

## **O WHISTLEBLOWING COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO<sup>1</sup>**

### **WHISTLEBLOWING AS A MEANS OF OBTAINING EVIDENCE IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW**

*Maria Auxiliadora Minahim*

Professora Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Salvador/BA. E-mail: minahim@terra.com.br.

*Luíza Moura Costa Spínola*

Mestranda em Direito na pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. Especializada em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamanca. Bacharela em Direito pela UFBA. Salvador/BA. E-mail: luiza.mcspinola@gmail.com.

**RESUMO:** O canal de denúncias anônimas (*whistleblowing*) é um mecanismo essencial para garantir o sucesso de um programa de cumprimento normativo (*compliance*), sendo utilizado com bastante frequência nos Estados Unidos e na Espanha e recomendado por entidades como a Transparência Internacional. Questiona-se como provas obtidas por meio de informações advindas de denúncias anônimas podem ser utilizadas a favor do réu no processamento de crimes econômicos. Conclui-se que, apesar de a legislação brasileira ainda não ter regulamentado a questão das denúncias anônimas, tal meio de obtenção de prova pode ser admitido no processamento de tais crimes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal; Direito Penal Econômico; Canal de Denúncia; *Compliance*; *Whistleblowing*.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 19/09/2019 e aprovado em 10/11/2019.

**ABSTRACT:** Whistleblowing is considered an essential mechanism to ensure the success of a compliance program, being used quite frequently in the United States and Spain and recommended by entities such as Transparency International. It is questioned how evidence obtained through information from anonymous reports can be used in favor of the defendant in the investigation of economic crimes. It is concluded that, although Brazilian law has not yet regulated the whistleblowing, this mechanism is considered a mean of obtaining evidence that can be admitted in conducting of legal proceedings in cases of economic crimes.

**KEY WORDS:** Criminal Procedure; Economic Criminal Law; Reporting Channel; Compliance; Whistleblowing.

## 1. INTRODUÇÃO

Os mecanismos de *compliance* têm ocupado posição de destaque no cenário empresarial como recursos possíveis para o estabelecimento da integridade corporativa. Nessa perspectiva, chama atenção a assistência dos *whistleblowers*, pessoas que tenham presenciado ou que tenham conhecimento de irregularidades, ainda que sem sua participação direta, e que levem o fato ao conhecimento da organização. A ideia de recompensa ao denunciante está associada a essa estratégia, servindo como mecanismo de incentivo às denúncias.

O Brasil, a exemplo do que ocorre em diferentes áreas, tem revelado nítido entusiasmo pelo sistema do *whistleblowing* adotado nos Estados Unidos e em outros países europeus, como a Espanha. Apesar de introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 13.608/18, a figura carece ainda de maior regulamentação na medida em que parece genérica para a aplicação imediata. Nesse interregno, tem-se procurado inspiração no sistema americano - tido como bem sucedido - quanto aos procedimentos a serem adotados para que haja confiabilidade na prática.

O artigo destaca a importância do *whistleblowing* como meio de prova nos delitos econômicos, mais difíceis de deixar rastros concretos, cuja constatação e apuração se beneficiaria por meio da delação de funcionários da empresa. Analisa-se a legislação brasileira pertinente, assim como a doutrina tradicional com relação aos meios de prova. O

recurso a fontes de informação alternativas – entrevistas, sítios de internet - foi utilizado como alternativa viável à compreensão do tema no Brasil, o qual por seu ineditismo ainda carece de suficiente doutrina jurídica.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O *whistleblower*, expressão que em inglês significa aquele que assopra o apito, nada mais significa que um denunciante remunerado pelas notícias das irregularidades que transmite aos setores próprios. O informante não deve desempenhar, dentro da organização à qual pertence, funções específicas de controle e investigação, já que, caso exercesse tais atribuições, seria do seu dever, da sua função, a denúncia e as providências cabíveis. Ou seja, o informante não deve ser responsável pelo setor de *compliance*. Há, ainda, uma terceira característica que integra o conceito, a qual diz respeito ao fato de que a atividade ilegal deve ter-se realizado na organização a que pertence ou pertenceu o informante. O requisito não se refere a fatos praticados por usuários de uma empresa, como ocorre com a lavagem de dinheiro, cujo dever de comunicação é compulsório.

