 November 2016, connection on 07 December 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/2701>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.2701>

LOBATO, José Danilo Tavares. PAULINO, Hélder Lacerda. Notas Críticas acerca da relação entre Criminal Compliance e whistleblowing. Boletim IBCrim. Ano 23, N; 275. Outubro/2015.

LOBEL, Orly. Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations. California Law Review. ARTICLE APR 2009 VOLUME 97NO. 2. Disponível em <https://www.californialawreview.org/print/1citizenship-organizational-citizenship-and-the-laws-of-overlapping-obligations>. Acesso em 07/12/2020.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. ¿Heroes o traidores? La Protección de los Informantes internos (*Whistleblowers* como estratégia político-criminal). InDret 2/2006. Disponível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/121389/167837>. Acesso em 07/12/2020.

MASIERO, Anna Francesca. La Disciplina del *Whistleblowing* allá luce della direttiva 2019/1937/UE. Arquivo Penale 2020. N.2. Disponível em <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=2b16d7fb-05d7-46ad-9309-e087d1905808&idarticolo=24906>. Acesso em 07/12/2020

RIOS, Rodrigo Sánchez. MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade Intraempresarial, Sistema de Denúncia interna e suas repercussões na Seara Penal: o fenômeno do *whistleblowing*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. Ano 25 p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: Uma política Criminal na Era Compliance. Coimbra: Almedina, 2020. Edição Kindle. P. 1996

ROJAS, Nash et al. Guía para la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Protección de los Denunciantes de Actos de Corrupción. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2013. Disponível em <https://biblio.ugent.be/publication/4265404/file/4265456>. Acesso em 07/12/2020.

SANTORO, Daniele. KUMAR, Manohar. Speaking Truth to Power: a Theory of *Whistleblowing*. Cham: Springer, 2018. p. 39-42.

SPINELLI, Mário Vinicius Classen. Whistleblowing e Canais Institucionais de Denúncia. In SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant lo Banch, 2019. p.285.

UNIÃO EUROPEIA. *Whistleblower* Directive. Disponível <https://perma.cc/UR9F-9AMU>. Acesso em 07/12/2020.

VOORHOOF, Dirk. La libertà di stampa nella raccolta di informazioni, l'accesso all'informazione e la protezione dei *whistleblower* in base all'art. 10 CEDU e degli standard del Consiglio d'Europa. Disponível em <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748904977-145/la-liberta-di-stampa-nella-raccolta-di-informazioni-l-accesso-all-informazione-e-la-protezione-dei-whistleblower-in-base-all-art-10-cedu-e-degli-standard-del-consiglio-d-europa>. Acesso em 08 de dezembro de 2020.