Para alguns autores, como García Moreno<sup>2</sup>, a origem do *whistleblowing* remonta à época da Roma Antiga quando denunciante profissionais e informantes dos funcionários públicos facilitavam a cobrança de tributos com suas denúncias. Outros autores<sup>3</sup> afirmam que a figura do denunciante (*whistleblower*) nasceu nos Estados Unidos, no final do século XVIII, com o objetivo de facilitar às pessoas que tiveram conhecimento de uma fraude cometida contra o Estado pudessem denunciá-la com segurança, ou seja, sem sofrer represálias. Deveriam, ainda, ser recompensadas pelas informações. De qualquer forma, o revivescimento da figura deve-se a fenômenos específicos, dos quais logo se destacam os grandes escândalos financeiros e fraudes cometidos contra o Estado ou no âmbito do Estado e das corporações. Esses acontecimentos deram maior protagonismo à responsabilidade

---

<sup>2</sup> GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e Canais Institucionais de Denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto; LARUSCAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz; FERNÁNDEZ PÉREZ, Patricia; BLANCO CORDERO, Isidoro (Orgs.). **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 260.

<sup>3</sup> MARTINEZ, Christian Mesia. **El procedimiento de denuncia interna *whistleblowing* y su regulación por las normas de gobierno corporativo**. Disponível em: <http://lessepslegal.com/wp-content/uploads/2018/03/Tesis-Christian-Mesia.pdf>. Acesso em 10 ago. 2019.

corporativa, às políticas de cumprimento normativo - *compliance* - e aos distintos canais de prevenção de irregularidades, *whistleblowing*.

Deve-se considerar também que a complexidade das sociedades contemporâneas facilita a prática de ilegalidades no âmbito de atividades lícitas ou sob sua proteção, tornando-as condutas de difícil comprovação. Assim, a lavagem de dinheiro, a grande criminalidade empresarial contra consumidores, os atos de corrupção contra o Estado e as fraudes no mercado de capitais são tecidos nas sombras da legalidade.

A política criminal contemporânea incentiva o uso do *whistleblowing* oferecendo, além de recompensa econômica, proteção jurídica e garantia de preservação da identidade, salvo em algumas exceções específicas<sup>4</sup>. Na prática, pode-se optar pelo estabelecimento de canais confidenciais para receber a denúncia, que não exigem a identificação do delator, ou por canais em face dos quais é necessário identificar-se até o momento da interposição da denúncia.

Nos Estados Unidos, alguns fracassos na esfera policial, política e econômica tendem a reforçar a ideia de que a prevenção de crimes pode justificar a utilização de informações fornecidas por terceiros. Afirma-se, por exemplo, que, se o FBI tivesse considerado avisos e documentos recebidos, teria evitado os atentados de 11 setembro de 2001.

Ramon Ragués i Vallès<sup>5</sup> adverte sobre a legitimidade da prática, viabilizada por denúncias de concidadãos, e que vem sendo utilizada como um recurso cada vez mais frequente de prevenção do delito. No mesmo sentido, Lofgren, citado por Gimeno Beviá<sup>6</sup>, realça que os críticos do sistema veem os delatores como covardes ou como espiões industriais.

Há ainda autores, como Coimbra e Manzi<sup>7</sup>, que destacam a importância da atitude do empresário na formação de uma imagem positiva do informante. Por esse olhar, seria

---

4 HARTMANN destaca, dentre estas: i. a que impede que o trabalhado seja membro de certas agências americanas, ii. tenha cometido um delito relacionado com atividade administrativa ou judicial, tenha obtido a informação através de auditoria e não a tenha apresentado à comissão interna de *compliance* da forma requerida, iv. tenha usado de meios fraudulentos, como o uso de documentos falsos. Em: HARTMANN, L.M, “Whistle Why You Work: The Fairy tale Like Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act and the Emergency of “Greedy”, the Eight Dwarf” MERCER LAW REVIEW vol.62, 2010.

5 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 1.

6 GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El Proceso Penal de Las Personas Jurídicas*. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 73.

7 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 95.

possível esclarecer os verdadeiros objetivos do canal de denúncias: promoção da ética e da integridade e proteção da empresa e seus funcionários de situações que possam vir a macular suas reputações. A falta de tradição dessa orientação no Brasil ainda faz persistir a ideia do delator como o informante que comercializa seu conhecimento de fatos em troca de vantagens: “o dedo duro”. Soa estranha à cultura nacional o recurso utilizado pelo Estado, que pode gerar incômodo nas relações pessoais e de trabalho, para prevenir e punir crimes.

### 3 PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS

Em face ao ineditismo da situação no Brasil, é importante que se discuta a respeito de procedimentos a serem seguidos, tomando como base a prática de outros países. No Brasil, apesar do caráter novidadeiro, o *whistleblowing* já era utilizado dentro do programa de integridade de diversas empresas, que se valiam dos conhecimentos dos quais uma pessoa tinha sobre fato irregular praticado dentro da corporação<sup>8</sup>.

A organização não governamental *Transparency International*<sup>9</sup> recomenda o atendimento a uma série de requisitos para os procedimentos de denúncias realizadas por *whistleblowers*, alguns dos quais já referidos. Dentre estes são destacados: i) criação de sistemas e órgãos internos de colaboração; ii) possibilidades de encaminhar relatórios externos; iii) participação ativa do *whistleblower*, de acordo com a qual o agente denunciante deve desenvolver e acompanhar o processo (na medida de suas possibilidades); iv) mecanismos ou incentivos para estimular a colaboração; v) proteção da identidade do delator; vi) proteção ao *whistleblower* contra qualquer tipo de represália; vii) inversão do ônus da prova na comprovação da colaboração; viii) imunidade civil, penal e administrativa para o delator de boa-fé; ix) ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto; x) direito a negar a participação, sem qualquer sanção ou desvantagem, o *whistleblower* pode optar por não fazer parte do processo pós-colaboração; xi) invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante.

---

<sup>8</sup> MACHADO MEYER, Inteligência Publicações. **A figura do *whistleblower* no novo pacote anticrime**. s/d. Disponível em [//www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicações](http://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicações). Acesso em 5 ago. 2019.

<sup>9</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **International Principle for Whistleblowing Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest**. Disponível em: [https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013\\_whistleblowerprinciples\\_en](https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_whistleblowerprinciples_en). Acesso em 10 ago. 2019.

A notícia pode ser levada a algum membro da empresa (*in-house*), a alguém externo ou diretamente às autoridades competentes (*out-house*), ou inclusive aos meios de comunicação especializados (*media-whistleblowers*)<sup>10</sup>.

A propósito da legitimação para apresentar denúncias, García Moreno<sup>11</sup> considera que as pessoas que possam tomar conhecimento das irregularidades no âmbito da empresa são muitas, como, por exemplo, trabalhadores, clientes, fornecedores e até mesmo terceiros, mas não é razoável que todas utilizem o mesmo canal de denúncias. A implementação de canais distintos oferecendo regras diferenciadas para os usuários demonstra uma preocupação da empresa em tomar conhecimento e apurar irregularidades cometidas por seus funcionários. Para nós, independentemente da fonte da denúncia, o fato da empresa ter um mecanismo nesse sentido já demonstra uma preocupação em saber o que está se passando durante o desempenho de suas atividades. Para parte da doutrina, a apresentação de denúncias fica condicionada ao interesse legítimo.

Quanto ao âmbito material, ou seja, os comportamentos passíveis de denúncia, García Moreno<sup>12</sup> menciona os casos da Ford (1978) e da Firestone (1973) para explicar que o que motivou a ação dos *whistleblowers*. Foram, inicialmente, situações que expunham a perigo bens jurídicos, tais como a vida ou saúde das pessoas ou a proteção do meio ambiente. Já na Espanha, os canais de denúncia se destacaram como mecanismos para combater casos de assédio moral e sexual.

Um setor da doutrina defende a utilização limitada do referido mecanismo de *compliance*: a gravidade da situação. Ocorre que o entendimento da sociedade sobre uma conduta nem sempre corresponde à sua gravidade jurídica ou à política da empresa. García Moreno<sup>13</sup> destaca que a maior parte das empresas tem optado por considerar passível de denúncia qualquer comportamento contrário ao seu código de ética. Dessa forma, entendemos que, se uma empresa descreve, em seu programa de *compliance*, os comportamentos que não devem ser admitidos, este é um fator a ser considerado no procedimento investigativo de crimes cometidos por seus funcionários.

---

<sup>10</sup> RAY, John A. 2004. The Scope of Whistleblower Protection in the State of Maryland: a comprehensive statute is needed”. **University Baltimore Law Review**, vol. 33, 2004. p. 225-226.

<sup>11</sup> GARCÍA MORENO, Beatriz., op. cit, p. 268.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>13</sup> *Idem*.

Ademais, é necessário ainda que a empresa demonstre que estava tomando as devidas providências para apurar a veracidade da denúncia. Segundo Coimbra e Manzi<sup>14</sup>, para o tratamento correto das dúvidas acerca da ocorrência de violação às normas da política da organização, é necessário iniciar um procedimento de investigação interna. O intuito desse mecanismo de *compliance* é verificar, se é possível, aplicar sanções em caso de confirmação de irregularidades.

A classificação de uma infração como grave, moderada ou leve depende da área de atuação da empresa. Além disso, devem ser apuradas condutas que são consideradas crimes de acordo com o Código Penal Brasileiro, tais como assédio e atos de corrupção, assim como aquelas descritas nas leis especiais. A investigação interna deve ser conduzida de forma que se respeitem os direitos do trabalhador, de modo que é aconselhável que o departamento de *compliance* da empresa trabalhe em parceria com o departamento jurídico. Caso isso não seja possível, a organização deve considerar a hipótese de contratar uma empresa especializada em investigações corporativas ou mesmo um escritório de advocacia para conduzir esses procedimentos.

Gómez Martín<sup>15</sup> explica que o procedimento investigativo interno deve ter por objeto os meios de produção da empresa colocados à disposição do empregado para que desenvolva as atividades previstas no seu contrato de trabalho. A organização não deve interferir na esfera privada do funcionário.

Para que o *whistleblowing* interno obtenha êxito, a organização deve adotar medidas para que o denunciante seja protegido e não sofra qualquer tipo de retaliação. Pode-se lembrar o modelo espanhol contido na Lei Orgânica 15/1999 de Proteção de Dados de Caráter Pessoal (LOPD) e a Diretriz 95/46/CE da Agência Espanhola de Proteção de Dados. De acordo com a retro mencionada diretriz, o emprego do *whistleblowing* deverá seguir a LOPD sempre que cumprir os seguintes requisitos: todos os empregados podem ser denunciadores ou denunciados; os funcionários da empresa devem ser informados da existência e objetivo do canal; garantia de confidencialidade dos dados do denunciante; o denunciado deve saber da existência da denúncia<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. op. cit., p. 96.

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTIN, Victor. Compliance y Derecho del Trabajador, Especialmente Derecho A LA Protección de Datos y *Whistleblowing*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo, URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz (Orgs.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 140.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 142.

#### 4. WHITLESBLOWING COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Uma questão que emerge como importante no contexto de análise do tema é a possibilidade de que o *whistleblowing* seja considerado como meio de prova, destacando-se, todavia, de logo, que não se compreende seja a denúncia anônima que permite a abertura de investigações externas, mas sim o que foi apurado durante a investigação preliminar no âmbito da empresa. O ministro Og Fernandes já afirmou no HC 204.778 que é possível harmonizar valores constitucionais da proteção contra o anonimato e da supremacia da segurança e do interesse público e admitir a denúncia anônima “desde que tomadas medidas efetivas e prévias pelos órgãos de investigação, no sentido de se colherem elementos e informações que confirmem a plausibilidade das acusações anônimas”. Nessa linha, entendemos sobre sua admissibilidade da como meio de convencimento do juiz.

A temática da prova no Direito Processual Penal está ligada ao tema da inculpação no Direito Processual Penal, conforme leciona Choukr<sup>17</sup>. De fato, a prova é o instrumento que influenciará no convencimento do magistrado para que ele decida sobre a presença ou não dos requisitos da imputação, autorizando que o acusado seja trazido para o âmbito do processo.

São considerados atos de prova aqueles que: estão voltados a convencer o magistrado de que determinado fato ocorreu; devem ser incorporados ao processo penal; têm por objetivo elaborar a convicção do juiz para que ele decida acerca do caso; servem à sentença; demandam que sejam obedecidos os princípios da publicidade, contradição e imediação<sup>18</sup>. Adán Nieto Martín<sup>19</sup> considera, acertadamente, o processo penal como uma batalha por informações. De um lado está a acusação, empenhada em conseguir um dado que destrua a presunção de inocência e, de outro, os investigados que tentam controlar a quantidade de informações que chega à acusação. Essa batalha deve ser desenvolvida através de meios juridicamente permitidos, ou seja, como no dizer de Choukr<sup>20</sup>, através de meios de produção

---

<sup>17</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código De Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jursisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

<sup>18</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal –10 ed.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 547

<sup>19</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, Whistleblowing y Cooperación: La Lucha por la Información em el Proceso Penal. In: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; Martín; Victor Gómez. **Fraude a Consumidores y Derecho Penal: fundamentos y Talleres de Leading Cases**. Madrid: Edisofer, 2016, p. 3.

<sup>20</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 360.

juridicamente permitidos em contraditório, pelas partes legitimadas, na presença do juiz natural da causa que as analisará no momento de julgar a ação penal.

Não há, portanto, nada que exclua a denúncia *do whistleblowing* desses conceitos se lhe acompanham dados que podem ser apreciados pelo juiz.

Em face do exposto, é possível convocar, após a leitura do artigo. 3º da Lei 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova) quando se quer tratar da admissão do sistema no direito positivo brasileiro. É bem verdade que a mesma legislação não se refere *ao whistleblowing*, mas nada impede que, pela similitude das situações e interesses protegidos, o dispositivo possa ser estendido para alcançá-lo.

Além disto, a Lei 13.608 de 2018, ainda pouco conhecida e implementada no país, já dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensas por informações que auxiliem nas investigações policiais. A falta de normas explícitas sobre procedimentos impõe a compreensão dessa solução para que a Lei não nasça sem possibilidade de aplicação. Seriam estranhos os esforços do Direito se, *a priori*, admitisse a falta de efetividade de suas normas.

Com vistas à instauração de um cenário ético e de conformidade das empresas com o sistema jurídico nacional, um conjunto de providências foi adotado pelo Governo para evitar e punir atividades irregulares dentro das corporações. Este bloco de iniciativas se concretizou através da Lei nº 12.846/13, também denominada “Lei Anticorrupção”, e da Lei nº 13.608/18, além do Decreto nº 8.420/2015 que regulamenta a primeira.

Tais textos normativos, embora não possam ser considerados como um subsistema próprio dentro do ordenamento legal nacional, apresentam uma estreita convergência não só pela correlação da finalidade, como referido acima, mas também pelo recurso a práticas antes desconhecidas no país

A Lei Anticorrupção introduziu a compensação financeira à empresa que venha a celebrar acordo de leniência, permitindo a isenção das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e a redução em até dois terços do valor da multa aplicável. Em outras palavras, trata-se de uma recompensa pela admissão de práticas irregulares, de compromisso em eliminá-las, da colaboração com as investigações e de processo administrativo, mediante certas condições.

Já a Lei 13.608/18 autoriza, os entes federativos brasileiros, a estabelecer formas de recompensa a quem oferecer denúncias com informações úteis à prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos, conforme descrito no artigo 4º da referida nova lei.

O Decreto nº 8.420/2015, por sua vez, definiu, no art. 41, que:

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.

Essas considerações visam a destacar um programa de severidade do Governo brasileiro na prevenção e combate à corrupção<sup>21</sup> e argumentam em favor da extensão dos dispositivos da Lei 12.850 ao mecanismo de *whistleblowing*. Validam, ainda, esta conclusão algumas compreensões da Teoria da Prova que dão solidez à afirmação, como se verá.

Na esteira de Fernandes<sup>22</sup>, há provas atípicas, as quais independentemente de sua previsão, não possuem um procedimento próprio para serem produzidas. O meio de obtenção ou produção de prova é mencionado somente de forma nominal, sem qualquer regulamentação ou explicação do procedimento; o meio de obtenção de prova não é nem especificado<sup>23</sup>.

Tem-se entendido, ademais, que o conceito de prova documental inclui não apenas papéis escritos, mas outros registros de atividades humanas. Assim, podem ser considerados documentos CDs e DVDs e outras mídias que gravem sons e imagens, conforme indica Fernandes<sup>24</sup>. O Código de Processo Penal Português, explicitamente, considera documento qualquer declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico. Já o Código Geral de Processo do Uruguai conceitua como documentos os seguintes registros: fotografias, radiografias, mapas, diagramas, películas cinematográficas e outras formas similares a essas, como fitas de vídeo, disquetes, discos compactos e documentos eletrônicos.

---

<sup>21</sup> A eficácia das normas não foi sentida à época após a qual surgiram vários processos e condenações por diversos atos de corrupção de particulares e agentes públicos.

<sup>22</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). **Processo Penal: Estudo Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 21.

Tomando como base os ensinamentos retromencionados, entendemos que o *whistleblowing* pode ser considerado um meio de obtenção de prova, uma vez que, por meio dele, é possível chegar às gravações telefônicas e aos *e-mails* nos quais estão registradas as denúncias que são os meios de prova propriamente ditos.

## 5. CONFIABILIDADE E VANTAGENS DA PRÁTICA

Paiva e Pegoraro<sup>25</sup> explicam que o canal de denúncias dispõe de eficiência para identificar condutas irregulares, de acordo com os especialistas em cumprimento normativo. Ademais, é considerado um dos mecanismos mais seguros em relação aos interesses da empresa, pois esta consegue ter em primeira mão a informação concedida e, assim, pode exercer maior controle sobre os fatos. A empresa pode resolver o que fazer com a informação: se a utiliza através de procedimentos internos, como, por exemplo, o afastamento do funcionário supostamente envolvido na conduta irregular ou se levará o fato ao conhecimento das autoridades.

As medidas adotadas demonstram a intenção por parte da organização empresarial de manter suas atividades em conformidade com as leis, ou seja, constituem prova de uma política interna comprometida com a integridade, de modo que tais providências devem ser levadas em consideração na possibilidade de eventuais envolvimento de seus funcionários em fatos ilícitos. Dessa forma, empresários envolvidos em processos criminais podem utilizar os arquivos dos canais de denúncia para demonstrar que tinham conhecimento da suposta ocorrência de atos ilícitos no ambiente corporativo e que estavam tomando providências para apurar a veracidade dessa informação. A instauração de uma investigação interna, por exemplo, pode comprovar o comprometimento da empresa em identificar autores de condutas irregulares entre seus funcionários.

Adán Nieto Martín<sup>26</sup> também põe em relevo o fato de que os canais de denúncia são ferramentas que possibilitam o controle da informação por parte da empresa sobre o cometimento de ilícitos em seu âmbito, permitindo maior controle gerencial. Para o autor

---

<sup>25</sup> PAIVA, Danilo Tavares; PEGORARO, Mariana Martins de Lago Albuquerque. Whistleblower: Efetiva Técnica de Prevenção ou Incentivo aos Caçadores de Recompensas?. In: LAMY, Eduardo. **Compliance: Aspectos Polêmicos e Atuais**. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 55.

<sup>26</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, Whistleblowing y Cooperación: La Lucha por la Información em el Proceso Penal. In: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; Martín; Victor Gómez. **Fraude a Consumidores y Derecho Penal: fundamentos y Talleres de Leading Cases**. Madrid: Edisofer, 2016, p. 10.

espanhol, esse domínio sobre a informação é o fundamento para uma defesa penal eficaz. O fato de a empresa saber quais são os atos que violam a legislação não auxilia apenas a organização a ter acesso aos benefícios concedidos pelo Estado. As vantagens do *whistleblowing* vão mais além. As informações são vantajosas para a empresa na medida em que essa pode elaborar uma estratégia de defesa mais adequada em caso de um processo penal. O empresário pode escolher entre cooperar com as autoridades policiais e judiciárias ou reservar a informação para si, como visto. Na hipótese de escolher colaborar, é possível utilizar os registros dos canais de denúncia como provas, de modo que, assim, a versão do conhecimento do empresário sobre os fatos ocorridos chegará ao processo em primeira mão, o que pode vir a orientar o sentido da investigação<sup>27</sup>.

É interessante ressaltar que o aporte de provas obtidas por meio do *whistleblowing* por parte do empresário pode representar vantagens para ambos os lados no processo penal. É possível que a duração do processo torne-se mais curta com as informações proporcionadas pela empresa, o que diminuiria os gastos da máquina pública, que deve disponibilizar servidores e materiais para dar andamento ao processo.

Conforme constata Nieto Martín<sup>28</sup>, os subsídios probatórios proporcionados pelo *whistleblowing* também são proveitosos para o empresário, pois a menor duração do processo diminui sua exposição pública e, assim, o nome da empresa não ficará por muito tempo exposto e associado ao suposto cometimento de crimes. Além disso, essa colaboração por parte da empresa pode ser útil para evitar que certos atos investigativos atrapalhem sua atividade, tais como a busca e apreensão de equipamentos, por exemplo.

Parece-nos acertada a conclusão de Baptista<sup>29</sup>, segundo a qual a forma como a empresa age diante do risco de cometimento de ilícitos por seus funcionários, sejam eles dirigentes ou empregados da pessoa jurídica, é fundamental para definir a atribuição de responsabilidade no processo sancionatório. Assim, se o dirigente da empresa demonstrar a intenção de colaborar com o esclarecimento dos fatos através do aporte de provas obtidas por meio do canal de denúncias, tais provas devem ser acolhidas pelo magistrado.

---

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>29</sup> BAPTISTA, Alexandre Leite. Compliance em processo contra-ordenacional da alegação à decisão através da prova. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 354.

Outra questão interessante a respeito da matéria diz respeito a sua compatibilidade com o princípio denominado “*nemo tenetur se detegere*”, de acordo com o qual nenhum indivíduo é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Esse princípio está previsto no artigo 186 do Código de Processo Penal Brasileiro: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assegura à pessoa o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma e de não confessar-se culpada”.

Questiona-se, então, se o dirigente da empresa poderia deixar de comunicar às autoridades a ocorrência de atos ilícitos no âmbito da organização para que não seja responsabilizado criminalmente por omissão, recorrendo ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Para Ragués i Vallés<sup>30</sup> a razão de existência dos mecanismos de denúncia, que podem revelar atos que devem ser levados ao conhecimento das autoridades, não é incompatível com o princípio da não autoincriminação. Sugere, assim, que o Estado deve promover políticas públicas que incentivem a colaboração das empresas, podendo atenuar ou mesmo a excluir a responsabilidade penal de seus dirigentes em certas situações para que os setores público e privado possam trabalhar de forma harmônica. Como referido, a Lei Anticorrupção, nesse sentido, trata da compensação financeira à empresa que colabore nas investigações, permitindo a isenção das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

## 5.1 A DENÚNCIA INTERNA COMO MEIO DE PROVA NOS DELITOS ECONÔMICOS

Uma forma específica de criminalidade ganha um espaço privilegiado no recurso a esta prática: os crimes econômicos. Ocorre que delitos dessa natureza são mais difíceis de serem provados, em razão de sua complexidade e da reduzida quantidade de testemunhas, o que realça a instrumentalidade dos canais de denúncia.

Denúncias anônimas de crimes econômicos podem ser consideradas de delitos de natureza grave para qualquer empresa. Não é razoável que o responsável por uma organização receba uma informação desse tipo por meio de *whistleblowing* interno e se dirija imediatamente às autoridades competentes para comunicá-las do fato. Mesmo porque não é, sequer, certo que essa situação de fato ocorreu. Assim, é necessário que a empresa demonstre

---

<sup>30</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, *op. cit.*, p. 140.

que estava tomando as devidas providências para apurar a veracidade da denúncia. O procedimento adequado para esclarecer as dúvidas acerca da ocorrência de violação às normas da política da organização é dar início à investigação interna, conforme constata Coimbra e Manzi<sup>31</sup>.

É preciso atentar, entretanto, para a possibilidade de a informação chegar às autoridades competentes antes que se chegue ao resultado da investigação corporativa. Uma ação penal pode vir a ser deflagrada e toda a estrutura da organização pode vir a sofrer uma investigação minuciosa.

Argumenta-se que, se o órgão acusador pode solicitar que provas documentais sejam produzidas através de buscas nas dependências da empresa, deve ser factível que o réu possa fazer o mesmo. O emprego dos arquivos contendo as informações da denúncia anônima pode ser utilizado como prova. Isso se deve ao fato de que o Processo Penal Econômico deve adotar uma lógica distinta da empregada no processo de crimes comuns.

Os meios de prova devem ser admitidos de maneira mais ampla para facilitar a comprovação das intenções dos envolvidos em casos de crimes econômicos, pois, nesses casos, é mais custoso verificar a existência do elemento volitivo. Ora, embora o intuito desse mecanismo de *compliance* seja o de verificar e, se possível, aplicar sanções em caso de confirmação de irregularidades, não se pode negar o direito de serem utilizadas as provas produzidas através do *whistleblower*. A possibilidade de trazer uma prova produzida por esse meio seria uma forma de exercer o contraditório, que, nas palavras de Lopes Junior<sup>32</sup>, é indispensável para viabilizar a estrutura dialética do processo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de medidas de conformidade normativa pelas empresas parece ser um caminho sem volta. Trata-se de um movimento crescente no cenário corporativo, pois traz vantagens não apenas para as organizações e para os funcionários, mas também para a sociedade em geral. A participação do setor privado no combate à criminalidade comum e econômica faz-se imprescindível no cenário empresarial contemporâneo, uma vez que já se

---

<sup>31</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. op. cit., p. 96.

<sup>32</sup> LOPES JUNIOR, Aury, op. cit. 554

admite que o Poder Público não possui recursos suficientes para prevenir e reprimir todas as condutas irregulares cometidas pelas entidades.

Países que contam um mercado no qual circulam capital maior que o PIB de alguns Estados têm deslanchado programas específicos não só para reprimir a corrupção e a prática de atos ilegais no interior das empresas, mas também para introduzir práticas de prevenção dessas condutas. As recompensas proporcionadas ao delator, em outros países, têm estimulado a informação aos setores competentes e a recuperação de expressivas quantias.

Dessa forma, as providências com o objetivo de impedir ou punir que crimes ocorram no âmbito de empresas devem ser fomentadas, principalmente as que permitam a identificação da ilegalidade praticada em cooperação com o Poder Público. A adoção de canais de denúncia internos parece ser um mecanismo de grande valia nesse sentido, devendo-se, porém, sempre garantir o anonimato do denunciante para evitar situações de perseguição e represália.

Apesar dos efeitos positivos reportados pelos Estados Unidos, por exemplo, não se pode omitir que a ideia de um delator que se beneficia financeiramente por informar irregularidades praticadas no local de trabalho sofre, ainda, alguma censura e estranhamento em outros países.

A disciplina da matéria no Brasil ainda é lacunosa, mas nada impede que o bloco normativo integrado pelas Leis 13.608 de 20183, nº 12.846/13 e pelo Decreto nº 8.420/2015 possa recorrer ao dispositivo da Lei 12.850/2013 que dispõe sobre a delação premiada para admitir a prática do *whistleblowing* no direito brasileiro.

Para apurar a veracidade da denúncia, faz-se prudente e necessário iniciar uma investigação corporativa interna, que pode ser conduzida pelo setor de *compliance* da empresa, por uma empresa especializada no ramo ou mesmo por um escritório de advocacia.

É preciso tomar precauções ao utilizar esse meio de prova para garantir que esse mecanismo de *compliance* seja eficaz e perdurável. Dessa forma se faz necessário preservar a identidade do denunciante. Ademais, caso o anonimato não seja garantido, entendemos que o meio de prova será considerado ilícito, pois haverá violação de um direito que lhe deve ser assegurado.

Dessa forma, entende-se que o *whistleblowing* interno pode ser utilizado como meio de prova para que o empresário possa demonstrar que, tendo conhecimento que um suposto

crime econômico estava sendo cometido com o uso da estrutura da organização, estava tomando as devidas providências para investigá-lo.

## REFERÊNCIAS:

- BAPTISTA, Alexandre Leite. *Compliance* em processo contra-ordenacional da alegação à decisão através da prova. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 354-384.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 11 jun. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 07 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 13 jun. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 13 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.613/1998, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 mar. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em 11 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.269/1996, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 mar. 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 abr. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm). Acesso em 11 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm). Acesso em 11 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2º de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm). Acesso em: 11 jun. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código De Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jursisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). **Processo Penal: Estudo Comparado**. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 13-45.
- GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e Canais Institucionais de Denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto; LARUSCAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz; FERNÁNDEZ PÉREZ, Patricia; BLANCO CORDERO, Isidoro (Orgs.). **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 259-284.
- GIMENO BEVIÁ, Jordi. **El Proceso Penal de Las Personas Jurídicas**. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.
- GÓMEZ MARTIN, Victor. Compliance y Derecho del Trabajador, Especialmente Derecho A LA Protección de Datos y *Whistleblowing*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo, URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz (Orgs.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 125-146.
- GRAY, John A. 2004. The Scope of Whistleblower Protection in the State of Maryland: a comprehensive statute is needed. **University Baltimore Law Review**, vol. 33, 2004. p. 225-226.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal –10 ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, n. 1, 2016, p. 213-238. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/22/44>. Acesso em 11 jun. 2019
- MARTINEZ, Christian Mesia. **El procedimiento de denuncia interna *whistleblowing* y su regulación por las normas de gobierno corporativo**. Disponível em: <http://lessepslegal.com/wp-content/uploads/2018/03/Tesis-Christian-Mesia.pdf> Acesso em 10 ago. 2019.

MACHADO MEYER, Inteligência Publicações. **A figura do whistleblower no novo pacote anticrime.** s/d. Disponível em [//www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes](http://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes). Acesso em 5 ago. 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones Internas, Whistleblowing y Cooperación: La Lucha por la Información em el Proceso Penal. In: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; Martín; Victor Gómez. **Fraude a Consumidores y Derecho Penal: fundamentos y Talleres de Leading Cases.** Madrid: Edisofer, 2016, p. 3-39.

PAIVA, Danilo Tavares; PEGORARO, Mariana Martins de Lago Albuquerque. *Whistleblower: Efetiva Técnica de Prevenção ou Incentivo aos Caçadores de Recompensas?* In: LAMY, Eduardo. **Compliance: Aspectos Polêmicos e Atuais.** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 53-60.

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

RAY, John A. 2004. The Scope of Whistleblower Protection in the State of Maryland: a comprehensive statute is needed”. **University Baltimore Law Review**, vol. 33, 2004. p. 225-226.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **International Principle for Whistleblowing Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest.** Disponível em: [https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013\\_whistleblowerprinciples\\_en](https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_whistleblowerprinciples_en). Acesso em 10 ago. 2019.